

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO



CJI

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

2021

SECRETARÍA GENERAL
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS
WASHINGTON, D.C.

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

99º PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES
2 – 11 agosto de 2021
Sesión virtual

OEA/Ser. Q
CJI/doc. 657/21
11 agosto 2021
Original: español

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

2021

Secretaría General
Organización de los Estados Americanos

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

	Página
NOTA EXPLICATIVA	III
TABLA DE CONTENIDO	IV
RESOLUCIONES APROBADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	VI
DOCUMENTOS QUE SE INCLUYEN EN EL PRESENTE INFORME ANUAL	VII
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	13
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 OCTAVO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES	16
B. NONAGÉSIMO NOVENO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES	18
CAPÍTULO II	21
TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE LOS PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES CORRESPONDIENTES AL AÑO 2021	23
TEMAS EN CONSIDERACIÓN	23
1. GUÍA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD	23
2. EFICACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS A LA LUZ DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS	37
3. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO APLICABLE AL CIBERSPACIO	45
4. LOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA	54
5. DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE	55
6. EL FRAUDE ELECTORAL ANTE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA	99
7. RECOMENDACIONES PARA LA ADOPCIÓN DE LEGISLACIÓN DOMÉSTICA RELATIVA A LA REGULACIÓN DE FUEGOS ARTIFICIALES Y ARTÍCULOS PIROTÉCNICOS EN LAS AMÉRICAS	102
8. GUÍA DEL DERECHO APLICABLE A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS	137
9. INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS	139
10. DESARROLLO DE PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DE CREACIÓN, FUNCIONAMIENTO, FINANCIAMIENTO Y DISOLUCIÓN DE ENTIDADES CIVILES SIN FINES DE LUCRO	139
11. DESARROLLO DE DIRECTRICES INTERAMERICANAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS PENALES CONTRA ACTOS DE CORRUPCIÓN	140
12. DESARROLLO DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE NEURO DERECHOS	140
13. DERECHO A LA EDUCACIÓN	147
14. CONTRATOS ENTRE COMERCIANTES CON PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL	149
15. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU RELEVANCIA PARA LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL	152
16. MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO PARA FORTALECER LA RESILIENCIA SOCIAL Y ECONÓMICA EN LA REGIÓN EN EL MARCO DE LA PANDEMIA DE COVID-19 Y DE SUS EFECTOS POSTERIORES	155
17. LA INVIOABILIDAD DE LAS SEDES DIPLOMÁTICAS COMO PRINCIPIO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y SU RELACIÓN CON LA FIGURA DEL ASILO DIPLOMÁTICO	169
18. LA EXCEPCIONALIDAD DEL USO DE LA FUERZA EN EL CONTEXTO INTERAMERICANO	169

TEMAS TERMINADOS	172
1. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	172
2. RECIBOS ELECTRÓNICOS PARA PRODUCTOS AGRÍCOLAS	209
3. INTERFERENCIA EXTRANJERA EN EL PROCESO ELECTORAL DE UN ESTADO: UNA AMENAZA A LA DEMOCRACIA Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS, RESPUESTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL	212
4. LINEAMIENTOS PARA UN DESARROLLO NORMATIVO ULTERIOR DEL ASILO DIPLOMÁTICO	214
CAPÍTULO III	217
ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE EL AÑO 2021	219
A. PARTICIPACIÓN DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, EL CONSEJO PERMANENTE Y LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS	219
B. VIII REUNIÓN CONJUNTA CON LAS ASESORES JURÍDICOS DE LOS MINISTERIOS DE RELACIONES EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS	231
C. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL	232
D. RELACIONES DE COOPERACIÓN CON OTROS ORGANISMOS INTERAMERICANOS Y CON ORGANIZACIONES REGIONALES O MUNDIALES SIMILARES	232
ÍNDICES	235
INDICE ONOMÁSTICO	237
INDICE POR ASUNTO	238

RESOLUCIONES APROBADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

	Página
CJI/RES. 257 (XCVII-O/20) TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO OCTAVO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (LIMA, PERÚ DEL 1 AL 5 DE MARZO, 2021)	17
CJI/RES. 267 (XCVIII-O/21) REV.1 TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO NOVENO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (SESIÓN VIRTUAL, 2 AL 11 AGOSTO 2021)	18
CJI/RES. 258 (XCVII-O/20) FECHAS Y SEDE DEL NONAGÉSIMO OCTAVO Y NONAGÉSIMO NOVENO PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	20
CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21) DECLARACIÓN DEL COMITÉ JURIDICO INTERAMERICANO SOBRE NEUROCIENCIA, NEUROTECNOLOGÍAS Y DERECHOS HUMANOS: NUEVOS DESAFÍOS JURÍDICOS PARA LAS AMÉRICAS	143
CJI/RES. 266 (XCVIII-O/21) PRINCIPIOS ACTUALIZADOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, CON ANOTACIONES	180

* * *

DOCUMENTOS QUE SE INCLUYEN EN EL PRESENTE INFORME ANUAL

	Página
CJI/doc.648/21 PRIMER INFORME: EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE AL CIBERESPACIO (PRESENTADO POR LA DOCTORA MARIANA SALAZAR ALBORNOZ)	48
CJI/doc. 627/21 SEGUNDO INFORME SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO (PRESENTADO POR EL DOCTOR GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO)	60
CJI/doc. 645/21 TERCER INFORME SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO (PRESENTADO POR EL DOCTOR GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO)	75
CJI/doc. 632/21 PRIMER INFORME: PROPUESTA DE LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE REGULACIÓN DE FUEGOS ARTIFICIALES Y ARTÍCULOS PIROTÉCNICOS (PRESENTADO POR EL DOCTOR MILENKO BERTRAND-GALINDO ARRIAGADA)	109
CJI/doc. 646/21 REV.3 RECOMENDACIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO PARA LA ADOPCIÓN DE LEGISLACIÓN DOMÉSTICA RELATIVA A LA REGULACIÓN DE FUEGOS ARTIFICIALES Y ARTÍCULOS PIROTÉCNICOS EN LAS AMÉRICAS	130
CJI/doc. 651/21 REV.2 MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO PARA FORTALECER LA RESILIENCIA SOCIAL Y ECONÓMICA EN LA REGIÓN EN EL MARCO DE LA PANDEMIA DE COVID-19 Y DE SUS EFECTOS POSTERIORES: PROPUESTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	158
CJI/doc.638/21 INFORME DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (CJI). PRINCIPIOS ACTUALIZADOS DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, CON ANOTACIONES	181
CJI/doc. 649/21 INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (CAJP) (20 DE MAYO DE 2021) (PRESENTADO POR EL DOCTOR LUIS GARCÍA-CORROCHANO MOYANO)	220
CP/CAJP-3599/21 INFORME DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (CAJP) CON LAS OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS AL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO AL QUINCUGÉSIMO PRIMER PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, PRESENTADO ANTE LA CAJP EL 20 DE MAYO DE 2021 (DOCUMENTO PREPARADO POR EL DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL)	223
CJI/doc. 654/21 INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE EL CONSEJO PERMANENTE DE LA OEA (15 DE SEPTIEMBRE DE 2021) (PRESENTADO POR EL DOCTOR LUIS GARCÍA-CORROCHANO MOYANO)	227

CJI/DOC. 656/21 229
INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE LA ASAMBLEA
GENERAL DE LA OEA
(12 DE NOVIEMBRE DE 2021)
(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 2021, 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. 2909 (XLVII-O/17), AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18), AG/RES. 2930 (XLIX-O/19), AG/RES. 2959 (L-O/20) y AG/RES. 2974 (LI-O/21) adoptadas en los últimos años.

En el año 2021, el Comité Jurídico Interamericano celebró dos sesiones virtuales debido a la pandemia del virus COVID-19. La primera sesión correspondiente a su nonagésimo octavo período ordinario se celebró del 5 al 9 de abril, 2021; mientras que la segunda sesión, relativa al nonagésimo noveno período ordinario tuvo lugar entre el 2 y el 11 de agosto, 2021. En el período comprendido por este informe, el Comité adoptó los siguientes instrumentos que responden, salvo el último, a mandatos de la Asamblea General:

Recomendaciones para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas, documento CJI/doc. 646/21 rev.3, tal como referido en el título contiene recomendaciones que proponen un principio conductor de no regresión en su implementación, extendiendo su ámbito de aplicación a un amplio espectro que incluye la fabricación, el almacenamiento, el transporte, la compra, la venta, el uso o manipulación, la importación y la exportación.

Informe sobre el marco jurídico interamericano para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores: propuesta del Comité Jurídico Interamericano, documento CJI/doc. 651/21 rev.2, expone la necesidad de establecer un marco jurídico específico con lineamientos políticos y operativos para orientar la toma de decisiones, por medio de acciones concretas que sirvan de referente frente a futuras situaciones con características similares. Se insta a la Cumbre de las Américas a tomar el liderazgo de la acción colectiva regional, y por ende se propone su remisión a dicha instancia.

Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales, con Anotaciones, documento CJI/doc. 638/21, por medio de los cuales se espera brindar mayor transparencia en el tratamiento de los datos personales así como respecto de la rendición de cuentas por parte de los actores involucrados, tales como controladores y quienes manejan dicha información, promoviendo la seguridad de datos sensibles y el empoderamiento de los ciudadanos.

Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas, declaración CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21) que introduce el tema en la Organización en torno de cinco aspectos particulares, haciendo un llamado a participar en la discusión a los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico.

Todos estos documentos han sido remitidos a la Asamblea General de la OEA para su debido conocimiento y consideración.

Dos nuevos temas instituidos por la Asamblea General, reunida en 2020, fueron incorporados en la agenda del Comité: “la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático”, y “la excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano”. Al finalizar su sesión de agosto de 2021, la agenda del Comité quedó compuesta de dieciocho 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 2021 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 octavo período ordinario de sesiones

El 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano se celebró del 5 al 9 de abril de 2021 de manera virtual, y contó con la participación de todos los miembros participando desde sus respectivos países.

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”:

- Mariana Salazar Albornoz (México)
- George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil)
- Ramiro Gastón Orias Arredondo (Bolivia)
- José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)
- Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguay)
- Ruth Stella Correa Palacio (Colombia)
- Stephen G. Larson (Estados Unidos)
- Eric P. Rudge (Suriname)
- Luis García-Corrochano Moyano (Perú)
- Miguel Angel Espeche Gil (Argentina)
- Milenko Bertrand-Galindo Arriagada (Chile)

El Presidente dio la bienvenida a todos los miembros y en particular saludó la presencia por de los tres nuevos miembros del Comité Jurídico: Stephen G. Larson (EUA), Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguay) y Ramiro Gastón Orias Arredondo (Bolivia), quienes fueron elegidos por la Asamblea General en su Quincuagésimo Período Ordinario de sesiones, celebrado en octubre de 2020, por un mandato de 4 años.

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 C. de Souza Gomes y Amalia Landa Ruiz de la Secretaría del Comité.

El Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí el siguiente temario aprobado mediante resolución CJI/RES. 257 (XCVII-O/20) “Temario para el nonagésimo octavo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”:

CJI/RES. 257 (XCVII-O/20)

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

(LIMA, PERÚ DEL 1 AL 5 DE MARZO, 2021)

Temas en consideración:

1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio
2. 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
3. Protección de datos personales Relatora: Dra. Mariana Salazar Albornoz
4. Recibos electrónicos para productos agrícolas Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
5. Ciberseguridad (seguridad cibernética) Relatora: Dra. Mariana Salazar Albornoz
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 Relator: Dr. Alix Richard
7. Los aspectos jurídicos de la deuda externa Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
8. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano. Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
9. Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático. Relator: Dr. Íñigo Salvador Crespo
10. El fraude electoral como ilícito internacional del sistema interamericano Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
11. Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos Relator: Dr. Milenko Bertrand-Galindo Arriagada
12. Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
13. Incorporación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos Relator: Dr. Milenko Bertrand-Galindo Arriagada

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 Albornoz, 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.

* * *

B. Nonagésimo noveno período ordinario de sesiones

El 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano tuvo lugar entre el 2 y el 11 de agosto de 2021, de manera virtual igualmente debido a la pandemia del virus COVID-19. En la ocasión, no estuvo presente la doctora Ruth Stella Correa Palacio quien por motivos personales no pudo atender la reunión.

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:

- Miguel Angel Espeche Gil (Argentina)
- Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguay)
- Mariana Salazar Albornoz (México)
- George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil)
- Luis García-Corrochano Moyano (Perú)
- Stephen G. Larson (Estados Unidos)
- Milenko Bertrand-Galindo Arriagada (Chile)
- José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)
- Eric P. Rudge (Suriname)
- Ramiro Gastón Orias Arredondo (Bolivia)

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 María C. de Souza Gomes y Amalia Landa Ruiz de la Secretaría del Comité.

Durante el 99º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí la siguiente agenda, aprobada mediante resolución “Temario para el nonagésimo noveno período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”, resolución CJI/RES. 267 (XCVIII-O/21) rev.1.

CJI/RES. 267 (XCVIII-O/21) REV.1**TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO NOVENO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(SESIÓN VIRTUAL, 2 AL 11 AGOSTO 2021)

Temas en consideración:

1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad
Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio
2. 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
3. Recibos electrónicos para productos agrícolas

- Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
4. El derecho internacional aplicable al ciberespacio
Relatora: Dra. Mariana Salazar Albornoz
 5. Los aspectos jurídicos de la deuda externa
Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
 6. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano.
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
 7. El fraude electoral ante la Carta Democrática Interamericana
Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
 8. Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos
Relator: Dr. Milenko Bertrand-Galindo Arriagada
 9. Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras
Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
 10. Incorporación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos
Relator: Dr. Milenko Bertrand-Galindo Arriagada
 11. Desarrollo de principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro
Relator: Dr. Ramiro Orias Arredondo
 12. Desarrollo de directrices interamericanas sobre la participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción
Relator: Dr. Ramiro Orias Arredondo
 13. Desarrollo de estándares internacionales sobre neuro derechos
Relator: Dr. Ramiro Orias Arredondo
 14. Derecho a la educación
Relator: Dr. Eric P. Rudge
 15. Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil
Relatora: Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre
 16. Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica Internacional
Relatora: Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre
 17. Marco jurídico interamericano para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores

Relator: Dr. Luis García-Corrochano Moyano

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 9 de abril de 2021, por los siguientes miembros: doctores Mariana Salazar Albornoz, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ramiro Gastón Orias Arredondo, José Antonio Moreno Rodríguez, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Ruth Stella Correa Palacio, Stephen G. Larson, Eric P. Rudge, Luis García-Corrochano Moyano, Miguel Angel Espeche Gil y Milenko Bertrand-Galindo Arriagada.

* * *

La determinación de la “Fecha y sede del nonagésimo octavo y nonagésimo noveno períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano” fue realizada el 7 de agosto de 2020, mediante la resolución CJI/RES. 258 (XCVII-O/20).

CJI/RES. 258 (XCVII-O/20)**FECHAS Y SEDE DEL NONAGÉSIMO OCTAVO Y NONAGÉSIMO NOVENO
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 98° período ordinario de sesiones entre el 1 y 5 de marzo de 2021, en la ciudad de Lima, Perú, y su 99° período ordinario de sesiones entre el 2 y el 11 de agosto de 2021 en su sede, la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en 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, Íñigo Salvador Crespo y Ruth Correa Palacio.

* * *

Cabe señalar que el lunes 9 de agosto de 2021 tuvo lugar la VIII Reunión Conjunta con las Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA que contó con la participación de representantes de los siguientes 20 países: Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, St. Lucía, Suriname y Uruguay, incluyendo también al Consultor Jurídico de España y a especialistas del Comité Internacional de la Cruz Roja. En dicha ocasión se discutieron dos temas de la agenda del CJI, el derecho internacional público aplicable al ciberespacio y el derecho consuetudinario particular en el contexto del continente americano. Se espera celebrar una nueva Reunión Conjunta en 2023.

CAPÍTULO II

**TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
DURANTE LOS PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES
CORRESPONDIENTES AL AÑO 2021**

TEMAS EN CONSIDERACIÓN

A continuación, se presentan los desarrollos en torno a los temas abordados por el Comité durante el año 2021, incluyendo de ser el caso, los documentos elaborados y aprobados por el Comité Jurídico Interamericano.

* * *

1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad

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 si 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 recalado 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 parte 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 94º 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 competencia de la competencia*” 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 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019), el tema no fue considerado.

Durante el 96° 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 relatoría 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.

Este tema no fue considerado en los períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de agosto de 2020 así como abril y agosto de 2021.

* * *

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

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 cándidas 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 93º 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 Parte, 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 proponer 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 94º 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 Vicepresidente 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 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) la relatora del tema, doctora Ruth Correa presentó su 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 pública 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.

Este tema no fue considerado en los períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de abril y agosto de 2021.

* * *

3. El derecho Internacional Público aplicable al ciberespacio

Documento

CJI/doc.648/21 Primer Informe: El derecho internacional aplicable al ciberespacio

(presentado por la doctora Mariana Salazar Albornoz)

* * *

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), la relatora del tema, doctora Mariana Salazar Albornoz, presentó su primer informe en la materia el cual lleva por título “El derecho internacional aplicable al ciberespacio”, (documento CJI/doc. 648/21). La doctora Salazar explicó que el trabajo emprendido por su predecesor el doctor Duncan B. Hollis buscaba “una mayor transparencia sobre cómo los Estados nacionales entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio” y para obtener la información de los Estados se sirvió de dos métodos: la remisión de un cuestionario de diez preguntas y la celebración de una discusión informal con especialistas en la materia de los Estados siguiendo la regla del “Chatham House”, todo lo cual le permitió identificar áreas de convergencia y de divergencia a partir del análisis de las respuestas. En la instancia pasó en revista las preguntas que fueron realizadas por el doctor Hollis, habiéndose recibido respuestas de nueve Estados (Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Perú, Estados Unidos, y Brasil). Expuso además las razones que motivan el cambio de título en esta relatoría de manera a reflejar la amplitud de la temática (pudiendo por ejemplo abarcar las obligaciones de debida diligencia y la responsabilidad de los Estados).

Acto seguido, presentó los desarrollos recientes en otros foros, en particular en la ONU, destacando un consenso a nivel de organizaciones internacionales favorables a la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, pero con posiciones divergentes a nivel de los Estados. En este último caso constató que es una situación que puede explicarse en función de la disparidad en las capacidades cibernéticas y conocimientos de las implicaciones “jurídico-internacionales” al interior de los Estados. Acto seguido, presentó una síntesis de los desarrollos recientes en la materia:

- El informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta data de marzo de 2021 y refiere a los avances en la informatización y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional que deja muchas aristas abiertas.
- El informe más reciente del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre la Promoción del Comportamiento Responsable de los Estados en el Ciberespacio en el Contexto de la Seguridad Internacional data de mayo de 2021 y en términos sustantivos es un informe más rico que el del Grupo de Trabajo, habiendo sido capaz de responder a varias preguntas.

- En el marco de la OEA, la resolución de la Asamblea General reafirmó la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio y la importancia de contar con normas voluntarias no vinculantes.

En el ámbito académico, la relatora relevó los trabajos del grupo independiente de la OTAN por medio del Manual de Tallin y del Manual de Tallin 2.0 que plantean el tema de la aplicación del derecho internacional a la ciberguerra en el primer caso y se expande a otras áreas en la versión 2.0. También reseñó sobre los diversos estudios del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) destacando un informe tendiente a evitar daños a civiles resultantes de operaciones militares cibernéticas durante conflictos armados, así como la iniciativa del Comité Asesor Global del CICR sobre Amenazas Digitales en Conflictos Armados, compuesto por 16 expertos internacionales que examinarán los principales retos legales y políticos concernientes a la protección de civiles contra estas amenazas. Finalmente, mencionó el Proceso de Oxford sobre las Protecciones del Derecho Internacional en el Ciberespacio, que lleva adelante el Instituto de Ética, Ley y Conflicto Armado de Oxford en alianza con Microsoft.

Acto seguido, la relatora pasó revista a los recientes ataques cibernéticos contra la empresa SolarWinds que se llevaron a cabo en varias etapas, afectando la base de datos de más de 18,000 empresas a nivel mundial y de agencias federales de los Estados Unidos.

Al respecto, constató la necesidad de continuar los esfuerzos para determinar el alcance de la aplicación del derecho internacional en el contexto del ciberespacio, esperando poder contribuir desde la región para que más Estados puedan relevar sus posiciones y seguir la filosofía del relator anterior.

Finalmente, en relación al camino a seguir la relatora propuso dos avenidas complementarias, sin perjuicio de otras opciones que le sean presentadas por los miembros o por los consultores jurídicos en la VIII Reunión Conjunta del lunes 9 de agosto:

1. Que el Comité fomente el diálogo y la capacitación jurídica por medio de una participación en la sesión de reflexión que la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos celebrará en el 2021 así como en el curso a ser organizado por el Departamento de Derecho Internacional. Ello además de propiciar foros de diálogo con el sector privado y la búsqueda de sinergias con otras instancias dentro de la OEA, tal como el CICTE. Incluso pudiendo también participar en el webinar que se espera realizar sobre el proceso de Oxford.
2. Que se elabore y remita un nuevo cuestionario a los Estados que embarcaría un máximo número de aristas que intervienen en la materia, tales como:
 1. Las normas de responsabilidad internacional de los Estados (incluyendo cuestiones de atribución por ciberoperaciones de actores no estatales y obligaciones de debida diligencia);
 2. Los principios fundamentales de igualdad soberana de los Estados y no intervención en los asuntos internos de otro Estado;
 3. La prohibición del uso de la fuerza armada entre Estados y la excepción de la legítima defensa (*ius ad bellum*);
 4. Las normas de derecho internacional humanitario (*ius in bello*), incluyendo los principios humanitarios, los métodos y medios de combate cibernético prohibidos, y cuestiones relativas a ciberataques contra infraestructura crítica, servicios esenciales o datos. Interpretación de los derechos y obligaciones establecidos en los convenios de Ginebra a la luz de los nuevos desarrollos tecnológicos;
 5. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo (i) los derechos a la privacidad y a la protección de la honra, vida privada y dignidad, lo cual está relacionado con la protección de los datos personales, (ii) la libertad de expresión y la mal información, desinformación y discurso de odio a través de medios digitales, (iii)

la necesidad de reducir la brecha digital de género y (iv) los deberes de las empresas en relación con derechos humanos);

6. Las normas aplicables al cibercrimen.

Para facilitar la comprensión de las preguntas el cuestionario, la relatora propuso incluir una lista ilustrativa de las principales normas convencionales y consuetudinarias internacionales además de la jurisprudencia relevante. En un segundo nivel se podría referir al debate que realiza el Manual de Tallin o los desarrollos del CICR en la materia. En función de las respuestas, la relatoría elaboraría un análisis destinado a ilustrar las posiciones de los Estados en la materia.

El doctor George Galindo felicitó a la relatora por su informe y coincidió con la necesidad de insistir con los Estados y remitir un nuevo cuestionario, al mismo tiempo consideró importante tener en cuenta que muchas veces el silencio dice mucho. Este es un tema donde existe la posibilidad de crear normas consuetudinarias y muchos Estados pueden no querer pronunciarse, en particular respecto a consideraciones muy controversiales. En relación a la ampliación del cuestionario, sugirió incluir temas que tengan mayor consenso, tal como por ejemplo la inviolabilidad de los archivos diplomáticos. La relatora agradeció la propuesta y se comprometió a incluir la sugerencia sobre los archivos diplomáticos. Frente al silencio de los Estados, constató que hay Estados que no tienen posiciones y otros que no quieren pronunciarse. En este sentido, consultó al pleno si sería pertinente presentar ante los Consultores Jurídicos dos opciones con relación a este tema: un cuestionario acompañado de una guía normativa o solamente que el Comité elabore una guía normativa. Constató que se podría también realizar un informe sobre el estado de las discusiones en la materia.

El doctor José Moreno Rodríguez felicitó a la relatora y le consultó sobre el uso de la expresión “aplicable” en el ámbito del derecho internacional, y si no valdría la pena referir al derecho internacional “público”. Todo ello teniendo en cuenta las distintas ramas que participan del derecho internacional y desde el punto de vista semántico pudiese no ser claro, en particular debido a la tendencia de ciertas personas a cuestionar el valor del derecho internacional privado. En lo relativo al cuestionario solicitó el apoyo del Departamento de Derecho Internacional y de los miembros del Comité para facilitar un mayor número de respuestas de los Estados.

La doctora Cecilia Fresnedo apoyó las propuestas de la relatora del tema. Frente a las dificultades de los Estados para responder, consideró la opción de realizar acercamientos a contactos individuales en los gobiernos. Manifestó su acuerdo con lo expresado por el doctor Moreno sobre la separación de las ramas del derecho que participan del derecho internacional, ilustrando casos en donde no siempre es evidente distinguir su pertenencia a lo público o lo privado.

La relatora agradeció la propuesta de los doctores Moreno y Fresnedo y por ende propuso modificar el nombre de la relatoría: “el derecho internacional público y el ciberespacio (o en el ciberespacio)”.

El doctor Eric P. Rudge felicitó a la relatora a quien instó a trabajar en un nuevo cuestionario. Constató que en ciertos Estados este es un tema novedoso, y por ende es esencial educar y expandir la capacitación. En este sentido, felicitó la iniciativa del DDI de celebrar un curso en la materia. A pesar de compartir los dichos del doctor Galindo sobre el silencio de los Estados, consideró importante remitir un nuevo cuestionario puesto que también hay Estados que guardan silencio porque no tienen respuestas o que no están al tanto de la materia. La relatora concordó con la idea de impulsar los esfuerzos de capacitar y abrir espacios de discusión.

El doctor Ramiro Orias subrayó la influencia de este tema en la vida de las personas, y apoyó la iniciativa de promover esta temática y el diálogo público por medio de conversatorios y foros virtuales en un tema muy actual. Apoyó la idea de incorporar el enfoque de los derechos humanos en el cuestionario, mencionando su preocupación frente a ciberataques de los procesos electorales que provienen de otros Estados o cuando se cierran espacios públicos de discusión por parte de los Estados.

La relatora aludió a la libertad de expresión y la difusión de *fake news* que incitan al odio. Citó el caso de Myanmar, se en donde se utilizó Facebook para incitar al odio contra los Rohingya, por ende, se debería trabajar el balance de la libertad de expresión e incitación al odio.

El doctor Miguel Angel Espeche se refirió a la dificultad a distinguir en muchos casos el lugar de origen de los ataques, y le consultó a la relatora sobre la situación de los actores no Estatales en su informe.

La relatora opinó que la exigencia es de talla en la determinación origen del ataque pues es esencial determinar la dirección y el control de Estado, precisando por ejemplo que el ataque a SolarWind en Estados Unidos se le atribuye a Rusia. Como muchas veces los ciberataques provienen de actores no estatales, el cambio del título de la relatoría precisamente se realizó con el fin de no limitarse a las operaciones directamente atribuibles al Estado sino que además incluir aquellas obligaciones de debida diligencia o de cuidado de acciones que surgen desde su territorio.

El Presidente por su parte identificó que la capacidad del control del Estado se hace imposible frente a Estados destrutturados.

El doctor George Galindo se refirió al uso de la expresión “aplicable” pues ello podría tener una implicancia en relación con la posición de ciertos Estados que *a priori* cuestionan su aplicabilidad al ciberespacio por no haber una regulación o normas en el ámbito. Al respecto, doctora Cecilia Fresnedo propuso el siguiente título: “Derecho Internacional Público y su aplicabilidad al ciberespacio” o alternativamente “el Derecho Internacional Público aplicable al ciberespacio”.

La relatora confirmó el título presentado por la doctora Fresnedo “El Derecho Internacional Público aplicable al ciberespacio”.

A continuación, se presenta el documento elaborado por la relatora, doctora Mariana Salazar Albornoz, en agosto de 2021:

CJI/doc.648/21

PRIMER INFORME: EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE AL CIBERESPACIO

(presentado por la doctora Mariana Salazar Albornoz)

I. ANTECEDENTES Y MANDATO:

Este es mi primer informe sobre el Derecho Internacional aplicable al Ciberespacio. Tiene por objetivo recapitular la labor que ha realizado el Comité en el tema, brindar una actualización sobre los principales desarrollos recientes que ha tenido la temática a nivel internacional, así como identificar áreas pendientes de estudio y explorar posibles pasos futuros del Comité en la materia.

La temática comenzó a ser estudiada por el Comité Jurídico Interamericano en el año 2018, a propuesta del entonces relator doctor Duncan B. Hollis, bajo el título “Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejorando la transparencia”. El relator Hollis presentó al Comité un total de cinco informes sobre este tema entre agosto de 2018 y mayo de 2020 (documentos CJI/doc.570/18, CJI/doc.578/19, CJI/doc.594/19, CJI/doc.603/20 rev.1 corr.1 y CJI/doc.615/20 rev.1). El objetivo, tal y como se plasmó en esos informes, fue contribuir desde la región americana 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. La relatoría identificó áreas de convergencia y de divergencia a partir del análisis de las respuestas

presentadas por los Estados americanos a un cuestionario de diez preguntas¹ acordado en el seno del Comité (a partir del proyecto de la relatoría) y circulado a los mismos en febrero de 2019, así como a partir de una discusión informal sostenida con los representantes jurídicos de Estados Miembros bajo la regla de “Chatham House”. El quinto y último informe de la relatoría, que contiene el citado análisis y que anexa el cuestionario circulado y las respuestas proveídas por los Estados, fue publicado por el Comité y constituye una útil herramienta de referencia sobre el estado actual de las visiones de los Estados de la región en la materia².

Ante la culminación del periodo de membresía del doctor Hollis en el Comité, el Comité me designó relatora para este tema a partir del 1º de enero de 2021, decidiendo modificar el título de la relatoría a “El Derecho Internacional Aplicable al Ciberespacio” con el fin de reflejar la amplitud del espectro de la temática. Desde entonces, y según informé verbalmente durante el 98º periodo de sesiones del Comité celebrado el pasado mes de abril de 2021, he participado en mi calidad de relatora sobre este tema en lo siguiente: (i) el 4 de febrero presenté la labor de la relatoría en la Reunión Regional de Comisiones Nacionales de Derecho Internacional Humanitario de las Américas, organizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja; (ii) el 8 de marzo moderé el webinar organizado por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA sobre “Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado” en el que el ex relator Hollis presentó los resultados de su relatoría a los Estados miembros de la OEA; (iii) el 18 de marzo participé en el conversatorio global “Tecnologías Digitales y Acción Humanitaria en Conflictos Armados” organizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR); (iv) el 24 de marzo presenté la labor de la relatoría en el seminario de la Junta Interamericana de Defensa sobre “Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas en el Hemisferio Occidental” para 14,000 fuerzas armadas de la región; y (v) el 9 de junio participé en la primera reunión del Comité Asesor Global del CICR sobre Amenazas Digitales en Conflictos Armados.

1 Las preguntas realizadas a los Estados fueron: “1. ¿Ha hecho públicos su gobierno algún documento oficial, discurso o declaración similar que resuma cómo entiende que el derecho internacional se aplica a las operaciones cibernéticas? Se ruega proporcionar copias o enlaces a dichas declaraciones; 2. ¿Se aplican las ramas del derecho internacional actual (incluidos la prohibición del uso de la fuerza, el derecho de legítima defensa, el derecho internacional humanitario y los derechos humanos) al ciberespacio? ¿Existen áreas en las cuales la novedad del ciberespacio excluye la aplicación de un conjunto específico de derechos u obligaciones legales internacionales?; 3. ¿Puede una operación cibernética por sí misma constituir un uso de fuerza? ¿Puede constituir un ataque armado que genere un derecho de legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas? ¿Puede una operación cibernética calificarse como uso de fuerza o ataque armado sin causar los efectos violentos que se han utilizado para marcar dichos umbrales en conflictos cinéticos pasados?; 4. Fuera de los conflictos armados, ¿cuándo sería un Estado responsable por las operaciones cibernéticas de un actor no estatal? ¿Qué grado de control o participación debe tener un Estado en las operaciones del actor no estatal para desencadenar la responsabilidad legal internacional de ese Estado?; 5. ¿Son las normas de responsabilidad del Estado las mismas u otras en el contexto de un conflicto armado tal como se define ese término en los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra de 1949?; 6. De acuerdo al derecho internacional humanitario, ¿puede una operación cibernética calificarse como un “ataque” de acuerdo a las normas que rigen la conducción de las hostilidades si no causa muerte, lesión ni daño físico directo al sistema informático en cuestión o a la infraestructura que apoya? ¿Podría una operación cibernética que produce solo una pérdida de funcionalidad, por ejemplo, calificarse como un ataque? Si es así, ¿en qué casos?; 7. ¿Estaría una operación cibernética que solamente ataca datos regulada por la obligación de derecho internacional humanitario de dirigir ataques solamente contra objetivos militares y no contra objetivos civiles?; 8. ¿Es la soberanía una norma discreta del derecho internacional que prohíbe a los Estados participar en operaciones cibernéticas específicas? Si es así, ¿esa prohibición cubre las operaciones cibernéticas que se encuentran por debajo del umbral de uso de la fuerza y que, aparte de eso, no violan el principio de no intervención?; 9. ¿Es la diligencia debida una norma de derecho internacional que los Estados deben acatar en el ejercicio de su soberanía sobre las tecnologías de la información y la comunicación en sus territorios o bajo el control de sus nacionales?; 10. ¿Existen otras reglas de derecho internacional que su Gobierno considere importante tener en cuenta al evaluar la regulación de las operaciones cibernéticas por parte de los Estados o actores por las que un Estado tenga responsabilidad en el ámbito internacional?”

2 Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Derecho_Internacional_y_Operaciones_Cibern%C3%A9ticas_del_Estado_publicacion.pdf

II. RELEVANCIA DEL TEMA:

Como han señalado los informes previos, los ciberataques pueden tener graves implicaciones económicas, de seguridad nacional y de derechos humanos para los Estados. Dado el contexto actual, resulta necesario considerar que en el último año, la pandemia del COVID-19 y su consecuente confinamiento trajo consigo una enorme aceleración digital que, si bien por un lado ha resaltado los beneficios de las tecnologías de la información y de la comunicación, también ha centrado la atención internacional sobre los riesgos y consecuencias de los ataques maliciosos a éstas. Citando el informe reciente del Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre este tema:

“La actual crisis sanitaria global ha subrayado los beneficios fundamentales de las tecnologías de la comunicación y de la información y nuestra dependencia sobre ellas, incluyendo para proveer servicios gubernamentales vitales, comunicar mensajes esenciales de seguridad pública, desarrollar soluciones innovadoras para asegurar la continuidad de los negocios, acelerar la investigación, y ayudar a asegurar continuidad en la educación y la cohesión social a través de medios virtuales. En estos tiempos de incertidumbre, los Estados, así como el sector privado, científicos y otros actores, han aprovechado la tecnología digital para mantener a los individuos y sociedades comunicadas y saludables. Al mismo tiempo, la pandemia del COVID-19 ha demostrado los riesgos y consecuencias de las actividades maliciosas que buscan explotar vulnerabilidades en tiempos en que las sociedades se encuentran bajo enorme tensión. También destacó la necesidad de superar las brechas digitales, construyendo resiliencia en todas las sociedades y sectores, y manteniendo un enfoque centrado en el ser humano.”³ (la traducción es nuestra).

En los últimos meses, el mundo fue sacudido por uno de los más grandes ataques cibernéticos de la historia, en contra de la empresa estadounidense de software SolarWinds⁴. El ataque ocurrió en tres etapas entre mediados de 2020 y mayo de 2021. Afectó la base de datos de más de 18,000 empresas a nivel mundial y de agencias federales claves del gobierno de los Estados Unidos (incluyendo los Ministerios de Seguridad Interior, de Estado, de Energía, de Finanzas y la Administración Nacional de Seguridad Nuclear). Varios atribuyen el ataque a los servicios de inteligencia de Rusia, y Estados Unidos ha indicado estar preparando sanciones contra dicho país en respuesta al mismo. El ataque reciente contra SolarWinds evidencia que la problemática no sólo continúa sino que incrementa en gravedad y tiene consecuencias en el plano de las relaciones interestatales. Este y anteriores sucesos, referidos en los informes previos de la relatoría, reafirman la enorme relevancia de contar con claridad respecto al alcance de la aplicación del derecho internacional en el contexto del ciberespacio.

III. DESARROLLOS RECIENTES EN FOROS MULTILATERALES Y ACADÉMICOS:

a) Foros intergubernamentales

El consenso intergubernamental apunta a reconocer que el derecho internacional es, en efecto, aplicable al ciberespacio. A los reconocimientos en este sentido realizados en años pasados en el marco de la ONU, ASEAN y la Unión Europea, referidos en informes previos de la relatoría, se suma el reconocimiento reciente que hizo la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (AGOEA). Mediante resolución AG/RES.2959 (L-0/20) adoptada el 21 de octubre de 2020, la AGOEA reconoció lo siguiente, atendiendo a la recomendación que le hizo este Comité Jurídico Interamericano

³ United Nations General Assembly, Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, Final Substantive Report, doc. A/AC.290/2021/CRP.2, adoptado el 12 de marzo de 2021. Disponible en: <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2021/03/Final-report-A-AC.290-2021-CRP.2.pdf>

⁴ Véase, por ejemplo: “The US is readying sanctions against Russia over the SolarWinds cyber attack. Here’s a simple explanation of how the massive hack happened and why it’s such a big deal”, Business Insider, 15 de abril de 2021, disponible en: <https://www.businessinsider.com/solarwinds-hack-explained-government-agencies-cyber-security-2020-12?r=MX&IR=T>

(con un lenguaje modificado respecto de la recomendación original):

“REAFIRMANDO la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio y la importancia de la implementación de las normas voluntarias no vinculantes para el comportamiento responsable del Estado en el ciberespacio, en los informes de consenso del Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional.”

Pese al consenso internacional existente en torno a la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, aún existen enormes divergencias en las posiciones de los Estados en torno a la forma en que se lleva a cabo dicha aplicación. Es decir, los Estados concuerdan en que el derecho internacional aplica en el ciberespacio, pero no concuerdan en torno al alcance concreto que tiene dicha aplicación en ciertas ramas.

Diversos foros intergubernamentales, ya referidos en informes previos, se han creado para propiciar las discusiones y acercar posiciones en la materia. En meses recientes, se han dado los siguientes avances significativos en las discusiones intergubernamentales de las Naciones Unidas relativas a la aplicación del derecho internacional al ciberespacio:

- El 12 de marzo de 2021 el *Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los avances en la informatización y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional* adoptó su Informe Sustantivo Final⁵. El Grupo fue creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2018⁶ y sesionó en tres ocasiones entre 2019 y 2021, abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas.
- Con el fin de “asegurar el carácter ininterrumpido y continuo del proceso” antes citado, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, mediante resolución 75/240 adoptada el 31 de diciembre de 2020, establecer un nuevo grupo de trabajo de composición abierta sobre la seguridad y la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el período 2021-2025. Entre otras atribuciones, el grupo seguirá elaborando las reglas, normas y principios de comportamiento responsable de los Estados, y seguirá estudiando la forma en que el derecho internacional se aplica a la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados.
- El 28 de mayo de 2021 el *Grupo de Expertos Gubernamentales sobre la Promoción del Comportamiento Responsable de los Estados en el Ciberespacio en el Contexto de la Seguridad Internacional* adoptó su informe consensual⁷. El Grupo también fue creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2018⁸ y sesionó en cuatro ocasiones entre 2019 y 2021, compuesto por expertos de 25 Estados designados sobre la base de una representación geográfica equitativa. De la región de las Américas participaron expertos de Brasil, México, Estados Unidos y Uruguay.

Los informes de ambos grupos de las Naciones Unidas se guiaron y nutrieron de los informes adoptados en 2010, 2013 y 2015 por los grupos de expertos gubernamentales previamente creados en el seno de las Naciones Unidas sobre esta temática, los cuales adoptaron 11 normas voluntarias, no vinculantes, sobre el comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio, con

⁵ United Nations General Assembly, *Final Substantive Report of the Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security*, A/AC.290/2021/CRP.2 (March 10, 2021), disponible en: <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2021/03/Final-report-A-AC.290-2021-CRP.2.pdf>

⁶ Creado por resolución A/Res/73/27 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 2018.

⁷ *Report of the Group of Governmental Experts on Advancing responsible State behaviour in cyberspace in the context of international security*, Advance Copy (28 May 2021), disponible en: <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2021/06/final-report-2019-2021-gge-1-advance-copy.pdf>

⁸ Creado por resolución A/Res/73/266 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2018.

recomendaciones sobre medidas de construcción de confianza, capacidad y cooperación⁹.

La labor que ha tenido la relatoría en este Comité, según se refleja en informes previos, se ha centrado atinadamente en buscar identificar la visión de los Estados americanos sobre los principales temas de derecho internacional relacionados con el ciberespacio con el fin de mejorar la transparencia y nutrir, con ello, las discusiones de los foros de las Naciones Unidas. La relatoría ha buscado servir de plataforma para la transparencia, sin pretender de modo alguno codificar o desarrollar progresivamente el derecho internacional en la materia ni elaborar guías ni compendios de buenas prácticas sobre la misma.

Sin embargo, la participación de los Estados americanos en los esfuerzos de este Comité ha sido sumamente limitada: tan solo nueve¹⁰ de los 35 Estados de la región americana brindaron respuestas al cuestionario circulado por el Comité, y algunas de esas respuestas no contienen posiciones concluyentes. Como ha concluido atinadamente la relatoría que me precedió, esta falta de participación se debe en gran medida a una disparidad entre los Estados de la región en cuanto a sus capacidades cibernéticas y a sus conocimientos sobre las implicaciones jurídico-internacionales de las mismas. La disparidad se refleja también a nivel global, como han identificado los diversos foros de las Naciones Unidas antes señalados, afectando la posibilidad de alcanzar consensos en la materia. Así pues, tanto dichos foros como este Comité han coincidido en la urgente necesidad de continuar construyendo capacidades en esta materia, a través de propiciar diálogos entre actores estatales y no estatales sobre el alcance de la aplicación del derecho internacional al ciberespacio. En congruencia con lo anterior y por recomendación de este Comité, la resolución de la AGOEA antes citada, adoptada el 21 de octubre de 2020, también resolvió:

“Encomendar a la CAJP [Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos] que, previo al quincuagésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebre una sesión para reflexionar colectivamente sobre el fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación y encomendar al Departamento de Derecho Internacional que elabore posteriormente un informe de sus principales resultados para ofrecerlos al CJI”.

Además, en atención a la recomendación del Comité, el Departamento de Derecho Internacional organizará también un curso en la materia dirigido a los Estados Miembros de la región. Aunado a lo anterior, cabe tener en cuenta que otro órgano de la OEA que realiza labor de capacitación relacionada con el ciberespacio es el Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE).

b) Foros académicos

En el ámbito académico, el Manual de Tallin¹¹ y el Manual de Tallin 2.0¹² fueron elaborados en 2013 y 2017, respectivamente, como resultado de la labor de un grupo independiente de expertos financiados por la OTAN para abordar cómo aplica el derecho internacional a la ciberguerra (primer manual) y cómo aplica a otras áreas de derecho internacional relacionadas con operaciones cibernéticas del Estado (segundo manual). Continúan siendo referentes útiles para nutrir los análisis en la materia.

A su vez, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha emitido diversos estudios relativos a la forma en que aplica el derecho internacional humanitario –ámbito de su competencia– al ciberespacio, mismos que también son referentes útiles para los análisis en la materia¹³. El más reciente fue publicado

⁹ Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional*, 19, U.N. Doc. A/68/98 (24 de junio de 2013); y Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional*, 10, U.N. Doc. A/70/174 (22 de julio de 2015).

¹⁰ Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Perú, Estados Unidos, y Brasil.

¹¹ Michael Schmitt, ed., *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Tallinn, Estonia: NATO CCD COE, 2013).

¹² Michael Schmitt, ed., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Tallinn, Estonia: NATO CCD COE, 2017).

¹³ Véase, por ejemplo: CICR, *Position Paper on International Humanitarian Law and Cyber Operations during*

en mayo de 2021 y se refiere a formas de evitar daños a civiles resultantes de operaciones militares cibernéticas durante conflictos armados¹⁴. Otro avance reciente del CICR sobre esta temática fue el lanzamiento, el 9 de junio de 2021, del Comité Asesor Global del CICR sobre Amenazas Digitales en Conflictos Armados, compuesto por 16 expertos internacionales que examinarán los principales retos legales y políticos concernientes a la protección de civiles contra estas amenazas.

A estos esfuerzos globales se ha sumado recientemente el Proceso de Oxford sobre las Protecciones del Derecho Internacional en el Ciberespacio (*Oxford Process on International Law Protections in Cyberspace*), lanzado en mayo de 2020 por el Instituto de Ética, Ley y Conflicto Armado de Oxford en alianza con Microsoft. Desde su creación y hasta la fecha del presente informe, el Proceso de Oxford ha emitido cuatro declaraciones públicas sobre la protección que confiere el derecho internacional en el ciberespacio en relación con ciberoperaciones contra el sector salud, la investigación de vacunas en el contexto del COVID-19, las intervenciones electorales extranjeras por medios digitales, y la regulación de operaciones y actividades de información¹⁵.

IV. LA LABOR FUTURA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO EN LA MATERIA:

Como se ha mencionado, las divergencias de posiciones por parte de los Estados sobre el alcance de la aplicación del derecho internacional al ciberespacio continúan, y las discusiones en el seno de las Naciones Unidas continuarán aún para el periodo 2021-2025. Aunado a ello, se ha evidenciado la enorme disparidad entre las capacidades cibernéticas y conocimientos jurídicos de los Estados en la materia, lo cual a su vez se vio reflejado en la baja respuesta que recibió el Comité al cuestionario que, sobre el tema, fue circulado en 2019.

Resulta relevante que el Comité Jurídico Interamericano continúe propiciando transparentar las posiciones de los Estados americanos en la materia, contribuyendo con ello a las discusiones internacionales en curso. Someto a consideración de los miembros del Comité que esto se realice a través de las siguientes dos aristas:

Primero, debido a que varios Estados aún no tienen una posición clara sobre el tema, la labor de transparentar posiciones incluye también la de fomentar el diálogo y la capacitación jurídica sobre el derecho internacional aplicable al ciberespacio. La próxima sesión de reflexión de la CAJP a realizarse en 2022, así como el curso a ser organizado por el Departamento de Derecho Internacional, serán útiles para continuar identificando los principales aspectos de preocupación en la región y para propiciar, a través de la participación de expertos, la profundización de la capacitación en la materia. El Comité podría continuar propiciando mayor capacitación y foros de diálogo en los que participen tanto Estados como actores no estatales. La participación del sector privado es de suma importancia ya que frecuentemente es un cómplice involuntario de los ciberataques o bien víctima de ellos, y cuenta con los conocimientos tecnológicos que los Estados requieren para adoptar políticas integrales que hagan frente a las amenazas digitales. El Comité también podría buscar sinergias con las capacitaciones y foros de diálogo que realizan otros órganos de la OEA como el CICTE.

Segundo, con el fin de propiciar que más Estados de la región cuenten con posiciones claras sobre los principales temas jurídico-internacionales que se están debatiendo en torno al ciberespacio, el Comité podría elaborar un nuevo cuestionario para circular a los Estados, con las siguientes características:

- (i) Expandir la temática del cuestionario para abarcar no sólo las cuestiones relacionadas con la paz y la seguridad internacionales (en las que se centró el cuestionario de 2019) sino también los otros aspectos del derecho internacional aplicable al ciberespacio. Ello, al

Armed Conflicts” (noviembre 2019); CICR, *Report on International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict* (noviembre 2019); CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, (octubre 2015) pp. 39-44.

¹⁴ CICR, “Avoiding Civilian Harm from Military Cyber Operations during Armed Conflicts”, disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/avoiding-civilian-harm-from-military-cyber-operations>

¹⁵ Disponibles en: <https://www.elac.ox.ac.uk/the-oxford-process-on-international-law-protections-in-cyberspace/>

tiempo de asegurar que las preguntas sean formuladas de manera general y simplificada. Como temas sugeridos, el cuestionario podría abarcar las siguientes temáticas:

1. Las normas de responsabilidad internacional de los Estados (incluyendo cuestiones de atribución por ciberoperaciones de actores no estatales y obligaciones de debida diligencia);
2. Los principios fundamentales de igualdad soberana de los Estados y no intervención en los asuntos internos de otro Estado;
3. La prohibición del uso de la fuerza armada entre Estados y la excepción de la legítima defensa (*ius ad bellum*);
4. Las normas de derecho internacional humanitario (*ius in bello*, incluyendo los principios humanitarios, los métodos y medios de combate cibernético prohibidos, y cuestiones relativas a ciberataques contra infraestructura crítica, servicios esenciales o datos);
5. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos (incluyendo (i) los derechos a la privacidad y a la protección de la honra, vida privada y dignidad, lo cual está relacionado con la protección de los datos personales, (ii) la libertad de expresión y la mal información, desinformación y discurso de odio a través de medios digitales, (iii) la necesidad de reducir la brecha digital de género y (iv) los deberes de las empresas en relación con derechos humanos);
6. Las normas aplicables al cibercrimen.
 - (ii) Como introducción a la pregunta relacionada con cada temática, el cuestionario podría incluir un listado enunciativo de las principales normas convencionales y consuetudinarias internacionales (acompañado de algunas jurisprudencias internacionales relevantes) cuya aplicación se discute en torno a cada tema relacionado con el ciberespacio. El listado no contendría valoración alguna ni pretendería orientar posiciones, ni brindaría análisis jurídicos sobre las mismas (estos análisis ya se incluyen en exhaustivos trabajos como los de Tallin o del CICR, por ejemplo). Lo que se pretende con este ejercicio de identificación normativa es simplemente suministrar los elementos jurídicos para facilitar la comprensión, por parte de los Estados, de las preguntas que les están siendo formuladas, y propiciar el análisis y posicionamiento de más Estados en la materia.
 - (iii) A partir de las respuestas recibidas, el Comité podría realizar una compilación y análisis de las mismas, que pudiera ser herramienta útil para el proceso de posicionamiento de los Estados de la región en la materia y contribuir con ello a avanzar las discusiones internacionales respectivas.

Las anteriores son meras sugerencias, y el Comité podría explorar otras opciones para mejor aproximar esta temática y asegurar una contribución sustantiva desde la OEA a las discusiones internacionales de la misma. La reunión con los Consultores Jurídicos de las Cancillerías de los Estados Miembros, programada en el seno de esta sesión del Comité, es también una oportunidad para consultar la opinión de los Estados Miembros sobre la idoneidad de esta u otras vías para que la relatoría mejor contribuya al avance del tema en nuestra región.

* * *

4. 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.

Este tema no fue considerado en los períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de 2020 y de 2021.

* * *

5. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente

Documentos

- | | |
|-----------------|---|
| CJI/doc. 627/21 | Segundo informe sobre el derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano

(presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo) |
| CJI/doc. 645/21 | Tercer informe sobre el derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano

(presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo) |

* * *

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 Arréchaga. 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 96° 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 97° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), este tema no fue considerado.

Durante el 98° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), el relator del tema, doctor George Rodrigo Bandeira Galindo, presentó el documento intitolado “Segundo informe sobre el derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano” (documento CJI/doc.627/21), por medio del cual se espera sistematizar la doctrina en la materia y la jurisprudencia, principalmente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), abarcando también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CICH-Corte), identificando las posibilidades y limitaciones respecto de su aplicación en la región.

La evaluación de la posición de la jurisprudencia internacional respecto del derecho internacional consuetudinario analizó seis decisiones de la CIJ:

- El Caso relativo al derecho de asilo colombiano-peruano (fallo del 20 de noviembre de 1950: CIJ, Informes, 1950, p. 266) que aborda cuestiones relacionadas con la concesión de asilo diplomático por parte del Gobierno de Colombia al ciudadano peruano Víctor Raúl Haya de la Torre. Destacó que este caso da inicio al análisis del derecho internacional consuetudinario por parte de la CIJ.
- El Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Sentencia del 27 de agosto de 1952: Informes, CIJ, 1952) ligado a la continuidad de determinados privilegios concedidos a ciudadanos estadounidenses en territorio marroquí.
- Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, de 1960 (sentencia del 12 de abril de 1960: Informes, CIJ, 1960, p. 6), que alude a una práctica que autorizaba el derecho de paso de Portugal en el territorio de la India, mantenida incluso cuando este último país adquirió su independencia.
- Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Fondo, Sentencia. Informes, CIJ, 1986, p. 14. Caso que refiere al “derecho internacional consuetudinario [...] particular del sistema jurídico interamericano”.
- Caso relativo a la controversia fronteriza de Burkina Faso y la República de Malí (Informes, CIJ, 1986, p. 554, que aplica el principio del *uti possidetis* en África al constatar que se trataría de una norma consuetudinaria de carácter general.
- Caso relativo a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos que interpuso Costa Rica contra Nicaragua (Informes de la CIJ, 2009, pág. 213) en que se reconoce una costumbre bilateral en materia de pesca de subsistencia de los ribereños del río San Juan.

Asimismo, el relator realizó un análisis de opiniones individuales de jueces de la CIJ en relación con el caso de la plataforma continental del Mar del Norte y del caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia). En lo que respecta a la CIDH-Corte, el mismo ejercicio se hizo en base de la Opinión Consultiva sobre la Institución del Asilo y su Reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección (OC-25/18)). Al final de su informe, el relator presentó un balance general a la luz de ciertos elementos que permiten identificar la costumbre regional, tales como la

carga de la prueba, los intereses colectivos generales en juego, incluso la protección de los derechos humanos de ciertos grupos de individuos (tal como se observa en el caso de Costa Rica v. Nicaragua). Para el próximo paso, el relator se comprometió a sistematizar la principal doctrina en la materia y consultó al pleno sobre la relevancia de preparar un cuestionario a ser enviado a los Estados.

La doctora Mariana Salazar agradeció el informe del relator, que será de gran utilidad para la academia. Instó a continuar actualizando el documento. En lo que corresponde a la consulta a los Estados, adujo que puede tener desventajas al ser altamente teórico, y por ende que no sea respondido. Propuso remitir a los Estados un listado de elementos concretos que les pueda ser de ayuda en la materia. Finalmente, pidió al relator tener en cuenta el posible efecto descodificador al momento de abordar la relación entre costumbre y tratado, con el fin de no diluir algo que ya obliga.

El doctor Miguel Angel Espeche felicitó al relator por su trabajo. Respecto de la propuesta de consulta expresó una cierta reticencia de parte de los Estados para manifestarse sobre temas de esta índole que buscan descubrir criterios que participarían en la adopción de una costumbre internacional. Por ello sugirió realizar una consulta a las academias de derecho internacional de los distintos Estados, y llevar este tema a la reunión conjunta con los Asesores Jurídicos.

El doctor Eric P. Rudge invitó al relator a continuar trabajando este tema que será de gran utilidad para los estudiantes. Sugirió incluir resúmenes de las decisiones que se citan. En la página 2 en inglés solicitó aclarar el nombre de la institución referida, CIJ o CIDH-Corte. También pidió incluir una nota de pie de página que indique si las costumbres particulares que se citan son reflejadas en otros casos. Finalmente, apoyó la solución aportada por el doctor Espeche-Gil de consultar a las academias en lugar de los gobiernos, inclusive dirigirse escuelas de derecho.

El Presidente felicitó al doctor George Bandeira por el rico análisis de la tradición americana frente a la falta de generosidad de la jurisprudencia de la CIJ, aclarando que la costumbre es una práctica, no es la prueba de la práctica. Constató varios casos en que la CIJ no hace un análisis que demuestre la existencia de la norma. Apoyó la propuesta del doctor Espeche-Gil de remitir la consulta a la academia antes de hacerlo a los gobiernos, sin perjuicio de conversarlo con los asesores jurídicos.

El doctor Milenko Bertrand sugirió investigar con mayor profundidad el pronunciamiento de la CIDH, que tiende a evitar pronunciarse sobre “categorías sospechosas” que no están enunciadas en la Convención. Citó al respecto el *Caso Atala-Riffo e hijas versus Chile* y la discusión sobre la existencia de un entendimiento común que condenaba la discriminación por orientación sexual. La Corte Interamericana interpretó que había una práctica regional, en función de antecedentes prácticos de visiones de Europa y no necesariamente de los Estados Parte en la Convención. Ello permitirá revisar temas en donde la Corte Interamericana se ha confrontado a dicotomías sobre prácticas continentales que tienen un estándar de prueba menor que el que puedan tener en el ámbito internacional (pena de muerte, discriminación, etc).

El relator del tema, George Galindo, agradeció las pertinentes observaciones presentadas. Reconoció las observaciones de la doctora Salazar y del doctor Espeche-Gil sobre la reticencia de los gobiernos para responder a preguntas abstractas sobre la costumbre. Clarificó que no se busca investigar la existencia de una norma sino los métodos que sirven para crear una costumbre regional. Por ende, no se procederá a la consulta por el momento. Por otra parte, en su próximo informe incluirá consideraciones más transversales sobre la costumbre regional, y notablemente el efecto descodificador, mencionado por la doctora Salazar. Dando continuidad a la sugerencia del doctor Espeche-Gil de llevar este tema al encuentro con los asesores jurídicos para obtener la impresión de dichas personas (incluyendo observaciones generales sobre la costumbre regional), propuso que luego de dicha reunión se decidirá a quién se enviará el cuestionario, a los gobiernos y/o a las academias. En respuesta al doctor Rudge, se comprometió a incluir un resumen de cada caso para la mejor comprensión de los temas mencionados. Aclaró que en la página 2 la referencia corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos- Corte-CIDH.

Finalmente, opinó que su reflexión sobre la interrelación en los casos de asilo pareciera no ser

completa, y por ende hará las enmiendas que se imponen. En respuesta al doctor Milenko Bertrand, explicó que la jurisprudencia de la CIDH permitiría hacer un relacionamiento con los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU respecto de la práctica posterior de los tratados (que no es necesariamente una costumbre). En este sentido, concordó con el hecho que la Corte-CIDH debería tener en cuenta la práctica de los Estados en lo que respecta la Convención Americana de Derechos Humanos. Al culminar su presentación se refirió al webinar que tendrá lugar en dos semanas sobre el estado de su relatoría, lo cual podría contribuir para una mayor difusión.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual agosto, 2021), el relator del tema, doctor George Rodrigo Bandeira Galindo, presentó su tercer informe sobre “el derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano (documento CJI/doc.645/21), por medio del cual analiza los pronunciamientos de la doctrina sobre la costumbre particular. En una etapa posterior se espera presentar la práctica de los Estados y poder eventualmente centrarse en las costumbres regionales.

Explicó que su informe presenta un detallado examen de la jurisprudencia bajo tres ópticas: decisiones de la Corte Internacional de Justicia, opiniones individuales de jueces de dicho tribunal que refieren a la costumbre y decisiones de otros tribunales en que se incluye a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual le permitió retomar los desarrollos de su informe anterior. Acto seguido, el relator remarcó que la novedad de este informe se sustenta en el análisis de la doctrina por medio de la visión de cuatro autores que han trabajado el tema, al tiempo de constatar que, si bien a mediados del siglo XX se admitía la existencia de normas consuetudinarias, dicho ámbito no contó con mucho interés hasta la década de 1960. Al respecto, se proponen diversas explicaciones:

- La universalización del derecho internacional fue asociada rápidamente a la idea de unidad del sistema jurídico internacional;
- Los movimientos de codificación y crecimiento exponencial del tratado se hicieron en detrimento de la fuente consuetudinaria;
- La doctrina comienza a prestar interés al tema a la luz de las decisiones jurisprudenciales.

Constató que el artículo de Jonathan Kohen sobre “La coutume locale” es considerado como un trabajo doctrinario influyente que abordó la costumbre desde una perspectiva voluntarista, y cuya metodología es replicada en otros estudios.

El relator indicó que su estudio de la costumbre regional pone de relieve el debate entre la doctrina voluntarista y no voluntarista, y espera en una próxima ocasión presentar autores que no se vinculen tanto a este debate teórico.

Finalmente, indicó su intención de consultar a los asesores jurídicos si el estudio requiere de un examen de la práctica estatal, lo cual implicaría eventualmente elaborar un cuestionario. En función de ello determinaría el camino a seguir para finalmente poder centrarse en las costumbres regionales.

El Presidente agradeció al relator, explicando que la formulación de cuestionarios es algo posible de realizar cuya decisión final recae en el relator. Con relación al informe, solicitó matizar su afirmación sobre el análisis de la doctrina posterior a los desarrollos jurisprudenciales, puesto que en muchos casos es al revés, y es la doctrina quien juega un papel muy importante en la formación del derecho o aparece como un aporte analítico y sistematizador. El relator del tema manifestó su acuerdo con el Presidente pero que su explicación buscaba a dar respuesta al interés de la doctrina por la costumbre particular desde el punto de vista temporal, y en este caso habiendo notado que se expande a partir del surgimiento de los casos judiciales, pero en todos los casos la doctrina tiene un rol esencial incluso en los procesos de identificación de normas consuetudinarias.

El doctor José Moreno Rodríguez agradeció al relator, a quien instó a ampliar y abundar los tra-

bajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional. Consideró que este proyecto será un aporte relevante del Comité.

El relator explicó que los principios generales de derecho tienen una relación muy estrecha con las normas consuetudinarias al ser parte de las fuentes de derecho, especialmente su aplicación en situaciones concretas, como es el caso de la concepción que pueda haber en una región o una subregión.

La doctora Mariana Salazar resaltó el carácter minucioso del trabajo del relator, y apoyó la idea de consultar a los relatores jurídicos respecto de la pertinencia de contar con la visión de los Estados.

El relator confirmó que uno de los desafíos del tema es la ausencia de una doctrina numerosa, lo cual implica reflexionar sobre los elementos que están en juego cuando se trabaja la costumbre particular.

El doctor Ramiro Orias constató que los textos clásicos se centran mucho en la jurisprudencia, pero también aportan un valor agregado. Sugirió proponer ejes claros con preguntas muy concretas de lo que se quiere relevar de la práctica de los Estados.

El relator agradeció la sugerencia, precisando que el cuestionario sea elaborado de manera a conseguir un máximo número de elementos que permitan identificar normas consuetudinarias particulares a la región, puesto que discernir la existencia material de una norma es muy difícil de discernir.

El Presidente solicitó al relator continuar con su trabajo.

A continuación se presentan los informes elaborados por el relator del tema, doctor George Rodrigo Bandeira Galindo, en la sesión de marzo y agosto de 2021, respectivamente:

CJI/doc. 627/21

SEGUNDO INFORME SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO

(presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo)

Durante el 95º período ordinario de sesiones celebrado en Río de Janeiro del 31 de julio al 9 de agosto de 2019, el Comité Jurídico Interamericano incluyó en su programa de trabajo el tema del derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano. En esa ocasión tuve el honor de ser elegido relator para el tema.

A su vez, en ocasión del 96º período ordinario de sesiones celebrado en Río de Janeiro, del 2 al 6 de marzo de 2020, presenté mi primer informe.

En ese momento quise iniciar el enfoque del tema desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional.

Una parte importante de la doctrina sobre el derecho internacional particular toma como primera referencia una serie de casos fallados por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ o Corte) durante más de cincuenta años, los cuales, con mayor o menor detenimiento, abordaron el tema.

Este enfoque, que podría clasificarse como predominantemente inductivo, basado en casos fallados por la CIJ, tiene claras ventajas, así como riesgos.

La mayor ventaja es vincular el estudio del derecho internacional consuetudinario particular con la práctica judicial pertinente, evitando así debates teóricos con poca aplicación práctica.

Por otro lado, el gran riesgo de tal enfoque es presuponer una coherencia entre las decisiones de la CIJ durante un largo período de tiempo y abstraer las características de los casos concretos.

De hecho, como se observará a continuación, los criterios que utilizó la CIJ para determinar la norma consuetudinaria particular no son uniformes, además de que varios aspectos de los argumentos contenidos

en las decisiones generan aporías o presentan claras omisiones.

El inicio del análisis de la práctica judicial sobre el tema está dirigido precisamente a entender con mayor profundidad los casos resueltos por la CIJ, con el fin de revelar sus posibilidades, así como sus limitaciones, para la aplicación del derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano.

En dicho informe, comencé el análisis de los casos en los que la CIJ se pronunció de alguna manera en sus sentencias sobre el derecho internacional consuetudinario particular. También tuve en cuenta algunas posiciones individuales de los jueces, pronunciadas en los casos referidos, con el fin de comprender mejor el contexto del proceso decisorio.

El presente informe es una versión consolidada del informe anterior, con correcciones, y al que se suma un análisis de los casos en los que la referencia al derecho internacional consuetudinario particular se encuentra exclusivamente en las opiniones individuales de los jueces de la CIJ y en los pocos casos fallados por otros tribunales en la materia. El presente informe también contiene una evaluación general sobre la posición de la jurisprudencia internacional sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

El análisis de las opiniones individuales no posee la facultad de constituir jurisprudencia internacional. Sin embargo, tales posiciones han servido como una referencia interpretativa importante no solo en otros casos determinados por tribunales internacionales, sino también para comprender la forma y el alcance de las propias sentencias en relación con las cuales se emitieron las opiniones individuales.

En cuanto al análisis de las decisiones de otros tribunales internacionales, se encontró que solo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció concretamente sobre la costumbre particular, y aún dentro del ámbito de su jurisdicción consultiva.

En el próximo informe espero presentar una sistematización de la principal doctrina sobre el tema.

1. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia que se refieren explícitamente a la costumbre particular (y opiniones individuales relacionadas a la misma)

1.1 Caso de Asilo

El *Caso de Asilo* (caso relativo al derecho de asilo colombiano-peruano; fallo del 20 de noviembre de 1950: CIJ, Informes, 1950, p. 266) fue la primera oportunidad que tuvo la CIJ de pronunciarse sobre la posibilidad de la existencia de normas internacionales consuetudinarias particulares. El caso es de gran importancia puesto que, de manera muy significativa, orientó los debates doctrinales y la propia jurisprudencia posterior de la Corte.

El caso abordó una serie de cuestiones relacionadas con la concesión de asilo diplomático por parte del Gobierno de Colombia al ciudadano peruano Víctor Raúl Haya de la Torre.

El tema sobre el derecho internacional consuetudinario particular fue abordado en virtud del argumento de Colombia de que, al invocar el derecho internacional americano en materia de asilo diplomático, se fundamentó en la existencia de una costumbre regional o local propia de los Estados latinoamericanos. Concretamente, la Corte tuvo que decidir sobre la norma de que la clasificación unilateral y definitiva del delito que hizo viable el asilo diplomático le corresponde al Estado que otorga el asilo.

Para la Corte, la parte que alega la existencia de tal costumbre debe probar que es obligatoria para la otra parte. Vale la pena presentar el texto pertinente, el cual se cita constantemente en la literatura sobre derecho internacional consuetudinario particular:

“La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la norma que invoca está de acuerdo con un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que dicho uso constituye la expresión de un derecho a favor del Estado que concede el asilo y una obligación que incumbe al Estado territorial. Ello resulta del artículo 38 del Estatuto del Tribunal, que hace referencia o mención de la costumbre

internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”¹⁶.”

Es pertinente señalar que la Corte invocó el artículo 38 de su Estatuto, el cual no hace mención a la costumbre particular, para sustentar que tal norma resultaría de un uso constante y uniforme como expresión de un derecho propio del Estado que concede el asilo y un deber del Estado territorial.

Los dos niveles de argumentos presentados por Colombia fueron desestimados. Con respecto al primero, si bien se presentaron varios tratados como prueba de la existencia de una práctica, la Corte consideró que, o no eran pertinentes al caso o habían sido ratificados solamente por algunos Estados en el contexto latinoamericano. En el segundo, si bien Colombia ha presentado varios casos de asilo diplomático, estos presentarían, según la CIJ, “incertidumbre y contradicción”, además de estar influidos por “conveniencia política”, por lo que tal práctica no demostraría la existencia de un uso constante y uniforme para posibilitar la creación de una norma consuetudinaria¹⁷.

Además, la Corte entendió que, aunque Colombia hubiera probado la existencia de una norma consuetudinaria sobre calificación, no podía invocarse contra Perú, que la hubiera repudiado. Esto se vería confirmado por el hecho de que Perú no había ratificado los Convenios de Montevideo de 1933 y 1939, que fueron los primeros instrumentos que incluyeron normas sobre la calificación del delito en el ámbito del asilo diplomático. Las comunicaciones oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú que fueron presentadas por Colombia como prueba de aceptación de la norma consuetudinaria particular fueron desestimadas, sin un fundamento fuerte¹⁸.

En un pasaje de la sentencia, la CIJ también se pronunció sobre la no intervención como tradición latinoamericana, aunque no precisó si tal tradición constituiría una norma consuetudinaria¹⁹.

Varias cuestiones surgen del caso. Cuatro de ellas merecen ser mencionadas.

El argumento sobre la determinación de la costumbre se basa en gran medida en la percepción de que los tratados son elementos componentes de la práctica estatal. La postura de oposición de Perú con respecto al tema deriva básicamente de la falta de ratificación por parte de ese Estado de un tratado en materia de asilo. Tal argumento tiene consecuencias para la determinación del papel del silencio en la formación de la norma consuetudinaria, el cual no se tomaría en cuenta o se desestimaría en el caso de una costumbre particular, ya que la ausencia de ratificación no significa la manifestación de una voluntad expresa.

Segundo: no está claro si la exigencia de que Colombia debía probar que la costumbre particular era obligatoria para Perú es una cuestión de procedimiento o de fondo. En ese contexto, queda la pregunta: ¿podría aplicarse la costumbre internacional regional únicamente cuando una parte en un proceso judicial presenta la prueba de obligatoriedad de la otra parte o ¿podría la propia Corte reconocerla de oficio?

Parece razonable pensar que la exigencia dirigida a Colombia se entiende como una cuestión procesal, pues la propia Corte analiza elementos de la práctica --aunque de manera insuficiente-- y concluye que no existe una norma consuetudinaria particular que regule el tema discutido. Por otro lado, se podría argumentar que la prueba de la costumbre constituye una condición para su propia identificación, lo que aportaría a la cuestión elementos de un tema de fondo.

La CIJ fue muy precisa al hacer pesar el hecho de que Perú no había ratificado el primer tratado que establecía disposiciones sobre el derecho de calificación del Estado de asilo. Dicha referencia al “primer” tratado puede estar relacionada con el principio de aquiescencia, o incluso con lo que se convertiría en la doctrina del objeto persistente, que requiere, como es sabido, que la objeción haya ocurrido en el momento de la gestación de la norma consuetudinaria.

La opinión disidente del Magistrado Álvarez es de gran interés en virtud de que, incluso antes de

16 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso colombiano-peruano relativo al derecho de asilo*, Sentencia del 20 de noviembre de 1940: CIJ. Informes, 1950, p. 276 a 277.

17 *Idem*, p. 277.

18 *Ibidem*, p. 277 a 278.

19 *Ibidem*, p. 285.

su ingreso a la Corte, fue un autor que reflexionó mucho sobre el papel del regionalismo en el derecho internacional. Sin embargo, las posiciones de Álvarez con respecto a la costumbre particular no parecen muy claras.

Antes de abordar el tema del asilo diplomático como norma consuetudinaria particular, Álvarez resume algunas de sus ideas sobre el derecho internacional americano. Para él, no es necesario que una costumbre ser aceptada por todos los Estados del Nuevo Mundo para ser considerada como parte del derecho internacional americano. También concibe la posibilidad de subdivisiones en el derecho internacional americano, tal como un derecho internacional latinoamericano. Con respecto a la relación entre el derecho internacional general y el derecho internacional americano, Álvarez sostiene que no es una relación de subordinación, sino de correlación²⁰.

Aun con una posición favorable a la particularidad del derecho internacional, Álvarez concluye que no existe un derecho internacional consuetudinario americano sobre asilo por el motivo de que no habría uniformidad en la práctica de los respectivos Gobiernos en la materia. Admite, sin embargo, que existen ciertas prácticas y métodos en la solicitud de asilo que los Estados latinoamericanos han observado. Sin embargo, no explica si tales prácticas y métodos estarían dotados de algún grado de legalidad y, por tanto, si serían obligatorios en el contexto latinoamericano²¹.

Otros jueces, como el Magistrado Read, expresaron que, si bien Colombia no probó que existía un derecho unilateral a la calificación y un derecho al salvoconducto basado en el derecho consuetudinario, sería indudable que el asilo diplomático se configura como una costumbre internacional. Esta afirmación ayuda a comprender que la Corte está en condiciones de constatar la existencia de la costumbre particular sin que una de las partes deba probar que es obligatoria para la otra²².

El Magistrado Azevedo, además de estar en desacuerdo con la Corte sobre la existencia de una costumbre particular sobre asilo diplomático, objetó el hecho de que la ausencia de ratificación daría lugar a la exclusión de un Estado del grupo en relación con el cual se respeta la costumbre²³.

1.2 Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos

El *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* (Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, Sentencia del 27 de agosto de 1952: Informes, CIJ, 1952) trató sobre la cuestión de la continuidad de determinados privilegios concedidos a ciudadanos estadounidenses en territorio marroquí.

Uno de los argumentos presentados por Estados Unidos fue formulado para sustentar que el ejercicio de su jurisdicción consular y otros derechos capitulares se fundamentaría en “costumbre y uso”. Es importante señalar que en ningún momento se utilizó la expresión costumbre bilateral. La alegación se refería a dos períodos diferentes: el primero, de 1787 a 1937, y el segundo, de 1937 al momento en que se interpuso la acción en cuestión²⁴.

La Corte determinó que el argumento estadounidense no procedía, en relación con los dos períodos, por diferentes motivos.

En cuanto al primer período, la Corte presentó dos fundamentos. En primer lugar, la jurisdicción consular estadounidense no se basaba en la costumbre o el uso, sino en los derechos que emanaban de un tratado. En este punto, las razones expuestas por la Corte no parecen suficientemente fuertes. Aunque sostiene que la mayoría de los Estados tenían derechos en virtud de tratados, también reconoce que ciertos Estados ejercían la jurisdicción consular con “el consentimiento y la aquiescencia” de Marruecos. Para la

20 *Ibidem*, p. 294.

21 *Ibidem*, p. 295.

22 *Ibidem*, p. 321.

23 *Ibidem*, p. 338.

24 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a los derechos de nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*, Sentencia del 27 de agosto de 1952: CIJ. Informes 1952, p. 199.

Corte, sin embargo, este elemento no era suficiente para determinar que Estados Unidos tenía el derecho a la jurisdicción consular basándose en “costumbre y uso”. Cabe mencionar que la sentencia no equipara “asentimiento y aquiescencia”, incluso en relación con estos otros Estados, a una costumbre particular²⁵.

En este caso, y a diferencia de la postura general adoptada en el *Caso de Asilo*, la Corte parece adoptar aquí una distinción muy estricta entre las normas que emanan de las convenciones y las normas consuetudinarias, con el fin de evitar la aplicación simultánea de las dos fuentes. Esto se hace debido a la dicotomía que existía entre aquellos Estados que poseían jurisdicción consular basada en tratados y aquellos que la poseían basándose en “el asentimiento y la aquiescencia” de Marruecos. Lo que no está claro es cómo se puede separar “asentimiento y aquiescencia” del tratado, siendo esta es una forma clara de asentimiento expreso.

El segundo motivo presentado se basa en la carga de la prueba. Tras la transcripción del *Caso de Asilo*, la Corte entiende que existen “pruebas insuficientes” para concluir que el ejercicio de la jurisdicción consular se basó en la costumbre y el uso. Sin embargo, no existe ningún fundamento para llegar a tal conclusión²⁶.

En relación al segundo período, que comienza con el Convenio franco-británico de 1937²⁷, la Corte analizó la correspondencia diplomática intercambiada entre Francia y Estados Unidos con el fin de evaluar la posibilidad de encontrar elementos en ella para considerar la existencia de costumbre y uso. Sin embargo, su conclusión fue que el propósito de dicha correspondencia indicaba que los dos Estados buscaban una solución al problema, sin que ninguna de las partes tuviera la intención de renunciar a sus posiciones jurídicas. Sucede que, incluso durante dichas negociaciones, Estados Unidos continuó ejerciendo jurisdicción consular. La Corte explicó que el mantenimiento de ese estado de cosas se debió a una situación provisional permitida por las autoridades marroquíes²⁸.

La sentencia no deja clara la diferencia entre “costumbre y uso” y “aquiescencia”. Este último concepto, sin embargo, se refiere a la explicación, relacionada con el primer período, que la Corte dio al comportamiento de los Estados que ejercían la jurisdicción consular sin fundamento en tratados. Sin embargo, tampoco está claro si, para la Corte, esta aquiescencia se produciría en presencia o ausencia de un tratado que permitiera el ejercicio de la jurisdicción consular.

En este caso, por lo tanto, la CIJ no determinó ninguna norma consuetudinaria para obligar a las partes.

La opinión disidente de los Magistrados Hackworth, Badawi, Carneiro y Rau abordó la cuestión de “costumbre y uso” y no estuvo de acuerdo con la posición de la mayoría.

La premisa metodológica básica del disentimiento es que el tratado, por un lado, y la costumbre y el uso (que ellos denominan “uso y consentimiento”) por el otro, pueden convivir. Esta parece ser la línea más adecuada para el seguimiento del *Caso de Asilo* que, como ya fue señalado, establece una estrecha relación entre tratado y costumbre. A diferencia de la mayoría, la opinión disidente contiene varios elementos que demostrarían un uso prolongado en relación con el ejercicio, por parte de Estados Unidos, de la jurisdicción consular²⁹.

1.3 Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India

La sentencia sobre el fondo del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, de 1960

25 *Ídem*, p. 199-200.

26 *Ibidem*, p. 200.

27 La pertinencia de este tratado para el caso tiene que ver con la aplicación del principio de nación más favorecida. En virtud de ese tratado, se extinguieron los privilegios del Reino Unido, el último Estado que gozaba de los mismos. Esto afectó precisamente los derechos estadounidenses, que ya no podrían impugnar la aplicación del principio.

28 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a los derechos de nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*, Sentencia del 27 de agosto de 1952: CIJ. Informes 1952, *op. cit.*, p. 200-201.

29 *Ídem*, p. 219-221.

(Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, (fondo), sentencia del 12 de abril de 1960: Informes, CIJ, 1960, p. 6) fue la primera oportunidad en la que la CIJ constató la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario particular. En este caso, la norma en cuestión se aplicaba a India y a Portugal³⁰.

Para llegar a esta conclusión, la Corte estableció un marco inicial para constatar la existencia de una práctica que autorizaba el derecho de paso de Portugal sobre el territorio de la India. Este marco se produjo con el inicio de la colonización británica y permaneció después del período de independencia de la India.

La defensa de la India impugnó la posibilidad de que existiera una costumbre solo entre dos Estados. La Corte refutó este argumento en un párrafo que es una referencia obligatoria en la literatura sobre el derecho internacional consuetudinario particular:

“En tanto que esta pretensión de Portugal a un derecho de paso se formulara por este país sobre la base de la costumbre local, se alega en nombre de la India que ninguna costumbre local puede constituirse únicamente entre dos Estados. Es difícil ver por qué el número de Estados entre los que puede constituirse una costumbre local sobre la base de una práctica prolongada deba ser necesariamente superior a dos. La Corte no ve razón para que una práctica aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones no constituya la base de derechos y obligaciones recíprocas entre estos dos Estados”³¹.

La Corte Internacional de Justicia constató, basándose en los elementos aportados por las partes, que existía suficiente práctica para demostrar que, en lo que respecta a los particulares, los funcionarios públicos y los bienes en general, existía una práctica “continua y uniforme” de permitir el paso del Estado de Portugal. La Corte también resaltó el hecho de que esta práctica persistió durante un período de más de un siglo y cuarto sin alteración con el cambio de régimen, luego de la independencia de la India³².

Es importante señalar que la constatación de la norma local consuetudinaria - el derecho de paso - se debió al hecho de que hizo posible “el ejercicio de su soberanía [de Portugal] sobre los enclaves y con sujeción a la reglamentación y fiscalización de la India”. Por lo tanto, la norma consuetudinaria existía como resultado de un derecho que poseía Portugal por haber sido reconocido como soberano.

De todos modos, el análisis de la Corte sobre la práctica de los dos Estados es genérico, sin entrar en los distintos actos que la habrían constituido.

La sentencia consideró que Portugal no tenía un derecho basado en la costumbre local, de pasar fuerzas armadas, policías armados, armas y municiones. Con respecto a esas hipótesis, la CIJ consideró que el paso se reguló basándose en la reciprocidad y no en un derecho³³. Esto se debe a que Portugal siempre debía solicitar autorización, en tales casos, para poder pasar sobre territorio indio. Habiendo examinado el caso, la Corte consideró que “la necesidad de autorización antes de que pueda tener lugar el paso constituye, a juicio de la Corte, una negación del paso como derecho”³⁴.

En este punto, la distinción establecida en la sentencia entre derecho y reciprocidad no parece muy clara, ya que los derechos se basan generalmente en la reciprocidad. La reciprocidad se puede materializar en cualquier norma, ya sea convencional o consuetudinaria. Tampoco está claro por qué la Corte, al constatar que incluso si los británicos siempre autorizaron el paso, ello se basaría en la reciprocidad y no en la aquiescencia. En esta línea de pensamiento surge una posible contradicción del argumento si se toma como referencia el *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*. Como se observó anteriormente, la CIJ en ese caso le otorgó gran importancia al principio de aquiescencia en detrimento de una posible costumbre particular.

30 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, (Fondo)*, Sentencia del 12 de abril de 1960: Informes de la CIJ, 1960, p. 37.

31 *Ídem*, p. 37.

32 *Ibidem*, p. 40.

33 *Ibidem*, p. 40-41.

34 *Ibidem*, p. 40.

Aun si se niega la existencia de una costumbre local, en el caso de tales hipótesis surgen dos elementos importantes de la sentencia: (1) la Corte hace un análisis de la práctica mucho más detallado que en la primera hipótesis. Se presentan varios ejemplos de práctica que, en su opinión, constituirían reciprocidad y no un derecho, con una obligación de paso correlativa, (2) la forma en que la Corte trata la relación entre tratado y costumbre es mucho más dinámica que en el *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*. Básicamente, la Corte intenta examinar cómo los tratados establecidos pueden dar lugar a la práctica entre Estados. Por lo tanto, aunque no se ha encontrado suficiente práctica para fundamentar una costumbre en relación con tales hipótesis, el procedimiento metodológico para tratar las relaciones entre tratado y costumbre parece haber cambiado considerablemente, ya que los tratados se consideran elementos para evaluar la práctica, integrándose la práctica posterior en relación con dichos tratados. Es posible que la metodología no haya cambiado, sino que haya vuelto al precedente establecido en el *Caso de asilo*.

Al analizar el argumento de Portugal de que el derecho de paso también se basaría en el derecho internacional general, la Corte hizo una constatación importante para determinar que la práctica particular prevalece sobre las reglas generales. Vale la pena transcribir el texto:

“La Corte se encuentra en presencia de un caso concreto con características especiales: históricamente, la cuestión se remontaba a un período y se refería a una región en la que las relaciones entre los Estados vecinos no estaban regidas por normas precisas, sino que se basaban principalmente en la práctica; habiendo comprobado que existía una práctica claramente establecida entre los dos Estados, práctica que ambas partes habían reconocido que regía sus relaciones mutuas, la Corte debía atribuir efectos decisivos a la misma a fin de determinar sus derechos y obligaciones específicas. Esa práctica particular debe prevalecer sobre eventuales reglas generales³⁵”.

La pregunta que permanece, teniendo en cuenta el texto, es si la prevalencia de la práctica particular sobre las reglas generales se establece como un principio o solo para el caso concreto, en virtud de que las relaciones entre Portugal e India, en el asunto en disputa, son muy antiguas. La segunda hipótesis es más probable, especialmente porque el caso específico se menciona explícitamente. Sin embargo, esto no elimina la posibilidad de que la Corte haya llegado a la conclusión de que lo particular prevalece sobre lo general mediante un recurso lógico.

Las opiniones separadas sobre el caso son abundantes en el tema de la costumbre particular.

La opinión del Magistrado V.K. Wellington Koo discrepa con la mayoría en el sentido de que, para él, también en las hipótesis de las fuerzas armadas, la policía armada, armas y municiones, existía un derecho de Portugal. La opinión es muy sustanciosa en el análisis de los elementos que conformarían tal práctica y aporta varios ejemplos concretos. La metodología en cuanto a la relación entre costumbre y tratado, sin embargo, parece ser la misma de la mayoría: que los tratados pueden ser considerados un elemento de práctica y la práctica posterior también se refiere a ellos. Los tratados, en su opinión, pueden formalizar la práctica consuetudinaria³⁶.

La forma en que el Magistrado Koo aborda la caracterización del derecho de paso hace que la reciprocidad forme parte de la propia práctica. Para él “[s]e ha establecido una práctica para dicho paso sobre la base de la reciprocidad³⁷”.

El Magistrado Armand-Ugon vinculó el principio de efectividad a la constitución de la propia norma consuetudinaria local. Para él, la práctica efectiva del paso podría establecer el derecho a dicho paso³⁸.

35 *Ibidem*, p. 44.

36 *Ibidem*, p. 60.

37 *Ibidem*, p. 54.

38 *Ibidem*, p. 82-83.

El Magistrado Moreno Quintana parece concebir una relación más impermeable entre tratado y costumbre. En su opinión, la solicitud de Portugal, que basaría el derecho de paso en un tratado, costumbre, principios y doctrina al mismo tiempo, sería incoherente³⁹. En este punto, parece desviarse de la metodología adoptada por la mayoría, incluida la mayoría de votos disidentes. Moreno Quintana llegó a la conclusión de que no había suficiente práctica para hablar de la existencia de una costumbre local⁴⁰.

Para el Magistrado Percy Spender, el tratado entró en el proceso de formación de la norma consuetudinaria local⁴¹.

El Magistrado Fernandes no estuvo de acuerdo con la contraposición entre derecho y reciprocidad, pues “la mayoría de los derechos reconocidos entre las naciones se basan en la reciprocidad”⁴².

Es importante señalar que Fernandes examina la cuestión de la prevalencia del *Ius cogens* [norma imperativa de derecho internacional] sobre las normas especiales⁴³. Sin embargo, el argumento no está suficientemente desarrollado en cuanto a la contraposición entre normas de naturaleza imperativa y costumbre particular.

1.4 Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua

En el *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua) (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Fondo, Sentencia, Informes, CIJ, 1986, p. 14), la Corte abordó muy brevemente el tema de la costumbre regional. En este caso, tal costumbre tendría un impacto en todo el continente americano, en los siguientes términos: “derecho internacional consuetudinario [...] particular del sistema jurídico interamericano⁴⁴”.

Al referirse a la expresión, la Corte pretendía sostener que en el derecho internacional consuetudinario particular del sistema interamericano no existía una norma que permitiera el ejercicio de la legítima defensa colectiva sin una solicitud del Estado que se considera víctima de un acto de ataque armado⁴⁵.

Sin embargo, la referencia al derecho consuetudinario regional se hace sin incurrir en la práctica regional. Se presentan los tratados que tratan, en el continente americano, el tema de la legítima defensa colectiva, pero no hay una incursión en el proceso de interacción entre la normativa convencional y la normativa consuetudinaria regional⁴⁶, como se hace, en largas partes de la sentencia sobre la relación entre tratados y costumbres generales.

Puede observarse que en este caso no se aplican criterios rigurosos para la determinación de normas consuetudinarias particulares, como en el *Caso de Asilo*. También se puede observar que la Corte no procedió a determinar la norma consuetudinaria regional basándose en la prueba que una de las partes litigantes habría aportado al caso. La CIJ parece haber procedido de oficio a dicha determinación, lo que refuerza la opinión de que la carga de la prueba para determinar la costumbre parece tener una característica más procesal que sustantiva, como ya se señaló en los comentarios sobre el *Caso de Asilo*.

39 *Ibidem*, p. 90.

40 *Ibidem*, p. 95.

41 *Ibidem*, p. 106.

42 *Ibidem*, p. 134.

43 *Ibidem*, p. 135.

44 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Fondo, Sentencia, Informes, C.I.J. 1986, p. 14.

45 *Idem*, p. 105.

46 *Ibidem*, p. 104-105.

1.5 Caso relativo a la controversia fronteriza

En 1986, la Sala constituida por la Corte para juzgar el *Caso relativo a la controversia fronteriza* de Burkina Faso y la República de Malí (Controversia Fronteriza, Sentencia, Informes, CIJ, 1986, p. 554) dictó una sentencia que también es pertinente en la determinación de normas consuetudinarias particulares.

La importancia del fallo no radica propiamente en el hecho de que la Sala de la Corte se haya pronunciado sobre la base de una norma consuetudinaria particular, sino en el reconocimiento de que tales normas existen en el derecho internacional.

Para establecer los límites a ser adjudicados por los Estados interesados, la Sala de la Corte aplicó el principio de *uti possidetis iuris*. Se sostuvo que el principio era de carácter consuetudinario con aplicación solo en América Latina en sus inicios. Sin embargo, habría pasado por un proceso de generalización, de modo que la práctica en África de respeto del principio ya significaría la práctica de una norma consuetudinaria de carácter general. Por lo tanto:

“El hecho de que los nuevos Estados africanos hayan respetado el *statu quo* territorial que existía cuando obtuvieron la independencia no debe considerarse, por tanto, como una simple práctica,” que contribuye al surgimiento gradual del principio de derecho internacional consuetudinario, limitada en su impacto al continente africano, como lo fue anteriormente en América hispana, sino como la aplicación en África “de una norma de alcance general”⁴⁷.

La Corte se expresó en el sentido de que la práctica de los Estados africanos no fue constitutiva, sino declaratoria de la costumbre, es decir, no ocurrió de manera que creara o extendiera un principio existente en América Latina para África: la práctica sería el reconocimiento de una norma consuetudinaria de carácter general preexistente⁴⁸.

El punto oscuro de la sentencia, en relación a este último aspecto, radica en que no se aporta suficiente práctica para corroborar este proceso de generalización. Por ejemplo, no se sabe razonablemente cuándo habría surgido la norma general. Se puede suponer que la norma consuetudinaria general habría cristalizado después del proceso de descolonización de los Estados latinoamericanos, pero necesariamente antes de la descolonización de los Estados africanos. Además, la práctica planteada está restringida a los Estados latinoamericanos y africanos. Si bien la norma consuetudinaria puede formarse a partir de la práctica de los Estados interesados, no sería razonable creer que la práctica de los Estados en otras partes del mundo, incluidos los Estados que estaban bajo el yugo de los grandes imperios coloniales, debería descartarse.

1.6 Caso relativo a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos

En el *Caso relativo a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos* que interpuso Costa Rica contra Nicaragua (Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia, Informes de la CIJ, 2009, pág. 213), la Corte reconoció una de las solicitudes del primer Estado, basándose exclusivamente en una norma consuetudinaria particular, en este caso, bilateral. El caso es también de singular importancia porque la CIJ parece haber flexibilizado claramente los criterios para probar la costumbre particular.

Sin embargo, antes de reconocer la petición de Costa Rica, la Corte se abstuvo expresamente de pronunciarse sobre la existencia de un régimen aplicable a la navegación de ríos internacionales basado en el derecho internacional consuetudinario general o regional⁴⁹. Como se sabe, existen varias interpretaciones doctrinales en el sentido de que, al menos en América del Sur, existiría una norma consuetudinaria regional sobre la libertad de navegación en los ríos.

La petición de Costa Rica de reconocimiento de una costumbre bilateral en materia de pesca de subsistencia de los ribereños del río San Juan, fue acogida con vigor. La CIJ entendió que ambas partes estaban de acuerdo en reconocer la existencia de una práctica de pesca de subsistencia establecida. La diferencia entre

47 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Controversia Fronteriza*, Sentencia, CIJ. Informes 1986, p. 565.

48 *Idem*, p. 566.

49 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*. (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia, CIJ. Informes 2009, p. 233.

ambas se refería a si esta práctica se había vuelto obligatoria o no. En un pasaje muy breve, la Corte definió la existencia de una norma consuetudinaria aplicable a Costa Rica y Nicaragua en los siguientes términos:

“La Corte observa que la práctica, por su propia naturaleza, especialmente dado lo remoto del área y lo poco denso y escaso de la población, no parece estar documentada de manera formal en archivos oficiales. Para la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho derivado de la práctica, que subsistió sin ser impedido ni cuestionado durante un largo período, es particularmente importante. La Corte concluye que Costa Rica tiene un derecho consuetudinario. Ese derecho queda subordinado a todas las medidas de reglamentación en materia de pesca que Nicaragua pueda tomar con fines legítimos, sobre todo para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente”⁵⁰.

Tal posición, llevada hasta las últimas consecuencias, significa un retorno a la posición anterior sobre la prueba de la costumbre particular establecida, como ya se observó en el *Caso de Asilo*. En esa oportunidad, la Corte determinó que el Estado que alega la existencia de una costumbre regional debe probar que la otra parte está obligada por esa misma norma. En el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*, la Corte parece haber supuesto la existencia de *opinio juris* dado que la práctica no está documentada de manera formal en ningún documento oficial. Esto provocó que la carga de la prueba recayera sobre Nicaragua, que no habría negado la existencia de un derecho derivado de la práctica de garantizar la pesca de subsistencia.

Aunque en relación con una práctica muy limitada, la CIJ parece haber modificado su interpretación de la prueba del derecho internacional consuetudinario particular. Es importante señalar que este cambio no fue percibido por la Comisión de Derecho Internacional, la cual, en los comentarios de las Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario, cita el *Caso de Asilo* en la sección sobre prueba de una costumbre particular sin hacer referencia a ningún desarrollo jurisprudencial posterior⁵¹.

De las voces disidentes, el único juez que notó el cambio de posición en relación al *Caso de Asilo* fue el Magistrado Sepúlveda-Amor.

En su opinión, Costa Rica no habría probado que el derecho consuetudinario de practicar la pesca de subsistencia se había convertido en obligatorio para Nicaragua, según lo establecido en el *Caso de Asilo*. Para él, la invocación de la norma consuetudinaria por Costa Rica no tendría respaldo en el elemento tiempo, lo cual es necesario para la formación de la costumbre, ya que solo en la memoria presentada a la Corte en 2006, se alega la existencia de la norma consuetudinaria. Con anterioridad a ello, la pesca de subsistencia no se habría articulado en forma de costumbre. Otro punto pertinente de la opinión separada del juez es que, para el Magistrado Sepúlveda-Amor, la práctica en cuestión habría sido realizada por la comunidad ribereña local de Costa Rica y no por el Estado costarricense, lo cual sería necesario para la formación de costumbre⁵².

El Magistrado *ad hoc* Guillaume, aunque no expresó su oposición a la norma consuetudinaria de pesca de subsistencia, se pronunció en el sentido de que no existía el derecho a la libertad de navegación en América Latina basado en la costumbre⁵³.

2. Opiniones individuales de magistrados de la CIJ que tratan explícitamente la costumbre particular

2.1 Casos de la plataforma continental del Mar del Norte

En los *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte*, Sentencia, Informes, CIJ, 1969, que comprenden, por acuerdo especial, la República Federal de Alemania, Dinamarca y los Países Bajos, no hubo manifestación por parte de la CIJ, por medio de una sentencia de fondo sobre la costumbre regional.

50 *Idem*, p. 265-266.

51 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario con comentarios*. A/73/10, p. 155-156. Disponible en: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf>

52 *Idem*, p. 279-280.

53 *Ibidem*, p. 291.

Sin embargo, la opinión separada del Magistrado Fouad Ammoun, quien está de acuerdo con el resultado de la mayoría, pero adopta diferentes razones, abordó el tema.

El caso trató sobre la delimitación de las plataformas continentales adyacentes en la región del Mar del Norte y, específicamente, la posibilidad de aplicar el método de equidistancia.

En un determinado momento, en su opinión separada, el Magistrado Ammoun investigó la posible existencia de una costumbre regional peculiar del Mar del Norte en materia de delimitación y plataformas continentales.

Para él, habría una diferencia entre la costumbre general y la regional. En el primer caso, no sería necesario el consentimiento de todos los Estados, pero al menos el consentimiento de aquellos que, conociendo la práctica general y en condiciones de oponerse a ella, no lo hacen. La forma en que funcionaría la norma de derecho internacional consuetudinario regional sería diferente en vista del pequeño número de Estados a los que se pretende aplicar la norma. En ausencia de un consentimiento expreso o tácito, la costumbre regional no podría imponerse a los Estados que la rechacen. El Magistrado cita, por lo tanto, para sustentar su posición, un párrafo de la Sentencia del *Caso de Asilo* que establece que la parte que se basa en una costumbre regional o local debe probar que dicha costumbre es obligatoria para las partes⁵⁴.

Al tratar la cuestión desde la perspectiva del caso concreto, el Magistrado Ammoun sostuvo que la República Federal de Alemania no podía estar obligada por una norma consuetudinaria regional hipotética que ella misma rechazaba. En este sentido, enumera actos del Gobierno en cuestión que se oponían expresamente a una norma de esa naturaleza⁵⁵.

De dicha manifestación surgen al menos tres temas.

En primer lugar, la forma en que el Magistrado aborda, de manera general, la idea misma de norma consuetudinaria, surge del marco de referencia del consentimiento, muy controvertido, como ya se sabe, para explicar la costumbre.

En segundo lugar, y aún con respecto al papel del consentimiento, el Magistrado Ammoun admite la posibilidad de que la costumbre regional particular pueda formarse a partir del consentimiento tácito. Si bien no explica las situaciones que configurarían este tipo de consentimiento, no se puede descartar que estuviera refiriéndose al silencio de un determinado grupo de Estados. Por tanto, él podría estar invirtiendo el orden que inauguró la metodología aplicada por la Corte en el *Caso de Asilo*: que no se presume la costumbre particular; por esa razón, siempre debe ser probada. Por último, su interpretación del *Caso de Asilo*, que cita textualmente para respaldar su posición, puede no adecuarse a los términos de la propia sentencia.

También es importante destacar la forma como se abordó el tema de la carga de la prueba. Los ejemplos que presenta de la República Federal de Alemania no son para probar la existencia de una costumbre regional, sino para establecer la prueba de su inexistencia. No se habría probado adecuadamente la ausencia de una costumbre regional, sino solamente su no oposición a la República Federal de Alemania.

2.2 Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)

En el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías*, que involucró al Reino Unido y a Islandia (Jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido contra Islandia), Fondo, Sentencia, CIJ, Informes, 1974, página 3), la sentencia de fondo de la Corte Internacional de Justicia tampoco abordó en forma específica la cuestión de la costumbre particular. Sin embargo, el Magistrado de Castro lo hizo en su opinión individual, aunque de manera accesoria e instrumental al análisis de la determinación de una norma internacional consuetudinaria de carácter general.

54 Opinión separada del Magistrado Fouad Ammoun. *Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania contra Dinamarca / República Federal de Alemania contra Países Bajos)*, Sentencia, CIJ., Informes, 1969, p. 131-132.

55 *Idem*, p. 132.

El caso se refería a la cuestión de saber si la extensión por parte de Islandia de su jurisdicción en materia de pesquerías era contraria al derecho internacional.

Habiendo estado de acuerdo con la mayoría, el Magistrado Federico de Castro buscó enfatizar sus propios fundamentos para alinearse con la mayoría de la Corte.

La opinión separada trata varios aspectos de la sentencia. La referencia al derecho internacional consuetudinario ocurre exactamente cuando el juez busca analizar el aspecto de la prueba en la costumbre internacional.

Tomando como referencia el derecho del Reino Unido, el Magistrado de Castro estableció la existencia de dos categorías de costumbres. La costumbre general (“costumbres generales”) y las costumbres particulares (“costumbres particulares”). Las normas consuetudinarias del segundo tipo, siendo excepciones, “aplicables a los habitantes de determinadas regiones” deben ser probadas. Las normas consuetudinarias generales, las cuales constituirían “*common law*” [derecho consuetudinario], no precisan ser probadas⁵⁶.

Basándose en esta analogía, de Castro sostiene que el derecho internacional consuetudinario, que es de carácter general y se basa en la convicción general de su validez (*opinio juris*), no necesitaría ser probado. La Corte lo aplicaría *ex officio*. Solo “las costumbres o prácticas regionales, así como las costumbres especiales deben probarse”⁵⁷.

Al menos tres aspectos son pertinentes frente al pronunciamiento del Magistrado de Castro.

En primer lugar, deja en claro lo que no sucedió en el *Caso de Asilo*, por qué sería necesario probar la costumbre particular. Esto ocurriría debido a una clara analogía sobre la forma en que la costumbre opera dentro del derecho interno. Así, en virtud de la manera como se desarrollaron algunos derechos internos - el ejemplo que brinda es el derecho del Reino Unido - se promueve un enfoque tanto en el ámbito espacial (“determinadas regiones”) como en el ámbito personal (“habitantes”) de la validez del derecho. Este enfoque incidiría en la cuestión de la prueba, ya que las costumbres particulares serían la excepción y no la regla.

En segundo lugar, debido a la forma en que el magistrado estructura su argumento, no habría distinción de naturaleza entre la costumbre particular y la costumbre general. El hecho de que esta forma de costumbre particular sea excepcional no la haría menos costumbre o una costumbre de segunda categoría y solamente influiría en el aspecto de “la carga de la prueba”. Este término es exactamente el título del punto II de su opinión individual. En otras palabras, la costumbre particular tendría el poder de cambiar la carga de la prueba, no exactamente hacerla algo diferente de la costumbre general.

Aún es posible detectar el uso de ciertas expresiones que no están debidamente analizadas en detalle, aunque todas se remontan a la cuestión de la necesidad de prueba: “costumbres regionales”, “prácticas” y “costumbres especiales”. La primera expresión parece evidente, ya que se refiere al elemento geográfico. Las dos últimas son más inciertas: con relación a la primera, quizás el juez ni siquiera se refería exactamente a una norma consuetudinaria; la segunda puede indicar una costumbre delimitada por la materia de que se trata - que la haría “especial” - pero no está claro qué quería decir con ellas.

Es importante señalar que la opinión separada contiene otra referencia a la costumbre regional. Al rechazar una norma consuetudinaria sobre el establecimiento de zonas de pesca de 200 millas, el Magistrado de Castro entiende que dicha norma no goza de “uniformidad ni aceptación general”. La falta de dichos elementos se impondría incluso para que pudiera ser considerada como una norma consuetudinaria “de extensión regional”⁵⁸.

Aunque se exija uniformidad para la costumbre general y la costumbre particular, la aceptación general, en el caso de la segunda, debe verse de manera contextual, es decir, desde el punto de vista de determinado número de Estados, lo cual no se explica en la opinión separada. De todos modos, parecería que el juez resalta nuevamente en ese texto, aunque indirectamente, que no hay diferencia de naturaleza entre la costumbre general y la costumbre particular, cuyas diferencias tendrían implicaciones solamente en el campo

56 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)*, Fondo, Sentencia, Opinión Separada del Magistrado De Castro, I.C.J. Informes, 1974, p. 80.

57 *Idem*, p. 80.

58 *Ibidem*, p. 95.

procesal del principio de la carga de la prueba. Por lo tanto, la uniformidad y la aceptación general se aplican tanto a la costumbre general como a la regional (particular).

3. Decisiones de otros tribunales internacionales

3.1 OC-25/18 (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la costumbre regional.

En la Opinión Consultiva OC-25/18, sobre *la Institución del Asilo y su Reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte se pronunció, aunque de manera abreviada, sobre la caracterización del asilo diplomático como una costumbre regional.

Para la Corte Interamericana, si bien la Corte Internacional de Justicia, en el *Caso de Asilo*, sostuvo que una costumbre regional solo puede configurarse cuando se prueba “la existencia de un uso uniforme y constante como expresión de un derecho del Estado otorgante del asilo”, teniendo en cuenta el carácter amplio de la competencia consultiva en el caso, el marco para evaluar la existencia de una costumbre regional serían los 35 Estados Miembros de la OEA. Tal interpretación se realizó a fin de que el alcance de sus opiniones consultivas no quedara limitado a unos pocos Estados⁵⁹.

El análisis sobre el *opinio juris* de una supuesta costumbre regional sobre asilo diplomático se realizó en base a tres elementos principales. En primer lugar, no todos los Estados Miembros de la OEA eran parte de las convenciones de asilo diplomático, además de que el texto de dichos tratados no es uniforme en su terminología ni en sus disposiciones. En segundo lugar, algunos Estados que participaron en el procedimiento consultivo expresaron la opinión de que no habría una posición uniforme ni siquiera en la subregión latinoamericana para concluir que el asilo diplomático es una costumbre regional. Además, la mayoría de los Estados que participaron en el procedimiento sostuvieron que no existe una obligación jurídica de otorgar asilo diplomático. En tercer lugar, Estados Unidos se opuso de forma persistente a una norma regional consuetudinaria sobre el asilo diplomático⁶⁰.

De esta forma, la Corte Interamericana decidió que el elemento de *opinio juris* no estaba presente para la determinación de una norma regional consuetudinaria, a pesar de la práctica de los Estados de otorgar, en determinadas situaciones, asilo diplomático o la protección a las personas en sus legaciones diplomáticas⁶¹.

El caso es realmente significativo ya que, por primera vez, un tribunal internacional pudo abordar el tema fuera del ámbito de un caso contencioso, donde las cuestiones relativas a la carga de la prueba son pertinentes.

Independientemente de la conclusión de la Corte, es importante entender que el continente americano fue considerado como un todo para probar la existencia de una costumbre regional. Aun al considerar la subregión latinoamericana, la Corte solo tomó en cuenta el pronunciamiento de los Estados que participaron en el procedimiento consultivo para sustentar que no habría una “posición uniforme” sobre el carácter consuetudinario del asilo diplomático. No se consideró la práctica general, teniendo en cuenta a todo el grupo subregional. Además, no se consideraron subgrupos aún más delimitados en la subregión latinoamericana, aunque es comprensible que el ejercicio de la jurisdicción consultiva, en este caso, haga difícil la toma de

59 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 158.

60 *Idem*, párrafos 159-161.

61 *Ibidem*, párrafo 162.

posición sobre el tema en relación a un grupo muy específico de Estados latinoamericanos.

Hay elementos poco claros para inferir la ausencia de una costumbre regional sobre asilo diplomático, tal como el argumento de que no habría obligación jurídica para su concesión. Tal argumento parece tener mucho más que ver con una norma primaria sobre la concesión de asilo. La determinación de una norma consuetudinaria, que podría verificarse sin la obligación de conceder asilo diplomático, sino como una prerrogativa del Estado, parece pertenecer mucho más al ámbito de una norma secundaria.

Un dato adicional importante de la opinión consultiva: la cuestión del principio del objetor persistente se analiza a la luz de la costumbre regional, tema que no fue abordado por la Comisión de Derecho Internacional en su estudio sobre la determinación de una costumbre particular y, en general, está ausente en el análisis doctrinal sobre el tema específico.

A partir del análisis del comportamiento de Estados Unidos, la Corte Interamericana parece concluir que el principio se aplicaría a la costumbre regional. Esto puede reforzar la idea de que la norma consuetudinaria regional no necesita la aceptación unánime de los Estados, considerando a un grupo específico de Estados. Además, esa conclusión tiene un importante efecto en la cuestión de la carga de la prueba, pues sugiere que, en determinadas situaciones, debe probarse que una costumbre no se opone a un determinado Estado, y no a la inversa.

4. Balance general de la actuación de los tribunales internacionales en materia de costumbre internacional particular

Los primeros casos de la CIJ sobre la costumbre particular gravitaron en torno al *Caso de Asilo*, fallado en 1950. Sin embargo, en los últimos años, las decisiones de esta Corte en la materia han mostrado un cambio importante, culminando con *el Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*.

La visión restrictiva en la que se basó la CIJ en el *Caso de Asilo*, especialmente en lo que respecta a la necesidad de que un Estado que alega la existencia de una determinada costumbre debe probar que la parte contraria está obligada por ella, determinó las pautas para otros casos resueltos posteriormente. Eso sucedió en el *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* de 1952, aunque de manera poco fundamentada, y en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, de 1960 - aunque la identificación del elemento de práctica internacional en relación con un punto de la decisión, se haya realizado de manera genérica. Las opiniones separadas, en los casos en que la sentencia no se expresó sobre la costumbre particular, refuerzan esta visión restrictiva, pero muestran algunos espacios de apertura. La opinión separada del Magistrado Ammoun en los *Casos de la plataforma continental del mar del Norte* de 1969 subraya la necesidad de probar la costumbre particular, pero sostiene que su aceptación puede ser tácita. En el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías* de 1974, el Magistrado de Castro, al destacar la necesidad de probar la costumbre regional, presenta claros indicios de que se trata de una cuestión relacionada con la carga de la prueba en un determinado caso, y no necesariamente de una característica propia de la costumbre regional en comparación con la costumbre general.

A partir del *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* de 1986, la posición de la Corte Internacional de Justicia parece haberse modificado gradualmente. Comenzaron a surgir referencias genéricas, sin un análisis mínimo de prueba, a favor o en contra, de la existencia de una norma internacional consuetudinaria regional. El mismo tipo de consideración genérica ocurre en el *Caso relativo a la controversia fronteriza*, también en 1986.

El distanciamiento en relación al *Caso de Asilo* se intensifica aún más en el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos* de 2009. En ese momento, la Corte concluyó que existía una costumbre particular - bilateral, en este caso - por el hecho de que la parte contraria, Nicaragua, no negó su existencia. En otras palabras, hubo una inversión de la carga de la prueba. No se descarta que este cambio de posición se haya producido en virtud del tema en discusión, un tema sensible de derechos humanos que afectaba la propia subsistencia de las poblaciones ribereñas. De cualquier modo, esta posición muestra una tendencia a ablandar la rigurosa prueba inaugurada por el *Caso de asilo*.

Desde el propio *Caso de asilo*, la CIJ no ha respondido explícitamente a la pregunta de si la necesidad de prueba de la costumbre regional es un problema de fondo o de procedimiento. Si se trata de un problema de fondo, la existencia misma de una determinada costumbre está condicionada a la prueba de que determinados Estados están obligados por ella. Si la necesidad de prueba es una cuestión procesal, la existencia de la costumbre no estaría necesariamente en juego sino únicamente su oposición a una de las partes, dentro de los

límites del caso contencioso en proceso.

Una indicación de que la prueba de la costumbre regional sería una cuestión de procedimiento se refiere a la posible inadmisibilidad de una reclamación basada en una norma consuetudinaria regional. En ninguno de los casos anteriores, la CIJ trató las pruebas como una cuestión de admisibilidad. Por otro lado, resulta muy destacable que, en varias decisiones, la prueba fue caracterizada como una cuestión relacionada con la “carga” que tendrá alguna de las partes en un caso judicial, es decir, una típica cuestión procesal. Esto es muy claro en la forma como la CIJ exige, en el *Caso de asilo*, que Colombia demuestre que Perú está sujeto a la norma consuetudinaria particular. En el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, las opiniones individuales analizan cuidadosamente las pruebas aportadas por Portugal para demostrar que existe una costumbre bilateral. El Magistrado de Castro también señala la diferencia entre costumbre general y particular expresamente en el párrafo denominado “carga de la prueba”. Por último, en el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*, la cuestión se resuelve debido a que la carga de la prueba se invierte de la parte demandante a la parte demandada.

Los primeros casos fallados por la CIJ tienen en cuenta aspectos que, a lo largo de los años, han pasado desapercibidos por las decisiones más recientes.

La relación entre tratado y costumbre se consideró a veces de mayor importancia, como en el *Caso del asilo* y en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, mientras que en otros casos no se consideró suficientemente pertinente, como en el *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*.

La reciprocidad - *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, y la aquiescencia – *Caso de asilo*, *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* y *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, también fueron elementos considerados para determinar si existe o no existe una norma internacional consuetudinaria particular. Más adelante, esos elementos no tuvieron gran presencia en otros casos. Esto puede deberse a la disminución gradual, aunque no la desaparición total, del uso, por parte de la CIJ, de analogías privadas en su interpretación del derecho internacional.

A partir del *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la existencia de intereses colectivos generales parece interferir en la determinación de la costumbre regional (e incluso en la carga de la prueba). Por lo tanto, la particularización de la costumbre podría contribuir - y no oponerse - a tales intereses colectivos generales. Así fue que, en el caso mencionado, se identificaron normas sobre el uso de la fuerza en el ámbito regional americano, lo que coincidió con normas a nivel universal. También, en el *Caso relativo a la controversia fronteriza*, el interés por estabilizar las fronteras en el mundo, especialmente ante el proceso de descolonización fue importante para determinar que el *uti possidetis* tuvo origen regional, pero luego fue generalizado. Finalmente, en el *Caso relativo a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, la norma bilateral consuetudinaria se ubicó en el marco de los derechos humanos y, más aún, los derechos relacionados con la supervivencia de las poblaciones ribereñas. La protección de los derechos humanos a nivel local no entraría en conflicto, sino que complementaría los derechos humanos a nivel universal.

No se puede descartar que el contexto en el que la CIJ juzgó los primeros casos relacionados con la costumbre regional exigía de su parte un concepto de derecho internacional que oponía los elementos de localismo (a veces en forma de regionalismo) y universalismo. Por eso, los criterios establecidos para la identificación de normas consuetudinarias son bastante estrictos.

Asimismo, no se puede descartar que la mayor flexibilidad de los criterios para la determinación de una norma consuetudinaria regional haya sido consecuencia de la metodología paulatinamente más laxa que la CIJ, a lo largo de los años, comenzó a aplicar para determinar la propia costumbre general.

En el único caso identificado fuera del ámbito de la CIJ en el que se dictaminó sobre una costumbre particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscó claramente interactuar con el primero, al citar el *Caso de asilo*, aunque sin tener en cuenta otros casos posteriores.

La Corte Interamericana tomó en cuenta el criterio estricto de prueba de la costumbre regional. Si

bien no se trataba de un caso contencioso, sino consultivo, la valoración del elemento *opinio juris* consideró firmemente la posición de los Estados que se manifestaron en el procedimiento consultivo. Si bien el marco para determinar una posible norma consuetudinaria regional debía incluir a los 35 Estados Miembros de la OEA, no se realizó una evaluación sobre las posiciones de cada uno de ellos.

Al igual que en el *Caso del Asilo*, la Corte Interamericana hizo pesar la determinación de *opinio juris*, en los términos de los tratados regionales que establecían normas sobre asilo diplomático.

La Corte Interamericana adoptó la posición de que el principio de objeto persistente no parece ser incompatible con la costumbre particular al describir la posición de los Estados Unidos de América.

De todos modos, es claro que, si existían posibilidades de que la Corte Interamericana se pronunciara sobre cuestiones de la costumbre particular fuera del ámbito de un caso contencioso, también existían límites claros para ello. De hecho, no sería razonable, teniendo en cuenta el amplio grupo de los 35 Estados miembros de la OEA, que la Corte Interamericana adoptara un enfoque por subregiones de límites variables para afirmar categóricamente la existencia de una costumbre regional. Si esa idea avanzara, la Corte Interamericana podría dar una señal equivocada sobre la necesidad de considerarse, desde un punto de vista jurídico, el sistema interamericano de derechos humanos en su conjunto, y no de manera fragmentada desde el punto de vista subregional. En este caso, la propia delimitación de un amplio grupo de Estados en los que operaría una supuesta costumbre regional afectó, desde un principio, la conclusión misma de la Corte Interamericana sobre la determinación de dicha costumbre regional.

* * *

CJI/doc. 645/21

TERCER INFORME SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO

(presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo)

I. INTRODUCCIÓN

En su 95º período ordinario de sesiones, celebrado en Rio de Janeiro del 31 de julio al 9 de agosto de 2019, el Comité Jurídico Interamericano incluyó en el programa el tema del derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano. En esa ocasión tuve el honor de ser elegido relator sobre el tema.

En el 96º período ordinario de sesiones, celebrado en Rio de Janeiro del 2 al 6 de marzo de 2020, presenté mi primer informe.

En esa ocasión abordé el tema desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional. Me concentré en las sentencias de la Corte Internacional de Justicia que se referían explícitamente a la costumbre particular en alguna de sus formas (bilateral, local o regional).

En el 97º período ordinario de sesiones, celebrado del 5 al 9 de abril de 2021 de manera virtual debido a la pandemia de COVID-19, presenté mi segundo informe, que completaba el análisis de la jurisprudencia internacional sobre el tema con un examen de las opiniones individuales expresadas por jueces en sentencias que no se referían explícitamente a la costumbre particular. También analicé casos de otros tribunales internacionales —en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— sobre el asunto e hice un balance general de la práctica judicial en el ámbito de la costumbre particular.

* * *

Gran parte de la doctrina sobre el derecho internacional particular tiene como punto de partida una serie de casos juzgados por la Corte Internacional de Justicia (en adelante la CIJ o la Corte) a lo largo de más de cincuenta años, en los cuales se abordó el asunto con mayor o menor detenimiento.

Este enfoque del tema a partir de casos juzgados por la CIJ, que podría considerarse predominantemente inductivo, tiene claras ventajas, pero también riesgos.

La principal ventaja es que conecta el estudio del derecho internacional consuetudinario particular con la práctica judicial pertinente, evitando de esta forma debates de orden teórico con poca aplicación práctica.

Por otro lado, el gran riesgo de este enfoque consiste en presuponer que hay coherencia entre los fallos pronunciados por la CIJ a lo largo de un período prolongado, abstracción hecha de las características de los casos concretos.

En realidad, como se verá más adelante, los criterios que la CIJ utilizó para identificar la norma consuetudinaria particular no son uniformes. Además, diversos elementos argumentativos contenidos en las decisiones generan aporías o presentan claras omisiones.

El análisis de la práctica judicial en la materia efectuado en el primer informe tenía como finalidad entender con mayor profundidad los casos juzgados por la CIJ, a fin de dilucidar sus posibilidades y también sus límites para la aplicación del derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano.

En ese informe inicié el análisis con los casos en que la CIJ, en sus fallos, se pronunció de algún modo sobre el derecho internacional consuetudinario particular. Asimismo, examiné la posición individual expresada por los magistrados en dichos casos, a fin de comprender mejor el contexto en el cual se tomaron las decisiones.

En el segundo informe investigué los casos en que la referencia al derecho internacional consuetudinario particular se encuentra exclusivamente en las opiniones individuales de magistrados de la CIJ y en las pocas sentencias de otros tribunales en la materia. En dicho informe consta también un balance general de la posición de la jurisprudencia internacional sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

* * *

El análisis de opiniones individuales no tiene el don de constituir jurisprudencia internacional. No obstante, estas posiciones han servido de importante baliza interpretativa no solo en otros casos juzgados por tribunales internacionales, sino también para comprender el modo y el alcance de las sentencias en relación con las cuales se emitieron las opiniones individuales.

En cuanto al análisis de decisiones de otros tribunales internacionales, se observó que solo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había pronunciado específicamente sobre la costumbre particular y que lo había hecho en el ámbito de su jurisdicción consultiva.

En el presente informe me propongo realizar una apreciación de la doctrina especializada sobre la costumbre particular. Aunque no me abstuve de recurrir a obras internacionales más generales sobre la costumbre, me concentré en capítulos de libros y artículos cuyo principal objeto de investigación era la costumbre particular en sus diversas formas (bilateral, local o regional).

De hecho, la decisión de abordar en primer lugar los casos judiciales parece haber sido acertada. Los escritos especializados en la costumbre particular gravitan en torno a los temas abordados en la jurisprudencia internacional. En las teorías influye constantemente la práctica judicial, la cual, como siempre, sirve para justificar posiciones muy diferentes en el campo jurídico internacional.

Del presente análisis se desprende claramente que el tema fue tratado con frecuencia como elemento de un debate más amplio, en el cual se oponían perspectivas voluntaristas y no voluntaristas del derecho internacional. Se puede afirmar que la vinculación a ese debate puede haber tenido serias repercusiones en la comprensión y la aplicación de la costumbre particular, porque muchas veces los autores que trataron el tema sabían de antemano las respuestas a las que querían llegar, ya que estaban influenciados por una determinada perspectiva teórica.

En el presente informe se consolidan las consideraciones de los dos informes anteriores.

En el próximo informe trataré de completar el análisis doctrinario, incluso de escritos que intentaron desvincularse del debate entre voluntaristas y no voluntaristas. Asimismo, examinaré las contribuciones de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema y haré un balance general del papel de la doctrina en materia de derecho internacional consuetudinario particular.

II. LA PRÁCTICA JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia que se refieren explícitamente a la costumbre particular (y opiniones individuales relacionadas con ella)

2.1.1 Caso relativo al derecho de asilo

El caso colombiano-peruano relativo al derecho de asilo (sentencia del 20 de noviembre de 1950, CIJ, Informes de 1950, p. 266) fue la primera oportunidad en que la CIJ tuvo que pronunciarse sobre la posibilidad de la existencia de normas internacionales consuetudinarias particulares. El caso es muy importante porque, en gran medida, guió los debates doctrinarios y la jurisprudencia posterior de la Corte.

El caso abarcaba una serie de cuestiones relacionadas con la concesión de asilo diplomático por el Gobierno de Colombia al ciudadano peruano Víctor Raúl Haya de la Torre.

Se abordó el tema del derecho internacional consuetudinario particular en virtud del argumento de Colombia de que, al invocar el derecho internacional americano en materia de asilo diplomático, se basaba en la existencia de una costumbre regional o local propia de los Estados latinoamericanos. Específicamente, la Corte tuvo que decidir sobre la norma de que la calificación unilateral y definitiva de la transgresión que da lugar al asilo diplomático incumbe al Estado que otorga asilo.

Según la Corte, la parte que alega la existencia de una costumbre de ese tipo debe probar que es obligatoria para la otra parte. Vale la pena consultar el pasaje pertinente, que se cita con frecuencia en la literatura sobre el derecho internacional consuetudinario particular:

La parte que invoca una costumbre de este tipo debe probar que se trata de una costumbre arraigada que ha adquirido carácter obligatorio para la otra parte. El Gobierno de Colombia debe probar que la norma que invoca se ciñe a un uso constante y uniforme de los Estados en cuestión y que este uso es la expresión de un derecho correspondiente al Estado que otorga asilo y de un deber del Estado territorial. Esto se desprende del artículo 38 del Estatuto de la Corte, en el cual se hace referencia a “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”⁶².

Cabe señalar que la Corte invocó el artículo 38 de su Estatuto, que nada dice acerca de la costumbre particular, para afirmar que tal norma emanaría de un uso constante y uniforme como expresión de un derecho del Estado que concede el asilo y de un deber del Estado territorial.

Las dos líneas de argumentación de Colombia fueron rechazadas. En la primera, a pesar de que se mencionaron varios tratados como prueba de la existencia de una práctica, la Corte consideró que esos tratados no eran pertinentes o habían sido ratificados por pocos Estados en el contexto latinoamericano. En la segunda, aunque Colombia trajo a colación varios casos de asilo diplomático, ellos presentarían, según la CIJ, “incertidumbre y contradicciones”, además de estar influenciados por la “conveniencia política”, de modo que esa práctica no demostraría la existencia de un uso constante y uniforme que posibilitara la creación de una norma consuetudinaria⁶³.

Además, la Corte entendió que, aunque Colombia hubiese probado la existencia de una norma consuetudinaria sobre la calificación, no se la podía invocar contra Perú, que la habría repudiado. Eso lo confirmaría el hecho de que Perú no ratificó las Convenciones de Montevideo de 1933 y 1939, los primeros instrumentos que incluyeron normas relativas a la calificación de la infracción en el ámbito del

62 International Court of Justice. *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 276 y 277.

63 *Ibidem*, p. 277.

asilo diplomático. Se rechazaron, sin un fundamento enérgico, los comunicados oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú presentados por Colombia como prueba de la aceptación de la norma consuetudinaria particular⁶⁴.

En un pasaje del fallo, la CIJ se pronunció también sobre la no intervención como tradición latinoamericana, aunque sin explicitar si tal tradición constituiría una norma consuetudinaria⁶⁵.

El caso plantea varias cuestiones, de las cuales cabe destacar cuatro.

Los argumentos acerca de la identificación de la costumbre se basan en gran medida en la percepción de que los tratados forman parte de la práctica estatal. La postura opuesta de Perú al respecto parte de la base de que no había ratificado un tratado sobre el tema del asilo. Este argumento tiene repercusiones en la determinación del papel del silencio en la formación de la norma consuetudinaria, al cual se le atribuiría poco o ningún peso en el caso de una costumbre particular, ya que la ausencia de ratificación no constituye una manifestación de voluntad expresa.

Segundo, no resulta claro si la exigencia de que Colombia probara que la costumbre particular era obligatoria para Perú es una cuestión procesal o de fondo. En ese contexto subsiste la pregunta de si la costumbre internacional regional podría aplicarse solo cuando una parte en un proceso hubiera aportado prueba de la obligatoriedad para la otra parte o cuando la Corte pudiera reconocerla de oficio.

Parece razonable creer que la prueba exigida de Colombia constituye una cuestión procesal, porque la Corte misma analiza elementos de la práctica, aunque de manera insuficiente, y concluye que no hay una norma consuetudinaria particular que reglamente el tema abordado. Por otro lado, se podría afirmar que la prueba de la costumbre es una condición para su identificación, lo cual daría al asunto contornos de cuestión de fondo.

La CIJ fue muy precisa al dar gran peso al hecho de que Perú no habría ratificado el primer tratado con disposiciones sobre el derecho de calificación del Estado que otorga asilo. Esa referencia al “primer” tratado podría estar relacionada con el principio de la aquiescencia o incluso con lo que llegaría a convertirse en la doctrina del objetor persistente, que exige, como es sabido, que la objeción haya tenido lugar en el momento de la gestación de la norma consuetudinaria.

La opinión disidente del magistrado Álvarez reviste sumo interés porque, antes de ingresar en la Corte, el magistrado había reflexionado mucho en sus obras sobre el papel del regionalismo en el derecho internacional. Sin embargo, la posición de Álvarez con respecto a la costumbre particular no parece ser muy clara.

Antes de entrar en la cuestión del asilo diplomático desde el punto de vista de la norma consuetudinaria particular, Álvarez resume algunas de sus ideas sobre el derecho internacional americano. Según él, no es necesario que una costumbre sea aceptada por todos los Estados del Nuevo Mundo para que sea considerada como parte del derecho internacional americano. También concibe la posibilidad de la existencia de subdivisiones del derecho internacional americano, como el derecho internacional latinoamericano. En cuanto a la relación entre el derecho internacional general y el derecho internacional americano, afirma que no es de subordinación, sino de correlación⁶⁶.

Incluso con una posición favorable a la particularidad en el derecho internacional, Álvarez concluye que no hay un derecho internacional consuetudinario americano en materia de asilo porque no habría uniformidad en la práctica de los gobiernos sobre el tema. Sin embargo, admite que los Estados latinoamericanos emplean ciertas prácticas y métodos en relación con el asilo, aunque no explica si estarían dotados de algún grado de juridicidad y, por lo tanto, si serían obligatorios en el contexto latinoamericano⁶⁷.

Otros magistrados, como Read, afirman expresamente que, aunque Colombia no probó que existiera un derecho unilateral a la calificación y un derecho al salvoconducto basados en el derecho consuetudinario, es indudable que el asilo diplomático constituye una costumbre internacional. Esa

64 *Ibidem*, p. 277 y 278.

65 *Ibidem*, p. 285.

66 *Ibidem*, p. 294.

67 *Ibidem*, p. 295.

afirmación ayuda a comprender que la Corte es capaz de constatar la existencia de la costumbre particular sin que una de las partes necesite probar que esa costumbre sea obligatoria para la otra⁶⁸.

El magistrado Azevedo, además de discordar de la Corte en lo que se refiere a la existencia de una costumbre particular sobre el asilo diplomático, no estuvo de acuerdo con la tesis de que la ausencia de ratificación diera lugar a la exclusión de un Estado del grupo en el cual se respeta la costumbre⁶⁹.

* * *

2.1.2 *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*

El caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (sentencia del 27 de agosto de 1952, CIJ, Informes de 1952) se refería a la continuidad de ciertos privilegios concedidos a ciudadanos estadounidenses en territorio marroquí.

Uno de los argumentos presentados por Estados Unidos era que el ejercicio de su jurisdicción consular y de otros derechos capitulares se fundamentaba en la costumbre y en el uso. Cabe destacar que en ningún momento se usa la expresión “costumbre bilateral”. El argumento se refería a dos períodos diferentes: de 1787 a 1937 y de 1937 hasta el momento en que se emitió un fallo en el caso⁷⁰.

La Corte entendió que el argumento de Estados Unidos era improcedente, en relación con ambos períodos, por distintas razones.

En cuanto al primer período, la Corte presentó dos fundamentos. Primero, la jurisdicción consular estadounidense no se basaba en la costumbre o el uso, sino en derechos emanados de un tratado. Al respecto, las razones expuestas por la Corte no parecen ser suficientemente sólidas. Aunque afirmaba que la mayoría de los Estados tenían derechos emanados de tratados, también reconocía que ciertos Estados ejercían jurisdicción consular con “el consentimiento y la aquiescencia” de Marruecos. Según la Corte, no obstante, ese elemento no sería suficiente para concluir que Estados Unidos tenía derecho a la jurisdicción consular sobre la base de “la costumbre y el uso”. Cabe destacar que, en el fallo, no se consideró que “el consentimiento y la aquiescencia” equivalieran a una costumbre particular, ni siquiera en relación con esos otros Estados⁷¹.

En este caso, a diferencia de la postura general adoptada en el caso relativo al derecho de asilo, la Corte parece hacer una distinción muy estricta entre normas convencionales y normas consuetudinarias, que impide la aplicación simultánea de ambas fuentes, a partir de una dicotomía entre los Estados que tenían jurisdicción consular basada en tratados y aquellos que la tenían sobre la base del “consentimiento y la aquiescencia” de Marruecos. Lo que no queda claro es la forma en que “el consentimiento y la aquiescencia” pueden separarse de los tratados si estos son una forma clara de consentimiento expreso.

El segundo fundamento se basa en la carga de la prueba. Después de repetir los argumentos del caso relativo al derecho de asilo, la Corte afirma que no hay “prueba suficiente” para concluir que el ejercicio de la jurisdicción consular se basaba en la costumbre y el uso. Sin embargo, no se presenta una fundamentación detenida para llegar a esa conclusión⁷².

En cuanto al segundo período, que comienza con el Convenio de 1937 entre Francia y el Reino Unido⁷³, la Corte analizó la correspondencia diplomática entre Francia y Estados Unidos a fin

68 *Ibidem*, p. 321.

69 *Ibidem*, p. 338.

70 International Court of Justice. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 199.

71 *Ibidem*, p. 199 y 200.

72 *Ibidem*, p. 200.

73 La pertinencia de este tratado para el caso está relacionada con la aplicación del principio de nación más favorecida. En virtud de este tratado, el último Estado que gozaba de privilegios en Marruecos —el Reino Unido— dejó de gozar de ellos. Eso incidiría en los derechos de Estados Unidos, que ya no podría alegar la aplicación del principio.

de determinar si contenía elementos que permitieran considerar la existencia de costumbre y uso. Sin embargo, su conclusión fue que ese intercambio de correspondencia indicaba que ambos Estados buscaban una solución para el asunto sin que ninguno de ellos desistiera de su posición jurídica. Lo que ocurre es que, incluso durante esas negociaciones, Estados Unidos siguió ejerciendo jurisdicción consular. La Corte explicó que ese estado de cosas se debía a una situación provisional aceptada por las autoridades marroquíes⁷⁴.

En el fallo no se deja en claro la diferencia entre “costumbre y uso” y “aquiescencia”. No obstante, este último concepto remite a la explicación dada por la Corte, con respecto al primer período, del comportamiento de los Estados que ejercían jurisdicción consular sin basarse en tratados. Tampoco queda claro si, para la Corte, dicha aquiescencia existiría en presencia o en ausencia de un tratado que permitiera el ejercicio de jurisdicción consular.

Sin embargo, en este caso, la CIJ no señaló ninguna norma consuetudinaria que obligara a las partes.

En su opinión disidente, los magistrados Hackworth, Badawi, Carneiro y Rau abordaron la cuestión de “la costumbre y el uso” de una manera diferente de la mayoría.

La premisa metodológica básica de las opiniones disidentes es que un tratado, por un lado, y la costumbre y el uso (que ellos llaman “usage and sufferance”), por el otro, pueden convivir. Esa parece ser la línea más adecuada para el seguimiento del caso relativo al derecho de asilo, en el cual, como ya hemos visto, se establece una relación estrecha entre tratado y costumbre. La opinión disidente, a diferencia de la opinión de la mayoría, aporta varios elementos que demostrarían un uso prolongado por Estados Unidos en relación con el ejercicio de la jurisdicción consular⁷⁵.

* * *

2.1.3 Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India

La sentencia sobre el fondo en el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, de 1960 (sentencia del 12 de abril de 1960, CIJ, Informes de 1960, p. 6), fue la primera oportunidad en la cual la CIJ constató la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario particular. En este caso, la norma en cuestión se aplicaba a la India y a Portugal.

Para llegar a esa conclusión, la Corte estableció un marco inicial con el fin de constatar la existencia de una práctica que autorizaba el derecho de paso de Portugal por territorio de la India. Ese marco surgió con el inicio de la colonización británica y persistió tras la independencia de la India⁷⁶.

La India, en su defensa, rechazó la posibilidad de que existiera una costumbre entre dos Estados únicamente. La Corte refutó ese argumento en un pasaje que constituye una fuente de consulta obligatoria en la literatura sobre el derecho internacional consuetudinario particular:

Con respecto al derecho de paso reclamado por Portugal sobre la base de una costumbre local, la India afirmó que no puede establecerse ninguna costumbre local entre dos Estados únicamente. Es difícil entender por qué el número de Estados entre los cuales pueda establecerse una costumbre local basada en una práctica prolongada deba ser necesariamente mayor de dos. 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 ambos⁷⁷.

La CIJ constató, a partir de los elementos aportados por las partes, que la práctica era suficiente para demostrar que, en lo que se refiere a particulares, funcionarios públicos y mercaderías en general, había una práctica “constante y uniforme” que permitía el derecho de paso de Portugal. La Corte agregó que tal práctica había persistido durante más de un siglo y cuarto sin modificaciones, incluso tras el

74 International Court of Justice. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, *op. cit.*, p. 200 y 201.

75 *Ibidem*, p. 219 a 221.

76 International Court of Justice. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960, p. 37.

77 *Ibidem*, p. 37.

cambio de régimen cuando la India se independizó⁷⁸.

Cabe destacar que la constatación de la norma consuetudinaria local —el derecho de paso— se debió a que posibilitaba “el ejercicio de su soberanía [de Portugal] sobre los enclaves, con sujeción a las atribuciones de reglamentación y fiscalización de la India”. Por lo tanto, la norma consuetudinaria emanaba de un derecho que Portugal tenía por haber sido reconocido como Estado soberano.

Sea como fuere, el análisis que hace la Corte de la práctica de ambos Estados es genérica y no se adentra en los diversos actos que la habrían constituido.

En el fallo se consideró que no existía un derecho portugués, basado en la costumbre local, de paso de las fuerzas armadas, la policía armada, armas y municiones. Con respecto a estas hipótesis, la CIJ consideró que el paso estaba reglamentado por el principio de reciprocidad y no como un derecho⁷⁹, porque en esas hipótesis Portugal tendría siempre que pedir autorización para pasar por territorio indio. En vista de ello, la Corte entendió que “esta necesidad de autorización antes que pudiera efectuarse el paso constituye, en opinión de la Corte, una denegación del paso como derecho”⁸⁰.

Al respecto, no parece muy clara la distinción que se hace en la sentencia entre derechos y reciprocidad, ya que los derechos se basan comúnmente en la reciprocidad, la cual puede consustanciarse en cualquier norma, sea convencional o consuetudinaria. Tampoco resulta claro por qué, al constatar que los británicos siempre autorizaban siempre el paso, la Corte determinó que eso se basaría en la reciprocidad y no en la aquiescencia. En esa línea surge una posible contradicción en el argumento si se toma como referencia el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos. Como ya hemos visto, en ese caso, la CIJ atribuyó gran importancia al principio de la aquiescencia en detrimento de una posible costumbre particular.

Incluso si se niega la existencia de una costumbre local, en tales hipótesis surgen dos elementos importantes del fallo: 1) la Corte hace un análisis de la práctica mucho más detallado que en la primera hipótesis y presenta diversos ejemplos de la práctica que, en su opinión, constituirían reciprocidad y no un derecho, con la correspondiente obligación de paso; 2) la forma en que la Corte aborda la relación entre tratado y costumbre es mucho más dinámica que en el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos. Básicamente, la Corte trata de comprender la forma en que los tratados pueden dar origen a la práctica entre Estados. De esta forma, aunque no se haya encontrado una práctica suficiente para consustanciar una costumbre con respecto a tales hipótesis, el procedimiento metodológico para abordar las relaciones entre tratado y costumbre parece haber cambiado mucho, ya que los tratados son considerados como elementos para evaluar la práctica, y la práctica posterior se relaciona con ellos. En realidad, es posible que la metodología no haya cambiado, sino retornado al precedente establecido en el caso relativo al derecho de asilo.

Al analizar el argumento de Portugal de que el derecho de paso también se basaría en el derecho internacional general, la Corte hizo una importante constatación al determinar que la práctica particular prevalece sobre las reglas generales. Vale la pena transcribir el texto:

La Corte conoce aquí de un asunto concreto con características especiales. La cuestión se remonta a un período y se refiere a una región en los que las relaciones entre los Estados vecinos no se regían por normas precisas, sino que se basaban en su mayor parte en la práctica. Habiendo comprobado que existe una práctica claramente establecida entre los dos Estados, la cual ambas partes han reconocido que rige sus relaciones mutuas, la Corte debe atribuir efectos decisivos a la misma a fin de determinar los derechos y las obligaciones específicos de los Estados. Esta práctica particular debe prevalecer sobre cualquier regla general⁸¹.

Al respecto, subsiste la duda de si la prevalencia de la práctica particular sobre las reglas

78 *Ibidem*, p. 40.

79 *Ibidem*, p. 40 y 41.

80 *Ibidem*, p. 40.

81 *Ibidem*, p. 44.

generales constituye un principio o se aplica solo a este caso concreto, teniendo en cuenta que las relaciones entre Portugal y la India, en la cuestión que es motivo de controversia, son muy antiguas. La segunda hipótesis es más probable, especialmente porque se menciona de manera expresa el caso concreto. Sin embargo, eso no elimina la posibilidad de que la Corte haya llegado a la conclusión de que lo particular prevalece sobre lo general por medio de un recurso lógico.

Las opiniones separadas en el caso son bastante ricas en lo que se refiere a la cuestión de la costumbre particular.

La opinión del magistrado V. K. Wellington Koo diverge de la opinión de la mayoría en que, según él, existía un derecho portugués con respecto también a las fuerzas armadas, la policía armada, las armas y las municiones. Su opinión es muy sustanciosa en lo que se refiere al análisis de los elementos que formarían tal práctica, y presenta diversos ejemplos concretos. Sin embargo, la metodología utilizada para abordar la relación entre la costumbre y los tratados parece ser la misma de la mayoría: los tratados pueden ser considerados como un elemento de la práctica, y la práctica posterior también se refiere a ellos. Desde su punto de vista, los tratados pueden formalizar una práctica consuetudinaria⁸².

Al abordar la caracterización del derecho de paso, el magistrado Koo incorpora la reciprocidad en la propia práctica. Según él, “se ha establecido una práctica relativa al paso basada en la reciprocidad”⁸³.

El magistrado Armand-Ugon vincula el principio de la efectividad a la constitución de la norma consuetudinaria local. Según él, la práctica efectiva del paso generaría el propio derecho de paso⁸⁴.

El magistrado Moreno Quintana parece concebir una relación más hermética entre tratado y costumbre. Para él, la solicitud de Portugal, que basaría el derecho de paso en un tratado, en la costumbre, en principios y en la doctrina al mismo tiempo, sería incongruente⁸⁵. Al respecto, parece apartarse de la metodología adoptada por la mayoría, incluso por la mayoría de los votos disidentes. Moreno Quintana llegó a la conclusión de que no había una práctica suficiente para hablar de la existencia de una costumbre local⁸⁶.

Según el magistrado Percy Spender, el tratado influyó en el proceso de formación de la norma consuetudinaria local⁸⁷.

El magistrado Fernandes no estuvo de acuerdo con la contraposición entre derecho y reciprocidad porque “la mayoría de los derechos reconocidos entre naciones se basan en la reciprocidad”⁸⁸.

Es importante señalar que Fernandes aborda la cuestión de la prevalencia del *jus cogens* sobre las reglas especiales⁸⁹. No obstante, no desarrolla en medida suficiente el argumento relativo a la contraposición entre las normas obligatorias de derecho internacional y la costumbre particular.

* * *

82 *Ibidem*, p. 60.
 83 *Ibidem*, p. 54.
 84 *Ibidem*, p. 82 y 83.
 85 *Ibidem*, p. 90.
 86 *Ibidem*, p. 95.
 87 *Ibidem*, p. 106.
 88 *Ibidem*, p. 134.
 89 *Ibidem*, p. 135.

2.1.4 Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua

En el fallo sobre el fondo pronunciado en el caso de Nicaragua contra Estados Unidos de América relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (sentencia del 27 de junio de 1986, CIJ, Informes de 1986, p. 14), la Corte abordó muy brevemente la cuestión de la costumbre regional. En este caso, la costumbre incidiría en todo el continente americano como “derecho internacional consuetudinario [...] particular del ordenamiento jurídico interamericano”⁹⁰.

Con esta expresión, la Corte quería decir que, en el derecho internacional consuetudinario particular del sistema interamericano, no hay una regla que permita el ejercicio de la legítima defensa colectiva sin que lo solicite el Estado que se considera víctima de un ataque armado⁹¹.

No obstante, se hace referencia al derecho consuetudinario regional sin entrar en la práctica regional. Se presentan los tratados que, en el continente americano, abordan la cuestión de la legítima defensa colectiva, pero no se examina la interacción entre la normativa convencional y la normativa consuetudinaria regional⁹², a diferencia de lo que se hace en largos pasajes de la sentencia donde se analiza la relación entre los tratados y la costumbre general.

Aquí se hace caso omiso del criterio riguroso para la identificación de las normas consuetudinarias particulares que se usó en el caso relativo al derecho de asilo. Asimismo, se observa que la Corte no identificó la norma consuetudinaria regional a partir de la prueba aportada al caso por una de las partes litigantes. La CIJ parece haber efectuado esa identificación de oficio, lo cual refuerza la lectura de que la carga de la prueba para determinar la existencia de una costumbre parece tener una característica más procesal que sustantiva, como se señala en los comentarios sobre el caso relativo al derecho de asilo.

* * *

2.1.5 Caso relativo a la controversia fronteriza

En 1986, la cámara constituida para juzgar el caso relativo a la controversia fronteriza (sentencia, CIJ, Informes de 1986, p. 554) emitió un fallo que también es pertinente para la identificación de las normas consuetudinarias particulares.

La importancia del fallo no reside en que la cámara lo haya emitido sobre la base de una norma consuetudinaria particular, sino en el reconocimiento de que existen estas normas en el derecho internacional.

A fin de establecer los límites que fijarían los Estados interesados, la cámara de la Corte recurrió al principio de *uti possidetis*. Afirmó que el principio era de naturaleza consuetudinaria y se había aplicado solo en América Latina, en sus primordios. No obstante, este principio habría pasado por un proceso de generalización, de modo que la práctica africana al respecto ya estaría vinculada a una norma consuetudinaria de carácter general. Según la Corte:

El hecho de que los nuevos Estados africanos hayan respetado los límites administrativos y las fronteras establecidos por las potencias coloniales no debe considerarse como una mera práctica que contribuye al surgimiento gradual de un principio del derecho internacional consuetudinario, cuyo impacto se limita al continente africano de la misma forma que antes se había limitado a la América española, sino como la aplicación en África de una norma de alcance general⁹³.

La Corte señaló expresamente que la práctica de los Estados africanos no era constitutiva, sino declaratoria, de una costumbre. Eso significa que su finalidad no era extender a África un principio

90 International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

91 *Ibidem*, p. 105.

92 *Ibidem*, p. 104 y 105.

93 International Court of Justice. *Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 565.

que existía en América Latina ni crearlo, sino reconocer una norma consuetudinaria preexistente de carácter general⁹⁴.

Lo que no resulta claro en el fallo con respecto a este último aspecto es que no se menciona una práctica suficiente para corroborar ese proceso de generalización. Por ejemplo, no se sabe con certeza cuándo habría surgido la norma general. Se puede suponer que la norma consuetudinaria general se habría cristalizado después del proceso de descolonización de los Estados latinoamericanos, aunque necesariamente antes de la descolonización de los Estados africanos. Asimismo, la práctica mencionada se limita a los Estados latinoamericanos y africanos. Aunque la norma consuetudinaria pueda formarse a partir de la práctica de los Estados interesados, no sería razonable creer que se deba hacer caso omiso de la práctica de Estados de otras partes del mundo, incluidos los que estaban bajo el yugo de grandes imperios coloniales.

* * *

2.1.6 Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos

En la causa de Costa Rica contra Nicaragua relativa a la controversia sobre los derechos de navegación y derechos conexos (sentencia, CIJ, Informes de 2009, p. 213), la Corte reconoció uno de los pedidos de Costa Rica basándose exclusivamente en una norma consuetudinaria particular, que en este caso era bilateral. El caso reviste singular importancia porque la CIJ parece haber flexibilizado de una manera clara los criterios para probar la existencia de una costumbre particular.

Sin embargo, antes de reconocer el pedido costarricense, la Corte se abstuvo expresamente de pronunciarse sobre la existencia de un régimen aplicable a la navegación en ríos internacionales basado en el derecho internacional consuetudinario general o regional⁹⁵. Como es sabido, hay varias opiniones doctrinarias en el sentido de que, por lo menos en América del Sur, existiría una norma consuetudinaria regional sobre la libertad de navegación fluvial.

En lo que concierne al pedido costarricense de reconocimiento de una costumbre bilateral con respecto a la pesca de subsistencia de los ribereños del río San Juan, fue acogido enfáticamente. La CIJ entendió que ambas partes estaban de acuerdo en que reconocían la existencia de una práctica establecida de pesca de subsistencia. La diferencia entre ambas era si esa práctica era o no obligatoria. En un pasaje muy sintético, la Corte definió la existencia de una norma consuetudinaria aplicable a Costa Rica y Nicaragua de la siguiente forma:

La Corte observa que es improbable que la práctica esté documentada de manera formal en algún registro oficial, por su misma índole y especialmente en vista de que se trata de una zona alejada y poco poblada. Para la Corte, es muy significativo que Nicaragua niegue la existencia de un derecho emanado de la práctica que había persistido sin perturbaciones ni cuestionamientos durante un período muy prolongado. Por consiguiente, la Corte concluye que Costa Rica tiene un derecho consuetudinario. Ese derecho estaría supeditado a las medidas reglamentarias nicaragüenses relativas a la pesca que se hayan adoptado con fines apropiados, en particular para la protección de los recursos y el medio ambiente⁹⁶.

Esta posición, llevada a sus últimas consecuencias, implica una reversión de la posición anterior sobre la prueba de la costumbre particular adoptada en el caso relativo al derecho de asilo. En esa oportunidad, la Corte determinó que el Estado que alega la existencia de una costumbre regional debe probar que la otra parte está obligada por la misma norma. En la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos, la Corte parece haber presumido que existía *opinio juris* porque la práctica no constaba formalmente en ningún documento oficial. Eso invirtió la carga de la prueba para Nicaragua, que no habría negado la existencia de un derecho surgido de la práctica de garantizar la pesca de subsistencia.

Aunque con respecto a una práctica muy limitada, la CIJ realmente parece haber cambiado de opinión sobre la prueba del derecho internacional consuetudinario particular. Es importante señalar que

94 *Ibidem*, p. 566.

95 International Court of Justice. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 233.

96 *Ibidem*, p. 265 y 266.

la Comisión de Derecho Internacional no notó ese cambio, puesto que, en los comentarios sobre las conclusiones correspondientes a la identificación del derecho internacional consuetudinario, cita el caso relativo al derecho de asilo en la parte sobre la prueba de la costumbre particular sin referirse al desarrollo posterior de la jurisprudencia⁹⁷.

Entre las voces disidentes, el único magistrado que notó el cambio de posición respecto del caso relativo al derecho de asilo fue el magistrado Sepúlveda-Amor.

Según él, Costa Rica no habría probado que el derecho consuetudinario relativo a la pesca de subsistencia se había vuelto obligatorio para Nicaragua, como se hizo en el caso relativo al derecho de asilo. La invocación de la norma consuetudinaria por Costa Rica no encontraría respaldo en el tiempo, elemento necesario para la formación de una costumbre, porque recién en el memorial presentado a la Corte en 2006 se habría alegado la existencia de la norma consuetudinaria y, antes de eso, la pesca de subsistencia no se habría expresado en forma de costumbre. Otro punto pertinente de la opinión separada es que, según el magistrado Sepúlveda-Amor, la práctica en cuestión habría sido empleada por la comunidad ribereña local de Costa Rica y no por el Estado costarricense, lo cual sería necesario para la formación de una costumbre⁹⁸.

El magistrado *ad hoc* Guillaume, aunque no se manifestó en contra de la norma consuetudinaria sobre la pesca de subsistencia, afirmó que en América Latina no existía un derecho a la libertad de navegación fundamentado en la costumbre⁹⁹.

2.2. Opiniones individuales de jueces de la CIJ que se refieren explícitamente a la costumbre particular

2.2.1 Casos de la plataforma continental del Mar del Norte

En los casos de la plataforma continental del Mar del Norte (sentencia, CIJ, Informes de 1969), en los que participaron, por acuerdo especial, la República Federal de Alemania, Dinamarca y los Países Bajos, la CIJ no se manifestó sobre la costumbre regional en la sentencia de fondo. Sin embargo, el tema se abordó en la opinión separada del magistrado Fouad Ammoun, quien está de acuerdo con el resultado de la mayoría, pero por diferentes razones.

El caso se refería a la delimitación de las plataformas continentales adyacentes en la región del Mar del Norte y, específicamente, a la posibilidad de aplicar el método de equidistancia.

En un determinado momento, en su opinión separada, el magistrado Ammoun investigó la posible existencia de una costumbre regional peculiar del Mar del Norte en materia de delimitación y plataformas continentales.

Para él, habría una diferencia entre la costumbre general y la regional. En el primer caso, no sería necesario el consentimiento de todos los Estados, sino por lo menos el consentimiento de aquellos que, conscientes de la práctica general y en condiciones de oponerse a ella, no lo hacen. La forma en que funcionaría la norma de derecho internacional consuetudinario regional sería diferente en vista del pequeño número de Estados a los que se pretende aplicar la norma. En ausencia de un consentimiento expreso o tácito, no se podría imponer la costumbre regional a los Estados que la rechacen. Para respaldar su posición, el magistrado cita un pasaje de la sentencia del caso relativo al derecho de asilo, en el cual se dispone que la parte que se basa en una costumbre regional o local debe probar que dicha costumbre es obligatoria para las partes¹⁰⁰.

Al abordar el asunto desde la perspectiva del caso concreto, el magistrado Ammoun afirma que la República Federal de Alemania no podía estar obligada por una norma consuetudinaria regional

97 International Law Commission. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*. A/73/10, p. 155 y 156. Se encuentra en http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

98 *Ibidem*, p. 279 y 280.

99 *Ibidem*, p. 291.

100 Opinión separada del magistrado Fouad Ammoun. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 131 y 132.

hipotética que rechazaba. En ese sentido, enumera actos del gobierno en cuestión que se opondrían expresamente a una norma de esa naturaleza¹⁰¹.

De dicha manifestación surgen por lo menos tres temas.

En primer lugar, la forma en que el magistrado aborda, de manera general, la idea misma de norma consuetudinaria surge del marco de referencia del consentimiento —muy controvertido, como ya se sabe— para explicar la costumbre.

En segundo lugar, y aún con respecto al papel del consentimiento, el magistrado Ammoun admite la posibilidad de que la costumbre regional particular se forme a partir del consentimiento tácito. Si bien no explica las situaciones que configurarían este tipo de consentimiento, no se puede descartar que estuviera refiriéndose al silencio de un determinado grupo de Estados. Por lo tanto, podría estar invirtiendo el orden que la Corte usó por primera vez con la metodología aplicada en el caso relativo al derecho de asilo: que no se presume la existencia de una costumbre particular, sino que siempre debe probarse. En última instancia, es posible que su interpretación del caso relativo al derecho de asilo, que cita textualmente para respaldar su posición, no sea adecuada para los términos de la sentencia.

También es importante destacar la forma en que se abordó la cuestión de la carga de la prueba. Los ejemplos que presenta de la República Federal de Alemania no son para probar la existencia de una costumbre regional, sino para probar su inexistencia. No se habría probado debidamente la ausencia de una costumbre regional, sino solo su no oponibilidad a la República Federal de Alemania.

2.2.2 Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)

En el caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido contra Islandia, Fondo, Sentencia, CIJ, Informes de 1974, página 3), la CIJ tampoco abordó de forma específica la cuestión de la costumbre particular en la sentencia de fondo. Sin embargo, el magistrado de Castro lo hizo en su opinión separada, aunque de manera accesoria e instrumental al análisis sobre la identificación de una norma internacional consuetudinaria de carácter general.

El caso consistía en determinar si la extensión por Islandia de su jurisdicción sobre la pesca era contraria al derecho internacional.

El magistrado Federico de Castro, que estaba de acuerdo con la mayoría, trató de enfatizar sus propios fundamentos para alinearse con la mayoría de la Corte.

En la opinión separada se examinan diversos aspectos de la sentencia. La referencia al derecho internacional consuetudinario particular se efectúa cuando el magistrado analiza el aspecto de la prueba en la costumbre internacional.

Tomando como referencia el derecho inglés, el magistrado de Castro establece la existencia de dos categorías de costumbres: la costumbre general y las costumbres particulares. Las normas consuetudinarias del segundo tipo, al ser excepciones “aplicables a los habitantes de determinadas regiones”, deben probarse. Las normas consuetudinarias generales, que constituirían el *common law*, no precisan ser probadas¹⁰².

Basándose en esta analogía, de Castro afirma que el derecho internacional consuetudinario, que es de carácter general y se basa en la convicción general de su validez (*opinio iuris*), no necesitaría ser probado. La Corte lo aplicaría *ex officio*. Solo “las costumbres o prácticas regionales, así como las costumbres especiales, deben probarse”¹⁰³.

Por lo menos tres aspectos del pronunciamiento del magistrado de Castro son pertinentes.

En primer lugar, deja en claro —lo cual no sucedió en el caso relativo al derecho de asilo— por qué sería necesario probar la costumbre particular. Esto ocurriría debido a una clara analogía de la forma en que la costumbre opera en el ámbito del derecho interno. Así, en virtud de la manera en

101 *Ibidem*, p. 132.

102 International Court of Justice. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, Separate Opinion of Judge De Castro, I.C.J. Reports 1974, p. 80.

103 *Ibidem*, p. 80.

que se desarrollaron algunos tipos de derecho interno —en el ejemplo que da, el derecho inglés—, se promueve un enfoque de la validez del derecho tanto en el ámbito espacial (“determinadas regiones”) como en el personal (“habitantes”). Este enfoque incidiría en la cuestión de la prueba, ya que las costumbres particulares serían la excepción y no la regla.

En segundo lugar, debido a la forma en que el magistrado estructura su argumento, no habría distinción de naturaleza entre la costumbre particular y la costumbre general. El hecho de que esta forma de costumbre particular sea excepcional no la convertiría en menos costumbre o en una costumbre de segunda categoría y solo influiría en “la carga de la prueba”, expresión que usa como título del apartado II de su opinión separada. En otras palabras, la costumbre particular tendría el poder de cambiar la carga de la prueba, sin convertirla propiamente en algo diferente de la costumbre general.

Se observa el uso de ciertas expresiones que no se analizan con la debida minuciosidad, aunque todas se remiten a la necesidad de la prueba: “costumbres regionales”, “prácticas” y “costumbres especiales”. La primera expresión parece evidente, ya que se refiere al elemento geográfico. Las dos últimas son más inciertas: con relación a la primera, quizás el magistrado ni siquiera se refería exactamente a una norma consuetudinaria; la segunda puede indicar una costumbre delimitada por la materia —que la haría “especial”—, pero no está claro qué quería decir con ellas.

Es importante señalar que la opinión separada contiene otra referencia a la costumbre regional. Al rechazar una norma consuetudinaria sobre el establecimiento de zonas de pesca de 200 millas, el magistrado de Castro entiende que dicha norma no goza de “uniformidad ni aceptación general”. La falta de estos elementos se impondría incluso si se la considerara como norma consuetudinaria “de alcance regional”¹⁰⁴.

Aunque se exija uniformidad para la costumbre general y la costumbre particular, la aceptación general, en el caso de la segunda, debe encararse de manera contextual, es decir, desde el punto de vista de determinado número de Estados, lo cual no se explica en la opinión separada. Aun así, el magistrado parece recalcar otra vez en ese pasaje, aunque de manera indirecta, que no hay diferencia de naturaleza entre la costumbre general y la costumbre particular, cuyas diferencias tendrían implicaciones solo en el campo procesal del principio de la carga de la prueba. Por lo tanto, la uniformidad y la aceptación general se aplican tanto a la costumbre general como a la costumbre regional (particular).

2.3. Decisiones de otros tribunales internacionales

2.3.1 Opinión Consultiva OC-25/18 (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la costumbre regional.

En la Opinión Consultiva OC-25/18, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte se pronunció, aunque de manera sucinta, sobre la caracterización del asilo diplomático como costumbre regional.

Para la Corte Interamericana, si bien la Corte Internacional de Justicia, en el caso relativo al derecho de asilo, sostuvo que una costumbre regional solo puede configurarse cuando se prueba “la existencia de un uso uniforme y constante como expresión de un derecho del Estado otorgante del asilo”, en vista de la amplitud de la competencia consultiva en el caso, el marco para evaluar la existencia de una costumbre regional serían los 35 Estados Miembros de la OEA. Tal interpretación se debió a la necesidad de que el alcance de sus opiniones consultivas no quedara limitado a unos pocos Estados¹⁰⁵.

104 *Ibidem*, p. 95.

105 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, para. 158.

El análisis de la *opinio juris* de una supuesta costumbre regional relacionada con el asilo diplomático se basó en tres elementos principales. En primer lugar, no todos los Estados Miembros de la OEA serían partes de las convenciones sobre asilo diplomático, además de que el texto de dichos tratados no sería uniforme ni en su terminología ni en sus disposiciones. En segundo lugar, algunos Estados que participaron en la consulta opinaron que no habría una posición uniforme ni siquiera en la subregión latinoamericana para concluir que el asilo diplomático fuese una costumbre regional. Además, la mayoría de los Estados que participaron en la consulta afirmaron que no existe una obligación jurídica de otorgar asilo diplomático. En tercer lugar, Estados Unidos se opuso de forma persistente a una norma regional consuetudinaria sobre el asilo diplomático¹⁰⁶.

Por consiguiente, la Corte Interamericana decidió que el elemento de *opinio juris* no estaba presente para identificar una norma regional consuetudinaria, aunque reconoció la práctica de los Estados de otorgar, en determinadas situaciones, asilo diplomático o protección a personas en sus legaciones diplomáticas¹⁰⁷.

El caso es realmente relevante ya que, por primera vez, un tribunal internacional pudo abordar el tema fuera del ámbito de un caso contencioso, donde las cuestiones relativas a la carga de la prueba son pertinentes.

Independientemente de la conclusión de la Corte, es importante entender que el continente americano fue considerado como un todo para probar la existencia de una costumbre regional. Aun al considerar la subregión latinoamericana, la Corte solo tomó en cuenta el pronunciamiento de los Estados que participaron en la consulta para afirmar que no habría una “posición uniforme” sobre el carácter consuetudinario del asilo diplomático. No se consideró la práctica general, teniendo en cuenta a todo el grupo subregional. Además, no se consideraron subgrupos aún más delimitados de la subregión latinoamericana, aunque es comprensible que el ejercicio de la jurisdicción consultiva, en este caso, dificultara la adopción de una posición sobre el tema con respecto a un grupo muy específico de Estados latinoamericanos.

Hay elementos poco claros para inferir la ausencia de una costumbre regional en materia de asilo diplomático, como el argumento de que no existiría la obligación jurídica de concederlo. Tal argumento parece estar mucho más relacionado con una norma primaria sobre la concesión de asilo. La identificación de una norma consuetudinaria, que podría verificarse sin la obligación de conceder asilo diplomático, sino como una prerrogativa del Estado, parece pertenecer mucho más al ámbito de una norma secundaria.

Un aspecto adicional importante de la opinión consultiva es que el principio del objetor persistente se analiza a la luz de la costumbre regional, cuestión que no fue abordada por la Comisión de Derecho Internacional en su estudio sobre la identificación de la costumbre particular y que, en general, está ausente en el análisis doctrinario del tema.

A partir del análisis del comportamiento de Estados Unidos, la Corte Interamericana parece concluir que el principio se aplicaría a la costumbre regional. Esto puede reforzar la idea de que la norma consuetudinaria regional no necesita la aceptación unánime de los Estados, considerando a un grupo específico de ellos. Además, esa conclusión tiene importantes repercusiones en la cuestión de la carga de la prueba, pues sugiere que, en determinadas situaciones, debe probarse que una costumbre no es oponible a un determinado Estado, y no a la inversa.

2.4. Balance general de la actuación de los tribunales internacionales en materia de costumbre internacional particular

Los primeros casos de la CIJ sobre la costumbre particular gravitaron en torno al caso relativo al derecho de asilo, cuyo fallo se dictó en 1950. Sin embargo, en los últimos años, las decisiones de la Corte en la materia han reflejado un cambio importante, que culmina con la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos.

La visión restrictiva en la que se basó la CIJ en el caso relativo al derecho de asilo, especialmente en lo que respecta a la necesidad de que un Estado que alega la existencia de una determinada costumbre pruebe que la parte contraria está obligada por ella, estableció las pautas para otros casos resueltos con

106 *Ibidem*, párrs. 159 a 161.

107 *Ibidem*, párr. 162.

posterioridad. Eso fue lo que ocurrió en el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, de 1952, aunque con pocos fundamentos, y en el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, de 1960, a pesar de que la identificación del elemento de la práctica internacional en relación con un punto de la decisión se haya hecho de manera genérica. Las opiniones separadas, en los casos en que la sentencia no se manifestó sobre la costumbre particular, refuerzan esta visión restrictiva, pero muestran algunos espacios de apertura. La opinión separada del magistrado Ammoun en los casos de la plataforma continental del Mar del Norte, de 1969, subraya la necesidad de probar la costumbre particular, pero sostiene que su aceptación puede ser tácita. En el caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías, de 1974, el magistrado de Castro, al destacar la necesidad de probar la costumbre regional, presenta claros indicios de que se trata de una cuestión relacionada con la carga de la prueba en un determinado caso y no necesariamente de una característica propia de la costumbre regional en comparación con la costumbre general.

A partir del caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, de 1986, la posición de la CIJ parece haberse modificado gradualmente. Comenzaron a surgir referencias genéricas, sin un análisis mínimo de la prueba, a favor o en contra de la existencia de una norma internacional consuetudinaria regional. El mismo tipo de consideración genérica se observa en el caso relativo a la controversia fronteriza, también de 1986.

El distanciamiento respecto del caso relativo al derecho de asilo se intensifica aún más en la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos, de 2009. En esa oportunidad, la Corte concluyó que existía una costumbre particular —bilateral, en este caso— porque la parte contraria —Nicaragua— no había negado su existencia. En otras palabras, hubo una inversión de la carga de la prueba. No se descarta que este cambio de posición se haya producido en virtud del tema en discusión, un asunto delicado de derechos humanos que afectaba la propia subsistencia de las poblaciones ribereñas. Sea como fuere, esta posición muestra una tendencia a flexibilizar la prueba rigurosa que se usó por primera vez en el caso relativo al derecho de asilo.

Después del caso relativo al derecho de asilo, la CIJ no ha respondido explícitamente a la pregunta de si la necesidad de probar la existencia de una costumbre regional es una cuestión de fondo o de procedimiento. Si se trata de un problema de fondo, la existencia misma de una determinada costumbre está supeditada a la prueba de que determinados Estados están obligados por ella. Si la necesidad de prueba es una cuestión procesal, la existencia de la costumbre no estaría necesariamente en juego, sino solo su oponibilidad a una de las partes, dentro de los límites del caso contencioso que se esté juzgando.

Una indicación de que la prueba de la costumbre regional sería un asunto procesal es la posible inadmisibilidad de un reclamo basado en una norma consuetudinaria regional. La CIJ no trató la prueba como una cuestión de admisibilidad en ninguno de los casos antedichos. Por otro lado, cabe destacar que, en varias decisiones, se caracterizó la prueba como un asunto relacionado con la “carga” que tendrá alguna de las partes en un caso judicial, es decir, una típica cuestión procesal. Esto es muy claro en la forma en que la CIJ exige, en el caso relativo al derecho de asilo, que Colombia demuestre que Perú está obligado por la norma consuetudinaria particular. En el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, las opiniones individuales contienen un análisis detenido de las pruebas aportadas por Portugal para demostrar que existe una costumbre bilateral. El magistrado de Castro también señala la diferencia entre costumbre general y particular expresamente en el apartado sobre “la carga de la prueba”. Por último, en la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos, la cuestión se resuelve debido a que la carga de la prueba se invierte de la parte demandante a la parte demandada.

Los primeros casos juzgados por la CIJ tienen en cuenta aspectos que, a lo largo de los años, han pasado desapercibidos en las decisiones más recientes.

La relación entre tratado y costumbre se consideró a veces de mayor peso, como en el caso relativo al derecho de asilo y el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, mientras que en otros casos no se consideró suficientemente pertinente, como en el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos.

La reciprocidad —caso relativo al derecho de paso por territorio de la India— y la aquiescencia —caso relativo al derecho de asilo, caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos y caso relativo al derecho de paso por territorio de la India— también se tuvieron en cuenta para determinar si existe o no una norma internacional consuetudinaria particular.

Posteriormente, esos elementos no tuvieron mayor presencia en otros casos. Esto podría deberse a la disminución gradual, aunque no la desaparición total, del uso por la CIJ de analogías privadas en su interpretación del derecho internacional.

A partir del caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, la existencia de intereses colectivos generales parece interferir en la identificación de la costumbre regional (e incluso en la carga de la prueba). Por lo tanto, la particularización de la costumbre podría contribuir —y no oponerse— a tales intereses colectivos generales. Así fue que, en el caso mencionado, se encontraron normas sobre el uso de la fuerza en el ámbito regional americano, que coincidían con normas de alcance universal. En el caso relativo a la controversia fronteriza, el interés en estabilizar las fronteras en el mundo, especialmente en el marco de la descolonización, fue importante para determinar que el *uti possidetis* era de origen regional, pero luego se generalizó. Por último, en la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos, se encontró una norma bilateral consuetudinaria en el marco de los derechos humanos e incluso de los derechos relacionados con la supervivencia de las poblaciones ribereñas. La protección de los derechos humanos a nivel local no entraría en conflicto con los derechos humanos de alcance universal, sino que los complementaría.

No se puede descartar que el contexto en el que la CIJ juzgó los primeros casos relacionados con la costumbre regional exigía de su parte un concepto de derecho internacional que oponía las dimensiones de localismo (a veces en forma de regionalismo) y universalismo. Por eso, los criterios establecidos para la identificación de normas consuetudinarias son bastante estrictos.

Tampoco se puede descartar que la flexibilización de los criterios para la identificación de la norma consuetudinaria regional haya sido consecuencia de la metodología paulatinamente más laxa que la CIJ, a lo largo de los años, comenzó a aplicar para identificar la costumbre general.

En el único caso encontrado fuera del ámbito de la CIJ en el que se dictaminó sobre una costumbre particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscó claramente interactuar con la primera, al citar el caso relativo al derecho de asilo, aunque sin tener en cuenta otros casos posteriores.

La Corte Interamericana tomó en cuenta el criterio estricto de la prueba de la costumbre regional. Aunque no se trataba de un caso contencioso, sino consultivo, en la valoración del elemento *opinio juris* se dio gran peso a la posición de los Estados que se manifestaron en la consulta. Si bien el marco para identificar una posible norma consuetudinaria regional incluyó a los 35 Estados Miembros de la OEA, no se evaluó la posición de cada uno de ellos.

Igual que en el caso relativo al derecho de asilo, la Corte Interamericana dio gran peso, al determinar la *opinio juris*, a los términos de los tratados regionales que establecían normas sobre asilo diplomático.

Al describir la posición de Estados Unidos de América, la Corte Interamericana afirmó que el principio de objeto persistente no parece ser incompatible con la costumbre particular.

De todos modos, se observa que, si bien había posibilidades de que la Corte Interamericana se pronunciara sobre cuestiones de la costumbre particular fuera del ámbito de un caso contencioso, también había límites claros para ello. De hecho, no sería razonable, teniendo en cuenta el amplio grupo de los 35 Estados Miembros de la OEA, que la Corte Interamericana adoptara un enfoque por subregiones de límites variables para afirmar categóricamente la existencia de una costumbre regional. Si esa idea avanzara, la Corte Interamericana podría dar una señal equivocada sobre la necesidad de considerar, desde un punto de vista jurídico, el sistema interamericano de derechos humanos como un todo, y no de manera fragmentada desde el punto de vista subregional. En este caso, la delimitación de un amplio grupo de Estados en los que operaría una supuesta costumbre regional afectó, desde un principio, la conclusión misma de la Corte Interamericana sobre la identificación de dicha costumbre regional.

PARTE III. LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR

3.1. Introducción

El derecho internacional consuetudinario particular dista mucho de ser un tema reciente en la literatura del derecho internacional.

Ya en la primera mitad del siglo xx, los juristas admitían explícitamente la posibilidad de la existencia de normas consuetudinarias que vincularan solo a un grupo determinado de Estados.

Un buen ejemplo de esa posición es la de Jules Basdevant en el curso general que dictó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1936.

Basdevant admitía la posibilidad de la existencia de lo que llamaba “norma consuetudinaria relativa” en virtud específicamente de la práctica de los Estados que se había desarrollado en ese sentido. Los ejemplos que daba, aunque tratados de manera poco profunda, se referían a normas consuetudinarias bilaterales sobre la extensión del mar territorial, el asilo diplomático en el ámbito de los Estados de América del Sur e incluso la inmunidad de los buques que navegan en convoy. Sobre ese tipo de costumbre guardaba silencio el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuya redacción Basdevant consideraba que, en conjunto, era “bastante imprecisa”. Basdevant afirmaba que, en caso de que se pidiera a la Corte que se pronunciara sobre una costumbre relativa —materia que, según él, la Corte todavía no había abordado—, la Corte no debería atenerse al texto del artículo 38¹⁰⁸.

Lo que más llama la atención en el trato dado por Basdevant al tema es que lo insería claramente en una dicotomía entre lo general y lo particular. Estas consideraciones constaban en el primer capítulo de su curso, que tenía el sugestivo título de “Concepción universal y relativismo en el derecho internacional”. Aunque el jurista francés consideraba plenamente legítimo el derecho internacional relativo (no solo el consuetudinario, sino también el convencional), su argumentación se encuadraba en un esquema mental de clara excepción. El derecho internacional, por sus propios fundamentos históricos, sería universal y cedería un espacio para que los Estados establecieran normas particulares (o relativas) entre ellos¹⁰⁹.

Una preocupación importante con respecto al carácter universalista del derecho internacional —demostrada por Basdevant— parece ser una de las razones por las cuales la doctrina no se interesó de una manera más sistemática por el derecho internacional consuetudinario particular. Además, la idea de universalismo en el derecho internacional —originada en un momento histórico de expansión del sistema jurídico internacional hacia el mundo extraeuropeo y calcada de una concepción colonialista no solo del derecho, sino también de la política internacional¹¹⁰— abría poco espacio para la discusión sobre una costumbre que vinculaba solo a un grupo particular de Estados. La universalización del derecho internacional fue asociada rápidamente a la idea de unidad del sistema jurídico internacional¹¹¹; la costumbre particular planteaba muchos más cuestionamientos que soluciones para la idea de un derecho internacional universal.

108 Basdevant, Jules. *Règles générales du droit de la paix*. En *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Volumen 58, 1936, p. 486 y 487.

109 *Ibidem*, p. 483 a 491.

110 . Sobre tal proceso de “universalización”, con sus contribuciones y tensiones internas, véase Becker Lorca, Arnulf. *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*. En *Harvard International Law Journal*. Vol. 51. N° 2, 2010, p. 475 a 552.

111 Tal como se difundió entre varios internacionalistas, la concepción misma de unidad formal del sistema jurídico internacional está intrínsecamente relacionada con su propia universalidad, como señala P. M. Dupuy, quien también recalca el papel del Estado en esa relación: “¿Qué es lo que da al orden jurídico internacional general —cuyo alcance es, por definición, universal— la unidad de formas, es decir, en primer lugar, de sus modos de producción y aplicación de normas? A esta pregunta se puede dar de inmediato una respuesta sencilla: el Estado. Desde sus orígenes, como ya hemos visto, este orden jurídico original debe su unidad a la naturaleza particular de sus sujetos primarios”. Dupuy, Pierre-Marie. *L'Unité de l'ordre juridique international*. En *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Volumen 297, 2002, p. 93.

Sin embargo, parece haber también una razón, de orden mucho más técnico, que explica el poco interés en el derecho internacional consuetudinario particular.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, la costumbre internacional pasó a ocupar de manera gradual, en tanto que fuente del derecho internacional, un espacio de menor primacía en las obras de los internacionalistas. Los movimientos de codificación y crecimiento exponencial del tratado para regular las relaciones jurídicas internacionales se produjeron en claro detrimento de la fuente consuetudinaria¹¹². En ese contexto, las investigaciones sobre la costumbre y, específicamente, sobre la costumbre particular fueron relegadas a segundo plano.

No se puede negar que, paralelamente a la tendencia universalista defendida por la mayor parte de la doctrina internacionalista, desde el siglo XIX se gestaba en algunos lugares una conciencia de identidad regional desde el punto de vista jurídico. En el continente americano, en particular en el subcontinente latinoamericano, cobraba fuerza una noción de regionalismo jurídico que abarcaba no solo la elaboración de tratados entre Estados de la región, sino también la identificación de principios generales y normas consuetudinarias de aplicación local. No obstante, los estudios específicos sobre la costumbre particular eran raros o inexistentes durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX; el trato que se daba al tema solía ser genérico en la reflexión sobre la existencia de un derecho internacional americano o, como mínimo, de una aplicación especial del derecho internacional al continente americano o al subcontinente latinoamericano¹¹³.

No es por casualidad que, a pesar de la ausencia de estudios sistemáticos sobre el tema, se haya pedido primero a la CIJ que se pronunciara sobre la costumbre particular en un caso de dos Estados del continente americano. América era el escenario ideal para una discusión más profunda sobre el derecho internacional consuetudinario particular, aunque todavía no se hubieran desarrollado de manera sistemática, desde el punto de vista de la dogmática del derecho internacional, las implicaciones del reconocimiento de normas americanas propias del derecho internacional.

Aun así, la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en 1950 en el caso relativo al derecho de asilo no suscitó de inmediato interés en el tema entre los juristas más influyentes. Eso probablemente se deba a que, como ya se ha visto, la CIJ, además de no indicar la existencia de una norma consuetudinaria particular de carácter regional, estableció un criterio muy riguroso para su identificación, lo cual más tarde dividiría a la doctrina en cuanto a si era propio de la costumbre particular o podía extenderse a la costumbre general.

En uno de los primeros comentarios sobre el caso relativo al derecho de asilo, Herbert Briggs puso en tela de juicio la cuestión de la prueba del derecho internacional consuetudinario, al contrario de la particularidad de la costumbre en virtud del contexto regional o subregional americano. Briggs aparentemente apoyaba la conclusión de la Corte porque no se podía encontrar un “uso uniforme y constante, aceptado como derecho” con respecto a la norma de calificación unilateral y definitiva del asilo. Los hechos que se habían llevado ante la Corte revelarían mucha “incertidumbre y contradicción, mucha fluctuación y discrepancia en el ejercicio del asilo diplomático”¹¹⁴.

112 . Diversos internacionalistas de la época, como Ernest Nys, recurren a la analogía doméstica al considerar que la costumbre es sustituida paulatinamente por la fuente convencional en el derecho internacional. Incluso a riesgo de inmovilidad del sistema, que ya no contaría con la flexibilidad de la costumbre, el Poder Judicial y el arbitraje internacional completarían y desarrollarían los códigos internacionales, Véase Nys, Ernest. *Codification of international law*. En *American Journal of International Law*. Vol. 5. Nº 4, 1911, p. 871 a 900.

113 La bibliografía básica sobre este asunto consiste en las obras de Álvarez y Sá Vianna, que demuestran no solo la índole un tanto abstracta —en detrimento, por ejemplo, de una discusión más específica y sistemática sobre las fuentes del sistema— del debate sobre la existencia de un derecho internacional americano, sino también las posibilidades y las dificultades de encarar el derecho internacional desde una perspectiva regional. Véase Álvarez, Alejandro. *Le droit international Américain*. París: Pedone, 1910, y Sá Vianna, Manoel Álvaro de Souza. *De la non-existence d'un droit international Américain*. Rio de Janeiro: L. Figueiredo, 1912.

114 . Briggs, Herbert W. *The Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law*. En *American Journal of International Law*. Vol. 45, Nº 4, 1951, p. 731.

Eso significa que Briggs no estaba muy interesado en analizar el caso desde el punto de vista de una costumbre que vinculara solo a un número determinado de Estados, sino más bien en el método utilizado por la Corte para identificar una norma consuetudinaria —que, dicho sea de paso, no variara según el número de destinatarios— a escala universal o regional. De esta forma, la particularidad del sistema jurídico internacional quedaba absorbida por una perspectiva rígidamente universal.

Otros comentarios recibían mejor el argumento de que la CIJ debería haber examinado con más detenimiento la cuestión del regionalismo en el derecho internacional, pero no adoptaron una orientación específica con respecto a la formación de la norma consuetudinaria particular¹¹⁵.

Fue recién a principios de la década de 1960 que comenzaron a aparecer análisis más sistemáticos de la costumbre particular. Eso se debe claramente a que, después del caso relativo al derecho de asilo, la CIJ juzgó, en 1952, el caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos y, en 1960, el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India.

Ese último caso, en el cual la CIJ reconoció explícitamente la posibilidad de la existencia de una costumbre particular (bilateral, en este caso), parece haber sido un gran estímulo para que la doctrina tratara de entender de una manera más pormenorizada y sistemática la costumbre particular en el derecho internacional.

Sin embargo, ese trato más sistemático del tema también lo colocó en el ámbito de un debate más amplio entre voluntaristas y no voluntaristas. Los autores volvían una y otra vez a la cuestión de la prueba de la costumbre particular y su comprensión como expresión de consentimiento del Estado. Es probable que la publicación del artículo pionero de Cohen-Jonathan haya promovido en gran medida el examen de la costumbre en el ámbito de ese debate. No obstante, la sentencia en el caso relativo al derecho de asilo, pronunciada en 1950, también sirvió de incentivo.

En el apartado siguiente presentaré un análisis crítico de los trabajos dedicados a analizar la costumbre particular de una manera sistemática, los cuales, de una manera u otra, la introdujeron en el debate entre voluntaristas y no voluntaristas. De esta forma explicaré las opciones adoptadas por las corrientes doctrinarias con respecto al tratamiento de la cuestión a lo largo del tiempo. Esta exposición podrá abrir nuevas posibilidades de análisis sobre la costumbre particular, especialmente en el continente americano.

3.2. La costumbre particular para los voluntaristas y los no voluntaristas

El artículo de Cohen-Jonathan, titulado “La coutume locale”, fue el primer intento importante de comprender la costumbre particular de una manera ordenada y sistemática. En vista de las referencias hechas a este artículo, publicado originalmente en 1961 en el *Annuaire Française de Droit International*, es probable que sea el trabajo doctrinario más influyente que se haya escrito sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

Las primeras líneas del artículo sitúan sus ideas de lleno en la tensión entre universalismo y particularismo. En ese sentido, la primera alusión que se hace es al debate entre Álvarez y Sá Vianna sobre la existencia de un derecho internacional americano. Ese debate revelaría que la sociedad internacional admitía, aunque de manera temperada, el relativismo jurídico¹¹⁶. Como lo universal y lo particular pueden coexistir, una investigación más sistemática sobre el derecho internacional particular no plantearía riesgos en sentido estricto a la unidad del sistema jurídico internacional.

En el artículo, dividido en dos partes principales, se procuraba en primer lugar analizar la existencia de la costumbre local como fuente del derecho internacional y examinar las controversias doctrinarias sobre el asunto, así como la consagración de la costumbre local en la jurisprudencia de la CIJ. A continuación, se abordaban los aspectos relativos a la naturaleza jurídica de la costumbre local, a fin de distinguirla de la costumbre general y del acuerdo tácito.

115 . Por ejemplo, Van Essen, J. L. F. *Some reflections on the Judgments of the International Court of Justice in the Asylum and Haya de la Torre Cases*. En *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 1. Nº 4, 1952, p. 533 a 539.

116 Cohen-Jonathan, Gérard. *La coutume locale*. En *Annuaire français de droit international*. Vol. 7, 1961, p. 119.

La estrategia del autor era clara: demostrar, con argumentos lógicos y la propia jurisprudencia de la CIJ, los errores de los juristas que afirmaban que no existía una costumbre local. El autor también procuraba dedicar un espacio específico a la costumbre local frente a figuras similares, como el acuerdo tácito o *estoppel* (doctrina de los actos propios). Sin embargo, el telón de fondo propiamente dicho del artículo era una defensa de los argumentos no voluntaristas para justificar la costumbre internacional, y la costumbre local en particular, como fuente del derecho internacional.

Su definición de costumbre local, basada en el número restringido de Estados, era relacional, es decir, se afirmaba en contraposición a la costumbre universal. Contrastaba también con la noción de costumbre especial, basada en el objeto de la norma y no en la extensión del grupo al cual rige, criterio que procuraba enfatizar¹¹⁷.

Al analizar la posición de la doctrina sobre el asunto, el autor señalaba a aquellos que negaban la existencia de la costumbre local —entendida como un acuerdo tácito, o sea, un tratado no escrito— y la corriente positivista, compilada por la doctrina soviética, que solo lograba justificar la costumbre local recurriendo a la idea de un consentimiento tácito¹¹⁸.

Según Cohen-Jonathan, ambas posiciones eran insuficientes para comprender la costumbre local y debían ceder un espacio para una perspectiva no voluntarista del asunto¹¹⁹. Igual que una norma consuetudinaria general, la norma consuetudinaria local estaría dotada de ambos elementos: objetivo y subjetivo. Lo que la caracterizaría sería su existencia en cuanto norma emanada de una sociedad jurídica particular. Por su parte, lo que caracterizaría a una comunidad jurídica restringida sería la conciencia común de dos o más sujetos de derecho de una cierta necesidad social, que se exterioriza en comportamientos concordantes¹²⁰. Ni siquiera el artículo 38 del Estatuto de la CIJ sería un obstáculo para el reconocimiento de la costumbre local. El dispositivo, en sí mismo defectuoso e impreciso al aludir al término “general”, no se referiría necesariamente al elemento espacial, sino a la continuidad de la aplicación a lo largo del tiempo¹²¹. De esta forma, Cohen-Jonathan eludía la crítica más obvia, basada en el carácter literal de los términos de la norma, formulada por quienes negaban la existencia de la costumbre local, al mismo tiempo que le quitaba al artículo 38 la exclusividad en la definición del alcance de los elementos que integran cualesquiera normas consuetudinarias. El autor también insistía en que la existencia de una región determinada no agotaba el carácter local de la norma consuetudinaria, que podría manifestarse en niveles más bajos, como el subregional, prescindiendo de un asentamiento territorial predeterminado¹²².

El análisis pasaba entonces al estudio de casos, comenzando por el caso relativo al derecho de asilo juzgado por la CIJ¹²³.

Su posición no voluntarista ampliaba claramente las posibilidades de algunos fallos de la CIJ. En el caso relativo al derecho de asilo, aunque la Corte no hubiera identificado una norma consuetudinaria regional sobre el asilo, Cohen-Jonathan veía en la sentencia una reafirmación de la idea de que podían surgir costumbres locales más restringidas a la costumbre regional o incluso que, en el fallo, se había entendido que la ausencia de un acto de no reconocimiento de una costumbre local por un Estado podría considerarse como un reconocimiento tácito¹²⁴. En el caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías, aunque la CIJ no había utilizado en ninguna parte de su sentencia la expresión “costumbre particular” o ningún otro correlato, Cohen-Jonathan entendía que se habría reconocido implícitamente una costumbre local entre Noruega y el Reino Unido, constituida por la acción positiva del primer país y la abstención del segundo¹²⁵.

117 *Ibidem*, p. 120.

118 *Ibidem*, 121 a 123.

119 *Ibidem*, p. 125.

120 *Ibidem*, p. 126.

121 *Ibidem*, p. 122.

122 *Ibidem*, p. 122.

123 *Ibidem*, p. 128.

124 *Ibidem*, p. 129.

125 *Ibidem*, p. 131.

No obstante, el supuesto no voluntarista del autor generaba claras tensiones internas en su argumentación, como ocurre con la distinción que trataba de hacer entre costumbre local y costumbre general. Para él, la costumbre local podía entenderse de manera análoga a un acuerdo restringido: la norma vincula a las partes que participaron en su formación y solo a ellas. Al citar el caso relativo al derecho de asilo, entendía que la costumbre local no podía extenderse a un Estado que la repudiara o que no la reconociera de manera expresa o tácita y que se adhiriera a ella sobre la base de su actitud (lo cual, además del simple silencio, exigiría una voluntad positiva o una abstención calificada)¹²⁶. Con todo, una analogía tan estricta entre la costumbre y el tratado (acuerdo restringido) genera importantes interrogantes al acercarse aún más la idea de la costumbre local a la de un acuerdo tácito. Desde ese punto de vista, ¿no sería más fácil, siguiendo la línea de los autores que Cohen-Jonathan había criticado, asociar por completo la costumbre local a un acuerdo tácito?

En uno de los puntos, el autor examina las diferencias que habría, en su opinión, entre costumbre local y acuerdo tácito: 1) el carácter de repetición se da en la primera y no en el segundo (de acuerdo con este criterio, en las dos opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional —Danzig y Comisión Europea del Danubio— se habría constatado la existencia de una costumbre local, y no de un acuerdo tácito, porque se basaron en la idea de continuidad); 2) en la costumbre local hay *opinio juris*, que se forma a partir de una práctica lenta que se manifiesta de manera gradual, no obligatoriamente en el mismo momento y no siempre con el mismo grado de intensidad; 3) se necesita capacidad de suscribir tratados para el acuerdo tácito y no para la costumbre local¹²⁷.

Sin embargo, excepto por la primera diferencia, que es en sí una lectura controvertida de las opiniones consultivas, las demás razones para separar la costumbre local del acuerdo tácito eran más bien conceptuales y no se basaban en la práctica de los Estados o en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. En el límite entre ambas figuras influía especialmente la postura teórica defendida por el autor. Según los supuestos teóricos que se usaran, se podía llegar a confundir la costumbre local con el acuerdo tácito. Sería más fácil admitir que la jurisprudencia de la CIJ resolvió el problema al afirmar que la costumbre local se reconoce en el derecho internacional, a pesar de las posiciones doctrinarias que pueden discordar de la aseveración de la Corte.

Cohen-Jonathan concordaba con el criterio riguroso desarrollado por la CIJ en el caso relativo al derecho de asilo de que la parte que alega la costumbre particular debe demostrar que la parte contraria la acepta. Plantea esa exigencia como una cuestión de la carga de la prueba, que recae sobre quien alega la costumbre particular, porque un Estado que fundamenta su derecho en una práctica particular debe probar sobre todo por qué ese derecho corresponde a la limitación de la soberanía del Estado territorial¹²⁸. Con todo, esa asociación de la costumbre particular a una limitación de la soberanía de cierto Estado dimana exclusivamente de los casos juzgados por la CIJ. No queda demostrada la manera en que una costumbre local estaría asociada siempre a una cuestión de limitación de la soberanía, salvo que se entienda que toda norma de derecho internacional es una limitación de la soberanía estatal.

En las últimas páginas del artículo, Cohen-Jonathan analiza las interacciones entre costumbre general y costumbre local. En caso de conflicto, da preferencia a la costumbre local, basándose en el caso relativo al derecho de paso. Tampoco acepta la tesis de que las costumbres locales pueden surgir solo de lagunas en la costumbre general¹²⁹.

Al final, aunque no considerara las costumbres locales como una amenaza para la unidad del derecho internacional, ya que respondían a exigencias sociales particulares, ponía de relieve las costumbres locales que tenían un objeto más general y que vinculaban a un gran número de Estados. En esos casos, entendía que el derecho especial debía fundamentarse siempre en el derecho general, so pena de llevar a una fragmentación del sistema jurídico internacional¹³⁰. Aquí, Cohen-Jonathan daba una clara indicación de que el particularismo en el derecho internacional no podía existir de manera autónoma respecto de su universalismo. En última instancia, el primero estaba subordinado de alguna forma al segundo.

126 *Ibidem*, p. 133.

127 *Ibidem*, p. 137 a 139.

128 *Ibidem*, p. 134 y 135.

129 *Ibidem*, p. 135 a 137.

130 *Ibidem*, p. 140.

A fines de la década de 1960, Anthony D'Amato publicaba en *American Journal of International Law* un artículo titulado “The Concept of Special Custom in International Law” [El concepto de la costumbre especial en el derecho internacional].

Al mismo tiempo que afirmaba la existencia de la costumbre particular, que prefería denominar “costumbre especial”, su objetivo principal era, a partir de la jurisprudencia de la CIJ, separar la necesidad de que se cumpliera el requisito del consentimiento para ese tipo de costumbre. Se trata, por consiguiente, de un intento de abordar el asunto desde la perspectiva de una postura teórica no voluntarista.

Lo primero que llama la atención en el artículo es la defensa que hace el autor de un objeto diferente de la costumbre especial. Para él, esa costumbre se refería a temas que no podían generalizarse, como títulos o derechos sobre partes específicas de propiedades en el mundo (*world real estate*), casos de prescripción adquisitiva, controversias fronterizas y las llamadas servidumbres internacionales. Además, la costumbre especial podría llevar al establecimiento de normas limitadas expresamente a países de cierta región, como en el caso del derecho de asilo en América Latina¹³¹. La distinción no se basa en criterios rigurosos. Mientras que en la primera parte se abordan asuntos relativos a títulos territoriales, en la segunda se amplía mucho el objeto de la costumbre especial. Al parecer, aquí D'Amato partía de los casos ya juzgados por la CIJ sobre la costumbre particular y los extendía a un horizonte de cuestiones más generales, sin dejar de abrir posibilidades amplísimas con respecto a su objeto, como en el ejemplo del derecho de asilo.

Es en el derecho romano y en el derecho común inglés que D'Amato entreveía los orígenes de la costumbre especial, su diferenciación de la costumbre general e incluso la exigencia de su prueba. Recurriendo a Blackstone, recordaba que las normas relativas a la necesidad de probar la existencia de la costumbre especial eran más estrictas porque se trataba de excepciones del derecho común o la costumbre general¹³². El derecho internacional habría absorbido esa idea, a pesar de la redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, la cual insistía, igual que Basdevant, que no debía entenderse de manera literal¹³³.

Ese recurso histórico solo reforzaba el fondo de su argumentación, que consistía en que la CIJ había usado el criterio más estricto del consentimiento para determinar la existencia de esa costumbre especial y no de la costumbre general. Al separar de esta forma ese tipo de costumbre, procuraba mantener la coherencia argumentativa de la CIJ al mismo tiempo que atacaba las corrientes voluntaristas.

Sin embargo, el autor no renunciaba a una válvula de escape por si la CIJ decidía más adelante flexibilizar el criterio del consentimiento incluso para la costumbre especial. De ahí su admisión de que, según el tipo de caso analizado, los requisitos para probar la costumbre especial podían variar (en casos de prescripción, fronteras, derecho regional o lo que fuera)¹³⁴. Eso parece corroborar que la forma en que abordaba la costumbre especial, al admitir flexibilidad en los criterios que la constituyen, dependía de una tesis más amplia que procuraba rechazar argumentos voluntaristas en el derecho internacional, procedimiento que no distaba mucho del adoptado por Cohen-Jonathan.

También es importante recordar que D'Amato no preconizaba la idea de una prevalencia de la costumbre especial sobre la costumbre general en todos los casos. Al analizar el caso del derecho de paso, recordaba que no se habría comprobado cabalmente la prevalencia de la primera, ya que Portugal no habría probado de manera adecuada la existencia de la segunda¹³⁵.

En la década de 1990, la afiliación teórica al voluntarismo o la oposición al mismo todavía fundamentaba posiciones doctrinarias y concepciones sobre la costumbre particular. Algunos ejemplos de esas posiciones, que dieron lugar a interpretaciones antagónicas e incluso contrapuestas, son el ensayo de José María Gamio, “Costumbre universal y particular”, y el artículo de Olufemi

131 D'Amato, Anthony. *The Concept of Special Custom in International Law*. En *American Journal of International Law*. Vol 63. N° 2, 1969, p. 212 y 213.

132 *Ibidem*, p. 213.

133 *Ibidem*, p. 217 y 218.

134 *Ibidem*, p. 223.

135 *Ibidem*, p. 219.

Elias, “The relationship between general and particular customary international law” [La relación entre el derecho internacional consuetudinario general y particular].

En cuanto al primero, Gamio no negaba que la jurisprudencia de la CIJ se centrara, al examinar la costumbre particular, en la cuestión de la necesidad de demostrar el consentimiento de determinado Estado con respecto a la norma. No obstante, para él, en esos casos no se trataría de costumbre, sino de otras fuentes del derecho internacional¹³⁶.

Igual que D'Amato, Gamio entendía que los casos en que la CIJ exigía el consentimiento eran aquellos en los cuales se habrían observado cuestiones relacionadas con la costumbre particular. Con respecto a la costumbre general, la Corte se inclinaría claramente por la idea del consenso¹³⁷. Sin embargo, a diferencia de D'Amato, saca una conclusión diferente de esa constatación.

Gamio lee la jurisprudencia de la CIJ sobre costumbre particular partiendo del supuesto de que la Corte, cada vez que abordó el tema, podría haber llegado a la conclusión de que la costumbre particular —local, bilateral o regional— debía encararse como un asunto relacionado con una fuente distinta de la costumbre.

En ese sentido, el autor critica el caso relativo al derecho de paso porque, en su opinión, la Corte podría haber llegado a la misma conclusión recurriendo a la idea de los títulos prescriptivos o incluso de *estoppel* (doctrina de los actos propios). En el caso de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, opina que se podría haber resuelto la controversia usando como fundamento la idea del acuerdo tácito, sobre la base del voto disidente de cuatro jueces en el caso. Análogamente, la Corte Permanente de Justicia Internacional hablaba del acuerdo tácito cuando se pronunció en la Opinión Consultiva sobre Danzig¹³⁸.

Ni siquiera existiría la costumbre regional como categoría autónoma. Aunque admitiera que, en el caso relativo al derecho de asilo, se reconoció la existencia de una práctica entre Estados del continente americano, no veía una relación necesaria entre esa constatación y la existencia de una norma consuetudinaria vinculante para un universo restringido de Estados. Esa práctica sería el substrato en el cual se basaría el uso de otra fuente del derecho internacional en el caso, pero no una costumbre propiamente regional. Gamio ve la idea de “Estados especialmente afectados”, desarrollada en la jurisprudencia de la CIJ, como una manera específica de designar lo que algunos prefieren denominar costumbre particular¹³⁹. En vez de configurar una fuente formal del derecho o incluso una figura jurídica, la costumbre regional describiría solo una forma de exteriorización (de un modo más restringido en lo que se refiere al número de participantes) de una fuente formal propiamente dicha o un concepto jurídico bien definido.

En cuanto al proceso mediante el cual la costumbre particular se convertía en general, Gamio entendía que, en ese caso, habría una transformación no solo cuantitativa —del número de Estados vinculados por una norma—, sino también cualitativa, ya que lo que era en principio un simple acuerdo parcial entre un número determinado de Estados se transformaría en costumbre¹⁴⁰.

En última instancia, el rechazo de la costumbre particular por Gamio se debía a la fuerte vinculación del autor a una concepción no voluntarista en el derecho internacional. La exigencia de consentimiento para la identificación de la costumbre particular era simplemente inadecuada para explicar la costumbre, lo cual lleva a prescindir de tal consentimiento. En un momento determinado, el autor no oculta su objetivo de llegar incluso a una negación de la costumbre particular, que podría “perturbar todo propósito de elaborar una teoría coherente de la costumbre como fuente del derecho internacional”¹⁴¹.

136 Gamio, José María. *Costumbre universal y particular*. En Rama-Montaldo, Manuel (ed.). *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Vol 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 79.

137 *Ibidem*, p. 80.

138 *Ibidem*, p. 86 y 87.

139 *Ibidem*, p. 88 y 89.

140 *Ibidem*, p. 98.

141 *Ibidem*, p. 92.

En realidad, el autor parece disociar la costumbre particular de la costumbre como fuente del derecho internacional porque sus características la diferencian mucho de un intento de comprensión orgánica de la costumbre. Esa posición es ciertamente pasible de críticas porque requiere que la costumbre, en cuanto fuente, dependa de una teoría, y no al revés. Esa posición choca también con la práctica de los tribunales internacionales, que no distinguen la costumbre particular de la costumbre general.

En este contexto, y de una manera incluso más intensa, el debate teórico que confronta a voluntaristas y no voluntaristas resuena con sumo vigor en la apreciación que hace Gamia de la costumbre particular en el derecho internacional, incluso en su lectura de los casos juzgados por la CIJ.

El artículo de Olufemi Elias, “The Relationship between General and Particular Customary International Law”, fue, desde varios puntos de vista, un contrapunto al ensayo de Gamio, aunque probablemente no tuviera conocimiento del mismo.

Elias partía de una vigorosa defensa del papel del consentimiento en el derecho internacional consuetudinario, pero su conclusión no era que la costumbre particular no existiera, sino que mantenía su autonomía conceptual al no distinguirse esencialmente de la costumbre general.

Elias rechaza todos los criterios para diferenciar la costumbre particular de la costumbre general, como la existencia de un interés especial, la geografía o incluso el número de participantes en la formación de la costumbre. Hasta en el último criterio veía una circularidad, ya que, al relacionar los términos general y particular al número de participantes en la formación de la costumbre, se estaría simplemente reafirmando que hay dos categorías, en vez de explicar por qué. Si toda costumbre se basa en el consentimiento de los Estados, entonces toda costumbre es particular¹⁴².

Elias rechaza incluso la idea de que la diferencia entre costumbre general y costumbre particular se refiera a la carga de la prueba, que es definitiva en el segundo caso para otros autores.

Elias no veía por qué, racionalmente, se debía hacer una distinción entre la carga de la prueba requerida para el establecimiento de una norma consuetudinaria particular y la requerida para una norma consuetudinaria general. Para eso se apoyaba en el hecho de que la costumbre particular forma parte del derecho tanto como la costumbre general, así como en las sentencias de la CIJ, que nunca demostraron cabalmente que hubiera una distinción en la carga de la prueba de la costumbre particular en comparación con la costumbre general¹⁴³.

El argumento proseguía: aunque hubiera una distinción de ese tipo, la cuestión no sería que algo deba probarse, sino quién debería probarlo, lo cual no afectaría la conclusión de que el *probandum* es el mismo tanto en el caso de la costumbre general como en el de la costumbre particular¹⁴⁴.

Aunque el artículo tenga claras pretensiones teóricas, llega a una solución semejante a la de Gamia, pero con las señales permutadas: la práctica, especialmente la judicial, explicaría su teoría. Aun así, la costumbre particular, en cuanto figura semejante a la costumbre general, solo podría entenderse recurriendo a un tipo de teoría voluntarista que refuerza el papel del consentimiento de los Estados. En otras palabras, la costumbre particular no debe entenderse como algo diferente de la costumbre general para justificar una teoría fundamentada en el consentimiento: la costumbre particular sirve a una teoría, y no lo contrario.

* * *

142 Elias, Olufemi. *The relationship between general and particular customary international law*. En *African Journal of International & Comparative Law*. Vol. 8. N° 1, 1996, p. 68 a 72.

143 *Idem*, p. 82.

144 *Ibidem*, p. 84.

6. El fraude electoral ante la Carta Democrática Interamericana

Durante el 95° 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 previó 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 96° 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 mantuviera en la agenda para continuar su discusión.

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), este tema no fue considerado. Sin embargo, el título oficial de la relatoría fue modificado a “el fraude electoral ante a la Carta Democrática Interamericana”, a solicitud del relator.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual agosto, 2021), el tema no fue considerado.

* * *

7. Recomendaciones para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas

Documentos

CJI/doc. 632/21	Primer informe: Propuesta de ley modelo interamericana sobre regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos (presentado por el doctor Milenko Bertrand-Galindo Arriagada)
CJI/doc. 646/21 rev.3	Recomendaciones del Comité Jurídico Interamericano para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas

* * *

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019), 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 Doctor 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, notadamente 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.

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), el relator del tema, doctor Milenko Bertrand-Galindo, presentó el documento intitolado “Primer informe: Propuesta de ley modelo interamericana sobre regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos” (documento CJI/doc. 632/21), que propone elaborar una ley modelo destinada a “promover el levantamiento de datos, crear conciencia sobre esta problemática y generar una política pública modelo de alcance internacional”, en función de un mandato de la Asamblea General, documento AG/RES. 2930 (XLIX-O/19).

El estudio tiene en consideración impactos ligados a la salud de los seres humanos, al bienestar de los animales y al estado del medio ambiente. Se han integrado aportes de expertos de la Organización Panamericana de la Salud y de la Red Pro Bono de las Américas. También se dispone como punto de referencia de la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible de la ONU.

Este informe plantea una primera estructura de la ley modelo. Se presenta una clarificación conceptual, precisando que se trata de los elementos pirotécnicos. También se describen los diversos usos de estos artefactos pirotécnicos, así como los efectos tanto primarios como los colaterales de su uso. El análisis de la normativa permitió al relator constatar que las regulaciones existentes son anacrónicas frente a los efectos nocivos que producen, inclusive contradiciendo el deber de los Estados de proteger de manera eficaz la salud y la vida de las personas. Hasta el presente, se cuenta con el análisis de quince jurisdicciones con el apoyo de la ONG Coaniquem. El análisis establece además que, en algunos países, la regulación es parcial debido a problemas de fiscalización de normas; mientras que en otros países se permite el uso de algunos tipos sin regular importantes áreas, tal como la carga del artefacto. En otros casos, se prohíbe la venta, pero no su producción o la permiten en ciertas fechas. En la legislación chilena la prohibición de la venta es absoluta, así como la producción y distribución al público, norma que tuvo una reducción del orden de 90% en la incidencia de personas quemadas desde su entrada en vigor (efecto de la ley masivo e inmediato). Ello se ha complementado con una reciente norma que incorpora penas privativas de libertad.

En este contexto, se propone generar una ley modelo que siga la lógica de la prohibición absoluta (prohibición de la venta al público con penas privativas de libertad), pero que además dote a los Estados de una institucionalidad que coordine su implementación y lleve adelante políticas públicas que tengan incidencia en prácticas culturales. De hecho, la intención es ir más lejos que la legislación chilena, al integrar regulación progresiva que conlleve a la prohibición de espectáculos públicos (por medio de compromisos de no regresividad de las prohibiciones establecidas).

Al finalizar su presentación el relator del tema solicitó la posibilidad de poder intercambiar opiniones durante los períodos en que no el Comité no se reúne (entre sesiones), con el objeto de poder discutir un documento definitivo en la próxima sesión, y facilitar la adopción de un informe que refleje las opiniones críticas de los miembros del Comité.

El doctor Eric Rudge consultó al relator si en su trabajo se incluyen iniciativas de otros continentes, mencionando la experiencia de Holanda, en donde se prohíbe el almacenamiento. También preguntó al relator sobre el tipo de sanciones del caso de Chile y si en su país existe un mercado paralelo que permite el acceso a los fuegos artificiales de manera ilegal. Por lo demás apoyó la propuesta de intercambiar posiciones durante los períodos en que el Comité no se reúne.

El doctor Ramiro Orias acompañó la propuesta que incluye un enfoque de derechos humanos que tiene repercusiones en el derecho a la salud y al medio ambiente. Instó al relator a incluir una descripción sobre el uso de estos elementos en las manifestaciones o protestas políticas.

La doctora Cecilia Fresnedo felicitó al relator por su propuesta, informó que Uruguay tiene un proyecto de Ley en la materia y manifestó su apoyo al trabajo durante el receso del CJI.

El doctor Milenko Bertrand agradeció los comentarios de los miembros y, en respuesta al doctor Eric P. Rudge, explicó que tiene conocimiento de avances en la legislación europea e incluso en China, que no habían sido incluidos en su informe, pero que serán incorporados. También declaró como esencial el tema del abastecimiento y que le dará el debido tratamiento en su informe. Preciso que la norma chilena es estricta pero tan solo en el presente año se aprobó una ley que impone sanciones criminales a la distribución de fuegos artificiales. Para evitar el surgimiento de mercados paralelos, es esencial que haya una sólida institucionalidad y que se pueda regular la cadena de suministro. Evidentemente no se culminará el uso para siempre, pero hay que combinar aspectos ligados al control y la educación con el fin de experimentar cambios culturales graduales, permitiendo a los Estados una implementación gradual, en función de lo que puedan comprometerse.

En respuesta a los comentarios del doctor Ramiro Orias, constató como un importante desafío el establecimiento de una clara distinción entre las protestas sociales pacíficas, la no criminalización de las mismas, y el respeto de la norma en materia del uso de la pirotecnia (es decir que los Estados no utilicen como excusa la protesta para criminalizarla). Finalmente, explicó haber realizado dos peticiones a los Estados sobre sus respectivas regulaciones, y se comprometió a hacer una actualización de las consultas, incluso dirigiéndose a los gobiernos de los Estados de los miembros del Comité que no han remitido información.

El pleno aprobó la metodología de poder intercambiar opiniones entre los miembros, previo a la próxima sesión.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el relator del tema, doctor Milenko Bertrand-Galindo, presentó su nuevo informe en la materia, (documento CJI/doc.646/21), por medio del cual expuso un anteproyecto de ley modelo con comentarios el cual tiene en consideración los elementos discutidos en el período de sesiones anterior. También explicó haber hecho esfuerzos para dar cuenta de las distintas realidades de la región y permitir un desarrollo progresivo, por ende se espera que el instrumento sirva como un primer paso para aquellos Estados que aún no han regulado esta materia.

En la instancia, el doctor Bertrand-Galindo subrayó el apoyo que obtuvo en la redacción de esta propuesta de parte de varias instituciones destacando entre ellas a: la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM (entidad que ha venido trabajando tanto en Chile como en varios otros países); la Fundación Pro Bono y miembro del Comité Ejecutivo de la Red Pro Bono de las Américas; la Cruz Roja Chilena; la organización Planificación Estratégica DDB de Colombia; Bomberos de Guayaquil, Ecuador.

El relator pasó en revista los elementos más destacados de su propuesta, aclaró que la ley modelo estaría compuesta de once artículos y abarcaría cuatro temas: salud humana, seguridad pública, bienestar, medio ambiente.

Al concluir su presentación, el relator del tema se puso a la disposición de la Asamblea General para poder realizar una presentación de la ley modelo si se considera necesario.

El doctor George Galindo felicitó al doctor Bertrand por la propuesta, sugirió acomodar el lenguaje, puesto que en algunos casos hay falta de uniformidad, pareciera contener recomendaciones, mientras que en otros el lenguaje es más propio de una ley.

El doctor José Moreno Rodríguez constató que es una problemática acuciante en la región. Siguiendo la línea de lo aportado por el doctor Galindo, consultó al relator sobre la redacción de los artículos 9, 10 y

11. Asimismo, reflexionó si debería trabajar en un guía en lugar de una ley modelo, cuenta tenida que se trata de un instrumento que deba ser implementado progresivamente, sin necesariamente inclinarse en lo personal por una u otra opción.

El doctor Ramiro Orias también se refirió al artículo 10 sobre la modalidad y su necesario seguimiento. Adicionalmente, propuso que el artículo 11 pasara a ser el primero de los articulados.

El Presidente congratuló el avance progresivo de la propuesta del relator.

El relator del tema agradeció los comentarios de los miembros el Comité. Explicó que el encargo es proponer una ley modelo, pero las discusiones que se han tenido imponen como clave de su éxito tener en cuenta una necesaria progresión para que los países tomen lo que deseen y en función de su ritmo. En el fondo, se estaría proponiendo contenidos y límites a dichos contenidos, pero que los países lo implementen en función de sus realidades. Propuso realizar unos cambios menores en las próximas 24 horas con el fin de adoptar un instrumento en el curso de este período de sesiones.

El Presidente explicó que el espíritu de la ley modelo es crear uniformidad, y al respecto solicitó al relator realizar algunos ajustes en la parte introductoria, junto con consultar con el pleno sobre la pertinencia de adoptar un documento en esta sesión.

El relator se comprometió a realizar los cambios con el fin de circularlo a la brevedad para su consideración en el curso de este período de sesiones con la finalidad de adoptar un informe final.

Previo a la culminación de la sesión, el relator del tema, doctor Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, presentó una versión revisada de su informe que incorpora los comentarios de los miembros del Comité y las apreciaciones del doctor Dante Negro.

En este sentido, indicó que se ha modificado el título para que lea “Propuesta de recomendaciones para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas”, considerando que la naturaleza del proyecto que se está presentando consiste en una regulación progresiva por medio de recomendaciones, y no una ley modelo como había sido presentada en un comienzo, (documento CJI/doc.646/21 rev. 1). El relator explicó que en la parte preambular se han dividido las consideraciones respectivas en dos grupos, uno general y otro más específico, siguiendo lo presentado en la versión anterior se alude a la salud humana, medio ambiente y seguridad animal. Asimismo, se ha enmendado el texto a fin de ilustrar las diferentes recomendaciones, incluso modificando los tiempos verbales para fines de congruencia, manteniendo los comentarios originales en relación con cada artículo.

- Actividades reguladas. Espectro amplio que recomienda no incorporar una definición en base a la composición química y que sea funcional sobre los efectos que la pirotecnia tiene.
- De la peligrosidad. Se recomiendan medidas progresivas hacia una prohibición total que regule los distintos niveles de peligrosidad.
- Alcance. Se indican los sujetos involucrados, incluyendo a la autoridad pública porque se busca una integralidad que genere consciencia respecto de los riesgos que involucraría un cambio cultural.
- De la regulación de las actividades relacionadas a los fuegos Artificiales. Si bien se busca una prohibición total, el criterio base es su prohibición a los menores de edad o que se encuentren en situación de vulnerabilidad similar a un menor de edad.
- Requisitos para que el Estado autorice las actividades relacionadas con fuegos artificiales. Se establecen criterios respecto de la participación y responsabilidades de la autoridad competente.
- Graduación de la sanción en caso de incumplimiento. No se sugieren penas concretas o figuras penales particulares, sino aplicar la mayor sanción a las personas adultas involucradas

cuando hay niños de por medio. Sanciones que podrían involucrar intereses pecuniarios, penas privativas de libertad o disolución de personalidad jurídica. Las penas pecuniarias podrán intervenir cuando haya daños punitivos con el fin de tener un efecto disuasivo.

- Control y fiscalización. Se remarca la necesidad de contar con una autoridad pública de competencia nacional, conocimientos técnicos y capacidad de registro.
- Registro. Se recomienda instaurar una obligación de registrar cada fuego artificial que se fabrique y/o introduzca
- Medidas de promoción y sensibilización. Medidas para resguardar las actividades frente a los posibles beneficios.
- Principios de progresividad y de no regresión. Se propone que toda legislación tenga un principio conductor de progresividad y de no regresión tanto en relación con la implementación como respecto de las sanciones.

El relator del tema solicitó al pleno nuevos comentarios y propuso como camino a seguir la presentación estas recomendaciones a la Asamblea General.

El doctor Eric P. Rudge felicitó al relator por su informe y le consultó si el tema del almacenamiento sería posible presentar alguna guía o sugerencia para los Estados. Indicó que en su país no se pueden almacenar ciertos materiales explosivos ubicados cerca de la capital, además aludió a un caso en Holanda en donde este tipo de material ocasionó un incendio de tal envergadura que destruyó un pueblo.

Al respecto, el relator constató que el punto relevado ha sido objeto de comentarios en versiones previas de su informe, pero este proyecto no se establece una norma específica porque se busca presentar recomendaciones generales. Es un tema que involucraría el almacenamiento de otros materiales y podría entrar en conflicto con dominios variados de la vida nacional, tales como la minería, la seguridad nacional, etc. Por ende, se busca presentar un documento inicial que no entre en consideraciones que puedan engendrar coordinaciones con otras normativas.

El doctor George Galindo agradeció al relator por el carácter útil del documento que servirá a los Estados, además de agradecerle por haber incorporado una estructura congruente con la naturaleza del texto.

El Presidente también congratuló al relator por la naturaleza del documento, considerando el carácter razonable y sensato de las recomendaciones, lo cual podría tener buena acogida en los Estados, y por ende proclamo que ello estaría en condiciones de ser enviado al Consejo Permanente.

El relator del tema agradeció los comentarios presentados y confirmó que la enmienda del documento que propone recomendaciones tiene en cuenta la diversidad normativa existente en un ámbito que podrá tener diferentes niveles de aceptación al interior de los Estados.

El doctor José Moreno Rodríguez agradeció al relator y le recomendó no aludir a la expresión ‘artículo’ pero en su lugar que el informe refiera a “recomendación 1,2, etc.” Sugerencia que fue aceptada por el relator quien se comprometió a realizar los cambios al respecto.

El Presidente propuso entonces que el documento quede en calidad de recomendaciones para su remisión a la Asamblea General, bajo la nueva versión titulada: “Recomendaciones del Comité Jurídico Interamericano para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas”, registrada como (documento CJI/doc. 646/21 rev.3).

A continuación, se presenta el informe elaborado por el relator del tema, doctor Milenko Bertrand-Galindo en la sesión de marzo de 2021 y el documento aprobado por el Comité en agosto de 2021:

CJI/doc. 632/21

PRIMER INFORME: PROPUESTA DE LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE REGULACIÓN DE FUEGOS ARTIFICIALES Y ARTÍCULOS PIROTÉCNICOS

(presentado por el doctor Milenko Bertrand-Galindo Arriagada)

Tabla de contenidos

Parte I. Contexto Social

Aspectos generales

Definición

Usos

Peligrosidad

Una costumbre anacrónica

Pirotecnia y el derecho a la salud

Pirotecnia, bienestar animal y medio ambiente

Parte II. Informe de análisis normativo regional

Resultados preliminares

Norma Internacional

Parte III. Caso de la legislación en Chile

Historia de la Ley Chilena N° 19.680

Ley Chilena N°21.310 del año 2021

Reflexiones generales

Parte IV. Propuesta de estructura de Ley Modelo

Definiciones, alcance y finalidades de la regulación

Objetos de la regulación e interpretación

Política pública y mitigación

Educación

Monitoreo

Mecanismo de acompañamiento y seguimiento internacional

Principios de progresividad y de no regresión

Parte I. CONTEXTO SOCIAL

Introducción

Año tras año son decenas de miles las personas que sufren lesiones, e incluso pierden la vida, a causa del uso de pirotecnia en todas partes del mundo. La globalización y el auge comercial mundial ha hecho que estos artefactos estén presentes en todos los rincones del planeta, incorporando esta peligrosa costumbre a distintas culturas.

Este escrito se ha nutrido de los relatos de representantes de instituciones de salud física y mental, instituciones que asisten a las emergencias como Bomberos, Cruz Roja y Policía, y expertos que aprecian de qué manera sus ámbitos de acción, como el estudio del medio ambiente o el estudio de los animales, puede echar luz sobre el impacto de esta costumbre¹⁴⁵.

145 En este apartado contamos con la contribución de los siguientes personas: Alan Mackern Hopkins, Director de Asuntos Internacionales de la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM; Ciro Colom-

Desde el punto de vista legislativo, los aportes de expertos tanto de la Organización Panamericana de la Salud y de la Red Probono de las Américas notan la importancia de la vinculación entre ley y salud y convergen sobre la creación de una Ley Modelo a nivel regional.

En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino para mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás¹⁴⁶. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a cumplirse para el año 2030. Quienes adherimos, asumimos los compromisos para mejorar como humanidad, y con ello comprometer a otros.

Resulta difícil de comprender que en el Siglo XXI, una actividad tan innecesaria como improductiva y potencialmente lesiva para el ambiente e incluso letal para las personas y los animales, no esté debidamente monitoreada, regulada, ni prohibida.

En última instancia, este escrito busca promover el levantamiento de datos, crear conciencia sobre esta problemática y generar una política pública modelo de alcance internacional. De lograrlo, conseguiremos comunidades más seguras, limpias y saludables para todos.

Aspectos generales

Definición

La palabra pirotecnia procede de dos vocablos griegos: *pirós*= fuego y *techne*= técnica, de modo que podría entenderse como la técnica de producir fuego. Con el tiempo, sin embargo, el uso de la palabra pirotecnia se fue reservando para designar la fabricación y empleo de dispositivos que producen reacciones químicas de combustión para fines lumínicos y/o sonoros.

En el contexto hispanoparlante existe una variedad de términos utilizados de manera popular para hacer referencia a “pirotecnia”: fuegos artificiales, pólvora, juegos de pólvora, petardos, cohetes, explosivos. Y a su vez estos términos tienen una definición amplia y de difícil correlación de país a país. En Centroamérica lo más común es el uso del término “pólvora” o “juegos de pólvora”, mientras que “fuegos artificiales” está reservado para los artefactos pirotécnicos de mayor poder, usualmente utilizados en espectáculos profesionales. Mientras que hacia el sur de América del Sur, se utiliza “fuegos artificiales” indistintamente para todo tipo de artefactos pirotécnicos y, por ejemplo, en Ecuador, estos artefactos se denominan popularmente “explosivos”. Cabe destacar que todo artefacto pirotécnico es un explosivo. Esto puede ilustrar las dificultades de transmitir un mensaje claro a través de varias fronteras idiomáticas. Por tal motivo, en este texto utilizaremos “pirotecnia” para abarcar a todos los términos anteriores.

Desde el punto de vista físico-químico, la pirotecnia involucra un proceso de combustión y/o explosión, para lo cual se utilizan oxidantes y combustibles de diversos orígenes y peligrosidades, con gran liberación de calor. Para artefactos predominantemente explosivos, se utiliza pólvora, una mezcla de azufre, nitrato de potasio y carbono. Los efectos observables de esa combustión son llamas, chispas y humos coloreados, con o sin el acompañamiento de grandes estruendos, pero siempre impulsados por explosiones.

bara, Fundador y Director de Fundación Pro Bono y miembro del Comité Ejecutivo de la Red Pro Bono de las Américas; Cristián Pincheira Barrera, Director Ejecutivo de la Cruz Roja Chilena; Domingo Moreno, Director de Planificación Estratégica DDB, Colombia; Goldy Rivas Velásquez, Directora de Comunicación Social de Bomberos de Guayaquil, Ecuador, entidad miembro de la Organización de Bomberos Americanos (OBA); Graciela Argüello, Geóloga, Venia Docendi, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Dr. Ignacio Ibarra, Asesor de Ley y Salud de la Organización Panamericana de la Salud; Mayor de Carabineros de Chile Jacqueline Jorquera Escobar, Subprefecto administrativo de la Prefectura de Control de Armas y Explosivos; Dr. Jorge Rojas Zegers, Presidente de la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM; Dra Linda Guerrero, Presidente de Piel para Renacer, Colombia; Luis San Martín Sepúlveda, Gobernador Distrital 2020-2021, D.4340; Melissa Lizano Chaves, especialista en Integración Sensorial, Hospital Psiquiátrico de Costa Rica; Paulina Díaz P., Médico Veterinario, Comunicación Científica de Royal Canin, Chile.

146 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

En gran parte, estas sustancias químicas requieren una manipulación cuidadosa y bajo estrictas regulaciones de seguridad para prevenir daños a la salud y a la propiedad. Asimismo, ninguno de estos elementos es inocuo desde el punto de vista ambiental y además son recursos no renovables.

Usos

Los artefactos pirotécnicos tienen un uso extendido, utilizándose en la industria minera y de demoliciones, en situaciones de emergencia (bengalas y otras señales lumínicas), en la industria del cine y del espectáculo (efectos especiales de películas, en recitales y eventos deportivos, por ejemplo), así como en celebraciones populares. A lo largo de este texto, trataremos a la pirotecnia en tanto y en cuanto su uso escape del ámbito industrial-profesional, pero teniendo en consideración que estos artefactos son en sí peligrosos y generan afectaciones para todo tipo de usuarios, observadores y el entorno.

Desde este punto de vista, la pirotecnia no industrial, está asociada en gran medida a una atmósfera festiva, donde se utiliza para celebrar en diferentes contextos o dar realce a eventos sociales diversos.

Por ejemplo, en Ecuador, existe la tradición de la fabricación de “monigotes” o “años viejos”, muñecos usualmente de papel, rellenos de aserrín, vestidos con ropa vieja y una careta, que luego se queman a medianoche del 31 de diciembre. Es una fiesta familiar, de amigos y de la comunidad, pero fuertemente asociada a la comercialización y uso excesivo de pirotecnia, donde la fabricación clandestina y artesanal de artefactos pirotécnicos (petardos, “camaretas” o “tumbacasas”) es importante. Lamentablemente dicha celebración está típicamente relacionada a un gran número de heridos.

Por otro lado en Chile, el uso asociado de pirotecnia en festividades tiene asociado otro tipo de consecuencias. Así, el 40% de los incendios forestales originados por pirotecnia entre los años 2000 y el 2020, se produjeron durante la noche del 31 de diciembre al 1 de enero, en tanto que entre el 24 de diciembre y la primera semana de enero, el porcentaje asciende a un 58%¹⁴⁷ del total de los incendios anuales asociados a pirotecnia.

Lamentablemente, en los últimos tiempos se ha generalizado la costumbre de utilizar elementos pirotécnicos para una variedad creciente de ocasiones diferentes -y no exclusivas al Año Nuevo- desde la llegada de la Navidad, fiestas patronales, fiestas religiosas y cívicas, funerales, matrimonios, nacimientos, victorias deportivas (“barras bravas”), festivales musicales (pirotecnia utilizada por el público), manifestaciones callejeras, victorias políticas y actividades relacionadas con el narcotráfico, incluidos los denominados “narcofunerales”. El uso de pirotecnia se ha vuelto espacial y temporalmente ubicuo en el mundo. Asimismo, su manipulación está extendida en toda la población, tanto adultos como niños.

Peligrosidad

Cuando se trata de pirotecnia, existe una gran diferencia entre el efecto perseguido y los efectos alcanzados. Todos los años, y a la vista de todos los usuarios de los medios de comunicación, miles de personas, incluidos niños y niñas, sufren graves lesiones por causa de la pirotecnia. A veces con consecuencias leves, muchas veces con consecuencias graves y a veces con desenlaces fatales. En el continente americano, los reportes periodísticos dan testimonio de esta cruda realidad por lo menos desde el año 1899, en el caso de los Estados Unidos¹⁴⁸. El registro en otros países puede variar, pero queda en evidencia que el uso de pirotecnia siempre ha estado relacionado a consecuencias negativas para la salud de las personas, con especial incidencia en niñas y niños.

147 Tomado del relato del Director Ejecutivo Cruz Roja Chilena, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM, según datos de Corporación Nacional Forestal CONAF, de Chile. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=ovlfbRg-TgA&t=4s>

148 Tomado del relato del Director de Asuntos Internacionales de COANIQUEM, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=ovlfbRg-TgA&t=4s>

El artefacto pirotécnico, una vez encendido, se vuelve ingobernable, pudiendo afectar indistintamente a quien lo manipula y/o a quien observa¹⁴⁹. En Chile, dos tercios de las víctimas de pirotecnia menores de 15 años son observadores, y las lesiones suelen afectar las extremidades superiores, la cabeza y los ojos principalmente, muchas veces con secuelas permanentes.

Junto con la variedad de ocasiones para las que se utiliza pirotecnia a nivel mundial (festividades de índole religiosa, cívica, deportiva, musical, entre otras), debemos tener en cuenta otro factor de su peligrosidad: su ubicuidad temporal. Si “calendarizamos” estos eventos, podremos observar que prácticamente no hay un mes en todo el año en el que no haya una utilización importante de pirotecnia en alguna región, registrándose por tanto víctimas a lo largo de todo el año.

A las lesiones individuales se suman las tragedias colectivas, pudiendo identificarse tragedias vinculadas a la pirotecnia, con gran número de heridos y muertos en prácticamente todas las naciones. Sin pretender brindar una lista exhaustiva, cabe recordar algunos casos recientes:

1997: La Bahía, Guayaquil. Incendio en paseo peatonal. 11 muertos.

1998: Bahía, Brasil. Explosión de fábrica. 60 muertos.

2000: Jiangmen, China. Explosión en una fábrica. 75 muertos.

2001: Jiangxi, China. Accidente en escuela donde operaba fábrica clandestina de pirotecnia. 41 niños muertos.

2001: Lima, Perú. Incendio en el Mercado de Mesa Redonda. 277 muertos.

2003: West Warwick, EEUU. Incendio en un concierto de rock. 96 muertos.

2004: Buenos Aires, Argentina. Incendio en una discoteca. 194 muertos.

2005: Lahore, Pakistán. Explosión de vehículo cargado con pirotecnia para una celebración de matrimonio. 40 muertos.

2009: Bangkok, Tailandia. Incendio en discoteca. 62 muertos.

2009: Perm, Rusia. Incendio en un concierto de rock. 156 muertos.

2013: Río Grande Do Sul, Brasil. Incendio en discoteca. 231 muertos.

2016: Paravur, India. Incendio en festividad religiosa. 111 muertos.

En países donde existe una gran incidencia de fabricación artesanal o informal de artefactos pirotécnicos, como sucede en gran parte de América, hay riesgos y consecuencias adicionales vinculadas no sólo al uso, sino también a las condiciones mismas de fabricación, con numerosos casos de explosiones de “polvorerías”¹⁵⁰.

Otro factor de peligrosidad que no siempre se tiene en cuenta al analizar el impacto de la pirotecnia, es el radio de extensión de los daños, específicamente su incidencia en los incendios, con consecuencias para la salud de las personas, los animales y el medio ambiente. Durante el 2018, se reportaron 19500 incendios originados por pirotecnia tan solo en los EEUU, con 5 muertes, 46 personas heridas y 105 millones de dólares (USD) en daños directos a la propiedad¹⁵¹.

Adicionalmente, y como se ha señalado, en muchos países, incluyendo varios de la región, se ha evidenciado un importante aumento del uso de artefactos pirotécnicos como armas de fuego, tanto

149 Tomado del relato del Presidente de COANIQUEM, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=PhkTvdEB1JE>

150 Tomado del relato del Presidente de Fundación Piel para Renacer, Colombia, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=PhkTvdEB1JE>

151 <https://www.nfpa.org/fireworksreport>

en ataques organizados como en manifestaciones civiles, y en actividades vinculadas al narcotráfico, tal y como observa Carabineros de Chile¹⁵².

Finalmente, una externalidad negativa de gran importancia de la pirotecnia, y que pasó desapercibida hasta hace poco tiempo, es su efecto de contaminación y toxicidad ambiental, sonoro y químico, con profundas repercusiones en la flora, fauna y los propios seres humanos.

En vistas a las consideraciones expuestas, y teniendo como guía el mandato de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, este informe se plantea proponer una Ley Modelo que permita a los países de nuestra región avanzar en la progresiva regulación y sustitución de la pirotecnia, en conjunto con la implementación de un marco institucionalizado de concienciación que permita la erradicación de prácticas que terminan muchas veces transformando las celebraciones tradiciones en tragedias humanas y ambientales.

Una costumbre anacrónica

La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas aboga por un conjunto de objetivos destinados a mejorar la condición global de la humanidad, entre los que se encuentran varios cuyo objeto es armónico y concordante con una progresiva erradicación de la pirotecnia:

- *El Objetivo 3* aboga específicamente por la salud, recita: garantizar una vida sana y promover el bienestar en todas las edades es esencial para el desarrollo sostenible.
- *El Objetivo 11* busca lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
- *El Objetivo 13* se refiere a adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
- *El Objetivo 15* hace alusión a proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, efectuar una ordenación sostenible de los bosques, luchar contra la desertificación, detener y revertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica.

Finalmente, cabe mencionar que todos los ODS están interrelacionados, por lo que trabajar en pos de algunos de ellos tiene un efecto sinérgico que contribuye a avanzar con la Agenda 2030.

Pirotecnia y el derecho a la salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud como un estado completo de bienestar físico y mental¹⁵³. En esta línea, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) se ha enfocado en evitar diversos riesgos a la salud, incluyendo las quemaduras en niños y adultos.

Si bien no es posible erradicar todas las fuentes que producen quemaduras en la población, sí es posible eliminar aquellos agentes ígneos que no son imprescindibles ni necesarios, y que sin embargo causan graves quemaduras, mutilaciones, ceguera y muerte, como lo es la pirotecnia.

Las quemaduras infantiles vinculadas a la pirotecnia en particular, tienen un gran impacto en el bienestar de los niños y pueden afectar seriamente su desarrollo. La falta de elasticidad de las cicatrices impide el crecimiento normal del tejido y pueden producir la pérdida de su funcionalidad corporal, además de un daño estético y psicológico que puede afectar su posterior inserción en la sociedad. Asimismo, el costo psicológico para los padres o tutores al cargar con el sentimiento de culpa por haber adquirido el artefacto pirotécnico o expuesto a su hijo/a al entorno peligroso que posibilitó una lesión por pirotecnia, puede conducir a conductas no deseadas.

La pirotecnia también constituye un riesgo para la salud de la población en el mediano y largo plazo, incluyendo evidencia científica creciente que relaciona la propagación del material particulado generado por la quema de pirotecnia con un deterioro de la salud de ancianos e infantes. Asimismo, otros estudios

152 Tomado del relato de Mayor de Carabineros de Chile, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=9JbcpOuxviQ>

153 <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>

relacionan la exposición breve a la pirotecnia con morbilidad y mortalidad cardiovascular y respiratoria. Otros daños relevantes son sin duda el daño auditivo, especialmente complejo en personas de la tercera edad y la primera infancia. Cabe resaltar también, un estudio llevado a cabo en la ciudad de Shanghai entre los años 2013 y 2017 durante el festival de año nuevo chino, donde típicamente se utiliza gran cantidad de pirotecnia, que encontró una estrecha relación entre el descenso de la mortalidad asociada a un tipo específico de particulado atmosférico (que es compatible con el particulado generado por la quema de pirotecnia) y la restricción masiva de uso de pirotecnia que rigió en esa ciudad durante dichos años¹⁵⁴.

Desde el punto de vista psicosocial, la pirotecnia plantea una situación problemática para las personas que presentan condiciones de trastornos asociados al neurodesarrollo, como las personas de la cuarta edad, personas con discapacidad visual y personas diagnosticadas con Trastorno del Espectro Autista (TEA), Síndrome de Down, entre otras, debido a que presentan dificultades de integración sensorial. La OMS estima que 1 de cada 160 niños tiene TEA. En muchos casos, estos pacientes presentan hipersensibilidad a los cambios de sonido, luz y otros estímulos externos repentinos, razón por la cual la pirotecnia actúa como un agente desestabilizante en el estado emocional de estas personas¹⁵⁵ que pueden tener consecuencias de salud graves, incluyendo lesiones autoinfligidas.

Las personas con Trastorno de Estrés Postraumático (TEPT) también suelen verse muy afectadas por la quema de pirotecnia, ya que los estímulos visuales y auditivos actúan como disparadores del desequilibrio emocional, como es el caso de muchos veteranos de combate o personas que han sufrido algún accidente vinculado a una explosión (como por ejemplo el estallido de polvorín militar, Río Tercero en Córdoba, Argentina, 1995). Cualquiera de las personas con TEPT pueden alterarse ante el uso de pirotecnia sufriendo ataques de pánico, brotes psicóticos, ataques cardíacos o incluso accidentes provocados por su reflejo de huida¹⁵⁶.

El derecho a la salud es un derecho humano y el ODS 11 nos convoca a lograr que las ciudades sean entornos seguros, resilientes e inclusivos, es nuestro deber prevenir que una gran cantidad de la población viva en un ambiente nocivo para su salud.

Pirotecnia, bienestar animal y medio ambiente

Sin duda el mundo animal y la salud de las personas están íntimamente relacionados, como lo ha puesto de manifiesto la transmisión de enfermedades zoonóticas como el COVID 19 y muchas otras. En vistas a esta interdependencia entre los habitantes de nuestro planeta, la fauna y el ecosistema, la OMS ha adoptado un enfoque multisectorial denominado “Una Salud”, concebido para diseñar y aplicar programas, políticas, leyes e investigaciones en el que múltiples sectores se comunican y colaboran con vistas a lograr mejores resultados de salud pública. Esto implica una colaboración estrecha de la OMS con la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE)¹⁵⁷.

Asimismo, cabe notar el aumento de la conciencia por el bienestar animal y la conciencia ambiental vinculado al crecimiento de sociedades y grupos que abogan por los derechos animales y el entorno natural.

Es en ese contexto que cada vez se adquiere mayor conciencia respecto a que el uso de pirotecnia constituye estímulos visuales, auditivos y olfativos que son impredecibles para los animales y están asociados directamente con un nivel de estrés generalizado. Una de las manifestaciones más notorias se puede observar en los perros que, en su gran mayoría, presentan una marcada fobia a la pirotecnia. Esto

154 Tomado del relato de Geóloga de Universidad de Córdoba, Argentina, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=L7hMuXADh5Q>.

155 Tomado del relato de Experta en Integración Sensorial del Hospital Psiquiátrico Nacional de Costa Rica, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=qRdYc-qEWNq>

156 Tomado del relato de Geóloga de Universidad de Córdoba, Argentina, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=L7hMuXADh5Q>.

157 <https://www.who.int/features/qa/one-health/es/>

significa que mientras dure el estímulo, estos animales exhiben un miedo muy intenso y prolongado en el tiempo, que altera su bienestar. Las fobias se incrementan en el tiempo conforme se incrementa la exposición al estímulo, sin que exista un aprendizaje ni un acostumbamiento al estímulo, es decir, los animales sufren cada vez más¹⁵⁸.

Para otros animales, como los gatos, estos estímulos también representan un gran nivel de estrés, pero lo manifiestan de manera menos notoria a ojos inexpertos. Sin embargo, se suele registrar un aumento de las consultas al veterinario por enfermedades de manera posterior a un evento estresante, como el Año Nuevo, justamente por una depresión de su sistema inmune.

Otro registro que suele verse elevado es el número de mascotas perdidas, justamente en los días posteriores a las celebraciones que utilizan pirotecnia. Tristemente, muchas de esas mascotas mueren como víctimas de atropellos en su búsqueda frenética de escondites y contención. Los animales de menor tamaño, como hámsters, hurones o conejos, suelen sufrir afecciones cardíacas.

Estos daños no son solo exclusivos de las mascotas o animales de compañía, viéndose alteraciones en el ciclo productivo de las gallinas y comportamientos erráticos en equinos que incluso pueden conducir a la muerte.

La fauna silvestre se ve especialmente afectada por los eventos pirotécnicos, sobre todo las aves. Recientemente, el 1 de enero de 2021, Roma fue testigo de la caída de cientos de pájaros en sus calles, luego de un espectáculo pirotécnico de Año Nuevo, sin que de momento se conozca si la causa fue falla cardíaca de las aves, o el choque de éstas con las edificaciones en su desesperado vuelo de escape.

Otro efecto relevante es la desaparición temporal de algunas especies de aves marinas de su entorno habitual, en vistas a que el estrés de un espectáculo pirotécnico produce el abandono de sus sitios de nidificación, con la consecuente disminución en el número de individuos de la especie.

Otra consecuencia del uso de pirotecnia sobre el entorno natural son los incendios rurales o forestales. En uno de los casos recientes más emblemáticos, en Eagle Creek, Oregón, Estados Unidos, se quemaron más de 20.000 hectáreas en un incendio originado por pirotecnia, el que tardó más de dos meses en ser contenido, requirió la evacuación de más de 170 personas de los senderos de *trekking* y produjo la prohibición de actividades al aire libre de las localidades cercanas debido a la calidad del aire¹⁵⁹.

Diversas organizaciones como Greenpeace, están levantando la importancia de los incendios forestales como uno de los factores que catalizan el cambio climático a través de la generación de gases de efecto invernadero. Estadísticas del Ministerio de Medio Ambiente de Chile muestran una correlación entre las emisiones de gases de efecto invernadero y las superficies forestales quemadas en su territorio. Se estima que en total, las emisiones por incendios forestales podrían equivaler hasta al 25% del total de emisiones de combustibles fósiles. Un incendio forestal de una semana, podría tener efectos equivalentes a dos meses de emisiones de una empresa altamente contaminante, o a las emisiones de tubo de escape de 400.000 autos nuevos en un año, tal y como muestra el estudio de la Universidad de Vigo de Portugal en relación al incendio de Pontevedra, España, donde se quemaron 40.943 hectáreas y se emitieron 1,7 millones de toneladas de CO₂.

A fin de disminuir el riesgo de incendio, se ha considerado a los humedales como un ambiente que presenta las condiciones ideales para el lanzamiento de espectáculos pirotécnicos con riesgos relativamente bajos, debido a que son ambientes con gran cantidad de agua. Sin embargo, estos ambientes han sido objeto de muchos estudios científicos y se está descubriendo que juegan un rol muy importante en el equilibrio del ambiente natural, y considerando también a la avifauna y demás especies que conviven en esos ambientes¹⁶⁰.

158 Tomado del relato de Médico Veterinario de la Universidad de Chile, Chile, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=L7hMuXADh5Q>

159 <https://www.fs.usda.gov/detailfull/crgnsa/fire/?cid=fseprd567631&width=full>

160 Tomado del relato del Director Ejecutivo Cruz Roja Chilena, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM, según datos de Corporación Nacional Forestal CONAF, de Chile. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=ovl->

Por último, y en adición a la contaminación sonora y la visual, la mayoría de las sustancias que intervienen en la composición de los artefactos pirotécnicos termina contaminando el aire, el suelo y los cursos de agua¹⁶¹. La mayoría de los compuestos combustibles de los artefactos pirotécnicos son de una granulometría muy fina, lo que significa que este material puede permanecer como particulado en suspensión por mucho tiempo y puede distribuirse sobre vastas extensiones, siendo inhalado por humanos y animales mucho más allá de la zona de liberación original.

Del mismo modo, si estas partículas originadas en la quema de la pirotecnia se depositan finalmente sobre suelos cultivados, agrícolas o frutihortícolas, pueden darse dos efectos no deseados: que los compuestos liberados en partículas finas sean tóxicos para las plantas, disminuyendo el rendimiento productivo, o bien, si las plantas toleran la polución, que los contaminantes se incorporen en sus tejidos, siendo luego consumidos por otros seres vivos (pájaros, pequeños animales silvestres o hasta ganado) y llegando finalmente al mercado de alimentos, con las respectivas consecuencias sobre la salud de los consumidores.

Respecto a algunas características específicas de las sustancias encontradas en los artefactos pirotécnicos como los percloratos, el bario y el fósforo, cabe notar que los percloratos pueden afectar a la tiroides, el bario tiene isótopos radioactivos y el fósforo es de muy alta toxicidad. En algunos estudios se ha determinado que los niveles de fondo del perclorato aumentan entre 24 y 1028 veces la medida normal dentro de las primeras 14 horas desde la combustión de los artefactos pirotécnicos y sólo después de 20 a 28 días se regresa a niveles habituales de un sistema ambiental sano.

Parte II. INFORME DE ANÁLISIS NORMATIVO REGIONAL

Acerca del estudio

El presente estudio que se expone como parte de este Informe tiene como origen el trabajo de colaboración conjunta entre la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM, Red Pro Bono de las Américas¹⁶² y el despacho jurídico chileno Rivadeneira Colombara Zegers¹⁶³, quienes confeccionaron durante el año 2019 un cuestionario de 12 preguntas, con el objetivo de conocer el estado de la normativa a nivel regional acerca del uso, venta, compra y confección de los fuegos artificiales. Para lo anterior, Red Pro Bono a través de sus miembros, elaboró una encuesta que fue respondida por despachos jurídicos de la Red en 15 países pertenecientes a la Organización de Estados Americanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela).

[fbRg-TgA&t=4s](#)

161 Tomado del relato de Geóloga de Universidad de Córdoba, Argentina, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=L7hMuXADh5Q>.

162 Red Pro Bono es una agrupación de 20 organizaciones a lo largo de 16 países que entregan asesoría jurídica gratuita y voluntaria a personas y grupos en situación de vulnerabilidad, así como también a organizaciones sociales, a través de abogados/as de los más prestigiosos de sus países. Red Pro Bono gestiona las colaboraciones internacionales de sus miembros, así como también promueve el intercambio de buenas prácticas para el fortalecimiento de la institucionalidad pro bono; representa casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y genera estudios en derecho y proyectos en temáticas de interés público. www.redprobono.org

163 Rivadeneira Colombara Zegers (RCZ), estudio jurídico de más de 10 años de trayectoria, dedicado a la litigación compleja interdisciplinaria y a asesoría estratégica global a personas naturales y jurídicas. Asimismo, desde sus inicios ha destacado por un fuerte compromiso por el trabajo pro bono, especialmente en causas de interés público, y defensa de comunidades y personas vulnerables. Más información en www.rcz.cl - Participan de este trabajo como miembros de Fundación Pro Bono Chile, en lo que es la confección del cuestionario y en la sistematización de la información.

Las preguntas del cuestionario fueron las siguientes:

1. ¿Existe legislación sobre fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos (pólvora o pirotecnia)?
 - 1.1. A la presente fecha, ¿ha existido algún cambio en la legislación citada o se ha incorporado una nueva legislación que regule fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos?
 - i. No
 - ii. Sí. En tal caso, favor incorporar dichas modificaciones en las respuestas, si es pertinente.
 2. ¿A qué nivel se ha dictado dicha legislación?
 - 2.1. ¿Cuál fue o es la motivación o contexto en que se creó la legislación indicada anteriormente? Buscamos conocer cómo se generó la idea de legislar o regular. Es posible que la motivación o contexto coincida con los siguientes parámetros, por favor seleccionar uno o más, según corresponda:
 - i. Idea general de regular sustancias peligrosas o explosivos.
 - ii. Idea general de protección a sector vulnerable de la población, ej. Niños.
 - iii. Reacción frente a determinados problemas, por ejemplo, después de un accidente causado por fuegos artificiales u otro.
 - iv. Iniciativa de la industria de explosivos o fuegos artificiales con el objeto de delimitar las condiciones del mercado.
 - v. Iniciativa de algún grupo de interés para regular o prohibir los fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos. ¿Cuál era ese grupo de interés?
 - vi. Otras razones. Por favor, indicar expresamente
 - 2.2. En línea con lo anterior, en su opinión, el enfoque original de la regulación ¿responde a alguna(s) de las siguientes categorías?
 - i. Seguridad nacional.
 - ii. Salud pública (ej. personas quemadas).
 - iii. Protección ambiental (ej: provocación de incendios, contaminación de aguas).
 - iv. Protección flora y fauna (ej: efectos adversos en animales).
 - v. Otro. Por favor, indicar.
 - 2.3. ¿En su opinión, el enfoque sobre la regulación ha cambiado con el tiempo o sigue siendo el mismo?
 - i. Sigue siendo el mismo
 - ii. Ha cambiado. Favor explicar el cambio de enfoque
 - 2.4. En su opinión, ¿la regulación sobre fuegos artificiales ha generado cambios en comportamientos o consecuencias (ej. Reducción de personas quemadas o de incendios, etc.) luego de la dictación de las normas?
 - i. No ha generado cambios ni en los comportamientos, ni en las consecuencias.
 - ii. Sí. Favor explicar dichos cambios.
 - iii. Se desconoce.
 3. ¿Existe una prohibición sobre la compra, venta, uso, almacenamiento, importación y transporte de fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos, sus piezas o partes por parte del público general?
 4. ¿Existe alguna regulación y/o restricciones a quienes fabrican, importan, transportan y almacenan fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos (exigencia de registros, licencias o autorizaciones, seguros, requerimientos de seguridad, etiquetado de advertencia, etc.)?
 - 4.1 ¿Se requiere algún tipo de registro, licencia, autorización, seguro, etc. A nivel central para

las siguientes áreas de la industria de los fuegos artificiales?

- i. No.
- ii. Sí. Favor indicar Ley y artículo.
 - a. Fabricación.
 - b. Importación.
 - c. Transporte.
 - d. Almacenaje.

5. ¿Cuáles son los órganos involucrados en (i) otorgamiento de licencias, ii) fiscalizaciones, iii) establecimiento de sanciones?

6. ¿Cuál es la pena por violar la ley, reglamento o norma relacionados a los fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos?

7. ¿Existe una clasificación de los fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos según su grado de peligrosidad u otra clasificación? *En caso afirmativo, indicar cuál es dicha clasificación.*

8. ¿Existe alguna regulación diferenciada para el acceso a distintos fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos?

9. ¿Se requiere licencia/permiso para manipular fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos? ¿Cuáles o de qué categoría?

10. ¿Se realizan espectáculos pirotécnicos organizados por el Estado/Gobierno u otras entidades públicas o privadas?

11. ¿Cuáles son las normas de seguridad que existen en su país y qué sistema de control hay para su cumplimiento, tanto en el uso personal, como en el de espectáculos masivos?

12. ¿Existen en su país instituciones que aboguen por la prohibición o mayores restricciones para los fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos?

Luego de respondido el cuestionario, se realizó un análisis de las respuestas respecto a cada país, y en aquellos casos que se consideró necesario, se solicitó complementar y/o aclarar información, razón por la cual el lector podrá ver en los anexos que no todos los cuestionarios presentan las mismas categorías de preguntas. Asimismo, el resultado de este estudio y su dispersión de respuestas dan cuenta de parte del problema, y que es relativo a que no existen estándares internacionales sobre la materia que unifiquen criterios.

Para presentar una propuesta acabada de Ley Modelo, en una segunda versión de este Informe, se requerirá profundizar en ciertas temáticas por país, así como también sumar al estudio a los países miembros de CARICOM, cuya experiencia no logró ser recabada en esta primera parte, pero que sin lugar a dudas su incorporación es fundamental, tanto para representar a la mayor parte de países miembros de la OEA, como para conocer sus realidades, las que podrían ser aportes normativos muy interesantes.

Por último, cabe precisar que este es un análisis normativo, y que no necesariamente refleja lo que sucede en la práctica con dicha norma, la cual podría presentar una ineficacia debido a la política pública implementada o a los recursos dispuestos para la fiscalización.

Resultados preliminares

Si bien se agregan como anexo las respuestas de cada país, en esta sección se destacan los rasgos comunes y concurrentes de la situación normativa regional en materia de pirotecnia:

I. Normativa

En primer lugar, todos los países analizados cuentan con normativas vigentes que regulan los fuegos artificiales y/o los artículos pirotécnicos, sea a nivel nacional o a nivel territorial (regional, federal, provincial, etc.)

Esto da cuenta del interés de todos los países por regular la materia, y por lo tanto, del potencial de elevar los actuales estándares normados.

En cuanto a los motivos que impulsaron la dictación de estas normas, encontramos las menciones

a la importancia de que sustancias peligrosas y explosivos no estuvieran al alcance de cualquier persona; la protección de niños, niñas y adolescentes; razones de salud, debido a la exposición al ruido, quemaduras y amputaciones; temas ambientales; entre otros.

Es interesante destacar que en **Argentina** la normativa actual ha sido promovida por asociaciones protectoras de animales y organizaciones que trabajan en la protección de niños y niñas con trastorno de espectro autista (TEA). En el caso de **Costa Rica** tiene una fuerte connotación de seguridad pública, de regular el uso de la pólvora y explosivos para evitar la construcción de armas u otros objetos peligrosos. Por otra parte, en **Ecuador**, una de las instituciones propulsoras de la materia fue el Cuerpo de Bomberos, con el fin de prevenir incendios y en algunas provincias como Galápagos, la regulación está, además, relacionada con la protección medioambiental debido a la diversidad de flora y fauna. En el caso de **Guatemala**, se hace énfasis que debido a la presencia de menores de edad en la fabricación, también la regulación tiene efectos en la norma laboral, para así garantizar su integridad física y seguridad. En **Colombia y El Salvador** en cambio, en enfoque principal fueron razones de salud pública, bajo la idea general de regular sustancias peligrosas o explosivas y de proteger a los niños. Sin embargo, actualmente el enfoque de la regulación ha cambiado en El Salvador, orientándose también a la protección del medio ambiente. En **Perú** la legislación se dictó como reacción después de accidentes causados por fuegos artificiales, respondiendo a razones de seguridad nacional y salud pública.

II. Prohibiciones y autoridades involucradas

En todos los países se presenta regulación de la compra, la venta, el uso, el almacenamiento, la importación o el transporte de fuegos artificiales. Trece (13) de los quince (15) países prohíben la venta a menores de edad. En el caso de **Nicaragua**, si bien no se encontró una norma que lo estableciera expresamente, se decretan prohibiciones temporales y en el caso de **Paraguay**, actualmente hay un proyecto de ley que busca establecer esta prohibición.

Respecto al deber de registro para ejercer algunas de estas actividades, por ejemplo, en **Panamá**, cada vez que se desea importar productos pirotécnicos se debe tramitar un “Resuelto Numérico” ante la Dirección de Asuntos de Seguridad Pública, quienes deben autorizar dicha acción, además de contar con una Resolución del Cuerpo de Bomberos que apruebe igualmente la importación, certificando que los depósitos para almacenaje son adecuados para el manejo de pirotecnia. También en **Ecuador**, para su importación, exportación, comercialización, fabricación artesanal y/o almacenamiento, se requieren varios permisos, incluyendo un permiso de funcionamiento otorgado por el Cuerpo de Bomberos y un certificado otorgado por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. En **El Salvador** se requiere una licencia para la fabricación de fuegos artificiales y/o artículos pirotécnicos (que faculta también su almacenaje y transporte) para su fabricación artesanal y para su comercialización (que incluye su transporte y almacenamiento). En **Guatemala** se requiere autorización de la Municipalidad de Guatemala para la venta de estos productos, y previo a la autorización, se requiere un dictamen técnico del cuerpo de Bomberos. Por su parte, en **Colombia** para la fabricación de fuegos artificiales con fines recreativos se requiere ser experto o técnico perteneciente a empresas cuya fabricación o producción esté autorizada por el Ministerio de Defensa Nacional, mientras que el transporte de estas sustancias debe cumplir con una serie de requisitos, como autorización de la alcaldía municipal y determinadas medidas de seguridad. Su almacenamiento requiere cumplir con condiciones y requisitos de orden técnico, sanitario y de seguridad, por ejemplo, deben almacenarse en locales construidos en material resistente al fuego. Finalmente, para la importación de pólvora se requiere una Licencia Previa. En el caso de **Perú**, para realizar actividades de fabricación, importación, exportación, traslado, comercialización, almacenamiento y uso de productos pirotécnicos, deben aprobarse los cursos de capacitación en medidas de seguridad de la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC) y luego obtener una autorización de este mismo órgano. En **Costa Rica**, la fabricación, almacenamiento, comercio, importación y exportación de estos artículos requiere de un permiso otorgado por la Dirección de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad, y además un permiso sanitario de funcionamiento expedido por el Ministerio de Salud.

Respecto de las autoridades que se involucran en alguna de esas acciones son de diversa competencias y autonomías. Por ejemplo, en **Colombia** el otorgamiento de permisos, fiscalización

y sanciones es de competencia de los alcaldes municipales y distritales. En **Perú** el órgano que otorga licencias, fiscaliza e impone sanciones es una Superintendencia - SUCAMEC, dependiente del Ministerio del Interior.

III. Sanciones en caso de incumplimiento

Doce de los 14 países señalan que hay sanciones relacionadas al incumplimiento de la normativa vigente. De éstos, 12 son sanciones administrativas y 9 penales, contando con ambas dimensiones de sanción en 9 países.

Algunos países cuentan con penas privativas de libertad; así, Ecuador señala en su Código Orgánico Integral Penal, que la persona que elabora o comercialice material pirotécnico sin la debida autorización, arriesga una pena de privación de libertad de 15 a 30 días. **Guatemala** gradúa las faltas, y aquellas que establecen como gravísimas pueden concluir en el cierre de la empresa. Estas faltas gravísimas se refieren emplear a menores de edad en la fabricación de producto pirotécnico, trabajo domiciliario del producto pirotécnico, entre otros. En **Costa Rica** hay penas de prisión entre 2 a 7 años para quien adquiera, fabrique, comercie, transporte, almacene, venda, importe o exporte estos productos, sin los correspondientes permisos y/o sin cumplir con los requisitos exigidos.

IV. Respeto a la clasificación de la pirotecnia y su acceso

Ocho de 15 países cuentan con una clasificación de tipos de fuegos artificiales. En **Colombia**, por ejemplo, existen tres categorías que dependen de su nivel de riesgo: los de riesgo reducido pueden ser utilizados en áreas confinadas como construcciones residenciales, incluyendo el interior de viviendas; los de riesgo moderado pueden usarse en áreas relativamente confinadas, mientras que los que presentan mayores riesgos sólo pueden utilizarse en grandes espacios abiertos y como espectáculos públicos. En **Perú**, los artículos pirotécnicos se clasifican según su uso, dependiendo si son de uso recreativo o de uso industrial. Asimismo, existe también una clasificación de estos productos de acuerdo a sus características y peligrosidad.

Regulación diferenciada para distintos fuegos artificiales: 8 de 15. En Perú, por ejemplo, existen productos pirotécnicos prohibidos. Por otro lado, sólo se pueden vender directamente al público los productos de uso recreativo, mientras que los de uso industrial deben ser previamente informados y controlados por la SUCAMEC.

V. Seguridad

Nueve de 15 países cuentan con normas de seguridad dirigidas a regular espectáculos pirotécnicos. En **Colombia**, los espectáculos públicos con fuegos pirotécnicos deben ser autorizados por los alcaldes municipales y distritales. Asimismo, en las áreas donde se realicen dichos espectáculos está restringido el acceso de espectadores y se delimita una distancia en la cual no pueden existir edificaciones, vías públicas, líneas telefónicas o postes de energía. Por su parte, en **El Salvador** se requiere una licencia o un permiso para su manipulación en espectáculos pirotécnicos, con fines publicitarios o de diversión y esparcimiento, en lugares previamente autorizados. Asimismo, se establece una distancia mínima de 25 metros entre las personas espectadoras y los mecanismos de disparo. En **Perú** existe una Directiva que regula los espectáculos pirotécnicos, los cuales deberán ser autorizados previamente por la SUCAMEC, quien determina las condiciones y medidas de seguridad que deben adoptarse dependiendo del tipo de evento, ubicación y aforo y de la cantidad y tipo de producto pirotécnico a usar. En **Costa Rica** los espectáculos pirotécnicos deben cumplir con los requisitos establecidos en el Manual de Evaluación de Espectáculos Pirotécnicos del Ministerio de Salud, lo que requiere, entre otras cosas, evaluación y aprobación del lugar por el Ministerio y presentación de un programa de seguridad para trabajadores y espectadores.

VI. Organizaciones afines

Se solicitó a los países referirse a las organizaciones que se relacionaban con la temática, sensibilizando a la población respecto a la peligrosidad del uso de fuegos artificiales. Es así como nos comentaron que existen organizaciones que trabajan con niños, niñas y adolescentes con TEA, Autismo, Asperger entre otros trastornos; otras son organizaciones civiles de defensa de los animales; organizaciones que trabajan con flora y/o fauna y en temas ambientales; Bomberos en algunos países también hacen un trabajo de awareness (concienciación); otros países señalaron que son los propios Gobiernos también quienes hacen el trabajo de visibilizar las consecuencias que tiene el uso de la pirotecnia.

Norma Internacional

A la luz de los resultados arrojados en los diferentes cuestionarios realizados por país, es imprescindible analizar normas y principios internacionales que establecen las obligaciones del Estado que confluyen precisamente en esta materia. Adicionalmente, es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 15 de julio del año 2020 en el caso Empleador de la Fábrica de Fuegos En Santo Antonio de Jesús y sus Familiares vs. Brasil, donde se hace un completo análisis de la responsabilidad del Estado ante actividades que suponen un alto riesgo, como lo son los fuegos artificiales¹⁶⁴.

Entre la normativa ya existente que establece obligaciones del Estado relacionadas con los motivos o fines que buscan las legislaciones que regulan y/o prohíben los fuegos artificiales, podemos destacar la siguiente:

Convención Americana de Derechos Humanos (“Convención”):

a) Artículo 5 - Derecho a la Integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

En relación con el derecho a la integridad personal, el artículo 5.1 de la Convención lo consagra en términos generales, al referirse a la integridad física, psíquica y moral. Es por lo anterior que una eventual violación a la misma puede ser graduada y, por lo tanto, demostrada en cada caso cuando traten de factores endógenos y exógenos.

Sin lugar a dudas, todas las actividades relacionadas a los fuegos artificiales y a los artículos pirotécnicos suponen una peligrosidad para los seres humanos, animales y medio ambiente, que ha sido demostrada técnicamente y reconocida por los Estados. Por esa razón, en todos los países encuestados se encuentran reguladas las acciones relacionadas con los mismos (compra, venta, uso, fabricación, transporte, importación y/o exportación). La pregunta que surge es si la normativa actualmente existente es suficiente para proteger a las diferentes comunidades.

En este caso, no se trata de la prestación en concreto de un servicio de salud, sino de la realización de una actividad que es potencialmente atentatoria contra la salud y la vida tanto de las personas que participan en las distintas acciones relacionadas con la misma, como del resto de la población. De ahí la necesidad de la supervisión y fiscalización por parte del Estado, es decir, de una obligación preventiva activa por parte del agente estatal para prevenir la violación de los derechos de los individuos relacionados con la cadena de actividades, pero también de aquellos que son impactados indirectos por encontrarse en la esfera de alcance de dichas actividades.

b) Artículo 4 - Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Es deber del Estado contar con un marco normativo que proteja la vida, y que adopte todas las medidas necesarias para disuadir la amenaza a la misma.

Al existir actividades de alto riesgo, como lo son las involucradas en la cadena de fabricación y comercialización de los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos, el Estado debe regular, supervisar y fiscalizar dichas prácticas, para que así la población cuente con las más amplias garantías de gozar su derecho a la vida. Sin embargo, incluso en algunos de los países que se regula esta actividad, el derecho a la vida es transgredido, pues el número de lesionados por estos artefactos no ha disminuido¹⁶⁵. Por su parte, en otros países como Chile, se observa una clara relación entre la aplicación de una regulación más restrictiva con la disminución de estas consecuencias, tal como se verá en el siguiente apartado del antes y después de la norma chilena.

164 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf

165 Ese es el caso, por ejemplo, de Colombia y El Salvador.

c) Artículo 24 - Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Es interesante analizar a quiénes afectan mayormente las consecuencias de los fuegos artificiales. En general se presenta en poblaciones más vulnerables que no tienen acceso a la información para tomar las medidas de resguardo correspondiente; afecta a niños, niñas y adolescentes, que si bien en la mayoría de los países se presenta una prohibición de venta, igualmente al estar al alcance de adultos implica potencialmente que el uso sea en manos de niños. Respecto a su fabricación, las fábricas en general se encuentran en zonas alejadas de los sectores con mucha densidad urbana, de ahí que se encuentran en las afueras de las ciudades en sectores de mayor pobreza y, por lo tanto, con trabajadores de dichos sectores que requieren de la industria para su subsistencia, lo que genera que la situación de pobreza hace más susceptible al riesgo y potencial violación a sus derechos por parte de estos artefactos. Por otro lado, en los lugares donde se lanzan los fuegos artificiales, incluso aunque sean artículos pirotécnicos de menor alcance y peligrosidad, generan igualmente contaminación en el aire y peligro al medio ambiente en general (ej: incendios), no existiendo regulaciones para asegurar la salud de las personas que se encuentran en esas zonas. Y así podríamos continuar con un listado de situaciones en las que se puede encontrar la población, especialmente más vulnerable, se ve expuesta a riesgos y peligros innecesarios, invisibles a ojos de la ley.

En este contexto, es deber del Estado asegurar a las personas la igualdad ante la ley, normando la cadena de pirotecnia y de fuegos artificiales, de una forma que evite que esta exposición y afectación a los sectores más vulnerables.

d) Artículo 19 - Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Los diversos países encuestados establecen normas especiales para aquellos fuegos artificiales de mayor alcance, peligrosidad o riesgo, sea clasificándolos o nombrándolos. Pero hay artículos pirotécnicos de menor peligrosidad que igualmente utilizan componentes que causan daño, y de hecho, son el mayor riesgo para niños y niñas.

Si se analizan las distintas normativas, se puede observar que si bien se cuenta con la sensibilización por parte diversos organismos públicos y de sociedad civil con el objeto de generar estándares de uso, generalmente son indicaciones de muchos pasos e instrucciones que se deben cumplir, lo que denota lo fácil que es dar un mal uso a estos artículos y lo peligroso que esto es. Esa responsabilidad de cumplir con todas las instrucciones es demasiada para un adulto, y excesiva para un niño que difícilmente podrá entender ni corroborar cada paso y las advertencias de seguridad del producto. Si se conocen las graves consecuencias a la salud que traen estos aparatos, ello implica una vulneración directa a todos los derechos consagrados a nivel internacional a niños, niñas y adolescentes, con problemas y afecciones muchas veces irreversibles.

e) Artículo 21 - Derecho a la propiedad privada

El uso indebido de los fuegos artificiales ha traído consecuencias también en contra de la propiedad privada de las personas. Casas incendiadas, campos y bosques incendiados son sólo algunos ejemplos de los efectos que esta actividad puede producir.

Es deber del Estado adoptar las medidas necesarias para que las personas puedan hacer disfrute y ejercicio pleno de su derecho.

f) Artículo 1 - Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a 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.

Ahora bien, si el Estado ya debe respetar los derechos de las personas, entonces ¿por qué además existe una responsabilidad del Estado respecto a estos derechos, aun cuando no existe todavía un daño efectivo?

La respuesta es que el deber de respeto es una obligación negativa, pero existe también una dimensión de obligación positiva por parte de los Estados consistente en adoptar las medidas apropiadas para garantizar el ejercicio efectivo de dichos derechos. Por lo tanto, el Estado no sólo se obliga no sólo a no violar los derechos de las personas, sino también a tomar las medidas necesarias para que dicho derecho sea efectivo. Estas medidas deben determinarse de acuerdo a la condición personal o por la situación específica en la que se encuentra dicho sujeto de derecho. Es por esto que el Estado no puede quedar como un simple espectador de las actividades relacionadas a la cadena de artículos pirotécnicos, ya que cuenta con el conocimiento técnico respecto de los efectos altamente vulneratorios de derechos que éstos pueden producir.

¿Y si son empresas privadas las que incurren en la vulneración pero no el Estado? Esta obligación también ha sido reconocida en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, que señalan que “[e]n cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben: a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias [...]”. Esto quiere decir que, incluso cuando puede ser un particular, persona natural o jurídica, el/la que incurra en la acción u omisión vulneratoria, es el Estado el agente llamado a fiscalizar y regular las acciones, especialmente cuando estas representan un peligro inminente a derechos tan fundamentales como lo son la vida y la integridad física de las personas.

Otras normas internacionales

g) Derecho a un medioambiente sano.

- *Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente*

Los Estados deben garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los Derechos Humanos.

Si bien la existencia de un medio ambiente sano no es en sí un derecho consagrado por la Convención Americana de Derechos Humanos, es fundamental para el ejercicio libre de los derechos que ahí se consagran. Es por lo mismo que los Principios Marco han venido a determinar explícitamente la importancia del medio ambiente en relación con los Derechos Humanos, para que no quepa duda alguna que su riesgo y contaminación podrían poner en peligro gravemente el disfrute de dichos derechos.

En el caso del uso de fuegos artificiales, estos traen consecuencias contaminantes del agua cuando se lanzan arriba del mar, lagos, ríos y otras fuentes; del aire debido a la polución y suspensión de material que genera; ruido muy superior a los decibeles aceptados por cualquier norma, que produce que la fauna migre en forma forzada a otras zonas, generando cambios considerables en su distribución y muchas veces en su número también; además de afectar a la flora y fauna en caso de causar incendios; entre otras consecuencias que de acuerdo al espacio en que se utilicen podrían generar.

Pero lo anterior no sólo tiene un efecto muchas veces irreversible en el medio ambiente, sino que también afecta directamente a las personas como lo veremos a continuación.

- *Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 Colombia a la Corte IDH - Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención americana sobre DDHH*

En respuesta a esta Opinión Consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo un análisis respecto a la importancia de contar con un medio ambiente libre de contaminación y riesgo para el efectivo resguardo y respeto a los derechos humanos.

Destaca que en el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano se encuentra:

- Consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador: *1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.*
- Derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 2684 de la Convención Americana.

En el caso de la segunda norma, la Corte entiende que se incorpora debido a que en ella se comprenden protegidos los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA; de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que esta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”); y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma.

Es fundamental comprender que el derecho a un medio ambiente sano es complementario a los derechos humanos, debido a que permite su ejercicio pleno, respeto y resguardo, por ejemplo, de los derechos a la salud y la vida.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido esta relación directa, indicando que la degradación severa del medio ambiente puede afectar el bienestar del individuo y, por lo tanto, generar violaciones a los derechos de las personas.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha indicado que el derecho a un “medio ambiente general satisfactorio, favorable al desarrollo” está relacionado con los derechos económicos y sociales debido a que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo.

Considerando todo lo anterior y además teniendo conocimiento de la afectación directa del uso de fuegos artificiales al medio ambiente, es deber del Estado asegurar medidas para que el mismo no se vea altamente dañado, aunque sea temporalmente, al punto de afectar directamente los derechos humanos de la población.

Parte III. CASO DE LA LEGISLACIÓN EN CHILE

Historia de la Ley Chilena N° 19.680 del año 2000

La ley 19.680, prohíbe el uso particular o privado de cualquier tipo de artículo pirotécnico y regula los espectáculos pirotécnicos masivos. Ésta, por una parte, ha generado un resultado altamente positivo en pos de evitar la muerte de personas que manipulan u observan pirotecnia, disminuyendo la cantidad de víctimas de lesiones a causa del uso de estos artículos y, por otra parte, ha sido un excelente ejemplo de generación de políticas públicas beneficiosas para la comunidad a partir de una iniciativa de la sociedad civil organizada, como lo es la Corporación de Ayuda al Niño Quemado –COANIQUEM– la que ha coordinado un largo trabajo conjunto con entidades públicas tales como Carabineros de Chile y el Ministerio de Salud.

Una vez detectado por COANIQUEM el peligro que revisten la pirotecnia y habiendo prestado atención médica y rehabilitación a numerosos pacientes con lesiones graves producidas por éstos, COANIQUEM en su trabajo de prevención y de generación de conciencia en la población respecto de esta situación, comenzó a crear cultura en la comunidad sobre este particular a través de amplias y mediáticas campañas publicitarias, que daban cuenta sobre la peligrosidad del uso de productos pirotécnicos, sobre los cuales urgía generar también una regulación que los prohibiera.

Las campañas de publicidad, en conjunto con las campañas de vigilancia epidemiológica que se realizaron y que contaron con el apoyo del Ministerio de Salud, ayudaron también a que en el Parlamento los legisladores fueran tomando conciencia acerca de la necesidad de legislar en la materia, tanto para normar restrictivamente sobre el particular, como también para cumplir legislativamente con el cambio conductual que se estaba imponiendo en el país.

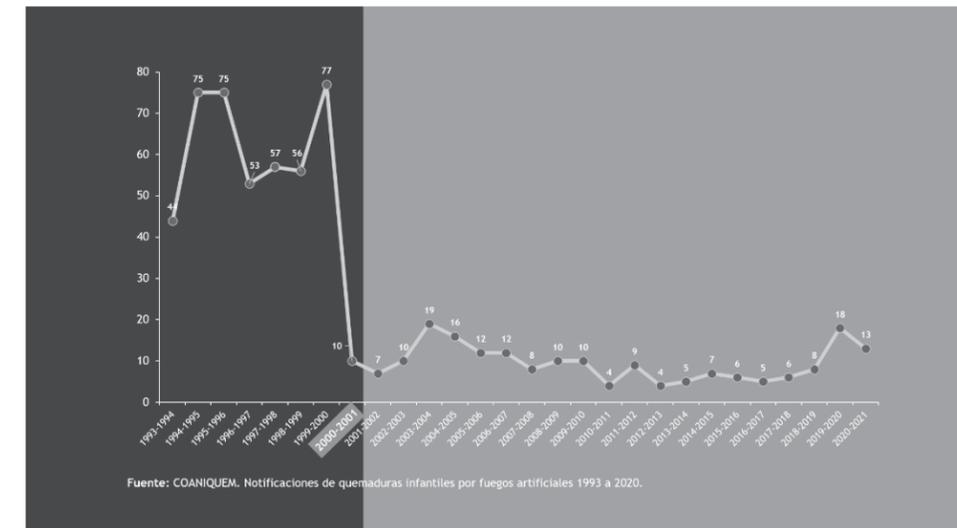
Luego de un intenso debate en el espacio público con los productores de pirotecnia y contando progresivamente con el apoyo transversal de parlamentarios de todas las colectividades políticas del país, con fecha 12 de enero de 1995, se ingresó al Parlamento la moción que indicaba la modificación

de la Ley 17.789 sobre Control de Armas y Explosivos, con la cual se buscaba la prohibición total del uso particular de pirotecnia y la regulación de los espectáculos pirotécnicos masivos. La iniciativa parlamentaria tenía como fundamento legal el artículo 1 de la Constitución Política de la República, el cual dispone que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, siendo su deber, entre otros, dar protección a la población.

Asimismo, la Carta Magna en su artículo 19 N° 1 asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; y el N° 8 del citado artículo reconoce como garantía constitucional el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, siendo deber del Estado tutelar la preservación de la naturaleza, pudiendo establecerse por ley restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos en pos de la protección de las personas. Por otra parte y en forma complementaria, se tuvo a la vista que Chile es uno de los Estados signatarios de la Declaración de los Derechos del Niño, la que les reconoce el derecho a una protección especial que les permita desarrollarse física y mentalmente en forma saludable y normal, objetivo que a esa fecha no se cumplía al exponerlos innecesariamente a un riesgo perfectamente evitable, como es el acceso a una sustancia peligrosa como la pólvora, con las consecuencias de traumas psíquicos y físicos que perduran para toda la vida.

El trámite legislativo, que si bien es cierto contaba con un amplio y transversal apoyo político, tuvo un largo recorrido, el cual no estuvo exento de obstáculos impuestos por minorías de comerciantes que creían que sus intereses pecuniarios se verían perjudicados con la promulgación de una Ley de este tipo. Finalmente, y luego de cinco años de tramitación en el Congreso Nacional, el proyecto de Ley fue aprobado de manera unánime tanto por la Cámara de Diputados como por el Senado y ratificado por el pleno del Tribunal Constitucional, convirtiéndose finalmente en Ley de la República con fecha 25 de mayo de 2000, la que fue promulgada por el Presidente de la República Don Ricardo Lagos Escobar, en el Centro de Rehabilitación del Niño Quemado de COANIQUEM, Santiago.

El impacto positivo que produjo la entrada en vigencia de esta Ley se puede constatar en el siguiente gráfico, que da cuenta de la cantidad de niños menores de quince años que resultaron lesionados a causa de pirotecnia durante el período de vigilancia epidemiológica que se realiza entre el 6 de diciembre y el 6 de enero de cada año.



La entrada en vigencia de la Ley 19.680, modificando la ley 17.798 que en Chile regulaba el uso de armas de fuego y explosivos, consideró que los elementos pirotécnicos, independientemente del uso festivo que se le da, poseen como elemento constitutivo pólvora, la cual por su naturaleza es peligrosa y por ello debe ser tratada dentro del ámbito de las armas explosivas, relegando su uso sólo a profesionales, quienes los utilicen previa visación de la autoridad competente y sólo en ámbitos de

espectáculos masivos. La iniciativa legislativa chilena, que ha tenido un positivo resultado, con claros beneficios para la sociedad, ya lleva 21 años de existencia, en los cuales no se han registrado decesos y ha disminuido sustancialmente el número de lesionados.

El análisis de la legislación comparada nos señala que ante la inexistencia de una norma prohibitiva, al modo de la Ley vigente en Chile, los Estados no cumplen a cabalidad en el plano formal con el deber de cuidado de los Derechos del Niño ni con el debido resguardo al derecho a la protección a la salud de la población, registrándose año a año en todas las latitudes del mundo un alto número de fallecidos y de lesionados graves a causa del uso de pirotecnia.

La generación de políticas públicas que se encuentren fuertemente arraigadas en el sentir de la sociedad, responden a una nueva forma de legislar, en donde los procesos de detección de necesidades específicas, así como la búsqueda de respuestas o soluciones a ellas, surjan de entes fuertemente especializados en determinadas materias; estos entes, al contar con reconocimiento y respeto de la sociedad, tienen la capacidad suficiente para instalar temas de interés social y liderar campañas que promuevan conductas positivas para la comunidad, lo cual impulsa que estas iniciativas sean incorporadas a la agenda política-legislativa y así se generen leyes que cuentan con una fuerte adhesión en dicha comunidad.

Ley chilena N° 21.310 del año 2021

La nueva Ley N° 21.310, promulgada el 24 de enero de 2021 y publicada en el Diario Oficial el día 3 de febrero del mismo año, se constituyó en una nueva modificación de la Ley N° 17.798, sobre control de armas y explosivos y otras disposiciones, a fin de sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título y el uso de pirotecnia.

En concreto, la presente ley tiene por objeto establecer sanciones de carácter penal para aquellas personas que, sin cumplir con las exigencias legales y reglamentarias, incurran en alguna de las conductas relacionadas con fabricar, importar, comercializar, distribuir, vender, entregar y usar pirotecnia, por todos los efectos nocivos que provocan este tipo de elementos.

De esta manera, y a vía ejemplar, quienes tengan o posean pirotecnia, artículos pirotécnicos y otros artefactos de similar naturaleza, sus partes, dispositivos y piezas, sin las autorizaciones respectivas, serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días) o multa de 5 a 20 UTM mensuales.

Por su parte, para quienes fabricaren, armaren, elaboraren, adaptaren, transformaren, importaren, internaren al país, exportaren, transportaren, almacenaren, distribuyeren, ofrecieren, adquirieren o celebraren convenciones sobre pirotecnia y otros de la misma naturaleza señalados en la ley, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) y multa de 10 a 20 UTM.

En el caso señalado precedentemente, cuando además el delito es cometido utilizando algún establecimiento o local, con conocimiento del propietario o del encargado o no pudiendo éste menos que saberlo, el juez podrá decretar hasta su cierre definitivo en la sentencia, y sin perjuicio de la facultad para decretar el cierre temporal como medida cautelar durante el proceso.

Otra sanción que se establece, dice relación con aquel que, sin la competente autorización, accionare, activare o disparare alguno de los elementos pirotécnicos señalados en la ley, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 10 a 20 UTM. Esta pena privativa de libertad, señala la norma, se impondrá en su máximo cuando las conductas descritas turbaren gravemente la tranquilidad pública o infundieren temor en la población.

Para materializar los fines de esta ley se modifican una serie de cuerpos legales: el decreto 400, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 17.798, sobre control de armas; la ley N° 19.680, que prohíbe el uso de pirotecnia, mediante reforma de la ley N° 17.798, sobre Control de Armas y Explosivos, prohíbe la venta al público de pirotecnia y regula la realización de espectáculos pirotécnicos masivos; el Código Penal; y la ley N° 19.327, sobre derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional.

En función de la experiencia favorable chilena, ya descrita, tanto en lo relativo a los resultados beneficiosos de una ley de esta naturaleza, así como respecto de la capacidad de incidencia que puede tener la sociedad civil organizada en la generación de políticas públicas, COANIQUEM proyecta la posibilidad de replicar este éxito de gestión y de promoción legal en otros países de la Región, en donde la adopción de una norma restrictiva de este tipo puede ser un importante aporte al cuidado de la población en resguardo de su salud e integridad.

Reflexiones generales

Como hemos podido observar a lo largo de este escrito, son innumerables las acciones que múltiples organismos han tomado -y siguen tomando- para evitar los daños por el uso de estos explosivos. Se destacan campañas de prevención temporales y permanentes de bomberos, policías, asociaciones comunitarias como los clubes rotarios, scouts, y organizaciones del área de la salud como lo son la Cruz Roja y COANIQUEM. Adicionalmente, autoridades locales de distintos países han hecho esfuerzos significativos para educar a la población, ofrecer alternativas para mitigar los daños, crear organismos de control y programas de vigilancia de quemaduras, elevar los estándares de seguridad tanto de la cadena de producción como de los mismos productos, establecer sanciones y procesos de monitoreo de casos, entre muchos más. No obstante que estas medidas contribuyen al propósito, dada la magnitud del problema, están lejos de ser las mínimas necesarias.

El derecho a la salud es un derecho humano y la forma de llevar los derechos a la práctica es mediante la legislación. Es un mecanismo costo-eficiente que tiene un muy buen impacto cuando se hace bien y cuando se vigila para que se cumpla.

La materialización de derechos debe escribirse en normas de pauta. Para que exista un derecho, éste tiene que estar escrito, ser claro, explícito y con obligaciones correlativas para alguien. En este caso, el Estado debe impulsar medidas que den los medios para promover, mantener y proteger la salud, y también cuidar de las causas y rehabilitación de las enfermedades.

El caso chileno ha demostrado en primer término, la eficacia de una ley que prohíbe el uso de pirotecnia, erradicando el agente de quemadura, la que ha de ser acompañada por un trabajo serio de toma de conciencia sobre la ley, educación en salud y salud comunitaria para potenciar su fuerza y alcance. Junto a lo anterior, se hace imperante un sistema de vigilancia del cumplimiento de la norma, con sanciones ejemplares para quienes violen la ley, junto a un esfuerzo sostenido y articulado de los distintos actores de la sociedad civil para monitorear y levantar información para generar conocimiento científico relacionado con la incidencia de las quemaduras por causa de la pirotecnia, la efectividad de la ley, y el impacto de las medidas de prevención y educación en salud. La falta de datos actualmente dificulta el trabajo de las personas y organismos que persiguen relevar el problema y encontrar soluciones de mayor alcance.

Lo anterior sólo será posible con el compromiso de todos los Estados y de las distintas entidades que influyen en la sociedad civil -sector público y privado, ONGs y universidades- en territorio nacional e internacional.

En conclusión, se debe trabajar en la prevención, disminuyendo los factores de riesgo con la educación, realizando vigilancias epidemiológicas que mantengan la alerta sobre el problema para corregir malos hábitos y reeducar. A nivel de Estado se debe lograr la erradicación de la pirotecnia.

Notas relevantes del resultado de una ley de prohibición del uso de pirotecnia:

- Una ley puede cambiar una cultura.
- Las leyes deben anticiparse de modo tal de lograr evitar tragedias.
- Para el caso en comento, la prohibición que se sugiere es total.
- Acceso integral a la salud es un sistema que INCLUYA medidas de prevención.
- La vigilancia de la ley es tan importante como la norma en sí misma. Hay que fomentar la vigilancia de las leyes.

Parte IV. PROPUESTA DE ESTRUCTURA DE LEY MODELO

Propuesta Ley Modelo Interamericana sobre Regulación de Fuegos Artificiales y Artículos Pirotécnicos

I. Definiciones, alcance y finalidades de la regulación

Definiciones

Se desarrollarán las definiciones de los conceptos necesarios a homogeneizar para hacer una correcta incorporación en la norma nacional. Diversos países describen lo que se entiende por Pirotecnia, Productos Pirotécnicos, Pirotécnico, Espectáculos Pirotécnicos, Fuegos Artificiales, entre otros.

Además, será necesario definir qué se entiende por comercialización, transporte, almacenamiento, importación, confección y exportación de productos pirotécnicos y fuegos artificiales, y además de sus compuestos.

Incluiremos en forma ejemplificadora menciones a los nombres de los artículos, así como una potencial clasificación de los tipos de fuegos artificiales.

Alcance y finalidad

La ley tendrá por finalidad que los Estados comprendan normativas que regulen más restrictivamente el uso, la comercialización, la manufactura, importación, transporte y exportación de los artículos pirotécnicos así como de fuegos artificiales. Esto en miras de las vulneraciones potenciales a derechos humanos involucrados, los que se ven altamente en riesgo efectivo. Lo anterior en el marco de la obligación del Estado de actuar ante la materialización de tal vulneración, pero también de actuar preventivamente cuando se tiene conocimiento técnico del riesgo que ciertas acciones y actividades podrían ocasionar a la población, sean propias o de privados¹⁶⁶.

La ley será aplicada de acuerdo a la dimensión a la que nos refiramos, por ejemplo, a toda persona en el caso de la compra de los productos, o por ejemplo, a las empresas de transporte al abordar el traslado de los productos. Además, tendrá un especial enfoque en el deber de fiscalización del Estado.

II. Objetos de la regulación e interpretación

Objetos de regulación

1. Se busca regular las actividades de alto riesgo que se comprenden en la cadena de valor de los fuegos artificiales, tales como el uso, compra, venta, transporte, manufactura, importación y exportación. Los 15 países investigados a nivel regional presentan regulación a algún nivel, y la idea es elevar esos estándares para asegurar el resguardo de los derechos de las diferentes sociedades. Así se propondrán posibles registros públicos y autorizaciones para llevar a cabo actividades relacionadas a artículos pirotécnicos y fuegos artificiales.
2. Proponer prohibiciones específicas a la venta, compra y manipulación de estos artículos, considerando la alta peligrosidad que significan para la población, y considerando igualmente los efectos positivos que normas como la de Chile ha tenido en la baja de accidentes con pirotecnias.
3. Resguardo especialmente de niños, niñas y adolescentes ante estas diversas actividades, especificando los ámbitos tanto manufactura (laborales) como de venta y uso de los artículos.
4. Proponer que sean los Estados o privados que cumplan con mayores requisitos los que puedan llevar a cabo espectáculos públicos de pirotecnia, esto en miras de la gravedad de las repercusiones en la salud, propiedad, vida, trastornos, etc. que podría conllevar la mala manipulación de fuegos artificiales.
5. Crear o determinar uno o más entes públicos que se encarguen de la fiscalización de las diversas actividades relacionadas, así como del establecimiento de las sanciones en caso de incumplimiento y de la sensibilización respecto de la temática. Muchos de los países de la región ya cuentan con algunos de estos roles determinados.

Interpretación

Se propondrán parámetros para la interpretación de la norma en caso de haber inquietud o duda al respecto.

III. Política pública y mitigación

Promoción

Se establecerán propuestas para promover la sensibilización en la materia. Esto debido a que el uso de fuegos artificiales se ve muy ligado en algunos países a elementos culturales, lo que podría hacer complejo el cumplimiento por parte de la población de las normas establecidas. Esta promoción irá dirigida a que el Estado no sólo debe normar, sino que además debe construir una política pública integral en la materia.

Prevención

La producción y organización de espectáculos pirotécnicos deben ser visados por el Estado, así como el deber de asegurarse que la población esté en conocimiento de su realización para la determinación de medidas que se puedan adoptar para prevenir la exposición de las personas vulnerable a éstos, como por ejemplo las personas con trastornos del espectro autista.

Mitigación

Deber del Estado de establecer y medir el potencial daño ambiental que genere el uso de los artículos pirotécnicos y fuegos artificiales, así como determinar las medidas para compensar, mitigar y recuperar dicha afectación al medioambiente.

IV. Educación

Proponer el generar conciencia desde la primaria y la secundaria respecto del uso de fuegos artificiales, especialmente en épocas cercanas a festividades donde tradicionalmente se ocupan por mayor parte de la población.

V. Monitoreo

Proponer que sea el Poder Legislativo el que deberá monitorear regularmente la operación de esta ley, con el objetivo de determinar si es necesario modificarla para garantizar que el Estado pueda hacer una efectiva fiscalización, así como poder ejercer la facultad sancionatoria. Por lo demás monitoreará el cumplimiento de la misma por parte de la población al momento de analizar las posibles modificaciones.

VI. Mecanismo de acompañamiento y seguimiento internacional

Para que los Estados puedan incorporar a sus legislaciones los preceptos propuestos, se recomienda crear una Comisión o figura similar, a la cual los Estados puedan consultar diversas inquietudes, entre ellas la forma de normativa en que debiera establecerse las regulaciones, la construcción de la política pública, potenciales capacitaciones, etc.

VII. Principios de progresividad y de no regresión

Principio de Progresividad

Para dar correcto cumplimiento a la propuesta y considerando la situación de cada país a nivel regional, es que proponemos ir estableciendo etapas para que los países incorporen la norma a nivel nacional. Así se podrán tomar medidas a corto, mediano y largo plazo.

Principio de no Regresión

Una vez que los Estados vayan adoptando las propuestas a sus normas internas, éstos no podrán retroceder o involucionar normativamente. Lo anterior evita que el derecho se desproteja, y promueve el alcance del objetivo superior, que es la protección de los derechos humanos ante el riesgo que implican las actividades desarrolladas en torno a los fuegos artificiales. Además, fomenta que los Estados sensibilicen a la población para ir avanzando en los compromisos adoptados en la temática.

* * *

RECOMENDACIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO PARA LA ADOPTACIÓN DE LEGISLACIÓN DOMÉSTICA RELATIVA A LA REGULACIÓN DE FUEGOS ARTIFICIALES Y ARTÍCULOS PIROTÉCNICOS EN LAS AMÉRICAS

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS FUEGOS ARTIFICIALES O JUEGOS PIROTÉCNICOS

Año tras año son decenas de miles las personas que sufren lesiones, e incluso pierden la vida, a causa del uso de pirotecnia en todas partes del mundo y en nuestra América. La globalización y el auge comercial mundial ha hecho que estos artefactos estén presentes en todos los rincones del planeta, incorporando esta peligrosa costumbre a distintas culturas.

Cuando se trata de pirotecnia, existe una gran diferencia entre el efecto perseguido y los efectos alcanzados. Todos los años, miles de personas, incluidos niños y niñas, sufren graves lesiones por causa de la pirotecnia. El artefacto pirotécnico, una vez encendido, se vuelve ingobernable, pudiendo afectar indistintamente a quien lo manipula y/o a quien observa. Dos tercios de las víctimas de pirotecnia menores de 15 años son observadores, y las lesiones suelen afectar las extremidades superiores, la cabeza y los ojos principalmente, muchas veces con secuelas permanentes.

A las lesiones individuales se suman las tragedias colectivas, pudiendo identificarse tragedias vinculadas a la pirotecnia, con gran número de heridos y muertos en prácticamente todas las naciones. Sin pretender brindar una lista exhaustiva, cabe recordar algunos casos recientes:

1997: La Bahía, Guayaquil. Incendio en paseo peatonal. 11 muertos.

1998: Bahía, Brasil. Explosión de fábrica. 60 muertos.

2000: Jiangmen, China. Explosión en una fábrica. 75 muertos.

2001: Jiangxi, China. Accidente en escuela donde operaba fábrica clandestina de pirotecnia. 41 niños muertos.

2001: Lima, Perú. Incendio en el Mercado de Mesa Redonda. 277 muertos.

2003: West Warwick, EE. UU. Incendio en un concierto de rock. 96 muertos.

2004: Buenos Aires, Argentina. Incendio en una discoteca. 194 muertos.

2005: Lahore, Pakistán. Explosión de vehículo cargado con pirotecnia para una celebración de matrimonio. 40 muertos.

2009: Bangkok, Tailandia. Incendio en discoteca. 62 muertos.

2009: Perm, Rusia. Incendio en un concierto de rock. 156 muertos.

2013: Río Grande Do Sul, Brasil. Incendio en discoteca. 231 muertos.

2016: Paravur, India. Incendio en festividad religiosa. 111 muertos.

La pirotecnia es asimismo fuente primaria de incendios, con consecuencias devastadoras para la salud de las personas, los animales y el medio ambiente. En algunos países de la región se ha evidenciado asimismo un importante aumento del uso de artefactos pirotécnicos como armas de fuego, tanto en ataques organizados como en manifestaciones civiles, y en actividades vinculadas al narcotráfico. Finalmente, una externalidad negativa de gran importancia de la pirotecnia, y de la que cada vez existe mayor conciencia es su efecto de contaminación y toxicidad ambiental en términos sonoros y químicos, con profundas repercusiones en la flora, fauna y en los propios seres humanos.

En vistas a las consideraciones generales expuestas, a las consideraciones específicas sobre la problemática de la pirotecnia con relación a ciertas áreas específicas que se detallan a continuación, y teniendo como guía el mandato de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, este informe se plantea proponer un conjunto de Recomendaciones que permitan a los países de nuestra región avanzar en la progresiva regulación doméstica de la pirotecnia con su progresiva prohibición

y regulación, así como con la implementación de un marco institucionalizado de concienciación que permita la erradicación de prácticas que terminan muchas veces transformando las celebraciones tradicionales en tragedias humanas y ambientales.

CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LOS FUEGOS ARTIFICIALES O JUEGOS PIROTÉCNICOS

TENIENDO PRESENTE:

- El Objetivo de Desarrollo Sostenible N°3 de la Agenda 2030 de la ONU que busca garantizar una vida sana y promover el bienestar en todas las edades.
- El Objetivo de Desarrollo Sostenible N°11 de la Agenda 2030 de la ONU que busca que las ciudades sean entornos seguros, resilientes e inclusivos.
- El Objetivo de Desarrollo Sostenible N°13 de la Agenda 2030 de la ONU que busca adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos;
- El Objetivo de Desarrollo Sostenible N°15 de la Agenda 2030 de la ONU que busca detener la pérdida de biodiversidad.

CONSIDERANDO:

- La insuficiencia e ineficacia de innumerables acciones que autoridades y organismos públicos han adoptado para evitar los daños por el uso de estos explosivos.
- La persistencia, magnitud y peligrosidad del problema.
- La gran incidencia de fabricación artesanal o informal de artefactos pirotécnicos en varios países, con riesgos y consecuencias vinculadas a las condiciones mismas de fabricación, con varias explosiones reportadas ^[2].

Y CONSIDERANDO QUE:

- Los Estados deben impulsar medidas para promover, mantener y proteger la salud, prevenir las causas de enfermedades y fomentar la rehabilitación; además de adoptar medidas para evitar daños al medio ambiente y a la vida animal.
- Para la eficacia de una ley, ésta debe ser acompañada por un trabajo de toma de conciencia y educación en salud para potenciar su fuerza y alcance; y que para hacerla respetar se hace imperante un sistema de vigilancia del cumplimiento de la norma, con sanciones ejemplares para quienes la violen.
- Las leyes tienen un efecto determinante en la prevención y promoción de la salud de la población y que los países con buenos marcos legislativos (específicos y actualizados) alcanzan de manera más favorable las metas sanitarias que se definen, disminuyendo los costos de atención de salud de la población.
- El estudio de la legislación comparada nos señala que en la inexistencia de una norma prohibitiva, los Estados no cumplen a cabalidad, en el plano formal, con el deber de cuidado de los Derechos del Niño, ni con el debido resguardo al derecho a la protección de la salud.
- El caso de la ley chilena N° 19.680 y su modificación posterior, ley N° 21.310, ayudó a disminuir drásticamente el número de quemaduras por fuegos artificiales, modulando el comportamiento de las personas frente al uso de estos elementos.

PROBLEMÁTICA DE LA PIROTECNIA EN RELACIÓN A LA SALUD HUMANA:

TENIENDO PRESENTE QUE:

- El derecho a la salud es un Derecho Humano.
- La OMS y la OPS definen a la salud como un estado completo de bienestar físico y mental, y que su trabajo se enfoca en evitar los riesgos para la salud.
- Anualmente miles de personas sufren lesiones o pierden la vida a causa del uso de pirotecnia en todo el mundo y que las lesiones causadas por ella afectan principalmente las extremidades superiores, la cabeza, los ojos y las piernas.

- Las quemaduras infantiles impactan significativamente en el bienestar y sano desarrollo de los niños y sus familias.
- Estudios científicos vinculan la propagación del material particulado generado por pirotecnia con deterioro de la salud, especialmente de ancianos e infantes.
- Personas que presentan condiciones de trastornos asociados al neurodesarrollo, como personas de la cuarta edad, personas con discapacidad visual y personas diagnosticadas con Trastorno del Espectro Autista (TEA), Síndrome de Down, entre otras, ven gravemente afectadas su salud por uso de pirotecnia.
- Para personas con Trastorno de Estrés Postraumático (TEPT), como veteranos de guerra o sobrevivientes de accidentes con explosivos, los estímulos visuales y auditivos de la pirotecnia actúan como disparadores del desequilibrio emocional, generando ataques de pánico, brotes psicóticos, ataques cardíacos, etc.^[4].

PROBLEMÁTICA DE LA PIROTECNIA EN RELACIÓN AL MEDIO AMBIENTE:

TENIENDO PRESENTE QUE:

Diversos artefactos pirotécnicos han sido causales de incendios de gran envergadura.

- Diversas organizaciones en el mundo alertan que los incendios forestales son uno de los factores que contribuyen al cambio climático.
- El daño medioambiental producto de los incendios tiene el carácter de permanente, tanto en pérdida de biodiversidad (flora y fauna), como también en pérdidas económicas.
- Sustancias encontradas en los artefactos pirotécnicos, como el Bario y el Fósforo, tienen consecuencias negativas para los seres vivos y que la mayoría de sus compuestos combustibles permanecen como particulado en suspensión, extendiéndose sobre vastas extensiones y siendo inhalado por humanos y animales, pudiendo depositarse sobre suelos cultivados, finalmente afectando alimentos.

PROBLEMÁTICA DE LA PIROTECNIA EN RELACIÓN AL BIENESTAR ANIMAL:

TENIENDO PRESENTE QUE:

- La pirotecnia constituye estímulos visuales, auditivos y olfativos impredecibles para los animales, asociados con un nivel de estrés generalizado y daños para su salud.
- En torno a las celebraciones con pirotecnia se registran aumentos de consultas a veterinarios y de mascotas perdidas, así como de atropellos o muertes por afecciones cardíacas de animales más pequeños.
- Los eventos pirotécnicos alteran el ciclo productivo de algunos animales y los lleva a manifestar comportamientos erráticos que suelen conducirlos a su muerte.
- El uso de pirotecnia representa un problema para la fauna silvestre, llevando incluso a la desaparición temporal de especies de aves de su propio hábitat.

PROBLEMÁTICA DE LA PIROTECNIA EN RELACIÓN A LA SEGURIDAD PÚBLICA:

CONSIDERANDO:

- El notable aumento del uso de artefactos pirotécnicos como armas de fuego, tanto en ataques organizados, como en manifestaciones civiles y su documentación cada vez más frecuente vinculada a actividades del narcotráfico.^[5]

RECOMENDACIONES PARA LA ADOPCIÓN DE LEGISLACIÓN DOMÉSTICA RELATIVA A LA REGULACIÓN DE FUEGOS ARTIFICIALES Y ARTÍCULOS PIROTÉCNICOS EN LAS AMÉRICAS

Recomendación Primera. Actividades reguladas

§ Se recomienda la implementación de legislación que regule las actividades relacionadas a los Fuegos Artificiales o Juegos Pirotécnicos, incluyendo, pero sin limitarse a, las siguientes:

- Fabricación
- Almacenamiento
- Transporte
- Compra
- Venta
- Uso o manipulación
- Importación
- Exportación

§ Se recomienda que dicha normativa incorpore como concepto operacional de Fuego Artificial o Juego Pirotécnico, todo producto que tenga finalidad lúdica y/o de espectáculo, que genere efectos visuales, sonoros y fumígenos, y que para su activación se utilice fuego, o bien que lo produzca.

COMENTARIO: Dichos productos son conocidos con los siguientes nombres en nuestro continente: juegos de pólvora, pólvora, fuegos artificiales, petardos, cohetes, explosivos, pirotecnia, artefactos pirotécnicos u otros de acuerdo al país donde se utilizan.

Se propone que la legislación doméstica no defina lo que se entiende por Fuego Artificial o por Juego Pirotécnico en base a sus componentes, como la pólvora, ya que éstos podrían ser reemplazados por otros que podrían generar daño igualmente.

A modo ejemplar, en legislaciones como la de Guatemala, se establece un concepto sin mención a la composición del producto, es más señala "...así como cualquier composición, mezcla química o dispositivo que tenga el propósito de producir un efecto...". En Chile por otro lado, no se señala un concepto específico, habiéndose eliminado el Reglamento que daba una definición en base a su composición química.

Recomendación Segunda. De la peligrosidad

§ Si a nivel local el país determina la necesidad de clasificar los fuegos artificiales o juegos pirotécnicos en su legislación, se recomienda hacerlo de acuerdo a su nivel de peligrosidad, para lo cual se debiera ponderar:

- Magnitud del efecto sonoro y fumígeno de su activación.
- Velocidad de consumo del producto
- Velocidad de consumo de la mecha
- Área espacial en la que se propaga.
- El nivel de conocimiento, responsabilidad y voluntad de la persona autorizada para su manipulación.
- Componentes y volúmenes de los mismos.

COMENTARIO: Las "chispitas", "estrellita", "petardos", "viejas", "guatapiques", "virutillas", entre otros de la misma clase, son juegos pirotécnicos que pueden provocar quemaduras y que se encuentran más cerca de la manipulación de las personas en forma directa. Es por esto que en los países donde no está prohibido el uso de estos artículos para niños, niñas y adolescentes, se establece la responsabilidad de los padres, así lo podemos ver en Panamá y El Salvador.

Es tan compleja la determinación de los requisitos y de la responsabilidad de las personas en la manipulación de un producto con efecto tan volátil, que países como Chile y República Dominicana, tienen prohibición total de vender productos pirotécnicos al público. Excepcionalmente República Dominicana permite la venta de mechas de uso deportivo y los artículos pirotécnicos que únicamente produzcan luces de colores o efectos sonoros en el aire, y cuya destinación sea sólo para la manipulación o uso por parte de las empresas pirotécnicas autorizadas, es decir que está prohibida toda actividad relacionada a la población en general. En Uruguay en cambio, la norma aún se encuentra en estado de proyecto, pero el objetivo es el mismo, dirigirse a la prohibición.

Recomendación Tercera. Alcance

§ Se recomienda que la legislación relativa a fuegos artificiales o juegos pirotécnicos se aplique:

- a) A toda persona natural o jurídica, con o sin fines de lucro, que realice cualquier actividad relacionada a los fuegos artificiales o juegos pirotécnicos de aquellas mencionadas en el artículo número 1, u otras que se incluyan.
- b) A la Autoridad Pública, órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Estado o controlados por el mismo que realicen una actividad relacionada a las señaladas en el artículo número 1.

Recomendación Cuarta. De la regulación de las actividades relacionadas a los fuegos**Artificiales**

§ Se recomienda a los Estados considerar requisitos diferenciados y acordes a las diferentes actividades relacionadas a los fuegos artificiales que se quieran regular. Recordemos que estas actividades son: fabricación, almacenamiento, transporte, compra, venta, uso o manipulación, importación y exportación. Sólo dando cumplimiento a los requisitos previamente establecidos, el Estado podrá autorizar a los diferentes agentes a realizar alguna de estas actividades.

§ Se recomienda que se prohíba que cualquier actividad relacionada a fuegos artificiales como las señaladas en el artículo primero, puedan ser realizadas por quienes la legislación nacional o local considere como: menores de edad; personas que la ley considere responden de un grado de responsabilidad diferente, como por ejemplo las que cuentan con algún tipo de incapacidad; personas que se encuentren bajo la influencia del alcohol u otras sustancias. Si bien se hace mención en forma especial a la población individualizada precedentemente como un mínimo común recomendado, el horizonte normativo de una legislación integral en materia de fuegos artificiales -dada la imposibilidad de controlar los efectos de los mismos independiente de quien los manipule- es que estos no puedan ser adquiridos, manejados ni utilizados por la población en general, salvo excepciones específicas, para lo cual los Estados podrán planificar una estrategia progresiva de incorporación de la norma al ordenamiento jurídico nacional para el cumplimiento de este objetivo.

§ Se recomienda que las normas referidas a las regulaciones de las actividades relacionadas a fuegos artificiales, tengan alcance nacional y local, es decir del Estado Federal y Estados Federados, así como Nacional y Regional en caso de ser aplicable en este último caso.

COMENTARIO 1:

Países como El Salvador, el Municipio de Guatemala, Panamá, Colombia, prohíben la venta a personas en estado de ebriedad o que se encuentren bajo otras sustancias.

COMENTARIO 2: Especialmente en el caso de personas menores de edad, países como Paraguay, Panamá, Municipio de Guatemala, El Salvador, Colombia y Costa Rica prohíben la venta de fuegos artificiales a éstas. Países como Brasil, Nicaragua y Argentina se refieren a la prohibición de la venta a niños, niñas y adolescentes respecto a ciertos fuegos artificiales, distinguiendo el último país en edades y categorías de fuegos artificiales de acuerdo con la forma en que los clasifican, distinguiendo entre menores de 14 y menores de 16 años. La manipulación de fuegos artificiales como las “estrellitas” que son de bajo efecto sonoro y fumígeno, no sólo suponen un peligro para quien lo manipula, sino también para terceros. Considerando que la responsabilidad de los menores cuenta con un tratamiento especial y que es deber del Estado velar por su especial protección e integridad física y psíquica, estimamos que la prohibición debiera referirse a todo tipo de actividad.

COMENTARIO 3: Existen casos de prohibiciones específicas como ocurre en Ecuador, donde podemos observar que se prohíbe la comercialización a toda persona que cuente con antecedentes penales. También a modo de ejemplo podemos mencionar a Costa Rica, donde existe una prohibición absoluta para la venta y uso de pólvora de cualquier tipo a personas declaradas en estado de interdicción.

Recomendación Quinta. Requisitos para que el Estado autorice las actividades relacionadas con fuegos artificiales

§ Para la determinación de los requisitos necesarios para que el Estado autorice las diferentes actividades relacionadas con los fuegos artificiales, se recomienda la incorporación de los siguientes criterios:

- a) No puede haber menores de edad o personas con algún tipo de incapacidad en el uso de la razón, involucrados en la actividad.
- b) La actividad sólo podrá ser realizada con una autorización previa otorgada por la autoridad competente.
- c) Para acceder a una autorización, el agente que solicita realizar la actividad deberá presentar un plan con propuestas de medidas de seguridad para prevenir incendios y daños a las personas o a la propiedad privada que se puedan generar, y un plan de emergencias para mitigar dichos daños en caso de que estos ocurran.
- d) Para acceder a una autorización el agente que solicita realizar la actividad deberá presentar un plan con propuestas de medidas de prevención, mitigación y reparación ante posibles daños ambientales que se puedan generar.
- e) El agente que quiera llevar a cabo la actividad deberá acreditar el haber cursado estudios técnicos sobre la materia.
- f) Especialmente para eventos masivos, festividades y espectáculos pirotécnicos, se requerirá que todo aquel que manipule o utilice los fuegos artificiales cuente con formación respecto de su correcto uso y de las potenciales consecuencias de su indebida o errónea manipulación.

§ Se recomienda la consideración de criterios adicionales tales como determinación de zonificación para espectáculos públicos, densidad poblacional, cercanía con sustancias o materias inflamables, aviso previo en caso de un alto impacto sonoro para la población, etc.

Recomendación Sexta. Graduación de la sanción en caso de incumplimiento

§ Se recomienda que la legislación relativa a fuegos artificiales contemple sanciones en caso de incumplimiento a las regulaciones y requisitos establecidos en los artículos 4 y 5 precedentes, a ser ponderadas en su rigor por cada Estado según su propio sistema legal, pero bajo las siguientes directrices:

- a) En caso de verse involucrados menores de edad o personas que la ley considere responden de un grado de responsabilidad diferente, especialmente en el supuesto de la venta de fuegos artificiales a éstos, en la manipulación y en la fabricación, se propone establecer la máxima sanción a las personas adultas cuya acción u omisión permita el acceso al fuego artificial o actividad relacionada al menor o a la persona con responsabilidad diferente. Esto con objeto que la sanción sea lo suficientemente disuasiva de la acción, considerando el interés y protección de estos sujetos. En tal sentido se propone el establecimiento de figuras penales que contemplen la privación de libertad para la persona natural directamente involucrada en la acción, o disolución en caso de las personas jurídicas, en adición a sanciones pecuniarias cuantiosas con criterio de daños punitivos en aquellas legislaciones donde la figura se contemple. Se recomienda asimismo establecer sanciones a aquellas personas a cuyo cargo estén los menores de edad o las personas que responden de una responsabilidad diferente, si pudiere imputárseles negligencia.
- b) En la hipótesis de la realización de actividades relacionadas con fuegos artificiales in la correspondiente autorización de la autoridad pública, se proponen sanciones privativas de libertad, pecuniarias, y de decomiso y destrucción de los artefactos pirotécnicos, así como de los elementos que sirvan de medio para la confección de éstos.
- c) Para efectos de la determinación de la sanción específica, se recomienda que el tribunal o autoridad sancionatoria competente atienda a criterios como: conducta anterior del infractor, intencionalidad del infractor, beneficio económico obtenido por la infracción, capacidad económica del infractor, magnitud del daño causado o del peligro de la acción, irreversibilidad del daño, peligrosidad del fuego artificial, etc.

§ De forma paralela a las sanciones penales, administrativas y civiles, se recomienda el establecimiento expreso de la responsabilidad ambiental en el sentido de que todo aquel que, como consecuencia del uso, fabricación venta o manipulación de aparatos pirotécnicos cause daño a alguno de los componentes del medio ambiente, esté obligado a repararlo.

§ En el caso de la autorización de espectáculos pirotécnicos masivos, se recomienda el establecimiento en la ley de criterios para la determinación de responsabilidad objetiva por daño ambiental de los responsables de la actividad.

COMENTARIO: La graduación de las sanciones deben ir acorde a la legislación interna de cada país, pero debiera existir una calificación mayor (agravante) en todos los casos que se vean involucrados niñas, niños y adolescentes.

Recomendación Séptima. Control y fiscalización

§ Se recomienda que la legislación consagre de forma expresa que el control y fiscalización del cumplimiento de la reglamentación relativa a fuegos artificiales y pirotecnia esté a cargo de uno o más órganos desconcentrados del Estado, con competencia específica en estas materias, que se encarguen de autorizar, fiscalizar, imponer multas y/o prosecución de sanciones correspondientes (a no ser de las sanciones penales, cuya competencia corresponderá al órgano especializado), y en general que propenda al cumplimiento de las normas relacionadas a la regulación de las actividades de fuegos artificiales.

COMENTARIO: El órgano que se propone podrá variar según la naturaleza de la organización estatal que cada país tenga, sea este presidencial o federal. Puede que sea más de un órgano con competencia, pero es recomendable tener uno que tenga competencia exclusiva y pueda delegar ciertas funciones en otros.

Recomendación Octava. Registro

§ Se recomienda que la legislación establezca expresamente el deber de registro de cada fuego artificial que se fabrique y/o introduzca en un determinado Estado, siendo llevado este registro por un órgano competente, y considerando al menos los siguientes datos:

- . Clasificación del producto, para tener claro la peligrosidad del mismo.
- . Nombre técnico o de fantasía.
- . Nombre de la persona jurídica o natural autorizada para su uso y su domicilio.
- . Recomendaciones de seguridad para su empleo o manejo.
- . Cantidad que contiene cada envase.
- . Programador calculista o profesional para informar sobre la instalación, desarrollo y medidas de seguridad, en caso de espectáculos pirotécnicos.
- . Licencia de manipulador de fuegos artificiales, en caso de espectáculos pirotécnicos.

Recomendación Novena. Medidas de promoción y sensibilización

§ Se recomienda que la legislación establezca uno o más órganos públicos que tengan a su cargo la sensibilización respecto a la peligrosidad de los fuegos artificiales en vistas a promover un cambio cultural tendiente a su erradicación. Dicho órgano deberá tener a su cargo, con fondos y recursos adecuados, la confección e implementación de una política pública en materia de fuegos artificiales y juegos pirotécnicos destinada a la sensibilización en la materia, y en particular la generación de conciencia respecto a sus riesgos en la Educación Primaria y Secundaria. Esta política pública deberá asimismo tener en consideración la debida creación de conciencia sobre las consecuencias económicas del uso de fuegos artificiales ya sea en el medio

ambiente (reforestaciones en casos de incendio), como también en la salud de las personas, así como de las consecuencias en la flora y fauna, incluyendo el bienestar animal.

Recomendación Décima. Principios de progresividad y de no regresión

§ Se recomienda que la legislación establezca el compromiso expreso de progresividad y no regresión en términos de que una vez incorporada determinada regulación no podrá en su sucesivo darse una involución normativa en el sentido de reponer mayores libertades o disminuir las sanciones respecto a las actividades vinculadas con fuegos artificiales. Lo anterior en especial consideración a los derechos humanos cuyo deber de protección recae en los Estados, y que se ven amagados por la pirotecnia y sus graves consecuencias.

NOTAS

[1] Según relatos de los siguientes expertos y profesionales: Alan Mackern Hopkins, Director de Asuntos Internacionales de la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM; Ciro Colombara, Fundador y Director de Fundación Pro Bono y miembro del Comité Ejecutivo de la Red Pro Bono de las Américas; Cristián Pincheira Barrera, Director Ejecutivo de la Cruz Roja Chilena; Domingo Moreno, Director de Planificación Estratégica DDB, Colombia; Goldy Rivas Velásquez, Directora de Comunicación Social de Bomberos de Guayaquil, Ecuador, entidad miembro de la Organización de Bomberos Americanos (OBA); Graciela Argüello, Geóloga, Venia Docendi, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Dr. Ignacio Ibarra, Asesor de Ley y Salud de la Organización Panamericana de la Salud; Mayor de Carabineros de Chile Jacqueline Jorquera Escobar, Subprefecto administrativo de la Prefectura de Control de Armas y Explosivos; Dr. Jorge Rojas Zegers, Presidente de la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM; Dra Linda Guerrero, Presidente de Piel para Renacer, Colombia; Luis San Martín Sepúlveda, Gobernador Distrital 2020-2021, D.4340; Melissa Lizano Chaves, especialista en Integración Sensorial, Hospital Psiquiátrico de Costa Rica; Paulina Díaz P., Médico Veterinario, Comunicación Científica de Royal Canin, Chile.

[2] Tomado del relato del Presidente de Fundación Piel para Renacer, Colombia, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=PhkTvdEB1JE>

[3] <https://www.nfpa.org/fireworksreport>

[4] Tomado del relato de Geóloga de Universidad de Córdoba, Argentina, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=L7hMuXADh5Q>.

[5] Tomado del relato de Mayor de Carabineros de Chile, en su participación del ciclo de webinarios #NoMásFuegosArtificiales organizado por la Corporación de Ayuda al Niño Quemado COANIQUEM. Registro audiovisual: <https://www.youtube.com/watch?v=9JbcpOuxviQ>

* * *

8. 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.

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), este tema no fue considerado.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el relator, doctor José Antonio Moreno Rodríguez, presentó su primer informe en la materia,

(documento CJI/doc. 644/21), al momento de explicar haber tenido el privilegio de dar un curso en la Academia de La Haya en julio de 2021 sobre este complejo tema.

Al respecto, propuso servirse de las herramientas que ofrece el derecho privado y el derecho internacional privado para resolver asuntos relacionados con el derecho sobre inversiones en general y los contratos de inversión en particular.

El relator advirtió numerosas lagunas en el sistema actual aplicable a las demandas relacionadas con las inversiones extranjeras, lo cual puede generar incertidumbre respecto de la aplicación de contratos o controversias. Ello puede explicarse por la falta de estándares sustantivos de los tratados, legislaciones nacionales e incluso el derecho internacional consuetudinario que permitan regular las distintas aristas.

Si bien ha habido tentativas para abordar las preocupaciones de fondo del derecho aplicable, en la actualidad no existe ninguna iniciativa global para crear un corpus integral, algo semejante a lo establecido por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) por medio de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

De nuestros días, la protección de los derechos de los inversores está principalmente contenida en acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales, a pesar de que ello fuera en el pasado asumido por el derecho consuetudinario. Según la UNCTAD, al final de diciembre de 2020 se contaban 2.659 acuerdos internacionales de inversión que contienen disposiciones relacionadas con las inversiones “TIP”.

Considerando que los modelos de los tratados bilaterales se basan en textos elaborados por las “naciones exportadoras de capital” los tratados existentes tienen un alto grado de uniformidad. Se organizan en tres partes: alcance, protección sustantiva y solución de controversias. Todo ello ha llevado a la estandarización de este tipo de cláusulas a nivel regional como universal. Adicionalmente, los contratos de inversión extranjera pueden regirse por normas de derecho internacional público u otras normas que existan fuera de la legislación del Estado receptor, lo cual puede dar lugar a obligaciones de derecho internacional público con respecto al trato del inversor.

El relator reconoció además un grado inferior de intervención de la Corte Internacional de Justicia e incluso de casos de arbitraje de inversión del CIADI que se hayan pronunciado al respecto.

Lo que se busca entonces es aportar una mayor claridad que permita responder a temas sustantivos del derecho aplicable a las inversiones extranjeras, demostrar la existencia de instrumentos que ya abordan este tipo de reclamaciones y brindan precisión a la temática, incluso dentro del sistema interamericano. El relator solicitó el apoyo del DDI en sus labores y reflexionó sobre la pertinencia de elaborar un cuestionario considerando que ya existe mucha información disponible en línea. Propuso también investigar la opinión de especialistas y de funcionarios de gobierno por medio de reuniones informales.

El doctor George Galindo felicitó al relator del tema por la calidad de su informe y la temática que trae a discusión cuenta tenida el interés que existe en nuestro continente. En relación a la afirmación del relator sobre la ausencia de repuestas del Derecho Internacional Público, explicó que ello es algo que tiene relación con la evolución histórica del estudio de las normas sobre la responsabilidad internacional, puesto que la Comisión de Derecho Internacional decidió no dar seguimiento al estudio de la responsabilidad por daños causados a extranjeros, lo cual abarcaría la violación a contratos internacionales centrándose únicamente en las reglas secundarias. Además, constató que esta decisión respondía a la crítica realizada por el movimiento de descolonización frente a los daños causados a extranjeros (que para algunos podría privilegiar a los Estados más ricos). Por ende, el doctor Galindo instó al relator valorar la dimensión política de la decisión que no quiso dar respuesta a cuestiones tales como los daños a extranjeros, lo cual demuestra lo politizado del tema de la responsabilidad. En segundo lugar, sugirió al relator tener en cuenta que el dotarse de principios comunes puede significar un gran desafío debido a la diversidad de instrumentos en la materia. Situación que tiene relación con la aproximación que ha tenido la temática al ser principalmente un derecho de carácter convencional, por ende, las respuestas serán muy diversas debido a la abundancia de tratados.

La doctora Cecilia Fresnedo coincidió con la pertinencia de trabajar este tema además del relacionamiento que guarda con el derecho internacional público. Al respecto el relator instó a los miembros del Comité a trabajar conjuntamente.

El doctor Eric P. Rudge consultó al relator si la Corte Europea ha dado repuestas al tema de las inversiones. El relator explicó que en Europa hay variados casos y discusiones que serán muy provechosos incorporar en su informe, alentando a incluir asimismo casos provenientes de África y Asia, junto con una serie de acuerdos de nueva generación.

Al finalizar el análisis del tema, el doctor José Moreno Rodríguez agradeció los comentarios del doctor Galindo en relación a la dimensión política del tema. Algo que explicó haber quedado reflejado en la decisión del Juez Dupuis en el caso Texaco. En este sentido, manifestó su intención de aclarar en su próximo informe la intención de no entrar en cuestiones polémicas, apuntando a dar claridad cuando los juzgadores o las partes tengan que tratarlas. Frente a la abundancia de tratados, explicó que en circunstancias particulares las decisiones arbitrales terminan perjudicando a los países en desarrollo. Por todo lo anterior, planteó su interés en enmarcar estas situaciones en función de lo que ya existe en instrumentos de la OEA, esperando que el aporte de la Guía permita demostrar a partir de lo que existe.

* * *

9. 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.

Este tema no fue considerado en los períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de abril y agosto de 2021.

* * *

10. Desarrollo de principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), el doctor Ramiro Orias, recientemente elegido en el seno del Comité, propuso como nuevo tema sistematizar y desarrollar “principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro” (documento CJI/doc.629/21).

Entre los antecedentes en la OEA, aludió a una resolución de la Asamblea General del 2011 que solicita al Consejo Permanente, preparar y convocar a una “sesión especial para intercambiar experiencias y buenas prácticas que sirvan para promover el derecho a la libertad de reunión y de asociación”. Constató igualmente, que en el sistema interamericano de derechos humanos no ha habido un sustento que le otorgue mayor contenido al derecho de asociación. Su intención es elaborar un conjunto de principios en un domino en que las legislaciones nacionales no son homogéneas en la región, por ende, se busca contribuir a adoptar “estándares interamericanos” a la luz de normas internacionales y de la práctica.

Al igual que los otros dos temas propuestos por el doctor Orias, este tema recibió amplio apoyo por los miembros del Comité, en particular de los doctores Fresnedo y Rudge, y fue incluido en la agenda. El doctor Orias fue designado como relator del tema.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el tema no fue objeto de análisis por parte del pleno. El relator del tema, doctor Ramiro Orias Arredondo, explicó haber iniciado un diálogo con la Organización de Cooperación y Seguridad Europea (OSCE) que se especializa en organizaciones civiles sin fines de lucro, con la cual se está trabajando en un primer mapeo que permitirá identificar las prácticas de los procesos de regulación de las actividades sin fines de lucro. Asimismo, anunció su intención de tener en consideración los trabajos del Relator Especial para las Libertades de Reunión Pacífica y Asociación de Naciones Unidas y los desarrollos de la relatoría de defensores de derechos humanos de la CIDH.

* * *

11. Desarrollo de directrices interamericanas sobre la participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), el doctor Ramiro Orias, recientemente elegido en el seno del Comité, sugirió insertar un nuevo tema en la agenda que permita desarrollar “directrices interamericanas sobre la participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción” (documento CJI/doc. 630/21). Explicó que este tema ha adquirido mucha importancia en la ONU, sin embargo, no existe en todos los países un régimen que venga en ayuda a las víctimas de procesos penales. Entre los antecedentes, presentó un mandato de la VIII Cumbre de las Américas que tuvo lugar en Perú en abril de 2018 (Compromiso de Lima - Gobernabilidad democrática frente a la corrupción).

Varios miembros del Comité agradecieron al doctor Orias por presentar este tema y el pleno apoyó su integración en la agenda. El doctor Espeche-Gil sugirió elaborar una adenda a la Convención Interamericana contra la corrupción que permita hacer una referencia a las víctimas. El doctor Milenko-Bertrand aconsejó como una primera consideración relevar las distintas instancias del sistema interamericano que han trabajado en el tema, en particular en el dominio de los derechos humanos respecto a la malversación de recursos (dominio social y cultural).

Al finalizar, la presentación el doctor Orias fue designado como relator del tema.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el tema no fue objeto de análisis por parte del pleno. El relator del tema, doctor Ramiro Orias Arredondo, informó que elaboró un formulario que está siendo distribuido a los abogados de la Red Pro Bono de las Américas, quienes están colaborando en su recolección para identificar los marcos legales en los Estados miembros, que permitirá entre otros tener un mejor conocimiento sobre el rol de las víctimas en los procesos penales. Se espera circular dicho cuestionario entre los miembros del CJI y posteriormente a los Estados de la OEA, tan pronto se disponga de las versiones en ambos idiomas, inglés y español. Se comprometió a presentar un primer informe con las legislaciones nacionales y las prácticas en la materia, durante la próxima sesión del CJI.

* * *

12. Desarrollo de estándares internacionales sobre neuro derechos

Documento

CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21) – Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: nuevos desafíos jurídicos para las Américas

* * *

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), el doctor Ramiro Orias, recientemente elegido en el seno del Comité, formuló como nuevo tema para la agenda del Comité el “desarrollo de estándares internacionales sobre neuro derechos” (documento CJI/doc. 631/21).

Advirtió que se trata de un tema de vanguardia pero que en ausencia de un marco legal en la materia se espera contribuir a un mejor entendimiento de la neurotecnología y la inteligencia artificial por medio de la elaboración de un conjunto de principios interamericanos destinados a proteger la privacidad mental de las personas, que establezca claramente las posibilidades y los límites respecto de los derechos de las personas, incluyendo la libre determinación (buscando evitar abusos).

Tanto los doctores Rudge como Larson asintieron a la propuesta respecto de los neuroderechos, y el pleno del Comité apoyó su inserción en la agenda. El doctor Orias confirmó su interés de encargarse de la relatoría de este tema.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el relator del tema, doctor Ramiro Orias Arredondo, presentó una versión revisada de su informe, (documento CJI/doc. 641/21 rev.1), el cual es el fruto de un grupo de trabajo compuesto por la Neurorights Initiative de la Universidad de Columbia (presidido por el doctor Rafael Yuste), la Red Pro Bono de las Américas y la Fundación Kamanau. Si bien originalmente se buscaba elaborar una propuesta de principios, al final se optó por producir una propuesta de declaración que manifiesta preocupaciones de orden variado sobre los impactos de las neurotecnologías. Como marco normativo el relator propone adoptar en una primera instancia un proyecto de Declaración que estaría compuesto de seis grandes ejes, por medio del cual se llamaría a la OEA, como etapa subsecuente, a elaborar un grupo de “principios interamericanos en materia de neurotecnologías y Derechos Humanos destinados a orientar las legislaciones nacionales”.

El doctor Eric P. Rudge aplaudió la calidad del documento presentado y consultó al relator especificar los Estados y organizaciones internacionales que ya se están ocupando de este tema. Sugirió incluir alguna referencia a la educación. Asimismo, solicitó información adicional sobre el rol de la empresa privada y la determinación de los tiempos para llevar adelante el proyecto. Al respecto, el relator explicó que el párrafo del preámbulo refiere a la necesidad de abordar los riesgos y las preocupaciones que plantea la neurociencia, pero que no se busca limitar el avance científico, sino que se trata de estimular prácticas nuevas y responsables, que sean respetuosas de los derechos humanos. Explicó que la OECD adoptó una resolución en la materia en 2009, mientras que la UNESCO tiene un borrador sobre temas éticos que data de 2020. Por su parte, tanto Chile como Brasil trabajan en proyectos de ley. Algo no mencionado en su informe refiere a una noticia hecha pública recientemente por el Consejo de Europa que trataría de la elaboración proyecto de Convención Marco sobre Inteligencia Artificial. En relación a la falta de regulación, la preocupación tiene relación con el hecho que los grupos privados están avanzando sin tomar en cuenta consideraciones de derechos humanos. Recordó que la Convención Americana sobre derechos humanos reconoce la integridad mental y física de las personas.

El doctor Milenko Bertrand felicitó al relator por el informe presentado que inicia una ruta vanguardista en el ámbito tecnológico de la reflexión jurídica del continente sobre tecnologías. Es un esfuerzo en que el Comité podrá adelantarse a discusiones en estos temas tan avanzados. Además, se podrá contar con una posición colectiva predeterminada nos podría dar un poder de negociación o posición más sólida en nuestros países para resguardar los derechos expuestos frente a los países más avanzados. Consultó al relator el camino a seguir.

El relator constató que el CJI podría tener un rol de liderazgo pudiendo generar nociones que puedan contribuir al desarrollo del derecho internacional. El próximo paso sería elaborar unos principios, tal como se hizo en materia de privacidad de datos personales.

El doctor George Galindo constató la importancia del tema que abre un espacio muy interesante para los trabajos del Comité, cuenta tenida la calidad de nuestros juristas del continente. Propuso condensar los principios y que se incluyan comentarios en cada caso, junto a una división entre las partes preambulares de las declaratorias. Es un estudio considerado como algo esencial e imprescindible de nuestros tiempos.

El relator manifestó su agrado frente a estas propuestas que permitirá otorgarle mayor claridad al documento.

La doctora Mariana Salazar coincidió con quienes le antecedieron, además constató la cercanía de este tema con la relatoría de datos personales y el derecho aplicable al ciberespacio. Consultó al relator sobre quien sería la entidad encargada de los desarrollos de los principios. También preguntó la pertinencia de dotarse de un mandato por medio de la Asamblea General, en un contexto en que el Comité tiene las propias competencias. El relator agradeció y se comprometió a hacer un ajuste en el título para que el documento de principios sea desarrollado por el Comité. Por su parte, la idea de interpelar la Asamblea General responde a la necesidad de darle mayor legitimidad al tema.

El Presidente constató importantes aristas de derecho internacional propuestas por el informe, cuyos aportes son de la máxima importancia y

El martes 10 de agosto de 2021, el relator presentó una nueva versión de su informe, a la luz de comentarios de los miembros, habiendo incluso realizado un esfuerzo por depurar el informe para concentrarse en las reflexiones más generales respecto a los principios jurídicos y preocupaciones. La parte introductoria reitera el marco jurídico interamericano y las reflexiones de los cinco temas se concentran en dos o tres párrafos en cada caso.

- **Condicionamiento de la personalidad y pérdida de autonomía** presenta el marco normativo, abordando los riesgos que podrían generarse en la actividad neuronal.
- **Intervenciones legítimas en materia de salud, integridad física y mental** sección que refiere al respeto a la integridad personal, además de precisar los principios desarrollados en el marco del derecho a la salud, tales como el consentimiento informado y el secreto médico,
- **Privacidad mental y protección de datos neuronales obtenidos a partir del uso de neurotecnologías** en donde se exponen las finalidades legítimas que debe guiar la recopilación de datos personales, incluyendo la protección de los datos más sensibles.
- **Igualdad de acceso y no discriminación en el uso de las neurotecnologías** que sugiere medidas que impidan un trato arbitrario y la búsqueda de condiciones de igualdad sustantiva de grupos históricamente excluidos y discriminados
- **Libertad de expresión y acceso a la información pública** que plantea preocupaciones en relación al control y monitoreo, y la importancia de la transparencia y el debate público informado.
- **Recomendaciones para los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico** que propone medidas y salvaguardas que contribuyan al desarrollo y fomento de la tecnología, en un marco de respeto de los principios enunciados. Se hace una llamada a varios actores: Estados, sector privado, academia y mundo científico.

El doctor Eric P. Rudge consultó si sería posible abstenerse del uso de tecnologías basadas en interfaces o limitar su uso, puesto que en ciertas circunstancias podría ser necesario levantar la prohibición al Estado. El relator del tema explicó que los riesgos de monitoreo presentan la posibilidad de control social por parte del Estado, y habría espacio de mejorar la redacción en el sentido que la interface sea utilizada para fines legítimos, y por ende precisar el concepto evitando la elaboración de un listado.

El Presidente consideró que al establecer como límite el respeto de los derechos humanos se estaría acotando el tema, y sugirió incluir además el respecto de la dignidad del ser humano. Propuesta que fue aceptada por el relator quien sugirió incluirlo en la parte introductoria.

El doctor Eric P. Rudge reiteró su solicitud respecto del llamado a los Estados en la sección d) del numeral 8, pues el abstenerse no es una medida muy extrema, y por ende indicar que “únicamente cuando el Estado tiene por propósito único el control social, y según las circunstancias ello puede cambiar”. El relator confirmó que se hará una adecuación específica atendiendo a la sugerencia del doctor Rudge.

El Presidente solicitó que se ordene el texto en la forma de una declaración para conservar la coherencia, con el apoyo de la Secretaría técnica.

El doctor George Galindo propuso continuar estudiando el tema, y en la próxima reunión poder incluir la presentación de expertos involucrados en este tema.

El Presidente dio fe de la existencia de un grupo multidisciplinario.

El relator por su parte acogió la sugerencia del doctor Galindo, e indicó que el Grupo de expertos estaría dispuesto a encontrarse con el pleno del CJI con el fin de resolver dudas y aclaraciones. Propuso celebrar un encuentro virtual una semana previa al período de sesiones del CJI. Por lo demás, informó que el mismo grupo ha solicitado hacer una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en una sesión temática. En cuanto al camino a seguir, se espera para la próxima sesión presentar respuestas a las preocupaciones planteadas a esta primera versión del documento.

Previo a la clausura de la sesión el relator del tema doctor Ramiro Orias Arredondo explicó que con el apoyo del doctor Dante Negro se revisó el texto con el fin de reflejar las propuestas de los miembros del Comité, incluyendo la sugerencia del doctor Eric P. Rudge sobre la interface y del Presidente sobre la compatibilidad con la dignidad humana, habiéndose elaborado una nueva versión revisada (documento CJI/doc. 641/21 rev.2).

El doctor Milenko Bertrand remarcó la importancia de este documento en una materia en que el CJI podrá tener un rol pionero, expresando su conformidad con el informe en su actual redacción. Comentario que fue compartido por el doctor Eric P. Rudge quien felicitó al relator.

El Presidente instó al relator a modificar el título considerando que al contar con el apoyo del plenario pasaría a ser una declaración y pidió que el documento sea puesto en conocimiento de los Estados. Sugerencia que el relator confirmó además de manifestar su intención en presentar una versión sobre los principios aplicables a esta materia en la próxima sesión, junto con organizar una reunión con el grupo de trabajo.

A continuación, se presenta la Declaración aprobada por el Comité Jurídico Interamericano en agosto de 2021:

CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21)

DECLARACIÓN DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE NEUROCIENCIA, NEUROTECNOLOGÍAS Y DERECHOS HUMANOS: NUEVOS DESAFÍOS JURÍDICOS PARA LAS AMÉRICAS

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO PRESENTE que los avances de la neurociencia y el desarrollo de las neurotecnologías, plantean importantes preocupaciones éticas y jurídicas sobre su impacto final en principios, derechos y libertades fundamentales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autonomía, el derecho a la privacidad e intimidad, la libertad de pensamiento y de expresión, la integridad física y psíquica, el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el acceso a remedios, la igualdad ante la ley, así como a la protección judicial en caso de daños, entre otros;

RECORDANDO recientes iniciativas internacionales sobre los desafíos éticos, sociales y de derechos humanos de la neurociencia y neurotecnologías como la “Recomendación sobre Innovación Responsable en Neurotecnología” adoptada en el diciembre 2019 por la Organización para Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) y el borrador del Comité Internacional de Bioética de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre “Cuestiones Éticas de la Neurotecnología” publicado en septiembre de 2020; e iniciativas nacionales de legislación en la materia en Chile y Brasil;

CONSIDERANDO que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrando la igualdad y la libertad humana; la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales; y la educación como vía de desarrollo de la personalidad humana;

DESTACANDO que la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) expresa que el desarrollo científico y tecnológico debe afianzar los derechos fundamentales de las personas, buscando el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso; y que la Carta Social de las Américas aprobada por la OEA establece que el desarrollo científico y tecnológico debe contribuir a mejorar la calidad de vida y alcanzar el desarrollo integral de las personas, por lo que resulta necesario adoptar las medidas tendientes a garantizar que la aplicación de las innovaciones beneficien a todos;

RECORDANDO que, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José) los Estados deben respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas, adoptando providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA);

CONSIDERANDO que el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), reconoce el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

ADOPTA en el 99º Período Ordinario de Sesiones realizado del 2 al 11 de agosto de 2021, la siguiente “Declaración sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas”:

1. Condicionamiento de la personalidad y pérdida de autonomía

El marco jurídico interamericano ampara la autonomía de las personas, entendida como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad, el control de las funciones corporales y de las decisiones, y el establecimiento de las relaciones interpersonales. La libertad personal protegida en los instrumentos interamericanos incluye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. El vertiginoso avance de las neurotecnologías, especialmente aquellas para uso no médico, nos enfrenta a la posibilidad de que esta autonomía se vea en riesgo por el uso indiscriminado y no regulado de aplicaciones o dispositivos tecnológicos.

La ausencia de regulaciones específicas de las neurotecnologías, así como sus alcances e impactos, genera un riesgo de manipulación ilegítima de emociones, sentimientos y decisiones desde quienes produzcan estas tecnologías y/o controlen los grandes sistemas de inteligencia artificial (IA) que decodifican la información neuronal. Asimismo, el uso de estas neurotecnologías puede llegar a romper la última frontera natural de la persona, su intimidad mental, y con ello afectar la dignidad e identidad de cada ser humano.

2. Intervenciones legítimas en materia de salud, integridad física y mental

La salud ha sido entendida como un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedades. En el marco jurídico interamericano, ha sido frecuentemente asociada a la integridad personal, aunque también tiene un reconocimiento autónomo. A su vez, la integridad personal comprende tanto la integridad física como la mental de las personas. Dentro de los contenidos de exigibilidad inmediata del derecho a la salud se encuentran el derecho al consentimiento informado frente a cualquier intervención médica en el cuerpo (en relación con el derecho de acceso a la información); y el derecho al secreto médico respecto de todo aspecto vinculado a la atención en salud (referente al derecho a la vida privada).

En el ámbito de las neurotecnologías (especialmente aquellas de uso no médico), no se cuenta con estándares y normativas claras que garanticen información adecuada, la voluntariedad, la preservación de la libertad y autoconciencia, la determinación del grado de riesgos asumibles, y el secreto del contenido de los datos de la actividad cerebral. Los usos de las neurotecnologías para la curación de enfermedades serán siempre legítimos. Sin embargo, es problemático determinar qué es enfermedad en algunos casos, qué es mejora de defectos o insuficiencias, y qué es potenciación o aumento cognitivo, lo que puede generar vacíos legislativos y regulatorios que impacten en los derechos de las personas.

3. Privacidad mental y protección de datos neuronales obtenidos a partir del uso de neurotecnologías

El marco jurídico interamericano reconoce a la vida privada y a estar libre de interferencias arbitrarias a la misma. La protección de la privacidad se caracteriza por que las personas queden exentas e inmunes a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o del Estado. El sistema interamericano de derechos humanos ha reconocido que este derecho implica una protección frente a interferencias en la esfera más íntima de las personas, abarcando una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo. Además, se ha indicado que ciertos progresos o el desarrollo de determinadas herramientas tecnológicas pueden poner en riesgo el derecho a la vida privada.

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano ha aprobado los “Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales” (CJI/doc. 638/21), estableciendo que los datos personales sólo pueden ser recopilados y usados para finalidades legítimas, debiéndose “adoptar medidas de privacidad y de seguridad reforzadas” para los datos más sensibles, como pueden ser en este caso los datos neuronales, que, “si se manejan o se divulgan de manera indebida, darían lugar a una intrusión profunda en la dignidad personal ... o causar un riesgo de graves perjuicios para la persona”. Por ello, se ha reconocido la necesidad de adecuar a los tiempos actuales, las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada.

El desarrollo de las neurotecnologías puede conducir al condicionamiento de la personalidad y a la pérdida de autonomía de las personas, y en ese marco, una de las preocupaciones más urgentes tiene que ver con las conductas maliciosas de quienes acceden a los datos de la actividad cerebral de las personas con fines de penetrar en su mente, condicionarla o aprovecharse de tal conocimiento. En tal sentido, es necesario buscar respuestas frente a la falta de desarrollo e implementación de un marco normativo específico de la protección de la privacidad de los datos neuronales, tanto conscientes como inconscientes.

Asimismo, se encuentra establecido firmemente como principio el respeto de la finalidad de la recolección para la utilización de datos personales; sin embargo, ante las posibilidades de las neurotecnologías, genera inquietud que no se hayan desarrollado garantías adecuadas para que la información neuronal obtenida para fines médicos y de investigación científica, sea utilizada sólo para este fin, limitando la aplicación de las técnicas de descodificación que permitan identificar a una persona o hacerla identificable y, como consecuencia de desbordar esos límites, violar el santuario más profundo de su intimidad mental.

4. Igualdad de acceso y no discriminación en el uso de las neurotecnologías

El principio de igualdad y no discriminación es base fundamental del marco jurídico interamericano y su contenido incorpora dos grandes dimensiones: una protección contra diferencias en el trato arbitrario y una obligación de adoptar medidas positivas para asegurar condiciones de igualdad sustantiva de grupos históricamente excluidos y discriminados. Esto incluye tomar en cuenta que ciertas normas o prácticas pueden tener impactos adversos y desproporcionados en ciertos grupos tradicionalmente desaventajados o profundizar las desigualdades ya existentes. Las enormes desigualdades económicas y sociales son una barrera para compartir los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones de acuerdo con los derechos humanos fundamentales. Tanto el acceso a las neurotecnologías como sus aplicaciones e interconexiones con la IA, pueden tener impacto en materia de igualdad y no discriminación.

Los desarrollos y aplicaciones neurotecnológicas pueden generar brechas de acceso a las mismas para gran parte de la población, con los consecuentes impactos en materia de discriminación, particularmente en lo que respeta a las tecnologías de aumentación o potenciación mental. Varios factores estructurales y de costos crean barreras significativas para acceder a los tratamientos, especialmente en el mundo en desarrollo. Por otra parte, no existen medidas legales, éticas y técnicas que anticipen, prevengan e impidan el uso discriminatorio y la imposición de sesgos de estas neurotecnologías.

5. Libertad de expresión y acceso a la información pública

Los instrumentos interamericanos de derechos humanos protegen una serie de libertades fundamentales, entre las cuales destacan la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de

reunión, el derecho de acceso a la información pública y los derechos políticos. Todos estos derechos no pueden estar sujetos a limitaciones más allá de las permitidas por la ley, con base en los fines establecidos en el marco jurídico interamericano y de manera proporcional a tales fines. La irrupción de las neurotecnologías plantea algunas preocupaciones en relación al control y monitoreo que los ciudadanos y medios de comunicación pueden tener respecto de ellas.

Las neurotecnologías, así como las herramientas de IA utilizadas, deben ser inteligibles para los desarrolladores, profesionales médicos, pacientes, usuarios y reguladores. Al respecto, genera inquietud que no existan estándares que aseguren la transparencia de dichas tecnologías y que habiliten un debate público sobre su diseño y riesgos. Además, la proliferación de noticias falsas o especulativas acerca de las neurotecnologías y sus implicancias, que exageren tanto de efectos positivos como negativos, podrían constituir una barrera para un debate público informado.

6. Recomendaciones para los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico

Los avances de la neurociencia y el desarrollo de las neurotecnologías, requieren de una reflexión profunda por parte de todos los actores, y la adopción de medidas concretas que permitan que estas innovaciones contribuyan al bienestar común. Por ello, el involucramiento de los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico, resulta esencial:

Llamado a los Estados

- a. Anticiparse a estas preocupaciones y prestar especial atención al desarrollo de estas tecnologías mediante regulaciones, que ofrezcan salvaguardas suficientes para que su desarrollo e implementación progresiva no constituyan amenazas a los derechos y libertades protegidos en el marco jurídico interamericano.
- b. Adoptar medidas que eviten impactos negativos de estas tecnologías en grupos vulnerables o desaventajados, así como promover iguales condiciones de acceso a neurotecnologías que generen un beneficio para la salud y para la calidad de vida de las personas.
- c. Impulsar acciones de política pública que generen conciencia y educación sobre los beneficios y riesgos de las neurotecnologías, enfatizando el rol en esta materia de los ministerios o entidades responsables de fomentar y fortalecer la ciencia, la tecnología, la innovación y la educación, sin perjuicio del involucramiento de otras entidades estatales.
- d. Establecer que el uso de las tecnologías basadas en interfaces cerebro-computadora solo deberán perseguir finalidades legítimas, prohibiéndose su uso para fines de control social, vigilancia masiva de los ciudadanos o de puntaje social (*scoring social*).

Llamado al sector privado

- a. Desarrollar prácticas de innovación que atiendan desde su inicio y en todas las etapas de investigación y desarrollo a su compatibilidad con los derechos humanos.
- b. Generar compromisos, estándares y buenas prácticas que orienten el uso de estas tecnologías con finalidades comerciales o campañas publicitarias, aprovechando el conocimiento del consciente y el subconsciente de las personas.
- c. Incorporar la dimensión de las neurotecnologías al marco de responsabilidades de las empresas según los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU, mediante el desarrollo de compromisos, políticas y evaluaciones públicas del impacto consistente con la protección de los derechos humanos.

Llamado a la academia

- a. Incorporar actividades de enseñanza e investigación que permitan una adecuada comprensión de los impactos de las neurotecnologías, así como de sus alcances científicos, éticos y sociales.
- b. Promover el análisis y reflexión jurídica sobre esta materia, especialmente respecto de sus desafíos y oportunidades desde la perspectiva de los derechos humanos.

Llamado al mundo científico

- a. Incorporar en todas las etapas de la investigación en neurociencia o el desarrollo de neurotecnologías, la evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañen, de conformidad con las recomendaciones y principios del derecho internacional de los derechos humanos.
- b. Promover instancias de divulgación científica para audiencias amplias, sobre los alcances e impactos de estas neurotecnologías.

POR TANTO, EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

RESUELVE:

1. Continuar el tratamiento de este tema en su agenda de trabajo y desarrollar en mayor profundidad estas preocupaciones mediante un documento de *Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y Derechos Humanos* que pueda establecer estándares internacionales que contribuyan a orientar y armonizar las regulaciones nacionales necesarias.

2. Llamar la atención sobre estas recomendaciones a los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico, con el fin de instarlos que participen en el proceso de adopción de medidas concretas que permitan que estas innovaciones contribuyan al bienestar de las personas y comunidades.

3. Transmitir la presente declaración a los órganos principales de la OEA para su debido conocimiento y consideración.

La presente declaración fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 11 de agosto de 2021, por los siguientes miembros: doctores Miguel Angel Espeche Gil, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Mariana Salazar Albornoz, George Rodrigo Bandeira Galindo, Luis García-Corrochano Moyano, Stephen G. Larson, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, José Antonio Moreno Rodríguez, Eric P. Rudge y Ramiro Gastón Orias Arredondo.

* * *

13. Derecho a la educación

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), el doctor Eric P. Rudge manifestó su interés en presentar un nuevo tema a ser integrado en la agenda del Comité relativo al “derecho a la educación” (documento CJI/doc. 635/21). Se busca determinar si los Estados poseen un sistema educativo primario obligatorio, incluyendo la educación a distancia, y la manera en que se implementan los mecanismos de cumplimiento de tal derecho. Asimismo, se propone brindar asistencia a aquellos Estados que no poseen un sistema educativo obligatorio con el fin de permitirles implementar sistemas efectivos.

Advirtió la existencia de codificación del derecho a la educación en varios instrumentos, pero cuestionó el grado de efectividad de la normativa internacional como nacional. Esta iniciativa podría también tener una incidencia para poner término al ciclo de pobreza en los Estados miembros y servir para aconsejar a la Asamblea General.

El Presidente comentó que la garantía debe ser tanto para las niñas como para los niños, y abarcar a quienes sufren de alguna discapacidad o limitación. Además de la importancia de la implementación de dichos derechos.

El doctor Espeche-Gil agradeció al doctor Rudge por la iniciativa de un tema tan fundamental. Advirtió con preocupación acciones en foros de la ONU que han cuestionado varios aspectos sobre el derecho a la educación, en particular el derecho de los padres a intervenir en la orientación de la educación de sus hijos.

La doctora Cecilia Fresnedo felicitó al doctor Rudge por el tema propuesto que impone desafíos de talla, coincidiendo con el derecho a la libertad aludido por el doctor Espeche-Gil.

La doctora Mariana Salazar alentó al relator a complementar lo que ya existe en otras instancias, tales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés), la Unesco y otros programas que ya trabajan en estos temas. Afirmó que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los países a otorgar educación primaria, dejando la decisión sobre la educación secundaria en manos de cada país y precisó que en México ello ya es obligatorio. Valoró los comentarios de los grupos vulnerables establecidos por el Presidente, añadiendo la situación de los pueblos indígenas. Aludió también a los Comentarios 11 y 13 del CESCR que permiten supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Instó al doctor Rudge a verificar también el sistema interamericano de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte-CIDH. Finalmente, invocó a desarrollar temas ligados a la calidad de la educación que se provee (material y preparación de profesores).

El profesor Stephen Larson se refirió a los problemas relativos al acceso a la educación que ha impuesto la pandemia COVID-19, lo cual ha venido a acentuar las diferencias socio económicas. Citó la situación en el sistema de educación de Los Angeles en Estados Unidos donde un importante número de niños no han podido ingresar a las clases, por no tener los recursos necesarios. Agradeció al doctor Rudge por traer a la agenda un tema tan oportuno.

El tema recibió también el endoso del doctor José Moreno.

El Presidente constató el apoyo a la propuesta y el interés del plenario de introducirlo en la agenda del Comité, a pesar de ser un tema trabajado por otras organizaciones. El doctor Eric Rudge fue designado el relator del mismo.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el relator del tema, doctor Eric P. Rudge, presentó su informe inicial sobre el derecho a la educación primaria (obligatoria), (documento CJI/doc. 643/21).

En una primera instancia, el relator relevó los diversos instrumentos jurídicos relativos al derecho a la educación —específicamente la educación primaria obligatoria— que se aplican a escala mundial y en el hemisferio, tales como la Carta de la OEA, el Protocolo de San Salvador y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad). El análisis le permitió verificar que la mayoría de los Estados miembros de la OEA garantiza el derecho a la educación primaria obligatoria, e incluso en algunos Estados la legislación que garantiza la educación secundaria y superior de sus ciudadanos. Acto seguido, se incorporan diversos factores que contribuyen a determinar la importancia del derecho a la educación obligatoria desde la óptica del desarrollo humano (su conexión con la pobreza, la delincuencia y el trabajo infantil).

El relator manifestó que los Estados deberían no solamente imponer el carácter obligatorio de tal derecho, sino que además hacer dicha obligación efectiva. El relator observó que a pesar de las normas existentes a favor de la educación obligatoria a nivel primario, los factores sociales de riesgo siguen siendo altos (pobreza, tasa elevada de analfabetismo, delincuencia, un desarrollo lento o estancado). En este contexto, propuso declarar el derecho a la educación primaria obligatoria como un derecho humano, y no considerarlo únicamente como un derecho social y cultural. Que no dependa de la buena voluntad.

Como metodología el relator indicó su intención de preparar un cuestionario a ser remitido entre los Estados el cual estaría compuesto de cuatro partes:

- 1.- Información general sobre los instrumentos internacionales que se han ratificado.
- 2.- Implementación de las obligaciones internacionales a nivel interno.
- 3.- Otras circunstancias sociales que permitan conocer el relacionamiento de las tasas de analfabetismo con la educación obligatoria.
- 4.- Finalmente, la última sección buscará conocer sugerencias de los Estados.

El doctor Miguel Angel Espeche agradeció la incorporación de este tema en la agenda del Comité. En su entender, el derecho a la educación es un derecho de los niños, pero los titulares de las obligaciones son los padres o sus responsables legales en conjunto con el Estado. El Estado debe respetar la orientación ética de los padres o sus responsables; posición que el relator manifestó compartir.

El doctor Ramiro Orias agradeció el documento y el cuestionario. Planteó al relator la idea de enriquecer el informe por medio de preguntas a los Estados en el contexto de la pandemia COVID-19 (que tenga en consideración los temas de acceso y conectividad en los Estados miembros). Propuesta que fue agradecida por el relator quien incluirá dicha situación en el cuestionario.

La doctora Mariana Salazar agradeció la iniciativa tendiente a mejorar la situación los más vulnerables, en particular la situación de la pobreza que es una realidad en varios de nuestros países. Reconoció la inclusión de los instrumentos universales y regionales, y recomendó complementar la investigación con los trabajos que realizan otras instancias, tales como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU que ha elaborado comentarios en la materia (revisar los Comentarios 11 y 13 en particular - lo cual abre también la posibilidad de estudiar la situación a nivel del género). También alentó al doctor Rudge a revisar los trabajos del Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la educación; los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la materia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual le podrá ayudar a enriquecer el análisis conceptual de su informe.

En relación a los comentarios de la doctora Salazar, el relator manifestó su intención de no duplicar el trabajo de otras instituciones, y de tener en cuenta lo realizado por de las instancias referidas, incluyendo la jurisprudencia de la CIDH. A pesar del abundante número de normas, el relator lamentó que todavía se vean niños viviendo en las calles de nuestros países. Al finalizar, solicitó a los miembros remitirles sus sugerencias por escrito. Manifestó su intención de terminar el cuestionario para distribuirlo entre los Estados con la solicitud de remitir sus respuestas antes del fin de año.

El Presidente agradeció al relator por la presentación de este primer avance, algo que también fue reconocido por los doctores Fresnedo y Moreno.

Previo a la clausura de la sesión, el relator del tema, doctor Eric P. Rudge, indicó que había revisado el cuestionario original para incluir los avances que le fueron presentado por algunos miembros, incluyendo las sugerencias de los doctores Orias y Salazar todo lo cual se refleja en la nueva versión que ha sido presentada, (documento CJI/doc. 643/21 rev.1). Explicó además haber modificado el cuestionario y preguntó a los miembros su opinión al respecto. Finalmente, solicitó a la Secretaría Técnica distribuirlo a los Estados para obtener las respuestas para fines de diciembre del presente año.

El Presidente le consultó al relator si lo que se quiere distribuir es el informe con el cuestionario o únicamente el cuestionario, a lo cual el relator explicó que por ahora la intención es distribuir únicamente el cuestionario.

No habiendo comentarios adicionales al cuestionario del relator, se le solicitó a la secretaria técnica su distribución.

* * *

14. Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), la doctora Cecilia Fresnedo, recientemente electa miembro del Comité, presentó como nuevo tema a ser integrado a la agenda uno relativo a los Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil (documento CJI/doc. 636/21). La doctora Fresnedo expuso la situación de debilidad que pueden crear los contratos de adhesión en que una de las partes establece “unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o arbitraje)” (conocido como take-it-or-leave-it contracts). Es una realidad que refleja la situación de comerciantes que no tienen poder de negociación en casos en donde no hay autonomía de la voluntad, lo

cual crea abusos. En este sentido, indicó su interés en elaborar un documento que esté en consonancia con la Guía del CJI del Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas y las normas en el ámbito de los contratos comerciales internacionales.

El doctor José Moreno agradeció la propuesta de la doctora Fresnedo, junto con advertir respecto de situaciones límites cuando no hay una voluntad formada, constatando entre otros desafíos, el tratamiento complejo de posiciones divergentes entre países exportadores de servicios y bienes y países receptores en varios ámbitos, entre los cuales señaló temas ligados al consumidor, derechos laborales, seguros y transportes. En este sentido, sugirió elaborar instrumentos de derecho blando como una opción que podría permitir confrontar los desafíos en este tipo de proyectos. En cuanto a la coordinación, habría que entrar a una fase exploratoria con las instituciones codificadoras universales y determinar el tipo de instrumento que se quiere generar y permita orientar a las partes. La Guía del CJI en contratos comerciales internacionales brinda una importante cantidad de herramientas a quienes no están debidamente protegidos, tales como en situaciones de contratos no debidamente consentidos. De hecho, la Guía alienta además a servirse de soluciones universales planteadas en los instrumentos contractuales de la mayor importancia tales como los Principios de Unidroit y la Convención de Viena de 1980.

El doctor Espeche-Gil manifestó su acuerdo con la incorporación de los dos temas propuestos por la doctora Fresnedo en la agenda del Comité, e hizo hincapié en relación con las obligaciones, así como a los abusos que se comenten con las tarjetas de crédito.

El Presidente felicitó a la doctora Fresnedo por su propuesta y, considerando el interés suscitado por este tema, confirmó su inserción en la agenda del Comité e instó a la doctora Fresnedo a participar como la relatora del mismo.

La doctora Fresnedo agradeció los comentarios a su propuesta e invitó a los demás miembros a colaborar de manera estrecha con su relatoría.

La relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre, presentó el primer informe de avance titulado Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil, (documento CJI/doc. 642/21) por medio de una presentación en *Power Point*.

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto 2021), la relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre, presentó el primer informe de avance titulado Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil, (documento CJI/doc. 642/21). En la oportunidad, explicó que la doctrina y los foros de codificación han estudiado los contratos comerciales internacionales negociados pero se desentienden de los contratos comerciales en que una de las partes carece de poder de negociación. La debilidad contractual (o parte contractualmente débil) es independiente de la condición de comerciante o de la experiencia que dicha entidad pueda tener, puesto que en dichos contextos las condiciones generales han sido unilateralmente establecidas y no son negociables. Por ende, no se puede incidir en la negociación de cláusulas de elección de ley y de foro. El examen realizado le permitió comprobar una ausencia de un instrumento específico que atienda este tipo de contratos comerciales internacionales en que una de las partes es contractualmente débil.

La relatora instó a realizar esta tarea en concordancia con otros foros de codificación, tales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, UNIDROIT y UNCITRAL

Aclaró que su informe se benefició de las respuestas de seis expertos provenientes de Argentina, Bolivia, Canadá, Colombia, Cuba y Venezuela, quienes son miembros de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), lo cual le permitió analizar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en dichos países. Ello fue posible gracias a un acuerdo de cooperación entre el CJI y ASADIP.

A la luz de los comentarios recibidos, la relatora resaltó los siguientes elementos:

- En el ámbito interamericano, existen diversos instrumentos que regulan la autonomía de la voluntad en materia de elección del foro con diferentes variantes, pero no hacen referencia a los contratos comerciales con parte débil.

- Existe coincidencia sobre la ausencia de respuestas a la problemática que plantea la autonomía de la voluntad conflictual respecto de contratos asimétricos entre comerciantes, o que si las hay son insuficientes o inadecuadas.

- Algunos Estados excluyen o limitan la autonomía de la voluntad en variados temas: contratos de consumidores (Argentina, Bolivia, Canadá, México y Uruguay); contratos laborales (Bolivia, Canada, Cuba, México y Uruguay); contratos de seguros (Argentina, Bolivia, Cuba, Uruguay y Venezuela); contratos de agencia comercial (Colombia).

- Entre los contratos con un régimen específico se puede observar una diversidad de situaciones: Canadá: respecto de consumidores y trabajadores; Cuba: respecto de seguros; Uruguay: respecto de todos los excluidos de la autonomía de la voluntad (art. 50 Ley 19.920; Venezuela: en materia laboral.

- Los contratos internacionales generalmente están pensados en situaciones en que las partes disponen de un poder de negociación equivalente y no en relación a los contratos asimétricos, de adhesión o análogos en que una parte impone “condiciones y la otra adhiere o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas preestablecidas unilateralmente.” De los Estados consultados únicamente dos explicaron tener algo al respecto: Bolivia (contratos mediante formularios en materia de transporte y seguro) y Colombia (proyecto de ley de derecho internacional privado)

- Es necesario y conveniente elaborar soluciones “claras respecto de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos de adhesión, con condiciones generales, o contratos asimétricos”, considerando el poco análisis a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinario.

En lo concreto, la relatora propuso trabajar en la elaboración de una “Adenda a la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas.” Para ello sugirió la siguiente metodología de trabajo:

- Ofrecer a los Miembros del Comité un espacio para presentar sus puntos de vistas.
- Esperar las respuestas a los especialistas que aún no han respondido (cuyo plazo sería fin de año).
- Investigar las normas, jurisprudencia y doctrina de aquellos países sobre los cuales no se ha recibido información.
- Analizar los instrumentos convencionales vigentes en la región, las normas autónomas y los instrumentos de *soft law* para identificar qué soluciones se podría desarrollar con relación a los contratos asimétricos entre comerciantes, y cuáles se podrían crear para subsanar ausencias. Todo ello daría contenido a la Adenda programada.

El doctor José Moreno Rodríguez felicitó a la relatora por su primer informe. En relación al tipo de documento a elaborar propuso avanzar con un estudio que presente propuestas de buenas prácticas en lugar de una adenda o guía. Algo que pueda servir a los comerciantes de la región. El desafío que imponen las excepciones es de gran envergadura puesto que estos contratos tienen normas muy dispares en los Estados, citó al respecto los contratos de franquicia en California y la ley de los contratos de agencia en Paraguay. En ese sentido sugirió tratar de evitar imponer soluciones únicas respecto a la regulación de excepciones en nuestros países, y por ende elabora un informe o un listado de buenas prácticas. Explicó que UNIDROIT y la Conferencia de La Haya disponen de instrumentos que contienen regulaciones balanceadas sobre la protección a partes débiles, así como las opciones que ofrece la Guía del Comité al respecto. En relación a la selección de foros constató que en este ámbito ya se cuenta con instrumentos vinculantes. Citó el Protocolo de Buenos Aires que refiere de manera general a las cláusulas abusivas. Además, se refirió a una decisión arbitral que invita a los Estados a actuar en situaciones particulares en que existen cláusulas abusivas. El doctor Moreno Rodríguez manifestó su posición a favor de un estudio que integre el mayor número de jurisdicciones de nuestros países en materia de comercio internacional, y que tenga en consideración los esfuerzos de otras instancias internacionales.

La relatora del tema, doctora Fresnedo, expresó no tener inconvenientes en seguir las sugerencias del doctor Moreno Rodríguez de elaborar un informe que podría concluir con una recomendación de buenas prácticas, sin excluir los contratos ni las cláusulas de elección de foros, pero que determinen al mismo tiempo criterios que establezcan lo que es razonable y aquellos casos en que hay ausencia de consentimiento.

El doctor Eric P. Rudge agradeció el informe y las explicaciones que han sido presentadas por la relatora. Señaló la importancia que debe serle otorgada a la libertad contractual de las partes. En su caso particular el sistema de su país proviene de Holanda y él como juez al momento de decidir debe constatar que las partes han entrado en un acuerdo de manera libre, en función de las circunstancias. Agradeció el interés en elaborar un trabajo tendiente a proteger la parte débil. Asimismo, felicitó a la relatora por el uso de cuestionarios enviados a especialistas. Finalmente, la instó a trabajar en un documento que presente las buenas y malas prácticas.

El doctor José Moreno Rodríguez manifestó su interés de continuar lo propuesto e invitó a la relatora a relevar la situación en un máximo número de países y dialogar con organizaciones internacionales, con el fin de darle la mayor visibilidad posible al trabajo del Comité e incorporar nuestra región a las mejores prácticas.

La relatora consultó al pleno si no sería mejor delimitar su proyecto a los contratos internacionales entre comerciales. Aclaró además que no es su intención limitar la libertad contractual o la autonomía e la voluntad. Lo que se quiere realizar es trabajar aquellos contratos en donde no existe negociación o no se ha contado con el consentimiento de las partes. Casos que no permiten certeza o previsibilidad. Que se trabaje en un documento que inste a los jueces a controlar que los acuerdos no sean abusivos.

El doctor Eric P. Rudge agradeció las explicaciones de la relatora, junto con precisar que se trata de una cuestión casuística que dependerá de las circunstancias de cada caso, en donde las partes que alegan ausencia de consentimiento en un contrato presenten las pruebas respectivas.

El doctor Dante Negro explicó que le corresponde al Comité decidir el camino a seguir, y que la idea de la agenda era para enmarcar el trabajo de la relatora dentro de los principios generales establecidos en la Guía de los contratos internacionales, todo ello con el objeto de respetar una cierta armonización en la materia. A la luz de las diferencias de opinión, propuso celebrar una reunión informal durante los próximos días con quienes han intervenido en esta sesión para determinar el camino a seguir.

* * *

15. Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica Internacional

Durante el 98° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), la doctora Cecilia Fresnedo, recientemente electa miembro del Comité, planteó incluir en la agenda el tema de “nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica Internacional” (documento CJI/doc. 637/21). Recomendó llevar adelante un mapeo sobre la utilización de herramientas tecnológicas en materia de cooperación jurisdiccional internacional con el fin de determinar aquellos espacios que pueden verse beneficiados por el recurso a la tecnología y, por ende actualizar a través del derecho blando instrumentos convencionales del sistema interamericano. Acotó que la primera evaluación permitirá determinar la naturaleza del instrumento que se desea elaborar, principios, guías de buenas prácticas u otro tipo de instrumento por parte del CJI. Ello permitiría además dar respuesta al nuevo mandato de la Asamblea General que solicita al CJI “que promueva y estudie aquellas áreas de la ciencia jurídica que faciliten la cooperación internacional en el sistema interamericano en beneficio de las sociedades del Hemisferio.” Culminó su presentación aludiendo a la necesidad de trabajar en coordinación con los otros foros de codificación, tal como Asociación latinoamericana de derecho internacional privado (Asadip), la Conferencia de La Haya, UNIDROIT, UNCITRAL.

El doctor José Moreno Rodríguez agradeció la explicación de la profesora Fresnedo y coincidió con la iniciativa de coordinar con foros codificadores universales e integrar nuestra región al mundo, potenciando actividades comerciales con reglas claras y previsibles. Sugirió en el tratamiento de este beneficioso tema mantener una estrecha coordinación con la doctora Ruth Correa. También indicó que los Principios de Asadip pueden otorgar interesantes elementos al proyecto propuesto así como los trabajos de la Conferencia de La Haya en derecho internacional privado.

Los doctores Espeche-Gil and Rudge agradecieron a la doctora Fresnedo por sus propuestas, invitando al pleno a incorporarlas en la agenda. El doctor Rudge sugirió la posibilidad de preparar una guía junto con secundar la idea de hacer consultas con órganos codificadores.

El Presidente felicitó a la doctora Fresnedo por su propuesta, y a la luz del interés demostrado, confirmó su inclusión en la agenda de trabajo, quedando ella a cargo de la relatoría.

Durante el 98° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), la relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre, presentó el informe titulado “las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica Internacional” (documento CJI/doc.647/21), el cual busca dar respuesta a un mandato de la Asamblea General que solicitaba al CJI:

“que promueva y estudie aquellas áreas de la ciencia jurídica que faciliten la cooperación internacional en el sistema interamericano en beneficio de las sociedades del Hemisferio”. AG/RES. 2959 (L-O/20), Derecho Internacional, numeral ii. Comité Jurídico Interamericano.

Una revisión de las convenciones interamericanas le permitió observar a la relatora la descripción de mecanismos de cooperación que podrían ser actualizados sirviéndose de los avances tecnológicos, citó al respecto la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (ambas aprobadas en CIDIP-I, Panamá, 1975), la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (ambas aprobadas en CIDIP-II, Montevideo, 1979). Aludió también al marco del Mercosur. Constató al respecto que en todos ellos se trata de instrumentos que no especifican mecanismos tecnológicos que existen de nuestros días.

Para llevar adelante su tarea, la relatora remitió un cuestionario a especialistas en el tema que son miembros de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), cuenta tenida el marco de cooperación establecido entre el CJI y dicha asociación. Se recibieron respuestas de especialistas de siete países: Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, México, Uruguay, y Venezuela.

El cuestionario está compuesto de nueve preguntas organizadas en tres grupos (la legislación, la práctica por parte de la jurisprudencia y de las autoridades centrales, así como la doctrina), permitiendo conseguir, entre otras, las siguientes respuestas:

- En materia de legislación nacional autónoma, algunos países admiten el uso de tecnologías de la comunicación y de la información en ciertas normas internas.
- Por su parte, la práctica de la jurisprudencia de los Estados de los expertos que respondieron al cuestionario permitió constatar el uso de diversas fórmulas: firmas digitales y electrónicas, formularios electrónicos, uso de plataforma electrónica, asistencia de video conferencia.
- En relación a los efectos de las comunicaciones y notificaciones se constató que en varios países se utilizan correos electrónicos personales y no necesariamente institucionales.
- Entre los Estados Parte a la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias de 1975 que alude a “prácticas favorables” se pudo observar que no todos hacen uso de prácticas favorables o aplican los principios TRANSJUS.
- En lo que respecta a la doctrina, la relatora pudo observar los siguientes elementos:

- las nuevas tecnologías chocan con los modelos tradicionales de cooperación.
- los tratados existentes son anteriores al desarrollo de las tecnologías.
- aún queda un largo camino por recorrer en el uso de tecnologías.
- los instrumentos de cooperación existentes pueden ser bastante efectivos cuando hacen uso de recursos tecnológicos.
- el uso de las tecnologías de la información ha contribuido a facilitar y agilizar la comunicación entre las autoridades estatales.
- la Conferencia de La Haya ha facilitado la cooperación por medio de la creación de bases de datos, como INCADAT.
- las plataformas gubernamentales para el intercambio de información entre autoridades centrales, como iSupport.
- la comunicación directa entre jueces facilita y agiliza flujo de información
- el uso de las tecnologías ha dejado de ser una opción para convertirse en una necesidad.

Acto seguido, la relatora propuso la elaboración de una “Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional internacional para las Américas” la cual pretende coadyuvar a la comprensión de la aplicación de las convenciones por parte de los operadores del derecho, tales como jueces, abogados y profesores. Para ello se buscará identificar mecanismos que permitan “priorizar la celeridad procesal sin desmedro de la seguridad, y la efectividad de los derechos sustanciales”, sin modificar o sustituir los textos vigentes, en esta etapa. Entre las conclusiones de su análisis, propuso las siguientes ideas:

- Las nuevas tecnologías se vienen utilizando en la cooperación jurisdiccional internacional desde antes de la pandemia. Sin embargo, a partir de ésta, se ha disparado su utilización.
- La tecnología en la cooperación seguirá estando y creciendo.
- Existen situaciones dispares en los distintos países, debido a la variante disponibilidad de tecnologías necesarias, y los distintos grados de avance normativo.

Siguiendo la metodología de su relatoría sobre los Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil, la doctora Fresnedo propuso los siguientes pasos para llevar adelante su propuesta:

- Obtener la opinión de los miembros del Comité.
- Recabar las respuestas de los especialistas que no han respondido al cuestionario (se les dio un nuevo plazo hasta fin de año).
- Investigar las normas, jurisprudencia y doctrina de aquellos países sobre los cuales no se ha recibido información.
- Analizar en profundidad las normas, la práctica y la doctrina de aquellos países que han respondido.
- Analizar los instrumentos convencionales vigentes en la región, las normas autónomas y los instrumentos de *soft law*.
- Elaborar un primer borrador de Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional internacional para las Américas.

El doctor José Moreno Rodríguez agradeció el trabajo de la doctora Fresnedo, y le consultó si habría alguna interacción con UNCITRAL, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya.

La relatora del tema explicó que el diálogo con otras organizaciones es fundamental.

El doctor George Galindo agradeció el trabajo que será muy importante para el continente. Sugirió a la relatora a tener en cuenta las diferencias de acceso a las tecnologías, no solamente entre los Estados pero también al interior de los mismos. Al respeto, la relatora se comprometió a incluir

en su informe el tema de la disparidad de realidades sociales, económicas y jurídicas. En este sentido, sus propuestas y recomendaciones de implementación tendrán una índole progresiva, en función de las posibilidades y disponibilidad de las herramientas tecnológicas e incluirán además una recomendación en que no se trabaje el uso de la tecnología de aquellos países están más avanzados.

* * *

16. Marco jurídico interamericano para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores

Documento

CJI/doc. 651/21 rev.2: Marco jurídico interamericano para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de Covid-19 y de sus efectos posteriores: propuesta del comité jurídico interamericano

* * *

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), el Presidente consultó si había algún interés por parte de los miembros de ocuparse del mandato de la Asamblea General relativo al marco jurídico de la Pandemia COVID-19 y sus efectos, establecido por medio de la resolución sobre Derecho Internacional que alude al Comité Jurídico Interamericano. Constató además que existen limitantes de tiempo pues se requiere que las consideraciones sean presentadas previo a la sesión ordinaria de la Asamblea General que tendrá lugar el presente año.

9. Solicitar al CJI que examine el marco jurídico interamericano cuya aplicación podría, además de las legislaciones nacionales, fortalecer la resiliencia social y económica de nuestros países en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores, a fin de poder contar con sus consideraciones idealmente antes del quincuagésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General en 2021.

No habiendo manifestaciones de interés por parte de los miembros de hacerse cargo de la solicitud planteada por la Asamblea General de la OEA, el Presidente ofreció asumir de dicha relatoría.

Durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el relator del tema, doctor Luis García-Corrochano Moyano, presentó el informe titulado “Marco jurídico interamericano para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores”, (documento CJI/doc.651/21), el cual responde a un mandato de la Asamblea General de la OEA.

Observó que la elaboración de este informe ha presentado desafíos puesto que muchos elementos exceden de lo jurídico, además de constatar que esta crisis sanitaria ha tenido efectos en cascadas sobre variados ámbitos de la vida nacional, abarcando aspectos políticos, económicos, financieros y de seguridad. Finalmente, indicó que se trabaja en un tema cuyas consecuencias todavía no pueden medirse por no haber concluido.

Entre las evidencias que ha podido observar, el relator explicó las siguientes:

- La cooperación internacional resulta fundamental;
- No es una crisis que se pueda localizar, es de nivel mundial;
- Los Estados se han visto desbordados;
- No ha habido respuestas concertadas. Muchas medidas han sido cuestionadas por desbordar el marco legal nacional e internacional;
- Ha tenido consecuencias nefastas en la economía mundial;
- Se requiere reconstruir las economías y recuperar los niveles de empleo previos a la pandemia COVID-19.

- Ha provocado un cambio profundo en las relaciones laborales, pasando del trabajo presencial al teletrabajo, del comercio directo al tele-comercio, y de la educación tradicional a la teleeducación. Tomando por sorpresa a los actores en cada uno de dichos sectores y marcando brechas en todos ellos (brechas económicas, sanitarias, educativas y laborales).
- La soberanía nacional prevaleció sobre la cooperación internacional, con una respuesta insuficiente por parte de las organizaciones internacionales.
- Para acceder a las vacunas la cooperación ha contado de mecanismos publico-privado ilustrado por el Fondo de acceso global para vacunas COVID-19, conocido como COVAX (por sus siglas en inglés).

El análisis jurídico le permitió al relator pasar en revista las disposiciones pertinentes de la Carta de la OEA, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Carta Social de las Américas. Asimismo, relevó pronunciamientos específicos que hacen llamados para crear resiliencia frente a futuros embates que se reflejan por medio de resoluciones de la Asamblea General (AG/RES. 2952 y 2956), del Consejo Permanente de la Organización (CP/RES. 1151 (2280/20)) e incluso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que exhorta a un enfoque de derechos humanos en las estrategias de los Estados- resolución del 10 de abril de 2020). Sin embargo, constató no haber una perspectiva o posición a nivel de la Organización.

Si bien dicha normativa concibe aspectos ligados a la cooperación y una búsqueda de soluciones adecuadas para combatir la pandemia, ellos no son suficientes para afrontar el carácter multidimensional de dicho fenómeno, puesto han sido pensados para una situación de normalidad y no de excepcionalidad que permita actuar de una manera más rápida. Por ende, se requiere un documento que avance respuestas en forma “oportuna” y se inserten en el marco de la cooperación y la solidaridad continentales.

En este sentido, el relator propuso el siguiente camino a seguir:

- Teniendo en cuenta que el Comité puede hacer propuestas jurídicas que abarcan a la organización únicamente y no otras entidades del sistema regional, se propone determinar un marco jurídico específico con lineamientos políticos y operativos para orientar la toma de decisiones y acciones concretas que sirvan de marco para futuras situaciones con características similares. El marco jurídico deberá determinar los lineamientos políticos y operativos para tomar decisiones y acciones concretas que sirvan de referente frente a futuras situaciones con características similares.
- Que se lleve esta iniciativa a las Cumbres de las Américas, foro que podría facilitar una acción de todas las instancias competentes, en se busque reconstruir las economías, limitar las brechas educativas y laborales y retomar el desarrollo con asistencia a grupos de la población más vulnerables. Que se incentive un programa regional que permita articular los esfuerzos de los Estados y su necesaria cooperación. Se deberá involucrar a otros organismos regionales.

El doctor George Galindo agradeció el meticuloso informe que es abordado de manera apropiada frente a un tema novedoso en cuestiones que van más allá del derecho. En este sentido, el informe presenta el marco jurídico con normas que se pueden aplicar, y que pueden servir como primera etapa de reflexión. Sugirió presentar este estudio a la Asamblea General y mantenerlo en la agenda del Comité para revisarlo y ponderar los elementos que aparezcan, en función del desarrollo de la pandemia COVID-19.

La doctora Mariana Salazar se sumó a las felicitaciones al informe y su aproximación. Le sugirió al relator agregar las otras dos resoluciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- CIDH (resolución 4/20 y resolución 1/21) para completar el estudio. Apoyó la idea que considerara la cooperación como vía necesaria. Consultó al relator sobre el camino a seguir en función de la iniciativa de someter el documento a la Asamblea General y al proceso de las Cumbres.

El doctor Ramiro Orias solicitó que se incluya una declaración de la Corte de abril de 2020 que refiera al ejercicio de los derechos económicos y sociales. Invitó al relator a abordar el último párrafo de una manera positiva al referirse al actuar de la OEA. La ausencia de un mecanismo solidario en la región con países abriendo o cerrando fronteras, políticas disímiles y competencia en torno a las vacunas demostró la falta de un mecanismo que aporte un abordaje de conjuntos y por ende las Cumbre aparece como el foro más adecuado.

El doctor Eric P. Rudge agradeció las propuestas de incluir los instrumentos adicionales de los organismos de derechos humanos. Consultó al relator si su informe refleja la situación de los derechos de los trabajadores a la luz de los nefastos efectos que ha podido constatar en el Caribe y el tratamiento que le han otorgado a dicho tema ciertos tribunales en Europa.

El Vicepresidente, quien dirigía los debates, le consultó al relator su entender en cuanto al camino a seguir y presentar el documento ante la Asamblea General. Haciendo eco a lo dicho por el doctor Bandeira quien se refirió a las distintas herramientas disponibles en la Organización y citó al respecto las repuestas de suma validez que presenta la Guía de Contratos Internacionales del Comité, ilustrando en particular las relativas a la fuerza mayor e imprevisión, tanto en situaciones comerciales como en contratos de inversiones. Sugirió al relator a mencionar estas opciones que presenta la Guía en el ámbito de las inversiones extranjeras las cuales podrían aportar claridad en materia de derechos humanos o al actuar del poder policial de los Estados.

El relator al momento de agradecer todas las ideas que le fueran presentadas coincidió por lo dicho por los doctores Galindo, Salazar y Orias. Estimó necesario afinar la propuesta del mandato en un tema cuya actualidad no permite conocer los desenlaces por lo que hace difícil obtener conclusiones o enseñanzas. En concordancia con lo aportado por el doctor Orias, el examen realizado le permitió al relator constatar un exceso en las limitaciones de las libertades personales, el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, generándose reacciones transversales nunca antes vistas. Los temas laborales, de libertad personal y de acceso a las vacunas imponen debates de índole ético así como de naturaleza jurídica. En relación al actuar de los Estados, el relator observó una dicotomía entre el individualismo y la solidaridad, constatando que en tiempos de pandemia todos resultaron nacionalistas. Ello trajo consecuencias a nivel de las relaciones económicas y comerciales entre particulares, y no únicamente a nivel de los Estados. A la luz de las propuestas realizadas, el relator se comprometió a hacer una revisión de su informe, y sugirió someter a la Asamblea General un documento de trabajo, en función de lo que para entonces se pueda además haber observado.

Cabe señalar que el doctor Espeche-Gil remitió los siguientes comentarios por escrito: “La opinión jurídica debe tener en cuenta los aspectos humanitarios, sociales, sanitarios y económicos de la pandemia. Por todo ello creo que habrá que considerar las conclusiones del Consejo Económico y Social, de la Organización Interamericana de Salud y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con lo que se tendrá una visión multívoca del problema, con un criterio de defensa común. En todo caso, ante esta triste realidad que afecta a toda nuestra especie, rescato las declaraciones del Papa Francisco enfatizando la primacía del principio de solidaridad. Queda claro, de acuerdo con lo ya manifestado por el Presidente, que nuestro aporte será un documento de trabajo, sin llegar a ser un informe ni una resolución”.

Previo a la culminación de la sesión, el relator del tema, doctor Luis García-Corrochano Moyano presentó una revisión a la versión original de su informe, (documento CJI/doc.651/21 rev.1). En la instancia explicó haber incorporado las sugerencias presentadas, y en particular un párrafo comentando el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que invoca a tomar medidas respetuosas y garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, con especial atención a los grupos más vulnerables (Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de 9 de abril de 2020 “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos). Adicionalmente, anunció haber integrado las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resoluciones 4/2020 y 1/2021. Todo ello le permitió incorporar un párrafo con propuestas provenientes de los órganos de derechos humanos.

El Vicepresidente manifestó su intención de presentar sugerencias sobre la contribución que puede ofrecer en tiempos de pandemia el derecho internacional privado en general y la “Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas”, en particular. Anunció que su relatoría sobre el derecho aplicable a las inversiones incluirá referencias al respecto e invitó al Departamento de Derecho Internacional a reflexionar sobre la posibilidad de elaborar algún documento similar preparado por las secretarías de otros organismos internacionales sobre las posibilidades que ofrece el derecho internacional en tiempos de pandemia.

La propuesta del Comité fue adoptada por el pleno y el relator solicitó a la Secretaría remitirla al Consejo Permanente para la consideración por parte de la Asamblea General.

A continuación, se presenta la propuesta adoptada por el Comité en agosto de 2021:

CJI/doc. 651/21 rev.2

MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO PARA FORTALECER LA RESILIENCIA SOCIAL Y ECONÓMICA EN LA REGIÓN EN EL MARCO DE LA PANDEMIA DE COVID-19 Y DE SUS EFECTOS POSTERIORES: PROPUESTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

1. Introducción

La pandemia de COVID-19, generada en Wuhan (China) hacia la segunda mitad del 2019 llega al continente americano aproximadamente en el mes de marzo de 2020. Se trata de una crisis sanitaria sin precedentes, que para muchos constituye la primera pandemia del mundo globalizado, cuyas consecuencias y efectos aún no se pueden determinar.

Siendo una crisis sanitaria, no económica (1929, 1973), financiera (2008), política (1962), ni de seguridad (2001), es la primera crisis cuyos efectos han repercutido en lo sanitario, político, económico, financiero y de seguridad.

La pandemia del COVID-19 no sólo tiene consecuencias y secuelas aun difíciles de medir, también ha transformado muchos aspectos de las relaciones internacionales, casi tanto como de la vida de las personas. Para hacer frente a esta situación, debemos evaluar si el marco jurídico interamericano cuenta con los instrumentos suficientes que garanticen una adecuada respuesta regional, de cara a sus consecuencias y a los retos que supone para recuperar los niveles previos a la crisis sanitaria, así como fortalecer la resiliencia social y económica de los Estados Americanos.

2. Aspectos de política interna generados por la pandemia

La pandemia del COVID-19 es la crisis mundial más grave del siglo XXI. Es, a su vez, el mayor reto a la globalización y el multilateralismo, por las respuestas que generó y por los efectos que viene produciendo. Ha desnudado graves carencias de diverso tipo en todos los Estados, y como suele suceder con las grandes catástrofes, ha demostrado que ningún Estado puede prescindir de la cooperación internacional para afrontar la pandemia y sus consecuencias.

El efecto más inmediato ha sido la puesta a prueba, y en ocasiones el colapso, de los sistemas sanitarios, abarcando tanto los sistemas de salud pública como los privados. La velocidad de la transmisión (contagio) generó una inusual demanda de fármacos y oxígeno, material sanitario (mascarillas, pruebas moleculares), de camas clínicas y de camas UCI, de personal sanitario, de medios de transporte, de medidas de aislamiento y asistencia de personas contagiadas, y finalmente una alta tasa de mortalidad.

Las medidas de respuesta de los gobiernos frente a la pandemia revelaron claramente que la emergencia sanitaria tomaba a muchos países no sólo por sorpresa, sino carentes de la debida preparación para dar una respuesta rápida y eficiente. Los confinamientos iniciales con el fin de aminorar la velocidad del contagio permitieron, a algunos gobiernos, ganar tiempo para fortalecer sus sistemas de salud, otros,

sin embargo, no acertaron a reaccionar a tiempo y prolongaron las medidas de confinamiento, con severas consecuencias económicas y laborales, especialmente respecto del empleo temporal, las actividades de servicios (particularmente la hostelería y el turismo) y los empleos precarios de la economía sumergida o informal.

Sin embargo, las consecuencias económicas se han dejado sentir en todos los sectores y prácticamente no hay actividad económica que no haya sido afectada por la pandemia, y en muchos casos se ha generado interrupción de la cadena de pagos, con las consecuencias de quiebras empresariales y aumento del desempleo. La gran tarea presente es reconstruir las economías nacionales, recuperar el empleo y evitar que la crisis económica producto de la pandemia vuelva a elevar los umbrales de pobreza en los sectores más vulnerables.

Además de los efectos en el empleo, la pandemia ha traído profundos cambios en las relaciones laborales y las formas de trabajo, y este quizá sea el efecto más perdurable. Muy pocas empresas y trabajadores o profesionales estaban preparados para el trabajo digital o a distancia, sin embargo, la adaptación forzada a esta nueva modalidad laboral ha generado, especialmente en las grandes ciudades (que cuentan con las facilidades de conexión digital estable y de alta velocidad), que la generalización del teletrabajo y la prescindencia de oficinas e instalaciones y el ahorro de movilidad (cada vez más complejo en las grandes ciudades), se presente como la modalidad de trabajo predominante en el futuro próximo.

En el plano internacional la pandemia ha mostrado que los sistemas de integración y organizaciones internacionales no pudieron cumplir un rol preponderante, debido a que los Estados optaron por decisiones unilaterales: estados de excepción, cuarentenas, confinamientos, cierres de fronteras y otras medidas de limitación de la libertad personal (incluso de la protección de datos personales y el derecho a la intimidad); medidas proteccionistas, limitaciones al transporte internacional, así como al ingreso y salida de personas y mercancías; negociaciones y compras individuales de fármacos, material sanitario y vacunas.

Para muchos analistas, la soberanía nacional prevaleció sobre la cooperación internacional. La respuesta de las organizaciones internacionales se percibe tardía e insuficiente, frente a la inmediatez de las acciones estatales. No obstante, sin la cooperación internacional, la gran mayoría de Estados no habrían accedido a las vacunas, incluso, esa cooperación se ha materializado a través de un mecanismo público – privado, el Fondo de acceso global para vacunas COVID-19, conocido como COVAX (por sus siglas en inglés).

Sin duda, los mayores efectos de la pandemia se han sentido también en el campo de la educación, en todos sus niveles. Se hubo de pasar, bruscamente, de la educación presencial a la teleeducación, con todos los inconvenientes y limitaciones que implica un cambio no planificado. La educación escolar a distancia ha podido, en muchos casos, solucionar la situación, pero solo cuando estudiantes, profesores e instituciones educativas contaron con los medios necesarios y suficientes (equipos tecnológicos, capacitación en el uso de herramientas digitales, internet de banda ancha y velocidad adecuada, conectividad óptima, ambientes idóneos para la enseñanza – aprendizaje); pero esa no ha sido la situación de muchos escolares, especialmente en América Latina. Las brechas económicas han repercutido en el acceso a la educación a distancia, especialmente en la instrucción pública en los sectores periurbanos y rurales. La educación superior, con sus particularidades, ha transitado el mismo camino. La importancia de las TICs se ha revelado como fundamental, estudiantes y trabajadores se han visto obligados a una alfabetización digital acelerada para continuar sus estudios o preservar sus empleos.

La pandemia no ha transformado al mundo, pero muchas de las cosas que llegaron con ella (teletrabajo, teleeducación, tele comercio) habrán de permanecer, al menos en amplios sectores, mayoritariamente urbanos. Sin embargo, muchas de las cosas que cambiarán, de manera definitiva o al menos por un tiempo largo, ampliarán las brechas económicas, sanitarias, educativas y laborales. Los Estados deberán dar soluciones a muchas de las situaciones generadas por la pandemia, y en ocasiones no bastará una respuesta nacional; esa circunstancia abre una oportunidad para que actúe la cooperación internacional y se refuerce el multilateralismo regional y la solidaridad continental.

3. El marco jurídico interamericano

El sistema interamericano cuenta con instrumentos jurídicos que han permitido desarrollar una acción regional frente al COVID-19. Desde las disposiciones en favor de la solidaridad continental, la cooperación, y la apuesta por el desarrollo contenidos en los artículos iniciales de la propia Carta de la OEA:

Artículo 1

Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional.

Artículo 2

La Organización de los Estados Americanos, para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, establece los siguientes propósitos esenciales:

- a) Afianzar la paz y la seguridad del Continente; [...]
- e) Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos;
- f) Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural;
- g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio.

Artículo 3

Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: [...]

- f) La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos. [...]
- j) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.
- k) La cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente.

De igual manera, la aspiración al desarrollo integral a través de la solidaridad y la cooperación constituye uno de los pilares del sistema, recogido en varios artículos de la Carta, otorga un marco jurídico a la acción multilateral que permite el despliegue de un esfuerzo conjunto para el logro de los objetivos comunes, sin que ello reste autonomía a la acción de los Estados:

Artículo 30

Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo.

Artículo 31

La cooperación interamericana para el desarrollo integral es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano. Ella debe comprender los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, apoyar el logro de los objetivos nacionales de los Estados miembros y respetar las prioridades que se fije cada país en sus planes de desarrollo, sin ataduras ni condiciones de carácter político.

Artículo 32

La cooperación interamericana para el desarrollo integral debe ser continua y encauzarse preferentemente a través de organismos multilaterales, sin perjuicio de la cooperación bilateral convenida entre Estados miembros.

Los Estados miembros contribuirán a la cooperación interamericana para el desarrollo integral de acuerdo con sus recursos y posibilidades, y de conformidad con sus leyes.

Artículo 34

Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral.

Artículo 37

Los Estados miembros convienen en buscar, colectivamente, solución a los problemas urgentes o graves que pudieren presentarse cuando el desarrollo o estabilidad económicos, de cualquier Estado miembro, se vieren seriamente afectados por situaciones que no pudieren ser resueltas por el esfuerzo de dicho Estado.

Más específicas son las disposiciones del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que recoge de manera detallada el sentido amplio que los Estados americanos dan al derecho a la salud:

Artículo 10

Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

En la línea de los objetivos generales recogidos en la Carta de la OEA, la Carta Social de las Américas pone énfasis en los aspectos relativos al desarrollo, la solidaridad y la cooperación internacional.

CONSIDERANDO que la Carta de la Organización de los Estados Americanos señala que el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educativo, cultural, científico y tecnológico, por medio de los cuales los países procuran alcanzar sus metas de desarrollo;

TENIENDO EN CUENTA que el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales requiere la adopción progresiva de medidas por parte de los Estados Miembros, así como de la acción cooperativa regional e internacional;

REAFIRMANDO el valor de la solidaridad y la cooperación interamericanas para promover el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos de América; y

RECONOCIENDO la necesidad de fortalecer el sistema interamericano con un instrumento que oriente la acción y la cooperación solidaria hacia la promoción del desarrollo integral y la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales, así como la eliminación de la pobreza y la inequidad.

ARTÍCULO 3

Los Estados Miembros, en su determinación y compromiso de combatir los graves problemas de la pobreza, la exclusión social y la inequidad y de enfrentar las causas que los generan y sus consecuencias, tienen la responsabilidad de crear las condiciones favorables para alcanzar el desarrollo con justicia social para sus pueblos y contribuir así a fortalecer la gobernabilidad democrática.

Los Estados Miembros fortalecerán y promoverán las políticas y los programas dirigidos al logro de sociedades que ofrezcan a todas las personas oportunidades para beneficiarse del desarrollo sostenible con equidad e inclusión social.

ARTÍCULO 17

Los Estados Miembros reafirman que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin discriminación y reconocen que la salud es una condición fundamental para la inclusión y cohesión social, el desarrollo integral y el crecimiento económico con equidad. En este contexto, los Estados Miembros reafirman su responsabilidad y compromiso de mejorar la disponibilidad, el acceso y la calidad de los servicios de atención de la salud. Los Estados Miembros están comprometidos con estos esfuerzos nacionales en materia de salud de acuerdo con los principios promovidos por la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017: los derechos humanos, la universalidad, la integralidad, la accesibilidad e inclusión, la solidaridad panamericana, la equidad en salud y la participación social.

Los Estados Miembros afirman su compromiso de promover formas de vida sana y de fortalecer su capacidad para prevenir, detectar y responder a enfermedades crónicas no contagiosas, enfermedades infecciosas actuales y emergentes y a los problemas de salud relacionados con el medio ambiente. Los Estados Miembros también se comprometen a promover el bienestar de sus pueblos mediante estrategias de prevención y atención y, en asociación con organizaciones públicas o privadas, a mejorar el acceso a la atención de la salud.

ARTÍCULO 20

Los Estados Miembros reconocen que el agua es fundamental para la vida y básica para el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad ambiental y que el acceso no discriminatorio de la población al agua potable y a los servicios de saneamiento, en el marco de las legislaciones y políticas nacionales, contribuye al objetivo de combatir la pobreza.

Los Estados Miembros, con base en sus realidades nacionales, se comprometen a continuar trabajando para garantizar el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento para las presentes y futuras generaciones.

ARTÍCULO 21

La lucha contra la pobreza, la reducción de las inequidades, la promoción de la inclusión social, así como la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales son desafíos fundamentales e interrelacionados que enfrenta el Hemisferio; y la superación de estos desafíos es esencial para alcanzar el desarrollo sostenible.

Los Estados Miembros deberán adoptar y ejecutar, con la participación del sector privado y de las organizaciones de la sociedad civil, estrategias, planes y políticas para enfrentar estos desafíos como parte de sus esfuerzos para el desarrollo y para el beneficio y el goce de todas las personas y generaciones.

ARTÍCULO 22

Los desastres naturales y los provocados por el hombre afectan tanto a las poblaciones como a las economías y al medio ambiente. Reducir la vulnerabilidad de los países frente a estos desastres, con especial atención a las regiones y comunidades más vulnerables, incluidos los segmentos más pobres de las sociedades, es esencial para garantizar el progreso de nuestras naciones y la búsqueda de una mejor calidad de vida.

Los Estados Miembros se comprometen a mejorar la cooperación regional y a fortalecer su capacidad nacional técnica e institucional para la prevención, preparación, respuesta, rehabilitación, resiliencia, reducción de riesgos, mitigación del impacto y evaluación de los desastres. Los Estados Miembros también se comprometen a enfrentar los impactos de la variabilidad climática, incluidos los fenómenos de El Niño y La Niña, y los efectos adversos del cambio climático que representan un aumento de los riesgos para todos los países del Hemisferio, en particular para los países en desarrollo.

En el marco de la pandemia, la Asamblea General se ha pronunciado a través de la Resolución 2952 “Promoción de la respuesta hemisférica al cambio climático en el contexto de la pandemia de COVID19”, aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 20 de octubre de 2020, cuya parte considerativa expresa:

EXPRESANDO su solidaridad con los pueblos y Gobiernos de las Américas que afrontan los efectos de la pandemia de COVID19 en los seres humanos, la sociedad y la economía, visibles concretamente en la pérdida de medios de subsistencia, la pérdida desproporcionada de vidas, el impacto en las poblaciones vulnerables y una pérdida prevista en el PIB superior al 9% en América Latina y el Caribe en su conjunto;

RECONOCIENDO que la recuperación del Hemisferio de los efectos de la pandemia de COVID19 requerirá una mayor cooperación multilateral para satisfacer las necesidades financieras y crear resiliencia ante futuros embates para una recuperación duradera, así como respuestas de política interna que sean incluyentes y que integren una perspectiva de género para impulsar un nuevo crecimiento económico;

RECONOCIENDO TAMBIÉN los desafíos y el tiempo perdido debido a la pandemia de COVID19 en el año 2020, que marca el comienzo de la Década de Acción para cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible; [...]

OBSERVANDO que la inversión pública, incluida la inversión extranjera, en la creación de resiliencia, la adaptación al clima y la mitigación crea nuevas oportunidades de crecimiento para las economías de las Américas, al tiempo que hace que los medios de vida sean más resilientes a futuras perturbaciones;

OBSERVANDO TAMBIÉN el hecho de que cada vez están surgiendo más instrumentos nuevos, como es el caso de los canjes de deuda por clima para complementar instrumentos de deuda contingente, los bonos verdes y azules y las cláusulas sobre desastres naturales en los acuerdos de préstamos multilaterales, en particular para —aunque no limitados a— los pequeños Estados insulares y de zonas costeras bajas de las Américas;

La parte resolutive contiene aspectos directamente relacionados con la generación de una respuesta colectiva frente a la pandemia y una invocación a crear las condiciones que permitan fortalecer la resiliencia social y económica a través de una serie de medidas concretas que coadyuven a lograr soluciones de financiamiento que puedan dar una adecuada respuesta regional a la crisis:

1. **Exhortar a todos los Estados Miembros a que adopten medidas enérgicas e integradas para prevenir y afrontar los efectos negativos de la pandemia de COVID19, impulsar el crecimiento y crear resiliencia en su respuesta económica a la pandemia, haciendo al mismo tiempo que las corrientes de financiación sean coherentes con una vía hacia un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero y resiliente al clima, y respetando los derechos humanos de las personas en situaciones de vulnerabilidad. [...]**

3. Invitar a los Estados Miembros a que —según lo consideren apropiado y en consulta con la Secretaría General— establezcan contacto con observadores permanentes, y solicitar a la Secretaría General que establezca contacto con donantes con la finalidad de fomentar y promover la financiación para, entre otras cosas, la creación de capacidades, la promoción del desarrollo tecnológico y la transferencia voluntaria en condiciones mutuamente acordadas, teniendo en cuenta las necesidades expresadas por los Estados Miembros, a fin de ayudar a esos Estados a cumplir sus objetivos ambientales, explorar el potencial de los enfoques por ecosistemas y las soluciones basadas en la naturaleza para hacer frente al cambio climático, así como apoyar sus respuestas de política interna para impulsar el crecimiento económico.

4. Solicitar a la Secretaría General que utilice sus buenos oficios para abogar por soluciones de financiamiento nuevas y aceleradas y un mejor acceso a los mecanismos de apoyo técnico y financiero existentes, cuando corresponda, con la finalidad de impulsar la respuesta hemisférica a las crisis generadas por la pandemia de COVID-19 y el cambio climático.

La Asamblea General, en la misma fecha, 20 de octubre de 2020, aprobó en sesión plenaria la Resolución 2956 “**Los desafíos para la seguridad alimentaria y nutricional en las Américas frente a la pandemia de Covid-19 en el marco del Plan de Acción de Guatemala 2019**”:

PROFUNDAMENTE PREOCUPADA por el impacto socioeconómico de la pandemia de COVID-19 que atenta contra la seguridad alimentaria y nutricional de los países de las Américas, incluso su impacto desproporcionado sobre la salud de las mujeres y las niñas y su acceso a la atención sanitaria, la educación, los servicios públicos básicos y los servicios sociales y financieros, lo que está profundizando las desigualdades ya existentes, así como la pobreza, la pobreza extrema, la malnutrición y el hambre, particularmente entre los más vulnerables;

CONSIDERANDO que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe estima que en la región un número aún mayor de personas caerá en la pobreza, que el número de afectados por la COVID-19 aumentará y que podría ascender el número de las personas que viven en la pobreza extrema, lo que provocaría un retroceso en los avances logrados en la última década en materia de crecimiento económico y desarrollo sostenible, en la lucha contra la inseguridad alimentaria y la desigualdad, en acceso a educación y salud, entre otros ámbitos. También, consciente de que el Informe Mundial sobre las Crisis Alimentarias 2020 estima que la inseguridad alimentaria aguda y la crisis alimentaria han afectado a más de 18,5 millones de personas en las Américas, y consciente también de que el Programa Mundial de Alimentos alertó que debido a los efectos de la pandemia de COVID-19 y las medidas de contención, el número de personas que sufren de inseguridad alimentaria a nivel mundial podría duplicarse si no se toma acción;

RECONOCIENDO que la región ha sido caracterizada como la más desigual del mundo, donde la incidencia de la pobreza y la pobreza extrema es mayor entre mujeres, adultos mayores, jóvenes y niños, así como entre todas las personas que viven en situaciones de vulnerabilidad y en comunidades marginadas, tanto rurales como urbanas, cuya situación de vulnerabilidad se exacerba como consecuencia de la pandemia de COVID-19 y sus efectos multidimensionales y sin precedentes, incluida la grave disrupción de las sociedades, las economías, el mercado laboral, el comercio a nivel mundial, la educación y su impacto devastador en los medios de vida de las personas y su bienestar; [...]

TENIENDO EN CUENTA los respectivos compromisos asumidos por los Estados Miembros en los instrumentos internacionales e interamericanos relevantes de que sean parte, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Carta Social de las Américas y su Plan de Acción y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, así como los mecanismos y otras instancias existentes en el sistema interamericano, como el Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales Previstos en el Protocolo de San Salvador y la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que a través de la elaboración de indicadores de progreso, informes y otras actividades aportan herramientas a los Estados Miembros en el camino hacia la seguridad alimentaria y nutricional; [...]

RECONOCIENDO que en el contexto de la pandemia de COVID-19, la adopción de medidas de protección social es esencial para enfrentar el doble desafío de mitigar el impacto económico inmediato de la pandemia y reconstruir los medios de vida de las poblaciones, especialmente de los más vulnerables y que mediante alianzas público-privadas y el sector privado, entre otros, se podría llevar alivio a gran cantidad de personas, cuya seguridad alimentaria y nutricional se encuentra en riesgo; [...]

CONSIDERANDO las iniciativas regionales y subregionales recientes que abordan los problemas de seguridad alimentaria y nutricional, de desarrollo incluyente y los relacionados con la atención de la pandemia de COVID-19, para el fortalecimiento de la resiliencia de la seguridad alimentaria y nutricional, a través de mecanismos de protección social; el funcionamiento ininterrumpido de la cadena de valor, la producción y el acceso a los alimentos por parte de la población a través del comercio internacional transparente, de acuerdo a las normas de la Organización Mundial del Comercio y la promoción de sistemas agroalimentarios sostenibles dentro de la región, que satisfagan las necesidades de la población, protejan el ambiente y respeten los hábitos y culturas alimentarias del Hemisferio; [...]

RECONOCIENDO los esfuerzos que los Estados Miembros han realizado hasta la fecha para hacer frente a la emergencia generada por la COVID-19 y para atender las necesidades más apremiantes de alimentación y de seguridad alimentaria y nutricional de las poblaciones en situación de vulnerabilidad; y convencida de que la pandemia de COVID-19 ofrece a los Estados Miembros, la sociedad civil, el sector privado, el sector académico y otros actores sociales la oportunidad de colaborar en políticas, planes y programas de asistencia y de protección social, en la erradicación del hambre y la desnutrición crónica, para preparar mejor a nuestras sociedades para enfrentar futuras crisis y alcanzar los objetivos planteados en esta resolución;

RESUELVE:

1. Solicitar a la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SADyE) que, en colaboración con la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI) y haciendo uso de la Red Interamericana de Protección Social, fomente la cooperación en favor del fortalecimiento de las instituciones nacionales de desarrollo social, en colaboración con organizaciones internacionales, expertos en crecimiento, desarrollo y prosperidad, organizaciones de la sociedad civil, el sector privado y el sector académico, encargados del combate a la pobreza, la reducción de la desigualdad con enfoque integral, la ampliación de la protección social y de los programas sociales para la erradicación del hambre y la malnutrición, en la lucha contra la inseguridad alimentaria y nutricional, mediante acciones orientadas al diálogo, desarrollo de capacidades y al intercambio de conocimientos y lecciones aprendidas, así como la asistencia técnica y al seguimiento de los indicadores relacionados con estos temas.

2. Alentar a los Estados Miembros a que participen activamente en los tres grupos de trabajo incluidos en el Plan de Acción de Guatemala 2019 y en las actividades organizadas por la SADyE para la implementación de dicho plan, priorizando en las agendas de los grupos de trabajo los temas sobre seguridad alimentaria y nutricional, la reducción de la pobreza y la desigualdad, entre otros.

3. Alentar a los Estados Miembros a que mantengan abiertas y conectadas las cadenas de valor, a fin de que los mercados internacionales puedan mantenerse en funcionamiento, apoyando el movimiento de productos e insumos agrícolas que juegan un rol clave para evitar la escasez de alimentos y así alcanzar la seguridad alimentaria y nutricional a nivel mundial, y a que las medidas de emergencia relacionadas con la agricultura y los productos agroalimentarios, diseñadas para enfrentar la pandemia de COVID-19, sean específicas, proporcionadas, transparentes y temporales y no creen barreras innecesarias al comercio o interrumpan las cadenas de suministro para la agricultura y los productos agroalimentarios. Resolvemos limitar toda medida restrictiva injustificada sobre los productos agrícolas o el suministro de alimentos.

4. Invitar a los Estados Miembros, observadores permanentes y otros donantes a que contribuyan al Fondo para la implementación del Plan de Acción de Guatemala 2019, en la medida de sus capacidades, con el objetivo de asegurar recursos al más corto plazo para la financiación de actividades de cooperación y asistencia técnica en apoyo a los esfuerzos de los Estados Miembros, para dar respuesta a las serias consecuencias del hambre y la malnutrición en las Américas, ahora agravadas por la pandemia de COVID-19.

El Consejo Permanente también ha manifestado su preocupación frente a la situación generada por la pandemia, a través de a CP/RES. 1151 (2280/20) Respuesta de la OEA a la pandemia de COVID-19, Aprobada por el Consejo Permanente en la sesión extraordinaria virtual celebrada el 16 de abril de 2020.

[...] **DESTACANDO que la solidaridad hemisférica y la cooperación conjuntas y coordinadas pueden ayudar a ralentizar y prevenir la propagación de la COVID-19 y contribuir a una respuesta regional y a los esfuerzos de recuperación;**

RECONOCIENDO que las personas en situación de mayor vulnerabilidad y en especial, de pobreza y pobreza extrema están entre los más afectados por la pandemia, y la importancia de considerar la adopción de enfoques diferenciados para todas las poblaciones en situación de vulnerabilidad y riesgo, y la necesidad de abordar el aumento de la violencia de género y otras formas de violencia doméstica;

DESTACANDO que una respuesta integral a la pandemia depende del acceso a los conocimientos necesarios, de acceso libre o suficientemente asequible para todas las sociedades afectadas y de la disponibilidad y accesibilidad, la aceptabilidad y asequibilidad de los productos sanitarios de calidad garantizada será importante para hacer frente a la pandemia;

RECONOCIENDO los esfuerzos por facilitar las condiciones crediticias favorables, aliviar los problemas fiscales y conceder a los Estados Miembros la capacidad financiera necesaria para hacer frente a la pandemia y garantizar los recursos para la reactivación económica, teniendo en cuenta las realidades de los países de renta media y los pequeños Estados insulares en desarrollo;

RECONOCIENDO la labor y las iniciativas de los Estados Miembros y de las organizaciones regionales y subregionales para hacer frente a los retos colectivos y multidimensionales de esta pandemia, incluyendo sus consecuencias económicas y financieras y para la seguridad alimentaria; la necesidad de una mejor coordinación de los esfuerzos técnicos y de cooperación para robustecer el intercambio de información relevante, así como el acceso a medicamentos, tratamientos, vacunas y equipo y los conocimientos científicos y técnicos necesarios; y para encontrar mecanismos que permitan la disponibilidad de recursos para abordar los retos sin precedentes que se avecinan; [...]

AFIRMANDO el papel de la Organización de los Estados Americanos y otros órganos y agencias del sistema interamericano en la asistencia a los Estados Miembros en sus esfuerzos por responder y recuperarse de la pandemia de COVID-19, y subrayando la necesidad de reforzar la resiliencia tras la crisis, así como reconociendo el papel de la Organización Panamericana de la Salud;

TOMANDO NOTA del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de la pandemia, incluyendo su resolución 1/2020, “Pandemia y derechos humanos en las Américas”;

TOMANDO NOTA de la Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las Américas;

RECORDANDO que el espíritu de cooperación pronta y efectiva con el fin de mejorar las condiciones sanitarias en las Américas ha estado presente desde el inicio del sistema interamericano y que históricamente se ha reconocido la importancia de proporcionar todos los medios y asistencia para el estudio e investigación de enfermedades epidémicas en el Hemisferio; y

DESTACANDO que las circunstancias extremas de la pandemia requieren que todas las Américas fortalezcan su cooperación, en un espíritu de solidaridad y apoyo mutuo,

RESUELVE:

1. Unirse en una respuesta hemisférica a la crisis sin precedentes de COVID-19, impulsada por el liderazgo democrático, la cooperación y la solidaridad entre los Estados Miembros y las entidades interamericanas para mitigar los efectos adversos y acelerar la recuperación.

2. Fortalecer la cooperación y la solidaridad hemisféricas para contener, mitigar y derrotar la pandemia y sus consecuencias, incluido el intercambio de información, conocimientos científicos, lecciones aprendidas y mejores prácticas, prestando atención a los impactos diferenciales en todos los grupos en situación de vulnerabilidad y en riesgo, mejorando el cuidado y los servicios sanitarios.

3. Subrayar la necesidad de priorizar la prevención y respuesta a la violencia de género en todas las acciones relacionadas al COVID-19.

4. Reiterar el imperativo de que los Estados Miembros defiendan los principios democráticos, garanticen el pleno respeto de los derechos humanos y la transparencia y prevengan toda forma de discriminación, incluyendo el racismo y la xenofobia, en su respuesta a la crisis.

5. Acoger los esfuerzos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y otros órganos internacionales y regionales pertinentes para desplegar los recursos disponibles y estudiar las medidas adicionales necesarias para responder a la crisis, facilitar la acción regional y reforzar la resiliencia económica en medio de la pandemia de COVID-19 y después de ella.

6. Solicitar a la Secretaría General de la OEA que continúe trabajando con todos los actores relevantes para movilizar una respuesta hemisférica adecuada a la pandemia, en coordinación con otras organizaciones pertinentes del sistema interamericano y a nivel subregional, a fin de mejorar la cooperación entre los Estados Miembros, evitando al mismo tiempo la duplicación de esfuerzos y asegurando la plena participación de las mujeres en todos los niveles.

7. Solicitar asimismo a la Secretaría General de la OEA que continúe involucrando a las instituciones multilaterales pertinentes bajo el Grupo de Trabajo Conjunto de Cumbres para promover respuestas interinstitucionales coordinadas y apoyar los esfuerzos nacionales de los Estados Miembros para abordar los efectos económicos, sanitarios y de seguridad de la pandemia de COVID-19.

Igualmente relevante dentro del sistema regional resulta el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de 9 de abril de 2020 “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos.” La Corte advierte la necesidad de adecuar las medidas tomadas por los estados a los estándares de protección de los Derechos Humanos, así como a los criterios de necesidad y proporcionalidad. En ese sentido, el alto tribunal insta a los Estados a garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, con especial atención a los grupos más vulnerables; a prevenir la violencia de género, así como respetar los derechos laborales, garantizar el acceso a la justicia y combatir toda forma de discriminación.

Finalmente, cabe señalar la Resolución 1/2020 “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, adoptado por la Comisión Interamericano de Derechos Humanos el 10 de abril de 2020. Un documento del mayor interés que en su parte resolutive recomienda a los gobiernos de los Estados miembros a conciliar las medidas tomadas en el contexto de la pandemia con el respeto a los estándares de protección de los Derechos Humanos.

2. Adoptar de manera inmediata e interseccional el enfoque de derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen. Estas deben estar apegadas al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos, en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversalidad, particularmente de los DESCA (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales).

Dentro de esa línea, la CIDH tuvo dos pronunciamientos posteriores, la Resolución 4/2020 “Derechos Humanos de las personas con COVID-19” adoptada el 27 de julio de 2020, y la Resolución 1/2021 “Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos” adoptada el 6 de abril de 2021. La primera llamando a los Estados a garantizar los

derechos de las personas con COVID-19, garantizando su derecho a recibir atención médica, la adopción de medidas razonables sobre cuarentenas o aislamientos, y al consentimiento previo e informado de cualquier tratamiento; a que se tomen medidas sin ningún tipo de discriminación, y se protejan de manera efectiva los derechos de las personas con COVID-19. La segunda subraya la necesidad de que los Estados garanticen el acceso universal y equitativo a las vacunas, especialmente a los grupos vulnerables, el fortalecimiento de la infraestructura y los canales de distribución en su territorio, y la priorización de los grupos de mayor riesgo. Asimismo, los receptores deben poder expresar su consentimiento previo, libre e informado, y el Estado garantizar la protección de los datos personales.

En este recuento de las disposiciones de los principales instrumentos del sistema interamericano se puede apreciar que existe un marco normativo general que ha permitido ciertos niveles de cooperación, y un decidido involucramiento de la OEA en la generación de soluciones adecuadas para combatir la pandemia y sus nocivos efectos. Sin embargo, excepción hecha de las resoluciones específicas antes citadas, queda en evidencia que los instrumentos convencionales en vigor han resultado claramente insuficientes para afrontar el reto multidimensional que ha significado la pandemia.

Concebidos para abordar diversas situaciones en un contexto de normalidad política, económica y social, referidos a aspectos puntuales de la protección de los derechos humanos y la cooperación interamericana (derecho a la salud, derecho a la alimentación), no contienen, sin embargo, normas adecuadas y pertinentes para afrontar la situación de la pandemia. Esto torna urgente considerar la elaboración de un instrumento que permita dar una respuesta regional a la situación y a futuras y probables situaciones venideras. Dado que la opinión general de los expertos es que estamos enfrentado la primera pandemia de alcance auténticamente universal, y urge contar con un marco normativo que permita una respuesta oportuna en el marco de la cooperación y la solidaridad continentales.

4. **Propuestas para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores**

Verificado el marco legal interamericano, se hace evidente la necesidad de contar con instrumentos pensados y diseñados para la acción conjunta y la cooperación en situaciones de pandemia. Más allá de declaraciones, se requiere un programa regional capaz de articular los esfuerzos de los Estados.

La OEA es una organización política de cooperación, pero no un foro económico ni una entidad financiera. Sin embargo, a través de un instrumento adecuado se puede establecer estándares políticos que permitan dar un contenido a la cooperación regional e involucren a otros organismos regionales en el esfuerzo conjunto de abordar las consecuencias de la pandemia en sus aspectos sanitarios, financieros y de asistencia alimentaria, especialmente para proveer ayuda a los grupos y colectivos más vulnerables. En la línea de lo advertido por los organismos de protección de los derechos humanos, se deben garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, sin distinción, con especial atención a los grupos de mayor riesgo, las mujeres, niñas y niños, así como de las trabajadoras y trabajadores, especialmente en lo relativo al acceso libre e informado a las vacunas. De la misma manera, las acciones que se promuevan deben tener en cuenta los estándares de respeto y protección de los derechos humanos, tal como ha sido advertido por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos.

Es posible establecer un marco jurídico general y específico para establecer los lineamientos políticos y operativos que permitan la toma de decisiones y de acciones concretas que se puedan realizar a través de los mecanismos existentes, de manera que la acción conjunta de la OEA y los Estados miembros se dirija a la resolución de los problemas surgidos de situaciones originadas por la actual pandemia, y que permita abordar futuras situaciones de similares características.

Si bien la OEA no puede tomar decisiones por otros organismos americanos, puede llevar esta iniciativa a la Cumbre de las Américas, que sería el foro más pertinente para proponer que la cooperación regional se canalice a través de instrumentos jurídicos que faciliten la acción conjunta de todas las entidades americanas que pueden colaborar en el esfuerzo de superar las consecuencias de la pandemia y reconstruir las economías, impulsar la producción y el trabajo, cerrar las brechas educativas y laborales y permitir que la región retome el camino de desarrollo, en cumplimiento de los objetivos comunes de la OEA y de los demás organismos americanos de cooperación.

* * *

17. **La inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático**

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el doctor Dante Negro informó que este tema, al igual que el anterior, hacía parte de un grupo de temas propuestos por la delegación de México y que implicaba la celebración de una sesión de reflexión en la CAJP que contó con la participación de algunos miembros del Comité y académicos con amplios conocimientos en las materias bajo estudio. La sesión de reflexión sobre este tema fue celebrada de manera virtual el 30 de abril de 2021, en concordancia con la resolución, AG/RES. 2959 (L-O/20) Derecho Internacional, sección i; Programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional establece:

8.- Encomendar a la CAJP que, previo al quincuagésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebre una sesión para reflexionar colectivamente sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático y encomendar al Departamento de Derecho Internacional que elabore posteriormente un informe de sus principales resultados para ofrecerlos al CJI.

Comentó además que todos los Estados miembros fueron invitados a dicho evento y que el Departamento de Derecho Internacional tuvo por mandato la elaboración del informe que ha sido transmitido para la consideración del Comité, (documento DDI/doc.8/21rev.1).

El Presidente constató que fue una sesión más breve que la anterior, y contó con la presencia de los doctores Iñigo Salvador (ex miembro del Comité y relator en la materia) y George Galindo, entre otros. Puntualizó que el tema de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas es algo que codifica una costumbre internacional a partir del 1815 y que el derecho de asilo se vincula a la inviolabilidad, además de constatar un consenso entre los Estados que participaron. En su explicación reconoció la utilidad del trabajo del doctor Salvador durante su paso por el Comité.

Por su parte, el doctor George Bandeira percibió un consenso sobre la existencia y reconocimiento de la figura del asilo en las Américas como una costumbre regional y sobre el carácter de la no excepcionalidad de la inviolabilidad de las misiones diplomáticas (reconocido, incluso en la doctrina y la práctica estatal). Cuando se viola una regla de dicha naturaleza, los Estados protestan. Notó además que la Convención de Viena es casi universal, habiendo sido ratificada por casi todos los Estados. En su visión, el producto del Comité debería reflejar dicho consenso entre los Estados americanos y no americanos. De hecho, explicó que este es un tema de gran interés y que en el 2023 tendrá el privilegio de presentar una clase en la Academia de La Haya sobre el asilo diplomático. En este contexto, manifestó su disposición para participar como relator del tema, para lo cual recibió el apoyo del pleno.

El Presidente agradeció al doctor George Galindo Bandeira por asumir la relatoría del tema, y este último puntualizó que su relatoría sería algo diferente a lo emprendido por el doctor Iñigo Salvador, puesto que se enmarcaría en la relación de la institución del asilo y la inviolabilidad de las sedes diplomáticas.

* * *

18. **La excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano**

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2021), el Presidente dio a conocer dos nuevos mandatos impuestos por la Asamblea General al Comité que siguen la misma metodología e implicaban la celebración de sesiones de reflexión que habían tenido lugar en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos.

En el primer caso, la sesión de reflexión tuvo lugar de forma virtual el 22 de abril de 2021, en concordancia con la resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2959 (L-O/20) Derecho Internacional, sección i: Programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional.

“7.- Encomendar a la CAJP que, previo al quincuagésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebre una sesión para reflexionar colectivamente sobre

la excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano y encomendar al Departamento de Derecho Internacional que elabore posteriormente un informe de sus principales resultados para ofrecerlos al CJI.”

El Presidente comentó además que al final de la sesión, el Departamento de Derecho Internacional elaboró un informe que ha sido enviado al CJI, documento DDI/doc. 7/21.

El doctor Eric P. Rudge solicitó al DDI realizar un resumen del contenido del informe. Al respecto, el doctor Negro constató las diferentes posiciones y puntos de vistas de las posiciones que fueran presentadas en su momento. Por temor a dejar por fuera elementos que fueron propuestos por los Estados, el doctor Negro dio a conocer los antecedentes que dieron lugar al desarrollo de estos temas. Explicó que tanto este tópico como el que será objeto de análisis en el siguiente punto corresponde a temas que conforman tradicionalmente la agenda de la Organización, y que la delegación de México con el apoyo de varias otras delegaciones había considerado pertinente traerlos a colación por medio de un mandato de la Asamblea General, debido a la importancia que han adquirido recientemente.

Al finalizar su presentación sugirió a los miembros estudiar cada uno de los informes cuenta tenida la abundancia de opiniones que fueran sometidas en cada sesión, junto con la necesidad de identificar a un relator para que el Comité le pueda dar el seguimiento que requiere cada mandato.

El Presidente se refirió a los antecedentes histórico-jurídicos de la prohibición del uso de la fuerza, subrayando cómo el pacto Brian-Kellog se consagra en la Carta de la ONU, instrumento que proscribe el uso de la fuerza, salvo excepción. Confirmó que la reflexión colectiva sobre el uso de la fuerza dio lugar a una discusión sobre la compatibilidad del TIAR en el marco de la ONU. Concordó con el doctor Negro sobre la variedad de puntos de vistas presentados por los Estados al final de la sesión de reflexión de la CAJP.

El doctor Galindo por su parte realzó la existencia de un consenso entre los Estados en relación al carácter excepcional del uso de la fuerza, la necesidad del respeto de los mecanismos de la ONU y la complementariedad del TIAR con la Carta de la ONU.

La doctora Mariana Salazar agradeció la elaboración de estos informes al DDI, y las intervenciones de quienes le han precedido. Consultó si se requiere un relator para cada uno de los temas y en el caso del uso de la fuerza cual sería su contenido.

Al respecto, el Presidente explicó que se deberá elegir a un relator en cada tema, y el doctor Negro complementó que los límites de dicho mandato sean determinados por el Comité. Aclaró además que en cada sesión hubo expertos que manifestaron puntos de vistas académicos, frente a posiciones de los Estados que dieron a conocer posiciones de índole política. En este sentido, se espera que el Comité se pronuncie sobre cada tema.

La doctora Salazar propuso elaborar un informe que contenga elementos jurídicos en que se reafirme el carácter excepcional, sin necesariamente consultar a los Estados.

El doctor Galindo explicó que en ambas sesiones hubo importantes consensos, incluso entre los Estados. En su entender, el Comité podría pronunciarse por medio de una resolución o declaración en ambos casos. El presidente sugirió analizar los elementos centrales y concluir con la postura regional y universal sobre la base de la excepcionalidad del uso de la fuerza. El doctor Eric P. Rudge constató que el documento otorga una visión amplia sobre cada uno de los temas, pero no aparecen referencias a la opinión de los Estados del Caribe.

El Presidente constató que cada sesión contó con el *quorum* reglamentario de la CAJP, y fue presidida por el Embajador de República Dominicana.

El doctor Negro explicó que la ausencia de intervenciones de representantes del Caribe se explica porque ellos no intervinieron o no estuvieron presentes en el seno de una Comisión en la que participan

todos los Estados miembros.

El Presidente consultó si habría alguna persona que estaría interesada en llevar adelante la relatoría en este tema.

Al respecto la doctora Mariana Salazar consultó si lo que se busca es emitir un pronunciamiento por parte del Comité, que podría ser realizado por medio de una resolución o declaración. O si es algo que amerita un estudio más complejo y si se encomendó el establecimiento de una relatoría.

El Presidente explicó que el estudio de cada tema implicaría la designación de un relator(a) con el fin de otorgarles a ambos mandatos un tratamiento similar.

El doctor Galindo sugirió designar a dos personas que estudien este tema, y se decida en la próxima sesión el camino a seguir.

La doctora Salazar manifestó su temor de politizar el tema, además de ofrecerse a trabajar junto a otra persona. Estimó que lo conversado y presentado en la sesión es abundante y por ende se podría trabajar a partir de ello y presentar algo al final de esta sesión.

El Presidente apoyando lo dicho por la doctora Salazar clarificó que el Comité debería manifestarse en el ámbito estrictamente jurídico.

El doctor Eric P. Rudge secundó la propuesta de la doctora Salazar de indicar la posición del Comité por medio de una resolución.

El doctor Galindo instó a no pronunciarse todavía en relación al segundo tema, puesto que requiere mayor reflexión, independientemente que el resultado será un reflejo del consenso de la reunión. Por ende, que dicho tema sea presentado en la próxima sesión y que entonces se decida del formato más adecuado.

La doctora Salazar aclaró que su propuesta se limita al primer tema.

El doctor Arrighi explicó que el tema relativo al uso de la fuerza es sistemáticamente objeto de renovados debates, aludió al respecto el trabajo del *Institut de Droit International* bajo la relatoría del doctor Vinuesa y a pronunciamientos anteriores del CJI. Aclaró que es un tema que recientemente se ha dado en la OEA en discusiones en torno al TIAR. Por lo tanto, consideró que sería muy pertinente una reflexión actualizada del Comité a la luz de los desarrollos recientes.

La doctora Salazar consultó al doctor Arrighi sobre la fórmula del pronunciamiento que debería realizar el Comité en la materia.

Al respecto, el doctor Arrighi explicó que la intención de la Asamblea General es contar con un marco que involucre nuevas modalidades respecto a la aplicación de sanciones, tales como por ejemplo si las medidas coercitivas son modalidades incluidas en el uso de la fuerza o si ciertas legislaciones tienen efecto extraterritorial. No se debería precipitar una respuesta que no aporte nada a la situación por parte del órgano consultivo de la OEA una organización política. Estudiar las manifestaciones recientes de los Estados frente a los nuevos matices y debates en el sistema interamericano y universal (bloqueos, medidas coercitivas, responsabilidad de proteger, injerencia humanitaria, relación con tratados regionales- TIAR y Carta de la OEA-, etc.). En fin, reflexionar cómo el Comité puede hacer nuevos aportes.

El doctor Espeche Gil agradeció al doctor Arrighi sobre la necesidad de dar una respuesta categórica, aunque no sea urgente. Constató que el tema de la legítima de defensa de nuestros días presenta desafíos enormes frente a la dificultad para identificar al agresor.

Previo a la culminación de la sesión, el doctor Luis García-Corrochano Moyano se ofreció para actuar como relator del tema.

* * *

TEMAS TERMINADOS

1. Protección de datos personales

Documentos

CJI/RES. 266 (XCVIII/21) Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales, con Anotaciones

CJI/doc. 638/21 Informe del Comité Jurídico Interamericano. Principios Actualizados del Comité Jurídico Interamericano sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales, con Anotaciones

* * *

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 cautioned 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 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 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). Previno 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 96º 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 abarcan 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, realzando 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 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 preminencia 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 correlatoría 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.

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), la relatora del tema, doctora Mariana Salazar presentó el informe titulado “La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales: tercer informe” (documento CJI/doc. 628/21).

Al inicio de su presentación, la relatora hizo un recordatorio de las acciones emprendidas hasta el presente, cuyo mandato actual proviene de la Asamblea General por medio de una resolución que solicitó en junio de 2018 “la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos”, en función de un pedido que le hiciera el propio Comité.

Para dar respuesta al mandato, la relatora ha sugerido servirse de los “*Principios sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, con Anotaciones*” (en adelante, los “Principios Anotados”) adoptados en el año 2015 por el Comité, y evidentemente incluir los desarrollos normativos internacionales que se han registrado desde entonces, tales como: (i) la entrada en vigor, el 1 de enero de 2020, de la Ley de Privacidad del Consumidor en California (“CCPA, por sus siglas en inglés); (ii) el inicio de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR, por sus siglas en inglés) en todos los Estados Miembros de la Unión Europea, del 25 de mayo de 2018; (iii) la apertura a firma del 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”¹⁶⁷), del 10 de octubre de 2018; (iv) la aprobación de los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos, por la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD)¹⁶⁸, del 20 de junio de 2017; y (v) la aprobación de la actualización del Marco de Privacidad de APEC por los ministros de APEC¹⁶⁹, de noviembre de 2016.

En seguimiento a la ruta de acción propuesta, la relatora expuso los esfuerzos realizados para conseguir las observaciones de los Estados miembros de la OEA, cuya última iniciativa data de agosto de 2020, momento en que remitió a los Estados una versión actualizada de los principios solicitando obtener información de las autoridades encargadas de la protección de datos personales en sus respectivos países, (documento CJI/doc.616/20 rev.1 corr.1). Se recibieron respuestas de los siguientes Estados: Argentina,

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

168 https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf

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

Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Uruguay. Adicionalmente, hubo comentarios de la Comisión de Comercio de EUA – FTC, y de las siguientes instituciones: la Red Iberoamericana de Protección de Datos, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). Todos los cuales se han incorporado al informe presentado en esta sesión.

La propuesta contiene trece principios que se espera sirvan de guía legislativa a los Estados: 1) finalidades legítimas y lealtad; 2) transparencia y consentimiento; 3) pertinencia y necesidad; 4) tratamiento y conservación limitados; 5) confidencialidad; 6) seguridad de los datos; 7) exactitud de los datos; 8) acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad; 9) datos personales sensibles; 10) responsabilidad; 11) flujo transfronterizo de datos y responsabilidad; 12) excepciones; y, 13) autoridades de protección de datos.

Al finalizar su presentación la relatora del tema, doctora Mariana Salazar, agradeció al doctor Jaime Moreno Valle del DDI por su apoyo en el trabajo realizado. Acto seguido solicitó al CJI revisar esta nueva propuesta y adoptar los principios para su remisión a la Asamblea General con miras a la adopción de los principios sin las anotaciones.

La doctora Ruth Correa felicitó a la relatora por el informe, que por lo demás integra las observaciones que ella había realizado en el pasado, y presentó la moción de adoptarlo.

El doctor José Moreno Rodríguez agradeció el trabajo de la relatora, considerándolo como un aporte muy útil. Anunció haber hecho consultas con autoridades nacionales que le permitieron someter observaciones y comentarios a la relatora, y todas sus consultas le fueron contestadas. También solicitó proceder a la adopción del documento.

El doctor George Galindo felicitó a la relatora por su propuesta y presentó algunas observaciones que buscan aclarar la propuesta y no necesariamente modificar la guía. En relación al principio 11, consultó sobre la pertinencia del carácter “irrestringido” en un contexto de cooperación internacional. Respecto al comentario sobre el concepto de privacidad de la página 11, sugirió hacer referencia al interés público, al mismo tiempo que se aluda a la colisión de derechos fundamentales. En la página 18, sobre el tema del consentimiento, se debería imponer a la autoridad una fundamentación sólida respecto de toda situación que impida la transferencia de datos. En la página 19 también aparece otro elemento que requiere una ponderación sobre la necesaria motivación. En lo relativo al derecho a retirar su consentimiento, implicaría un cambio de redacción. En la página 22, se deberían incluir obligaciones de derecho internacional y no únicamente legales (tal como por ejemplo la inviolabilidad de los datos y archivos diplomáticos – protección *erga omnes*). Una obligación legal, en Brasil es un término limitado a la ley, al derecho interno. En la página 31, bajo la rúbrica del derecho a la cancelación se debería incluir una referencia a la existencia de este derecho (en los lugares donde existe tal derecho). En la página 37, respecto de la sugerencia del CICR que condiciona el criterio a la medida de lo posible, se debería ponderar el alcance de la ley para autorizar dicha acción. Ello también se debería aplicar al párrafo de la cooperación internacional entre autoridades en la página 41. Culminó agradeciendo a la relatora por su propuesta de un tema que está suficientemente maduro para ser adoptado.

El doctor Stephen Larson felicitó a la relatora, doctora Mariana Salazar por la calidad del trabajo presentado. Advirtió que este tema impone tener en cuenta un balance entre intereses variados. Presentó tres consultas aclarando que al ser su primera participación, no deseaba bloquear los avances alcanzados ni tampoco traer a colación preguntas o comentarios que pudiesen haber sido abordados o resueltos. En primer lugar, se refirió a la necesidad de actualizar los principios, dentro de un período de tiempo que tal vez no ha permitido a los Estados interesados implementar los principios del instrumento original. Adicionalmente, consultó si se trata de iniciar discusiones o integrar directamente en la legislación nacional. En segundo lugar, manifestó su preocupación con el régimen de adecuación en materia de transferencia de datos transfronteriza (*adecuacy regime*), en particular cuando se alude a la ubicación de los datos. Finalmente, solicitó instar a levantar las barreras y fomentar mecanismos de certificación flexibles y que permitan resultados consistentes.

La relatora agradeció los comentarios recibidos de los miembros. En lo relativo a los comentarios escritos del doctor José Moreno Rodríguez, informó que las referencias a instituciones particulares fueron incluidas. Confirmó además que en principio, todos los comentarios del doctor Galindo pueden ser incorporados. Explicó que al ser este un documento que propone sugerencias por medio de un lenguaje homogéneo, los tiempos verbales deben reflejarlo a lo largo del texto. En este sentido, propuso incorporar los comentarios y adiciones y presentar una versión enmendada el viernes para su revisión final. En relación a la consulta del doctor Larson sobre la pertinencia del trabajo, explicó que el Comité está tratando de dar respuesta a un mandato de la Asamblea General de un texto que retoma el trabajo del doctor David Stewart, en un tema en el que ha habido avances importantes que requieren una actualización. La propuesta tiene la flexibilidad para evitar imponer a los Estados, incluso incorporando divergencias y acuerdos que fueran presentados por la agencia que trabaja en el tema en Estados Unidos, el FTC. La relatora se comprometió a hacer cambios al *chapeau*, y organizar consultas con los doctores Galindo y Larson en lo que respecta al flujo de los datos para su mejor comprensión. El doctor Erick P. Rudge se comprometió a enviar por escrito sus comentarios a la doctora Salazar debido a las dificultades que tuvo en su momento para intervenir.

Previo a la culminación de la sesión, la relatora del tema doctora Mariana Salazar presentó un nuevo documento que incorpora comentarios y refleja las modificaciones realizadas. La doctora Salazar explicó que en el anexo se han reordenado por orden cronológico los instrumentos de índole internacional y aclaró haber recibido apoyos de los doctores Galindo y Larson a las enmiendas incorporadas. Por su parte, el doctor José Moreno le reiteró las felicitaciones y agradeció haber introducido sus sugerencias. De igual manera, el doctor Rudge manifestó su apoyo a la propuesta final.

El Presidente precisó que el título debería referir al CJI y no a la OEA, y presentó ante el pleno la propuesta de resolución sobre los Principios actualizados sobre la privacidad y protección de datos personales, con anotaciones, que fuera trabajada por la relatora, doctora Mariana Salazar Albornóz, junto al Departamento de Derecho Internacional. Constató que no había comentarios adicionales, por lo tanto, la resolución fue aprobada por unanimidad por el pleno del Comité

A continuación, se presenta la resolución y los “Principios Actualizados del Comité Jurídico Interamericano sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, con anotaciones”, adoptados por el Comité Jurídico Interamericano, en abril de 2021:

CJI/RES. 266 (XCVIII-O/21)

PRINCIPIOS ACTUALIZADOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, CON ANOTACIONES

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO EN CUENTA:

Que la Asamblea General de la OEA, mediante resolución AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18) “Derecho Internacional”, en el punto i sobre “Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano”, solicitó a este órgano que inicie la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos; y que mediante resolución AG/RES. 2930 (XLIX-O/19) “Derecho Internacional” solicitó al CJI continuar con dicha labor;

Que el CJI, a fin de dar cumplimiento a este mandato, procedió a la actualización de los “Principios sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, con Anotaciones” adoptados en el año 2015 por el CJI como guía legislativa para los Estados miembros de la OEA, con base en los desarrollos normativos internacionales ocurridos desde 2015 y a la fecha;

Que además de realizar una revisión exhaustiva y minuciosa de los Principios Anotados a la luz de los avances más recientes a nivel internacional, la relatoría del tema llevó a cabo un proceso de consultas entre agosto de 2020 y febrero de 2021, abierto a todos los Estados miembros y algunas entidades internacionales con el fin de incorporar estos valiosos insumos en su revisión, a fin de producir un documento que refleje las distintas aproximaciones que sobre el tema coexisten en la región;

RESUELVE:

1. Aprobar los “Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales, con Anotaciones” (documento CJI/doc. 638/21) anexos a la presente resolución.

2. Agradecer a la relatora del tema, doctora Mariana Salazar Albornoz, por la labor realizada, incluyendo la presentación de la versión final del documento referido en el numeral 1 anterior, la cual recoge además los comentarios y sugerencias realizadas por los demás miembros del Comité Jurídico Interamericano durante este 98º período de sesiones.

3. Transmitir la presente resolución y los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales contenidos en la sección I del documento anexo, sin sus correspondientes anotaciones, a la Asamblea General para su debido conocimiento, y recomendar su aprobación por parte de este órgano.

4. Solicitar al Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, que le dé a estos Principios la mayor difusión entre los diversos actores interesados.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 9 de abril de 2021, por los siguientes miembros: doctores Mariana Salazar Albornoz, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ramiro Gastón Orias Arredondo, José Antonio Moreno Rodríguez, Cecília Fresnedo de Aguirre, Ruth Stella Correa Palacio, Stephen G. Larson, Eric P. Rudge, Luis García-Corrochano Moyano, Miguel Angel Espeche Gil y Milenko Bertrand-Galindo Arriagada.

* * *

CJI/doc.638/21

INFORME DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (CJI)

PRINCIPIOS ACTUALIZADOS DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, CON ANOTACIONES

I. LOS PRINCIPIOS

PRINCIPIO UNO

Finalidades Legítimas y Lealtad

Los datos personales deberían ser recopilados solamente para finalidades legítimas y por medios leales y legítimos.

PRINCIPIO DOS

Transparencia y Consentimiento

Antes o en el momento en que se recopilen, se deberían especificar la identidad y datos de contacto del responsable de los datos, las finalidades específicas para las cuales se tratarán los datos personales, el fundamento jurídico que legitima su tratamiento, los destinatarios o categorías de destinatarios a los cuales los datos personales les serán comunicados, así como la información a ser transmitida y los derechos del titular en relación con los datos personales a ser recopilados. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento, los datos personales solamente deberían ser recopilados con el consentimiento previo, inequívoco, libre e informado de la persona a que se refieran.

PRINCIPIO TRES

Pertinencia y Necesidad

Los datos personales deberían ser únicamente los que resulten adecuados, pertinentes, y limitados al mínimo necesario para las finalidades específicas de su recopilación y tratamiento ulterior.

PRINCIPIO CUATRO

Tratamiento y Conservación Limitados

Los datos personales deberían ser tratados y conservados solamente de manera legítima no incompatible con las finalidades para las cuales se recopilaron. Su conservación no debería exceder del tiempo necesario para cumplir dichas finalidades y de conformidad con la legislación nacional correspondiente.

PRINCIPIO CINCO

Confidencialidad

Los datos personales no deberían divulgarse, ponerse a disposición de terceros, ni emplearse para otras finalidades que no sean aquellas para las cuales se recopilaron, excepto con el consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley.

PRINCIPIO SEIS

Seguridad de los Datos

La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales deberían ser protegidas mediante salvaguardias de seguridad técnicas, administrativas u organizacionales razonables y adecuadas contra tratamientos no autorizados o ilegítimos, incluyendo el acceso, pérdida, destrucción, daños o divulgación, aún cuando éstos ocurran de manera accidental. Dichas salvaguardias deberían ser objeto de auditoría y actualización permanente.

PRINCIPIO SIETE

Exactitud de los Datos

Los datos personales deberían mantenerse exactos, completos y actualizados hasta donde sea necesario para las finalidades de su tratamiento, de tal manera que no se altere su veracidad.

PRINCIPIO OCHO

Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición y Portabilidad

Se debería disponer de métodos razonables, ágiles, sencillos y eficaces 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 tratamiento 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 y estar en conformidad con los estándares internacionales aplicables.

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. Las categorías de estos datos y el alcance de su protección deberían indicarse claramente en la legislación y normativas nacionales. Los responsables de los datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad reforzadas que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los titulares de los datos.

PRINCIPIO DIEZ

Responsabilidad

Los responsables y encargados del tratamiento de datos deberían adoptar e implementar medidas técnicas y organizacionales que sean apropiadas y efectivas para asegurar y poder demostrar que el tratamiento se realiza en conformidad con estos Principios. Dichas medidas deberían ser auditadas y actualizadas periódicamente. El responsable o encargado del tratamiento 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

Reconociendo su valor para el desarrollo económico y social, los Estados Miembros deberían cooperar entre sí para facilitar el flujo transfronterizo de datos personales a otros Estados cuando éstos confieran un nivel adecuado de protección de los datos de conformidad con estos Principios. Asimismo, los Estados Miembros deberían cooperar en la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los responsables y encargados del tratamiento de datos que operen en más de una jurisdicción, o los transmitan a una jurisdicción distinta de la suya, puedan garantizar y ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos Principios.

PRINCIPIO DOCE

Excepciones

Cualquier excepción a alguno de estos Principios debería estar prevista de manera expresa y específica en la legislación nacional, ser puesta en conocimiento del público y limitarse únicamente a 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, o el interés público.

PRINCIPIO TRECE

Autoridades de Protección de Datos

Los Estados Miembros deberían establecer órganos de supervisión independientes, dotados de recursos suficientes, 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. Los Estados Miembros deberían promover la cooperación entre tales órganos.

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 2015 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 en lo que respecta a la información 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 proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación ilícitos o innecesarios de Datos Personales.

La siguiente explicación detallada de los Principios tiene por objeto proporcionar una guía para orientar la reflexión al interior de cada Estado Miembro de la OEA sobre el estado que guarda su normativa en la materia, así como, en su caso, los esfuerzos de fortalecimiento de la misma.

Cada Estado Miembro debería determinar cuál es la mejor manera de tomar en cuenta 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 las finalidades legítimas para su Tratamiento 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 tanto a los sectores público como privado, es decir, tanto a los Datos Personales generados, recopilados o administrados por entidades públicas como a los Datos recopilados y tratados por entidades privadas¹⁷⁰. Se aplican a los Datos Personales que se encuentren en cualquier soporte físico o digital.

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 seudonimizados o sujetos a un proceso de Anonimización de tal forma que el Titular no pueda ser identificado o reidentificado (*cf.* definición de ‘Anonimización’, *infra*).

¹⁷⁰ 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).

Los Principios están relacionados entre sí y deberían interpretarse en conjunto, con una perspectiva transversal de género y de derechos humanos que identifique los impactos diferenciados del Tratamiento de Datos y los haga visibles para que tanto los Responsables como los Encargados de los Datos Personales puedan tomar las medidas necesarias para mitigar estas disparidades e impedir que el Tratamiento menoscabe la dignidad y la privacidad de las personas que enfrentan situaciones de especial vulnerabilidad.

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, reconocidos por 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) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) (1994). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado el derecho a la privacidad¹⁷¹.

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 Personales (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, y la protección de la privacidad, la identidad, la dignidad y la reputación.

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 con la tutela de otros derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión y el acceso a la información pública o con el interés público.

El concepto del libre flujo de información

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 de la OEA; 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 (Anexo 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 la región de las Américas, el acceso a la información pública y de manera especial el acceso a la digitalidad se ha caracterizado por la desigualdad y una brecha digital ampliamente documentada, entre otros en virtud de género. 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.

¹⁷¹ “[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.

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.

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.

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 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. La frase no abarca la información que no identifica a una persona en particular (o no puede usarse de manera razonable para identificarla).

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 Responsable 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.

A efectos de estos Principios, solo la gente (personas físicas en lo individual o agrupadas en una persona jurídica) tiene intereses en materia de privacidad, a diferencia de los dispositivos, las computadoras o los sistemas mediante los cuales interaccionan. 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 derechos e intereses legítimos en materia de privacidad que deberían reconocerse y protegerse efectivamente en la legislación nacional.

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, información sobre cuentas bancarias, documentos oficiales, información recopilada de niños y niñas o geolocalización personal. En ciertas circunstancias podría considerarse que estos datos merecen 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.

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.

Encargado de los Datos. Tal como se usa en estos Principios, el término “encargado de los datos” se refiere a la persona física o jurídica, entidad privada o autoridad pública, ajena a la organización del Responsable de los Datos, que presta sus servicios para llevar a cabo el Tratamiento de Datos Personales.

Responsable de los Datos. Tal como se usan en estos Principios, el término “Responsable de los Datos” se refiere a 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 Tratamiento y la protección de los Datos Personales en cuestión. Tales personas determinan el contenido, las finalidades y el uso de los Datos Personales.

Titular de los Datos. Tal como se utiliza en estos Principios, este término se refiere a la persona cuyos Datos Personales se recopilan, procesan, almacenan, utilizan o difunden.

Tratamiento de Datos. En estos Principios, el término “Tratamiento de Datos” se usa en un sentido amplio y abarca toda operación o conjunto de operaciones realizado con Datos Personales, incluyendo, de manera enunciativa más no limitativa, la recopilación, acceso, organización, adaptación, indexación, aprovechamiento, registro, almacenamiento, alteración, recuperación, divulgación o transferencia.

Principios Actualizados Anotados

PRINCIPIO UNO: FINALIDADES LEGÍTIMAS Y LEALTAD

Los datos personales deberían ser recopilados solamente para finalidades legítimas y por medios leales y legítimos

Este Principio abarca dos elementos: 1) las “finalidades legítimas” para las cuales se recopilan inicialmente los datos personales y 2) los “medios leales y legítimos” 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 legitimidad y lealtad desde el comienzo, cuando se recopilan inicialmente los Datos. Desde luego, estos Principios se aplican y deberían respetarse en todas las etapas del Tratamiento (a saber, 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 y se respeten si se recalcan y se respetan desde el comienzo.

Finalidades Legítimas

El requisito de legitimidad en las finalidades para las cuales se tratan 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 las finalidades legítimas del Tratamiento de Datos Personales.

Como regla general, éstos podrían incluir casos en los que: (a) el Titular de los Datos otorgue su consentimiento expreso para el Tratamiento de sus Datos Personales para una o varias finalidades específicas; (b) el Tratamiento 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 Tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al Responsable de datos; (d) el Tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del Titular o de otra persona; (e) el Tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en ejercicio de poderes públicos conferidos al Responsable de Datos; (f) el Tratamiento sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el Responsable de Datos; (g) el Tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una orden judicial, resolución o mandato fundado y motivado de autoridad pública competente; y (h) el Tratamiento sea necesario para el reconocimiento o defensa de los derechos del Titular ante una autoridad pública.

El requisito de legitimidad abarca el concepto de legalidad y excluye el Tratamiento arbitrario y caprichoso 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 el requisito de legitimidad si el recopilador o Encargado de los Datos informa al Titular 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 las finalidades para las cuales se recopilan los datos, a fin de que la persona pueda entender cómo se recopilarán, usarán o divulgarán los datos.

Medios leales y legítimos

El Principio Uno también requiere que los medios que se empleen para recopilar Datos Personales sean “leales y legítimos”. Los Datos Personales se recopilan por medios leales y legítimos cuando la recopilación es compatible tanto con los requisitos legales aplicables como con las expectativas razonables de las personas basadas en su relación con el Responsable 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 inducirles a dar el número de su tarjeta de crédito, información sobre cuentas bancarias u otros tipos de información personal sensible.

La “lealtad” 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 sus Datos Personales a los Responsables de los 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 Encargado 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 Responsables 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 “lealtad” separado del tema del engaño, con el fin de evitar Tratamientos de Datos Personales que den lugar a una discriminación injusta o arbitraria contra los titulares.

PRINCIPIO DOS: TRANSPARENCIA Y CONSENTIMIENTO

Antes o en el momento en que se recopilen, se deberían especificar la identidad y datos de contacto del responsable de los datos, las finalidades específicas para los cuales se tratarán los datos personales, el fundamento jurídico que legitima su tratamiento, los destinatarios o categorías de destinatarios a los cuales los datos personales les serán comunicados, así como la información a ser transmitida 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 previo, libre, inequívoco e informado de la persona a que se refieran.

Este Principio también se centra en la recopilación de Datos Personales como primera etapa de su Tratamiento. 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 tratados, las finalidades para las cuales se traten los Datos Personales, así como los destinatarios o categorías de destinatarios a quienes se divulgarán los Datos Personales y los derechos del Titular de los Datos Personales en relación con los Datos a ser tratados, generalmente a más tardar en el momento en el cual se inicie la recopilación; y (ii) cuando el Tratamiento se base en el consentimiento, se recopilen Datos Personales solo con el consentimiento claro de la persona a la que se refieran.

Transparencia

Antes o al momento de recopilarse los Datos Personales, deberían especificarse claramente: i) la identidad y datos de contacto del Responsable; ii) las finalidades del Tratamiento; iii) el fundamento jurídico de su Tratamiento; iv) los destinatarios o categorías de destinatarios a los cuales los Datos Personales serán comunicados; v) la información a serles transmitida, vi) la existencia, forma y mecanismos o procedimientos a través de los cuales los Titulares de Datos Personales podrán ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad.

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 al tratamiento de sus datos no puede ser válido.

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.

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 las finalidades previstas. Por lo tanto, el consentimiento de la persona debería basarse en suficiente información y debería 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 Tratamiento y toda divulgación que pueda efectuarse. La persona debería ser capaz de efectuar una elección real y 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 Responsable de los 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.

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 Tratamiento legítimos.

El intercambio y la retransmisión de Datos entre los Responsables de los datos, plantean algunas cuestiones difíciles. 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 Responsables o Encargados de Datos. Se debería informar a las personas sobre esos intercambios adicionales y ofrecerles oportunidades apropiadas para que den su consentimiento.

Contexto

El requisito del consentimiento debería interpretarse de manera razonable en el entorno tecnológico en rápida evolución en el cual se tratan 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 Tratamiento y la divulgación de Datos satisfagan intereses legítimos. El consentimiento implícito podría ser apropiado cuando los Datos en cuestión no sean Datos Personales Sensibles y cuando se proporciona información razonable sobre las finalidades 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 a partir de interacciones anteriores con Responsables 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 Responsables de los Datos.

Como se ha señalado anteriormente, en unos pocos casos podría autorizarse la recopilación de algunos Datos Personales sin consentimiento cuando el responsable cuente con fundamentos legales alternativos, establecidos en el derecho interno o en el derecho internacional. En esos casos, la parte que procure recopilar y tratar los Datos debería demostrar que tiene una necesidad clara de hacerlo para proteger 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.

En algunas situaciones, particularmente en el contexto de la acción humanitaria, obtener el consentimiento puede ser muy difícil y, por ende, puede ser necesario y legítimo recurrir a otro fundamento jurídico, como el interés público o los intereses vitales del Titular de datos. La posibilidad de basarse en motivos de interés público es particularmente relevante para organizaciones humanitarias que, debido a la naturaleza de sus actividades y las situaciones de emergencia en las que generalmente operan, tienen mayores dificultades para obtener consentimiento válido, particularmente el que sea dado de manera informada y libre. Esto puede ser el caso, por ejemplo, cuando el Tratamiento de datos personales es un prerrequisito para recibir asistencia, o cuando se requieran recopilar los datos de una persona desaparecida. En estos casos, las organizaciones humanitarias deberían fundamentar y motivar claramente su recopilación.

La condición de los “intereses legítimos” no se cumplirá si el Tratamiento 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 Tratamiento de Datos de acuerdo con la condición de los intereses legítimos deberían ser justos y legítimos y ceñirse a todos los principios de la protección de Datos.

Los Datos Personales Sensibles solamente deberían procesarse sin el consentimiento explícito de su Titular 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 las finalidades del Tratamiento 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 Tratamiento 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, salvo que la finalidad del Tratamiento subsecuente de los Datos sea distinta a la originalmente aceptada por el Titular.

El Titular debería tener derecho a retirar su consentimiento de manera expresa en cualquier momento, para lo cual el Responsable deberá establecer mecanismos sencillos, ágiles, eficaces y gratuitos. En general, el retiro del consentimiento no afecta la validez del Tratamiento que se hubiere hecho sobre la base del consentimiento antes de su retiro, siempre y cuando dicho retiro no esté motivado por una intención del Titular de evadir alguna responsabilidad contractual o legal, o incurrir en cualquier otra conducta ilegal o fraudulenta.

PRINCIPIO TRES: PERTINENCIA Y NECESIDAD

Los datos personales deberían ser únicamente los que resulten adecuados, pertinentes y limitados al mínimo necesario para las finalidades específicas de su recopilación y tratamiento ulterior.

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 y ulteriormente traten los Datos. Las consideraciones contextuales incluyen qué Datos particulares se recopilan y con qué finalidades.

Pertinencia

El requisito de que los Datos sean “pertinentes” significa que deberían guardar una relación razonable con las finalidades para las 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 finalidades con los cuales no guarden ninguna relación.

Necesidad y proporcionalidad

Por lo general, los Encargados de Datos deberían tratar Datos Personales solamente de una forma acorde con las finalidades expresas de su recopilación; por ejemplo, cuando sean necesarios para proporcionar el servicio o el producto solicitado por la persona. Asimismo, los recopiladores y Encargados 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 la finalidad expresa. 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 finalidad legítima y si los beneficios alegados excederán los costos previstos.

En el contexto del Tratamiento 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 Tratamiento 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 del Tratamiento de Datos está 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: TRATAMIENTO Y CONSERVACIÓN LIMITADOS

Los datos personales deberían ser tratados y conservados solamente de manera legítima no incompatible con las finalidades para las cuales se recopilaron. Su conservación no debería exceder del tiempo necesario para cumplir dichas finalidades, de conformidad con la legislación nacional correspondiente.

En este Principio se enuncian dos premisas fundamentales con respecto al Tratamiento y la conservación de Datos Personales: 1) los Datos deberían ser tratados y conservados solamente de una manera legítima que no sea incompatible con la finalidad para la cual se hayan recopilado (lo cual se denomina a veces el “principio de finalidad” o de “limitación de la finalidad”) y 2) no deberían conservarse más del tiempo necesario para cumplir su finalidad y de conformidad con la legislación nacional correspondiente.

Tratamiento limitado

Con respecto a la primera premisa, los Datos Personales deberían tratarse con finalidades determinadas, específicas, explícitas y legítimas. El Tratamiento y la conservación de Datos Personales deberían ser compatibles con las expectativas razonables de las personas, su relación con el Responsable que recopile los Datos y el aviso o los avisos proporcionados por el Responsable de datos.

No deberían tratarse ni conservarse Datos Personales con finalidades que no sean compatibles con aquellas para las 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 finalidad general en relación con la 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.

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 expendedor 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 Tratamiento o “incompatible” de los Datos del Titular y que no estaría permitido salvo que el Titular diera su consentimiento expreso.

El Tratamiento ulterior de Datos Personales con fines archivísticos, investigación científica e histórica o con fines estadísticos, todos ellos, en favor del interés público, no se consideraría incompatible con las finalidades iniciales. No obstante, dicho tratamiento ulterior seguiría sujeto a este Principio de Tratamiento Limitado y Conservación.

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

Conservación limitada

Los Datos Personales deberían conservarse de forma que se permita la identificación de sus Titulares únicamente durante el tiempo que sea necesario para las finalidades del Tratamiento de los Datos Personales. La realidad de la tecnología moderna exige una limitación general para la conservación de los datos. Como el costo del almacenamiento de datos ha bajado considerablemente,

suele ser menos costoso para los Responsables de Datos almacenarlos indefinidamente en vez de examinarlos y borrar los que no sean necesarios. No obstante, la conservación innecesaria y excesiva de Datos Personales tiene evidentemente implicaciones para la privacidad. Como regla general, por lo tanto, los Responsables deberían disponer de los Datos de manera segura y definitiva a través, por ejemplo, de eliminarlos sus archivos, registros, bases de datos, expedientes o sistemas de información, 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.

Los Datos Personales podrían conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines archivísticos, de investigación científica e histórica o fines estadísticos, todos ellos en fin del interés público y sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas para proteger los derechos y libertades del Titular.

Asimismo, las personas deberían poder optar por dar su consentimiento, ya sea de manera expresa o implícita, para que traten y conserven sus Datos Personales con finalidades adicionales. La legislación interna pertinente podría establecer requisitos legales específicos para la conservación de Datos. Igualmente, un Responsable de Datos podría tener razones legales legítimas para conservarlos durante un período mayor al requerido; esto puede darse, por ejemplo, para cumplir otras obligaciones legales—de derecho nacional o internacional—o contractuales, o bien para proteger los derechos, la seguridad o los bienes de la persona, del Encargado de los Datos o de un tercero. 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 negligencia médica, despido ilegal, etc.

PRINCIPIO CINCO: CONFIDENCIALIDAD

Los datos personales no deberían divulgarse, ponerse a disposición de terceros, ni emplearse para otras finalidades que no sean aquellas para las cuales se recopilaron, excepto con el consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley.

Este Principio deriva del deber básico del Responsable de Datos de mantener la “confidencialidad” de los Datos Personales en un entorno seguro y controlado.

Este deber requeriría que el Responsable 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 consentimiento de la persona afectada, en consonancia con las expectativas razonables de la persona afectada o por mandato de la ley. En este último caso, la ley podría autorizar dicha divulgación para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales y legales, la protección de intereses públicos y privados legítimos. Esta responsabilidad emana de la naturaleza misma de los Datos Personales.

Este deber está directamente correlacionado con aquel contenido en el Principio Seis de proteger 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 esta “autodeterminación en lo que respecta a la información” es el establecimiento y mantenimiento de la confianza entre el Titular de los Datos y el Responsable de datos, especialmente con respecto a la divulgación de Datos Personales a terceros.

La divulgación de Datos Personales a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y a otras agencias gubernamentales, cuando sea realizada de conformidad con la legislación nacional, no contravendría este Principio. La legislación nacional debería autorizarlo 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 al Capítulo IV de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública 2.0, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 2020, conforme a la cual los sujetos obligados deben proteger la información confidencial de las personas y en particular, los Datos Personales cuya divulgación requiera autorización de sus Titulares.

PRINCIPIO SEIS: SEGURIDAD DE LOS DATOS

La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales deberían ser protegidas mediante salvaguardias de seguridad técnicas, administrativas u organizacionales razonables y adecuadas contra tratamientos no autorizados o ilegítimos, incluyendo el acceso, la pérdida, destrucción, daños o divulgación, aún cuando éstos ocurran de manera accidental. Dichas salvaguardias deberían ser objeto de auditoría y actualización permanente.

De acuerdo con este Principio, los Responsables de los Datos deberían establecer y mantener las medidas de carácter administrativo y técnico 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 tratados ni divulgados excepto con el consentimiento de la persona o de otra autoridad legítima, ni sean accidentalmente perdidos, destruidos o dañados¹⁷².

En términos generales, las medidas adoptadas para proteger los Datos Personales deberían ser elegidas tomando en cuenta, entre otros factores: i) la posible afectación a los derechos de los titulares, en particular, el posible valor de los datos para una tercera persona no autorizada para su tratamiento; ii) los costos de su implementación; iii) las finalidades del tratamiento, y iv) la naturaleza de los datos personales tratados, en especial los Datos Sensibles.

La índole de las salvaguardias implementadas podría variar según la sensibilidad de los datos en cuestión. Evidentemente, los Datos Sensibles requieren un nivel más alto de protección, a la luz de riesgos como por ejemplo, la 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 vulneración de la intimidad sexual, o actos de violencia de género digital.

No obstante, en el contexto moderno, es técnicamente imposible garantizar la privacidad absoluta y la protección completa de los Datos Personales, puesto que 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 una valoración razonada e informada y no necesariamente se vulneraría cada vez que un Responsable de Datos experimente un acceso no autorizado, pérdida, destrucción, daño, uso, modificación o divulgación de los Datos Personales en su poder, siempre y cuando las medidas y salvaguardias implementadas hayan sido “razonables y adecuadas”.

La determinación sobre la razonabilidad y adecuación de las salvaguardias debería basarse en métodos y técnicas de seguridad de los Datos consistentes con las buenas prácticas comúnmente aceptadas, al igual que en factores como: i) la evolución constante de las amenazas a la privacidad, especialmente las cibernéticas; ii) los métodos y técnicas más avanzados que estén en uso en el ámbito de la seguridad de los datos, iii) el contexto de la situación general, y iv) la proporcionalidad y necesidad de las medidas tomadas.

Así pues, una práctica que hace solo unos meses era permisible podría considerarse en la actualidad como 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. El reto consiste en proporcionar orientación válida a los Responsables de

¹⁷² Véase, en este sentido, el artículo 15 (“Medidas mínimas de seguridad para documentación con datos personales”) de la Ley Modelo Interamericana sobre Gestión Documental (http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_propuesta_ley_modelo_2.0.pdf).

los 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 ese sentido, las medidas tomadas deberían revisarse, evaluarse, auditarse, actualizarse y mejorarse periódicamente.

La protección de la privacidad implica también permitir que las personas controlen su experiencia “en línea”. Además de tomar medidas de seguridad eficaces, los Responsables 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.

Vulneración de la seguridad de los Datos Personales

La incidencia creciente de intrusiones externas (“vulneración de la seguridad de los Datos Personales”), que consisten en el acceso no autorizado a datos protegidos, suscita preocupaciones relacionadas con la privacidad y tiene incluso implicaciones en el ámbito penal. En estos casos, los Responsables de los Datos deberían notificar a las personas cuyos Datos hayan sido (o puedan haber sido) comprometidos, así como a las autoridades penales o civiles relevantes. muchos países, entre los cuales se cuentan Estados Miembros de la OEA, la notificación es obligatoria por ley en esos casos.

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 vulneración. Las notificaciones también podrían ofrecer incentivos a los Responsables de los Datos para asumir la responsabilidad, examinar las políticas en materia de conservación y retención de Datos y mejorar sus medidas de seguridad.

Al mismo tiempo, las leyes sobre notificación de vulneraciones de la seguridad de los Datos podrían imponer a los Responsables de los Datos la obligación de cooperar con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley 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 autoridades encargadas de hacer cumplir la ley 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 Responsables de los Datos con respecto a la notificación y la confidencialidad.

En los casos en que se imponen sanciones a los Responsables de los 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 “vulneración de la seguridad de los Datos Personales” (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 Responsable de Datos en caso de una divulgación de ese tipo.

PRINCIPIO SIETE: EXACTITUD DE LOS DATOS

Los datos personales deberían mantenerse exactos, completos, y actualizados hasta donde sea necesario para las finalidades de su tratamiento, de tal manera que no se altere su veracidad.

La exactitud y la precisión revisten una importancia vital para la protección de la privacidad. Los Datos inexactos pueden perjudicar tanto al Encargado de Datos como al Titular, pero en una medida que varía mucho según el contexto.

Cuando se recopilan Datos Personales y se les retiene para seguir usándolos (en vez de hacerlo una sola vez o durante periodos cortos), el Responsable 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 sea necesario para las finalidades para las cuales se hayan recopilado y se traten.

A fin de cumplir sus obligaciones con respecto a la exactitud, los responsables de los datos deberían dar a las personas una oportunidad razonable para examinar o corregir la información personal que les hayan suministrado, o para solicitar la supresión de dichos datos. Se podría establecer un plazo razonable para la vigencia de este requisito.

Al tomar medidas para determinar la exactitud de los Datos Personales de un Titular (“calidad de los datos”), el Responsable podría considerar la sensibilidad de los Datos Personales que recopile o mantenga y la probabilidad de que éstos 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 Tratamiento limitado y conservación, los Datos Personales que se traten deberían corresponder al mínimo requerido para lograr las finalidades específicas 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 las finalidades 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 Encargados traten y conserven algunos Datos inexactos o fraudulentos.

PRINCIPIO OCHO: ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN, OPOSICIÓN Y PORTABILIDAD

Se debería disponer de métodos razonables, ágiles, sencillos y eficaces para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados, puedan solicitar el acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como el derecho a oponerse a su tratamiento 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 y estar en conformidad con los estándares internacionales aplicables.

Las personas deberían tener derecho a saber si los Responsables 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 Responsable 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. Las personas deben también tener derecho a cancelar sus Datos Personales, a objetar su Tratamiento, y cuando, sea aplicable, a la portabilidad de sus Datos¹⁷³.

Sus elementos esenciales son: i) 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 ii) la capacidad de 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.

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.

¹⁷³ Véase, en este sentido, Artículo 16 “Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales”, de la Ley Modelo Interamericana de Gestión Documental.

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 Tratamiento 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 Responsable acredite tener motivos legítimos para que el Tratamiento prevalezca sobre los intereses, los derechos y las libertades del Titular; 3) cuando el Tratamiento 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.

Los mecanismos previstos en la legislación nacional deberían incluir medios adecuados para que las personas que cuentan con menor acceso a la digitalidad entre ellas las mujeres, las niñas y los grupos en mayor desventaja o con diferentes ejes de exclusión, puedan acceder a los mismos.

En caso de fallecimiento o desaparición del Titular, la legislación nacional de cada Estado podrá reconocer que las personas físicas que sean sus familiares (hasta un determinado grado de consanguinidad) o representantes legales quienes ejerzan los derechos a que se refieren estos Principios respecto de los Datos 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 Responsable, 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.

Los Responsables y Encargados 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.

El derecho de acceso

El derecho de acceso a los Datos Personales mantenidos por un Responsable de los Datos debería ser sencillo de ejercer. Por ejemplo, los mecanismos de acceso deberían formar parte de las actividades regulares del Responsable de los 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 y de una manera razonable. 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.

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 (cf. sección ‘Derecho a la portabilidad de datos’, *infra*).

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 Responsable 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 autenticuen su identidad por medios razonables. No es necesario que los Responsables 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 Responsables de Datos o que impidan de cualquier otra forma que éstos protejan sus derechos, su seguridad o sus bienes, los 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 el derecho internacional o el derecho interno de cada Estado Miembro podrá considerar 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 Responsable 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 Responsable de los 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 Responsable. El Titular de los Datos tampoco tiene necesariamente derecho a compeler al Responsable de los 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 conservados 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 y, en tal caso, 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 Responsables 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 Tratamiento.

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.

Como se mencionó, la legislación nacional de cada Estado debería establecer, en su caso, la existencia del derecho a la cancelación, los requerimientos, plazos, términos y condiciones en que los Titulares podrán ejercer este derecho, así como las causales de improcedencia a su ejercicio.

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 Tratamiento de sus Datos Personales cuando tenga una razón legítima para ello o cuando el Tratamiento 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 Tratamiento con fines de mercadotecnia directa, sus Datos Personales deberían dejar de ser tratados para dichos fines.

El derecho a la portabilidad de los Datos Personales

El alcance del derecho a la portabilidad de Datos Personales es un tema emergente, que continúa siendo discutido al interior de algunos Estados Miembros, en particular respecto a los Datos que abarca y si debe abordarse de manera general o sectorizada. Un número significativo de Estados Miembros de la OEA coinciden en que, 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 Responsable en un formato electrónico estructurado, de uso común y lectura mecánica, que le permita seguir utilizándolos y transferirlos a otro Responsable sin impedimento, en caso de que lo requiera.

El Titular podrá solicitar que sus Datos Personales se transfieran directamente de Responsable a Responsable, 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 Tratamiento efectuado por el Responsable* 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.

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. Las categorías de estos datos y el alcance de su protección deberían indicarse claramente en la legislación y normativas nacionales. Los responsables de los datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad reforzadas que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los titulares de los datos.

El término “Datos Personales Sensibles” abarca los Datos que se refieren a los aspectos más íntimos de las personas. 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, el honor de la persona afectada y sus libertades fundamentales, y podrían desencadenar una discriminación ilícita o arbitraria contra la persona o causar un riesgo de graves perjuicios para la persona.

Los Estados Miembros deberían indicar claramente en su legislación y normativa nacionales las categorías de Datos Personales que se consideren especialmente “sensibles” y que, por consiguiente, requieran una mayor protección. Existe una variedad de aproximaciones a estas

categorías entre los Estados Miembros de la OEA. Según el contexto cultural, social o político, podría incluir, por ejemplo, los Datos relacionados con su salud personal, vida sexual, orientación sexual, 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, información sobre cuentas bancarias, documentos oficiales, información recopilada de niños y niñas o geolocalización personal.

Asimismo, la legislación y la normativa nacionales deberían establecer las garantías apropiadas, que reflejen las circunstancias imperantes en la jurisdicción pertinente a fin de proteger en medida suficiente los intereses de las personas en materia de privacidad y definir el alcance de la prohibición del Tratamiento de Datos Personales Sensibles y las excepciones a la misma. Como regla general, los Datos Personales Sensibles no deberían ser Tratados excepto, por ejemplo, cuando el Titular haya otorgado consentimiento explícito para ello o cuando el Tratamiento sea estrictamente necesario para el ejercicio y cumplimiento de las atribuciones y obligaciones específicas del Responsable de Datos, o para dar cumplimiento a un mandato legal, o razones de seguridad nacional, seguridad pública, orden público, salud pública, o salvaguarda de derechos y libertades de terceros. A manera de ejemplo, la necesidad de protección contra una amenaza transfronteriza grave a la salud pública, como sería una pandemia, podría quedar comprendida en estos supuestos. Al determinar las obligaciones reglamentarias pertinentes, hay que tener en cuenta el contexto en el cual una persona proporciona esos Datos.

Debe recaer en los Responsables 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 quien controla efectivamente los Datos, se podrá proteger mejor a sus Titulares contra daños considerables en una amplia gama de contextos culturales.

PRINCIPIO DIEZ: RESPONSABILIDAD

Los responsables y encargados del tratamiento de datos deberían adoptar e implementar las medidas técnicas y organizacionales que sean apropiadas y efectivas para asegurar y poder demostrar que el tratamiento se realiza en conformidad con estos Principios. Dichas medidas deberían ser auditadas y actualizadas periódicamente. El responsable o encargado del tratamiento y, en lo aplicable, sus representantes, deberían cooperar, a petición, con las autoridades de protección de datos personales en el ejercicio de sus tareas.

Los sistemas de protección de la privacidad deberían reflejar un equilibrio apropiado entre la reglamentación gubernamental y la implementación ética y efectiva por aquellos que tienen responsabilidad directa por la recopilación, procesamiento, uso, retención y difusión de Datos Personales. 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 Responsables 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 Responsables 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 Responsables de Datos deberían implementar las medidas organizacionales y técnicas necesarias para asegurar y poder demostrar, a petición, que el Tratamiento se realiza de conformidad con estos Principios. Cuando el Tratamiento se realice en nombre de un Responsable, el Responsable debería recurrir solamente a Encargados que garanticen suficientemente la implementación de las medidas técnicas u organizacionales, que permitan que el Tratamiento cumpla con estos Principios y asegure la protección de los derechos del Titular.

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 vulneraciones. La protección de la privacidad depende de una evaluación creíble de los riesgos que el Tratamiento 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 y actualización de las políticas de protección de Datos, así como procedimientos para recibir y responder preguntas y quejas de Titulares. En muchos casos, la designación de un “responsable principal de la información y la privacidad” facilitará la consecución de esta meta.

La adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación, entre otros, pueden usarse como elementos para demostrar cumplimiento con estos Principios. Por lo tanto, las leyes y normas nacionales en materia de privacidad deberían proporcionar una orientación claramente expresada y bien definida a los Responsables de Datos, incluyendo la exigencia de que rindan cuentas del cumplimiento de estos Principios. Además del mecanismo con que cuentan las autoridades gubernamentales para hacer cumplir la normativa, el derecho interno debería proveer a las personas los mecanismos apropiados para responsabilizar a los Responsables de los Datos de las afectaciones 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 Responsables 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.

El concepto de “privacidad por diseño” es una forma de responsabilidad proactiva y se refiere a la etapa previa a la recopilación de los datos, es decir, antes de que inicie su Tratamiento por parte del Responsable o Encargado. En estas primeras etapas es cuando los Responsables o Encargados de los Datos deberían identificar las características y posibles riesgos del Tratamiento al que van a someter los Datos que eventualmente obtengan en función de la tarea que desarrollen, producto que ofrezcan, o servicio que presten.

El diseño del modelo de Tratamiento de Datos asociado con estos productos o servicios debería priorizar la privacidad y la protección de los Datos de los usuarios, de manera consistente con estos Principios y con su legislación nacional, durante todo el tiempo que dure el dicho Tratamiento.

Asimismo, la “privacidad por defecto” está relacionada con el uso proporcional de los Datos personales con la finalidad por la cual se recopilen, conforme a los Principios Tres y Siete. Los Responsables y Encargados de los datos, al igual que los desarrolladores de aplicaciones, sistemas, servicios, plataformas y programas, deberían garantizar que, por el simple hecho de registrarse en su sitio, abrir una cuenta, utilizar su servicio, interactuar con su plataforma o descargar una aplicación, se aplique al usuario la configuración básica de privacidad de manera automática, protegiendo sus Datos Personales conforme requiera la legislación nacional. Las medidas de privacidad por defecto deberían estar completamente implementadas antes de iniciar el Tratamiento de datos personales.

Al implementar tanto la privacidad por diseño como la privacidad por defecto, se debería prestar especial atención a contar con una protección reforzada de los Datos Personales Sensibles que vayan a ser tratados y, en la medida que lo requiera la legislación nacional, documentar los riesgos identificados y las medidas tomadas para eliminar o mitigar dichos riesgos.

Responsabilidad por compartir Datos con terceros

Los Responsables 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 Responsable de Datos diferente trate Datos Personales en representación de la autoridad, 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

Reconociendo su valor para el desarrollo económico y social, los Estados Miembros deberían cooperar entre sí para facilitar el flujo transfronterizo de datos personales a otros Estados cuando éstos confieran un nivel adecuado de protección de los datos de conformidad con estos Principios. Asimismo, los Estados Miembros deberían cooperar en la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los responsables y encargados del tratamiento de datos que operen en más de una jurisdicción, o los transmitan a una jurisdicción distinta de la suya, puedan garantizar y 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, por lo cual es deseable que los Estados Miembros de la OEA consideren reconocer estándares interoperables para transferencias transfronterizas de datos personales.

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 Tratamiento 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 directriz para que cada Estado Miembro de la OEA evalúe sus propios mecanismos de protección de la privacidad de cara al flujo transfronterizo de datos personales.

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 mismos Responsables de Datos 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 Responsables y Encargados 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 Tratamiento. 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 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.

Finalmente, se insta a los Estados Miembros de la OEA a asegurar que la transferencia transfronteriza de Datos Personales entre una organización humanitaria y otra entidad con la finalidad específica de brindar ayuda humanitaria se mantenga libre de restricciones en la medida de lo posible y legalmente permisible. En consecuencia, las legislaciones nacionales deberían tener en cuenta que dichas organizaciones pueden verse en la necesidad de compartir Datos Personales a través de las fronteras para salvaguardar los intereses vitales de los Titulares de los Datos, o para servir al interés público, de conformidad con el mandato de la organización humanitaria.

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 las razones anteriormente expuestas, 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 cooperar para desarrollar marcos regulatorios y estrategias para 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 Responsables 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 Responsables de Datos

Desde luego, se debería exigir que los Responsables de Datos cumplan las obligaciones legales de la jurisdicción donde tengan su domicilio social y donde operen.

Al mismo tiempo, los Responsables 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 Responsables 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 los Datos. 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 un mayor aumento de la capacidad entre las Autoridades Responsables de la Protección de Datos de cada Estado Miembro de la OEA, sobre la base de directrices para asegurar que se cumplan los requisitos básicos de la responsabilización transfronteriza.

PRINCIPIO DOCE: EXCEPCIONES

Cualquier excepción a alguno de estos Principios debería estar prevista de manera expresa y específica en la legislación nacional, ser puesta en conocimiento del público y limitarse únicamente a 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 o el interés público.

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 les difunde con rapidez y se les almacena durante mucho tiempo. La finalidad de estos Principios es garantizar 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 restricciones que deberían limitarse a las necesarias, adecuadas y proporcionales en una sociedad democrática para salvaguardar 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 del orden público, la protección de los derechos y libertades de otros 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 graves 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.

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 respetando los derechos y las libertades

fundamentales de los Titulares. Debería haber límites sensatos en la capacidad de las autoridades nacionales para compeler a los Responsables a dar a conocer Datos Personales, manteniendo un equilibrio entre la necesidad de los Datos en circunstancias limitadas y el debido respeto al derecho de los intereses de las personas en materia de privacidad.

Los Estados Miembros de la OEA deberían abstenerse de solicitar, a través de estas excepciones, Datos personales recopilados por organizaciones humanitarias, cuando el propósito sea utilizarlos con fines no humanitarios, ya que ello podría afectar gravemente a los beneficiarios de los servicios humanitarios en detrimento de su seguridad y de la acción humanitaria en general.

Por medio de leyes o normas públicas, los Estados Miembros deberían indicar claramente esas restricciones y desviaciones respecto de la norma, los casos concretos en que pueda requerirse que los Responsables de Datos divulguen Datos Personales y las razones correspondientes.

Cualquier legislación que tenga como propósito restringir la aplicación de estos Principios debería contener como mínimo, disposiciones relativas a la finalidad del Tratamiento, las categorías de datos personales de que se trate, el alcance de las limitaciones establecidas, las garantías adecuadas para evitar accesos o transferencias ilícitas o desproporcionadas, la determinación del Responsable, los plazos de conservación de los datos personales, los posibles riesgos para los derechos y libertades de los Titulares, y el derecho de los Titulares a ser informados sobre la limitación, salvo que resulte perjudicial o incompatible a los fines de ésta. Las autoridades nacionales deberían poner tales leyes o normas en conocimiento del público a la brevedad posible.

PRINCIPIO TRECE: AUTORIDADES DE PROTECCIÓN DE DATOS

Los Estados Miembros deberían establecer órganos de supervisión independientes, dotados de recursos suficientes, 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. Los Estados Miembros deberían promover la cooperación entre tales órganos.

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 deberá abordar individualmente la naturaleza específica, la estructura, las autoridades y las responsabilidades de estas Autoridades Responsables de la Protección de Datos. La legislación nacional de cada Estado debería dotar a dichas autoridades de la capacidad de cooperar internacionalmente entre sí, así como con las autoridades e instituciones públicas y privadas relevantes –incluyendo las relacionadas al ámbito penal, financiero, del consumidor, entre otras– cuyas labores tengan relación o incidencia con la protección de datos personales.

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 Responsables de Datos y los Encargados 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.

ANEXO A

Parte I. Derecho a la privacidad

Como se indica en el texto, hay disposiciones relativas a la privacidad, la protección del honor personal y la dignidad, la libertad de expresión y de asociación, y el libre flujo de información en los principales sistemas de derechos humanos del mundo.

Por ejemplo, el concepto de privacidad está claramente establecido en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”) (1969)¹⁷⁴.

El artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Véanse también el artículo IX (“Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio”) y el artículo X (“Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”).

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques¹⁷⁵.

Carta de la Unión Europea

Solamente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (adoptada en 2000) se aborda la privacidad específicamente en el contexto de la protección de datos.

El artículo 8 de la Carta dispone lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

¹⁷⁴ Véanse también la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12, 18-20), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17-19), el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 8-10), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1, 7, 8, 10-12) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 5, 8-11 y 28).

¹⁷⁵ Además, el artículo 14 de la Convención Americana (“Derecho de Rectificación o Respuesta”) dispone lo siguiente:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Por consiguiente, en la Carta de la Unión Europea al parecer se hace una distinción entre la protección de datos y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 10), y la libertad de expresión y de información (art. 11). Los expertos siguen debatiendo si existe un derecho independiente a la protección de la información personal o si debería considerarse en cambio como parte de un derecho más general a la privacidad¹⁷⁶.

Parte II. El derecho al libre flujo de información

El artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deberían estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) dispone lo siguiente:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

El artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (titulado “Libertad de expresión”) dispone lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial

¹⁷⁶ Véase, por ejemplo, Orla Lynskey, “Deconstructing Data Protection: The ‘Added-Value’ of a Right to Data Protection in the EU Legal Order”, 63 Int’l & Comp. Law Q. 569 (2014).

o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

En la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, de 2003 (párrs. 24-26) (que se encuentra en: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>) se recalca lo siguiente:

La capacidad universal de acceder y contribuir a la información, las ideas y el conocimiento es un elemento indispensable en una Sociedad de la Información integradora.

Es posible promover el intercambio y el fortalecimiento de los conocimientos mundiales en favor del desarrollo si se eliminan los obstáculos que impiden un acceso equitativo a la información para actividades económicas, sociales, políticas, sanitarias, culturales, educativas y científicas, y si se facilita el acceso a la información que está en el dominio público, lo que incluye el diseño universal y la utilización de tecnologías auxiliares.

Un dominio público rico es un factor esencial del crecimiento de la Sociedad de la Información, ya que genera ventajas múltiples tales como un público instruido, nuevos empleos, innovación, oportunidades comerciales y el avance de las ciencias. La información del dominio público debería ser fácilmente accesible en apoyo de la Sociedad de la Información, y debería estar protegida de toda apropiación indebida. Habría que fortalecer las instituciones públicas tales como bibliotecas y archivos, museos, colecciones culturales y otros puntos de acceso comunitario, para promover la preservación de las constancias documentales y el acceso libre y equitativo a la información.

Parte III. Protección de los datos personales

A continuación, se presenta una selección de los textos de instrumentos internacionales que más probablemente sean útiles para los legisladores y otras autoridades gubernamentales, en orden cronológico por año de adopción.

- Principios rectores de las Naciones Unidas para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales, adoptados mediante resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (14 de diciembre de 1990)
- 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 (24 de octubre de 1995)
- Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Nº 108, 28 de enero de 1981) y su Protocolo de enmiendas (8 de noviembre de 2001)
- Directiva 2002/58/EC del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (12 de julio de 2002)
- La Resolución de Madrid: Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad, adoptada por la 31ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad (5 de noviembre de 2009)
- El Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) (20 de noviembre de 2004), Reglas de Privacidad Transfronteriza de APEC (13 de noviembre 2011), actualización al Marco de Privacidad de APEC aprobada por los ministros de APEC (15 de noviembre de 2016)
- Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales (en vigor desde el 23 de septiembre de 1980, actualizados el 12 de septiembre de 2013)
- Convenio de la Unión Africana sobre Ciber seguridad y Datos Personales (adoptado el 27 de junio de 2014)

- 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
- Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (“GDPR” por sus siglas en inglés), en vigor desde el 25 de mayo de 2018
- Protocolo de enmiendas al Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (“Convenio 108 plus”, abierto a firma el 10 de octubre de 2018, aún no en vigor)
- Decisión del Secretario-General de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) sobre la Protección de Individuos en relación con el Tratamiento de sus Datos Personales, en vigor desde el 3 de mayo de 2019.

* * *

2. 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 realizadas 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 95º 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 96º 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.

Este tema no fue considerado en los períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de agosto de 2020 así como abril y agosto de 2021.

Durante el 99° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual agosto, 2021), el tema fue eliminado de la agenda, quedando pendiente de los desarrollos en otros foros internacionales, pudiendo ser retomado en el futuro.

* * *

3. 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 93° 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 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el tema no fue discutido.

Durante el 95° 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.

Este tema no fue considerado en los períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de marzo y agosto de 2020.

Durante el 98° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), este tema que originalmente estaba bajo la relatoría de un miembro que ya no hace parte del Comité fue retirado de la agenda por no contar con el apoyo de los miembros actuales del Comité. El Presidente observó además que se trataba de un trabajo de índole exploratorio.

* * *

4. Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático

Durante el 95° 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.

Este tema no fue considerado en los períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de marzo y agosto de 2020.

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), este tema que originalmente estaba bajo la relatoría de un miembro que ya no hace parte del Comité fue retirado de la agenda por no contar con el apoyo de los miembros actuales del Comité. El doctor Galindo constató una estrecha relación de su relatoría con el tema de asilo diplomático.

* * *

CAPÍTULO III

**ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
DURANTE EL AÑO 2021**

A. Participación del Presidente del Comité Jurídico Interamericano ante Asamblea General de la OEA, el Consejo Permanente y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos

Documentos

CJI/doc. 649/21 Informe del Presidente del Comité Jurídico Interamericano ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos – CAJP) (Sesión virtual, 20 de mayo de 2021)

(presentado por el doctor Luis García-Corrochano Moyano)

CP/CAJP-3599/21 Informe de la Comisión de Asuntos Jurídico y políticos con las observaciones y recomendaciones de los Estados miembros al informe anual del CJI al LI período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, presentado ante la CAJP el 20 de mayo de 2021 (Documento elaborado por el Departamento de Derecho Internacional)

CJI/doc. 654/21 Informe del Presidente del Comité Jurídico Interamericano ante el Consejo Permanente de la OEA (Sesión virtual, 15 de septiemb de 2021)

(presentado por el doctor Luis García-Corrochano Moyano)

CJI/doc. 656/21 Informe del Presidente del Comité Jurídico Interamericano ante la Asamblea General de la OEA (Sesión virtual, 12 noviembre de 2021)

(presentado por el doctor Luis García-Corrochano Moyano)

* * *

El jueves 20 de mayo de 2021, el Presidente del Comité Jurídico Interamericano, doctor Luis García-Corrochano, realizó una presentación oral del informe anual de las actividades del Comité Jurídico Interamericano durante el año 2020, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que celebró una sesión virtual, cuyo informe escrito fue registrado como (documento CJI/doc. 649/21). En la ocasión, el Presidente pasó en revista tres desarrollos que el Comité había culminado para entonce, la “Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública” aprobada por la Asamblea General en octubre de 2020, esta Ley Modelo busca aumentar los niveles de transparencia en la gestión pública; las “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes”, documento de índole no vinculante que presenta puntos de entendimiento y prácticas óptimas a quienes participan en negociación, adopción o aplicación de diferentes tipos de acuerdos internacionales; y el informe sobre el “Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejora de la transparencia” el cual sirvió de base a un pronunciamiento de la Asamblea General de la OEA a favor de la aplicabilidad del derecho internacional a las operaciones estatales en el ciberespacio. En función del informe, la Secretaría Técnica del CJI, el Departamento de Derecho Internacional ha elaborado un programa de capacitación, que el Presidente ofreció a las delegaciones interesadas.

Adicionalmente, el miércoles 15 de septiembre de 2021, el Presidente del Comité Jurídico Interamericano (CJI), doctor Luis García-Corrochano Moyano, presentó ante el Consejo Permanente un resumen de los trabajos elaborados por el CJI en el curso del año 2021, y que responden, salvo el último, a mandatos establecidos por la Asamblea General (documento CJI/doc. 654/21):

- Recomendaciones del Comité Jurídico Interamericano para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas, (documento CJI/doc. 646/21 rev.3).

- Informe sobre el marco jurídico interamericano para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores: propuesta del Comité Jurídico Interamericano, (documento CJI/doc. 651/21 rev.2).
- Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales, con Anotaciones, (documento CJI/doc. 638/21).
- Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas, (declaración CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21)).

Finalmente, el 12 de noviembre de 2021, el Presidente del Comité, doctor Luis García-Corrochano Moyano, presentó el “Informe Anual ante la Asamblea General – 2020”, (documento CJI/doc. 656/21) reunida de manera virtual. En dicha ocasión el Presidente aludió a los desarrollos alcanzados tanto en 2020 como en 2021; en este último caso describió de manera detallada los instrumentos sometidos por medio del Consejo Permanente a la Asamblea General a la luz de las dos sesiones virtuales del CJI que tuvieron lugar en el 2021, previo a la sesión ordinaria de la Asamblea General. Al respecto describió los trabajos en materia de regulación de fuegos artificiales; la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19; los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales; y, la Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos. El Presidente aprovechó este espacio para reconocer a las delegaciones por el éxito de la VIII Reunión Conjunta con las Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros que tuvo lugar de manera virtual el 9 de agosto del presente, la cual congregó a representantes de veinte Estados miembros. Asimismo, informó que el Comité ha incorporado dos nuevos mandatos de la Asamblea General que han sido objeto de análisis en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos: “la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático”, eligiendo como relator al doctor George Rodrigo Bandeira Galindo, y “la excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano”, eligiendo como relator al doctor Luis García-Corrochano Moyano.

A continuación, se incluyen las presentaciones en cada instancia, incluyendo a la síntesis de la sesión en el seno de la CAJP:

CJI/doc. 649/21

INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (CAJP)

(20 de mayo de 2021)

(presentado por el doctor Luis García-Corrochano Moyano)

Señor Presidente de la CAJP, Embajador Josué Fiallo, al momento de agradecerle quiero saludar por su intermedio a las delegaciones presentes en esta sesión que nos permite presentar el Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano correspondiente a sus actividades en 2020. También haré referencia a ciertos desarrollos llevados adelante en el año en curso.

En el año 2020, el CJI celebró dos períodos ordinarios de sesiones, el primero en su sede la ciudad de Río de Janeiro, Brasil en marzo, y el segundo de manera virtual en el mes de agosto, debido a la pandemia Covid-19.

El trabajo de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional del CJI

En el 2020, el CJI adoptó, en total, tres instrumentos jurídicos con el propósito de servir de referentes para los Estados miembros tanto en sus relaciones interestatales como en sus esfuerzos de implementación de legislación interna.

En ese sentido, en marzo de 2020, el CJI presentó al Consejo Permanente 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 Ley Modelo 2.0 tiene entre otros objetivos 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. Asimismo, este instrumento se caracteriza por haber incorporado la perspectiva de género desde la etapa de su diseño. Como ustedes saben la propuesta del CJI fue aprobada por la Asamblea General en octubre de 2020 solicitando al CJI y al Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica de dicho Órgano, que le dé la mayor difusión entre los diversos actores interesados y continúe apoyando los esfuerzos de los Estados miembros que así lo soliciten en la adopción o adecuación apropiada de legislación”. En el informe sobre la implementación del Programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional que dará en unos momentos el doctor Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional, se da cuenta de las actividades que ya se han iniciado para dar cumplimiento a dicho mandato.

Asimismo, en el mes de agosto el CJI aprobó las “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes” que exponen de manera clara 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. En ese sentido, las directrices son relevantes para los acuerdos entre Estados, así como para aquellos concertados por entidades gubernamentales y unidades territoriales subnacionales. Es un documento ilustrativo que sugiere el uso de ciertos conceptos en función del tipo de instrumento e incluso propone definiciones. Todo ello con la intención de propiciar un mejor conocimiento y disminuir el riesgo de futuras dificultades en las interacciones interestatales. Como saben, en octubre de 2020, la Asamblea General tomó nota de estas Directrices.

Igualmente, en la sesión de agosto, el CJI adoptó un informe titulado “Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejora de la transparencia” que brinda parámetros claros sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio y presenta puntos de convergencia y divergencia en cuanto al entendimiento de dichas normas internacionales en los Estados miembros de la OEA, incluso sus reacciones frente a amenazas cibernéticas. Es un documento que busca aportar mayor transparencia y mejorar los conocimientos con el fin de limitar riesgos de escalada o conflicto, en un área que no cuenta con reglas claras. Con base a dicho informe y a la resolución del CJI que lo aprueba, la Asamblea General de la OEA adoptó una declaración tendiente a apoyar la aplicabilidad del derecho internacional a las operaciones estatales en el ciberespacio, que participa de los pronunciamientos de la misma naturaleza que han venido haciendo organizaciones internacionales. El CJI solicitó al Departamento de Derecho Internacional desarrollar un programa de capacitación sobre la base del informe antes referido. Dicha propuesta nos fue presentada hace unas semanas atrás, el CJI dio su visto bueno, y el Departamento de Derecho Internacional está en estos momentos desarrollando las últimas etapas antes de ponerlo a disposición de los Estados miembros. El propósito de dicho curso será familiarizar a los interesados en las herramientas para la determinación de las amenazas cibernéticas y, en particular, en la evaluación y comprensión de cómo operan dichas amenazas. Pido a las delegaciones interesadas dejarnos saber si habría interés en llevar adelante dicho curso en su país.

Esperamos que estos tres aportes contribuyan a los esfuerzos de los Estados miembros por fortalecer tanto sus legislaciones internas como por seguir desarrollando progresivamente el derecho internacional. Quiero aprovechar la ocasión para solicitarles que se pueda dar a los mismos la mayor difusión posible entre sus autoridades nacionales competentes. De hecho, los citados informes del Comité han sido debidamente publicados en todos los idiomas oficiales de la OEA y pueden ser consultados en la página web del Comité.

Finalmente, deseo informarles que el CJI aprobó en su sesión virtual celebrada el pasado mes de abril “los Principios Actualizados sobre privacidad y la protección de datos personales con anotaciones” que ponen al día los principios aprobados en marzo de 2015. Todo ello en respuesta a un mandato de la Asamblea General del año 2018. Este instrumento ya ha sido enviado al Consejo Permanente con la recomendación de que los Principios sean aprobados por la Asamblea General.

Quiero pues pedirles respetuosamente la debida atención y estudio de los Principios, de tal modo que con tiempo pueda elevarse una recomendación al Órgano máximo de la Organización que entiendo este año se reunirá en el mes de noviembre.

Actualmente, la agenda del CJI está compuesta de diecisiete temas. Algunos de ellos buscan atender mandatos de la Asamblea General, mientras que otros temas han sido incluidos por iniciativa propia. Aprovecho esta presentación para invitar a las delegaciones a consultar los desarrollos de nuestros trabajos en la página web del CJI, actualizada constantemente por el Departamento de Derecho Internacional (OEA: Comité Jurídico Interamericano (CJI): Principal (oas.org)).

Difusión del derecho internacional

Lamentablemente tengo que informar que debido a las condiciones que se presentaron el año pasado por motivos de la pandemia, el Curso anual de derecho internacional no pudo desarrollarse. Sin embargo, de manera alternativa, y desde octubre de 2020, el CJI ha celebrado cuatro foros virtuales que han abordado trabajos del CJI tales como: la Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la información pública, las directrices para acuerdos vinculantes y no vinculantes, las operaciones cibernéticas del Estado, y el derecho consuetudinario particular en el contexto el continente americano. De hecho, se prevé un nuevo foro para el próximo lunes sobre la guía de contratos comerciales internacionales, y otro en junio sobre la protección de datos personales.

Por su parte, 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 2020 fue postergada por las mismas razones. Cabe señalar, sin embargo, que en la sesión de abril del presente año el CJI decidió celebrar la VIII Reunión Conjunta de manera virtual el lunes 9 de agosto. Varias delegaciones han confirmado ya la presencia de sus respectivos consultores, pero quiero hacer un llamado a las delegaciones para que ofrezcan sus buenos oficios intentando que sus respectivos consultores participen activamente en dicha reunión. El propósito de la misma será dar a conocer el estado de nuestros trabajos y que los consultores puedan presentar al CJI propuestas de temas de interés para sus respectivas Cancillerías.

Asuntos Presupuestarios

Un último tema al cual quiero referirme es el relativo a la situación presupuestaria del CJI. Al momento de reiterar el agradecimiento a todas aquellas delegaciones que constantemente respaldan los trabajos del CJI, quiero traer nuevamente a su atención nuestra preocupación por la inexistencia desde hace algunos años del cargo de secretario del Comité. Nuestra Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional, ha seguido brindando un apoyo invaluable y constante a los trabajos del CJI. La producción del CJI en los últimos años es prueba de dicha colaboración. Pero contar con dicho cargo no solamente es esencial para seguir atendiendo la creciente cantidad de temas y mandatos que recibimos, sino que resulta apropiado pues nos hallamos en una situación de desventaja con relación a los demás órganos de la Organización. El restablecimiento de ese puesto en el presupuesto del CJI ya sea a través de una nueva contratación o mediante una transferencia interna pueden resolver esta coyuntura.

El informe anual se encuentra en la página web del Comité, y ha sido distribuido debidamente entre los Estados. Adicionalmente, existe un volumen físico que nuestra Secretaría Técnica les enviará a las Misiones.

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 esfuerzos de este Órgano, de sus integrantes y de su Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional de la OEA.

Muchas gracias.

* * *

CP/CAJP-3599/21

INFORME DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (CAJP) CON LAS OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS AL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO AL QUINC- UAGÉSIMO PRIMER PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GEN- ERAL DE LA OEA, PRESENTADO ANTE LA CAJP EL 20 DE MAYO DE 2021

(Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional)

I. Introducción

El jueves 20 de mayo de 2021, el presidente del Comité Jurídico Interamericano, doctor Luis García-Corrochano, realizó una presentación oral del informe anual de las actividades del Comité Jurídico Interamericano durante el año 2020, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que celebró una sesión virtual debido a la pandemia del Coronavirus COVID-19.

La sesión fue presidida por el Embajador Josué Fiallo, Representante Permanente de la República Dominicana ante la OEA y estuvieron presentes vía *streaming*, representantes de las siguientes veinticinco Misiones Permanentes ante la OEA: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Cabe mencionar que esta era la primera sesión formal de la CAJP luego de conocerse el fallecimiento de la Embajadora Elisa Ruiz Díaz, Representante Permanente de Paraguay ante la OEA y presidenta del Consejo Permanente. Por tal razón, el Embajador Fiallo solicitó realizar un minuto de silencio en su memoria, y tanto el presidente del Comité Jurídico Interamericano (CJI) como los miembros de las delegaciones manifestaron sus muestras de solidaridad y presentaron sus condolencias a la misión de Paraguay ante la OEA y a la familia de la Embajadora Ruiz Díaz.

II. Presentación del doctor Luis García-Corrochano (CP/CAJP/INF. 914/21)

En su discurso desde Lima, Perú, el presidente del Comité se refirió en una primera instancia al trabajo de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional del CJI, subrayando la elaboración por parte del Comité de tres instrumentos jurídicos, los cuales han sido debidamente publicados en todos los idiomas oficiales de la OEA y pueden ser consultados en la página web del Comité.

La “Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública” que surgiera de un mandato de la Asamblea General de la OEA busca aumentar los niveles de transparencia en la gestión pública. El documento del Comité fue aprobado por la Asamblea General en octubre de 2020;

Las “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes es un documento de índole no vinculante que presenta puntos de entendimiento y prácticas óptimas a quienes participan en negociación, adopción o aplicación de diferentes tipos de acuerdos internacionales.

El informe sobre el “Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejora de la transparencia” se pronuncia sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, incluso frente a las amenazas cibernéticas. La resolución que adoptó dicho informe sirvió de base a un pronunciamiento de la Asamblea General de la OEA a favor de la aplicabilidad del derecho internacional a las operaciones estatales en el ciberespacio. En función del informe, la secretaria técnica del CJI, el Departamento de Derecho Internacional ha elaborado un programa de capacitación, que el presidente ofreció a las delegaciones interesadas

Asimismo, el Dr. García-Corrochano aprovechó la oportunidad para dar a conocer un desarrollo más reciente, correspondiente a la adopción de los “Principios Actualizados sobre privacidad y la protección de datos personales con anotaciones” que ponen al día los principios aprobados en marzo de 2015, y que serán sometidos a la Asamblea General para su consideración.

Acto seguido, el presidente del CJI se refirió a la agenda actual del Comité compuesta de diecisiete temas, invitando a las delegaciones a consultar los avances en la página web del CJI.

En el ámbito de la promoción del derecho internacional aclaró que el tradicional Curso de Derecho Internacional por primera vez en su historia no había tenido lugar debido a la pandemia COVID-19. Aprovechando el uso de las tecnologías, el CJI ha realizado foros virtuales desde octubre de 2020, tanto sobre temas culminados como aquellos que se encuentran en su agenda, tales como la Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la información pública; las directrices para acuerdos vinculantes y no vinculantes; las operaciones cibernéticas del Estado; y, el derecho consuetudinario particular en el contexto del continente americano.

En relación a 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 2020, anunció que fue postergada para el lunes 9 de agosto del presente año y que tendrá lugar de manera virtual. Instó a las delegaciones que aún no habían confirmado su presencia a hacerlo con el fin de permitirles presentar al CJI propuestas de interés para sus Cancillerías.

En referencia al tema presupuestario, el presidente dejó constancia del reconocimiento del Comité por el apoyo constante de los Estados y llevó a la atención de la Comisión la preocupación frente a la ausencia del cargo de “secretario del Comité”, retirando un llamado a restablecer el puesto en el presupuesto correspondiente. Al momento de reconocer el apoyo invaluable del Departamento de Derecho Internacional, a título de secretaria técnica del Comité, explicó que el aumento de los mandatos requiere contar con una persona dedicada exclusivamente al Comité.

El Dr. García-Correchano precisó que su presentación corresponde una síntesis del Informe Anual publicado como documento [CP/doc.5675/21](#), que puede ser consultado en [INFOANUAL.CJI.2020.ESP.pdf \(oas.org\)](#) en español, y en [INFOANUAL.CJI.2020.ENG.pdf \(oas.org\)](#) en inglés.

El presidente del CJI concluyó su presentación quedando a disposición de los Estados miembros de la OEA y expresando la voluntad de continuar sirviendo al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

III. Consideración del Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la luz de la presentación del doctor Luis García-Corrochano

El presidente de la CAJP reconoció el carácter ilustrativo del informe presentado por el doctor García-Corrochano. De la misma forma, las delegaciones que tomaron la palabra emitieron su agradecimiento a la presentación que hiciera el presidente del Comité y a la labor de sus miembros.

La delegación de Brasil manifestó su apoyo al restablecimiento del cargo de secretario ejecutivo, al momento de recordar la resolución de la Asamblea General de 2019 que solicita un estudio para el “eventual restablecimiento del puesto de secretario ejecutivo” del Comité Jurídico Interamericano, párrafo 4 del numeral i de la resolución AG/RES. 2930 (XLIX-O/19). Realizó el carácter centenario del CJI y el honor de su país en ser sede de dicho órgano de la OEA.

La delegación de Panamá reconoció la pronta adaptación del Comité a la virtualidad que le permitió cumplir con sus trabajos durante el último año a pesar del COVID-19, 2020. También subrayó la naturaleza variada de los desarrollos del Comité que tienen una repercusión en mejor comprensión del derecho, tanto al interior de los Estados como en sus relaciones con otros. Finalmente, elogió el profesionalismo de los miembros que componen el Comité y dio a conocer la postulación del Dr. Alejandro Ferrero, ciudadano panameño quien espera poder aportar una visión subregional.

La delegación de Ecuador saludó el trabajo de los relatores del Comité en temas de alto contenido jurídico, destacando entre otros, los desarrollos en torno al acceso a la información pública, las directrices sobre los acuerdos vinculantes y no vinculantes, así como el diseño de una guía para la aplicación del principio de convencionalidad. Llamó a los Estados a implementar la propuesta sobre principios de protección de datos personales, dominio en que Ecuador dispone de una Ley Orgánica. Asimismo, la delegación acogió de manera positiva la iniciativa tendiente a la formación en el marco de actividades vinculadas al ciberespacio que fuera propuesta por el ex relator Dr. Duncan Hollis. Hizo eco de los planteamientos presentados por el informe del Dr. Iñigo Salvador en la esfera del asilo diplomático, tema que fuera objeto de una sesión especial de la CAJP en abril del presente año

relativa a “la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático”. De hecho, exhortó a los miembros del Comité a continuar los trabajos que fueran emprendidos por el ex relator Salvador. Indicó la intención de colaborar con iniciativas tendientes a la implementación de los instrumentos que emanan del Comité. Finalmente, se comprometió a continuar apoyando las acciones tendientes a reinstaurar de manera permanente el cargo de secretario del Comité Jurídico Interamericano, solicitando al presidente de la CAJP realizar las acciones que se imponen.

La delegación de México constató la riqueza temática y la calidad de los trabajos, así como la permanente necesidad de continuar estimulando los estudios que sobre el derecho internacional realiza el Comité. Afirmó su orgullo por los aportes de dicha entidad al desarrollo progresivo y codificación del derecho interamericano. Al observar la presencia de una jurista mexicana de las tres mujeres que lo integran, la doctora Mariana Salazar Albornoz, la delegación instó a contar con un mayor número de mujeres con el fin de enriquecer sus trabajos. Dentro de los temas que ha aprobado el Comité recientemente resaltó el relativo al estudio sobre operaciones cibernéticas y el apoyo entregado por su delegación a la declaración de la Asamblea General que reconoció la aplicabilidad del derecho internacional en el ciber espacio, en base en la propuesta del Comité. También se refirió a las directrices sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes que presentan un manual de particular pertinencia al momento de negociar propuestas y distinguir la naturaleza jurídica de las mismas. Al igual que la delegación de Ecuador, recordó la sesión de reflexión de la CAJP sobre “la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático”, cuyos resultados deberán ser elevados al CJI para su examen. Asimismo, aludió a la relevancia del estudio que lleva adelante el Comité en materia de fraude electoral. Concluyó su intervención reafirmando la necesidad de brindar las garantías para que el CJI pueda servir de manera autónoma por medio de la integridad presupuestaria.

La delegación de Chile valoró los esfuerzos llevados adelante por el Comité a pesar de los obstáculos que impuso la pandemia COVID-19, realzando entre los estudios presentados la adopción de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública y las directrices para los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Valoró también los nuevos temas que conforman su agenda, tal como la “Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras” y la “Incorporación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos”. En relación con el tema de derecho internacional y operaciones cibernéticas, constató la relevancia en el ámbito jurídico de los aportes del Comité en un tema reconocido como novedoso y de variada implicancia. En lo que respecta a la guía para la aplicación del principio de convencionalidad recomendó llevar adelante una reflexión de dicho concepto. Finalmente, sugirió al Comité considerar incluir en el tratamiento de temas futuros un análisis sobre la cooperación internacional para prevenir pandemias y reaccionar frente a estas. Con el fin de evitar duplicidad, se recomendó al Comité concentrar sus esfuerzos en las particulares de la región, y continuar fortaleciendo las relaciones con otras instancias de la misma naturaleza, tanto regionales como universales.

La delegación de Colombia manifestó su aprecio por la dedicación y manera eficiente y oportuna en el trabajo tendiente a la codificación y progresivo desarrollo del derecho internacional. Se refirió en particular a la propuesta de ley modelo 2.0 sobre acceso a la información pública, estimando su relevancia en estos tiempos de pandemia que imponen respuestas frente a emergencias. Los trabajos sobre protección de datos personales fueron considerados una excelente base para un diálogo que permita explorar la posibilidad de dotarse de un instrumento regional. Señaló el carácter útil de las directrices sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes pudiendo contribuir a la uniformidad tanto a nivel interno como internacional. Felicitó al Comité por haber mantenido en su agenda el tema de ciber seguridad con un alcance más amplio. En lo relativo a los temas nuevos, elogió la inclusión de los “principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos” otorgando un importante espacio al rol del sector empresarial. Reconoció los avances en torno a la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras que busca mejorar el acceso a la justicia por medio de procedimientos internos simplificados, así como de la guía para la aplicación del principio de convencionalidad que permitirá orientar las autoridades internas. Finalmente, remarcó la necesidad de asegurar la congruencia de los mandatos de la Asamblea General por medio de los necesarios recursos humanos y financieros asignados al Comité.

La delegación de Costa Rica realizó los avances realizados en su reciente período que permitió la adopción de “los Principios Actualizados sobre privacidad y la protección de datos personales con anotaciones”. Aplaudió la iniciativa de celebrar una Reunión Conjunta del CJI con los consultores de las Cancillerías, confirmando la presencia de su país en dicho encuentro, el cual permitirá dar seguimiento a dos temas de la agenda del Comité: el derecho internacional aplicable al ciberespacio y el derecho internacional consuetudinario. Además, observó que ello servirá para una mayor colaboración de su país con el Comité.

La delegación de Perú saludó al CJI por continuar su labor a pesar de la pandemia COVID-19. Destacó los estudios y desarrollos del Comité sobre la aplicación del principio de convencionalidad, la protección de datos personales y ciberseguridad. Culminó anunciando el compromiso y apoyo de Perú a las labores del Comité.

El Dr. Luis García-Corrochano al retomar la palabra agradeció los comentarios y la buena recepción que ha tenido el informe. Indicó haber tomado nota de los aportes entregados, en particular respecto a la solicitud de diálogo y comunicación con otras organizaciones. Informó que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas no llevará adelante los encuentros con entidades regionales durante el actual período de sesiones (se programará una sesión entre sus períodos de sesiones). También informó sobre la invitación a participar en una sesión informativa en la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana.

La delegación de Guatemala encomió la labor del Comité y de su secretaría técnica, el Departamento de Derecho Internacional, en lo que respecta al desarrollo progresivo, la codificación y difusión del derecho internacional. Celebró los instrumentos elaborados por el Comité en los últimos años, especificando en particular la adopción de los Principios Actualizados sobre privacidad y la protección de datos personales con anotaciones y la guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas. En relación con la Guía, informó que su país ha hecho gestiones con el Departamento de Derecho Internacional para recibir su asesoría con el fin de permitir armonizar la legislación interna. Finalmente, gracias al decidido apoyo del DDI se llevará a cabo un curso de actualización a miembros de la academia diplomática de Guatemala para fortalecer las capacidades institucionales sobre el sistema Interamericano.

El Presidente de la CAJP manifestó su reconocimiento al Dr. García-Corrochano por la presentación del informe y tomó nota de este, junto a las observaciones y recomendaciones presentadas por las delegaciones de los Estados miembros. Resaltó la importante contribución que viene realizando el CJI al desarrollo progresivo del derecho internacional en estos últimos años, con la aprobación de numerosos informes, guías, principios y leyes modelos tales como los “Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales”; la “Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública”; las “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes”; el “Informe sobre Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas de los Estados”; y la “Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas”, todos los cuales han sido aprobados en el transcurso de los dos últimos años, demostrando la capacidad de trabajo y de respuesta del CJI a los mandatos de la Asamblea General. Remarcó el alcance que ha tenido la difusión hecha por parte de su secretaría técnica, el Departamento de Derecho Internacional, a estos informes y propuestas a través de los foros virtuales que organiza una vez al mes. Al respecto, solicitó a las delegaciones que también realicen sus mejores esfuerzos por difundir en sus países lo más ampliamente posible, las convocatorias a dichas actividades que se distribuyen a través del boletín de noticias del Departamento de Derecho Internacional, con el objetivo de que más personas se beneficien de estas actividades y se promueva más ampliamente el importante trabajo que el CJI realiza. Asimismo, el presidente de la CAJP subrayó la importancia de las Reuniones Conjuntas que se realizan periódicamente con las asesorías y consultorías jurídicas de las cancillerías de los Estados miembros, esperando que la reunión que se celebre en agosto de este año obtenga los objetivos esperados. En ese sentido, exhortó a las delegaciones a hacer sus mejores esfuerzos por lograr una amplia participación de sus respectivos asesores y consultores jurídicos, aprovechando que dicha reunión se realizará de manera virtual. Finalmente, el Embajador Fiallo destacó la solicitud hecha por el presidente del CJI de restablecer el

cargo de secretario del CJI, pues como él mismo ha manifestado, “este es el único órgano de la OEA que no cuenta actualmente con dicho cargo, cuyas funciones están siendo realizadas en su totalidad desde hace varios años por el Departamento de Derecho Internacional”.

* * *

CJI/doc. 654/21

**INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
ANTE EL CONSEJO PERMANENTE DE LA OEA**

(15 de septiembre de 2021)

(presentado por el doctor Luis García-Corrochano Moyano)

Embajador Harold Forsyth quiero agradecerle a usted y a los Representantes ante el Consejo Permanente por facilitar esta presentación en torno a los informes adoptados por el Comité Jurídico Interamericano en su más reciente período ordinario de sesiones, celebrado de manera virtual del 1 al 11 de agosto de 2021, ocasión en que el CJI adoptó tres importantes informes que solicitamos muy respetuosamente sean sometidos a la Asamblea General para su consideración (ya todos ellos fueron remitidos a este Consejo, el pasado 19 de agosto):

- “Las recomendaciones para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas”¹⁷⁷ instan a los Estados a dotarse de una normativa que tenga en cuenta las distintas realidades de la región. El Comité considera que este tema requiere atención inmediata a la luz de los efectos nefastos de los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en la salud humana, el medio ambiente y el bienestar. En este contexto, se presentan diez recomendaciones que incorporan un principio conductor de no regresión tanto en relación con la implementación como con el respecto de las sanciones, extendiendo su ámbito de aplicación a un amplio espectro que incluye la fabricación, el almacenamiento, el transporte, la compra, la venta, el uso o manipulación, la importación y la exportación. Las recomendaciones del Comité se han elaborado en cumplimiento a un mandato de la resolución de la Asamblea General sobre Derecho Internacional.¹⁷⁸

- Por su parte, la propuesta del Comité sobre el “Marco jurídico interamericano para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores”¹⁷⁹, que también responde a un mandato de la Asamblea General, resolución Derecho Internacional¹⁸⁰, realiza un análisis en un tema que excede lo jurídico y cuyo impacto no se puede medir completamente por no haber concluido. En lo concreto, el Comité propone establecer un marco jurídico específico con lineamientos políticos y operativos para orientar la toma de decisiones por medio de acciones específicas que sirvan de referente frente a futuras situaciones con características similares. Teniendo en cuenta los variados desafíos (crisis de las economías nacionales, brechas educativas y laborales, efectos nefastos para poblaciones vulnerables, etc.), el Comité sugiere presentar esta iniciativa a la Cumbre de las Américas, foro que podría facilitar una acción colectiva regional que permita articular los esfuerzos de los Estados y su necesaria cooperación, con participación del mayor número de organismos y entidades competentes.

- Finalmente, la declaración sobre “Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas”¹⁸¹ corresponde a un primer esfuerzo del Comité por introducir el tema en la Organización teniendo en cuenta las preocupaciones éticas y jurídicas que dichos avances puedan incurrir el ámbito de los derechos, las libertades fundamentales y la dignidad de

177 Documento CJI/doc. 646/21 rev.3.

178 AG/RES. 2930 (XLIX-O/19), numeral iii.

179 Documento CJI/doc. 651/21 rev.2.

180 AG/RES. 2959 (L-O/20) numeral ii.

181 Documento CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21).

las personas. La Declaración del Comité presenta reflexiones en torno de cinco aspectos particulares, haciendo un llamado a participar en la discusión a los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico. El Comité aspira a desarrollar unos “Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y Derechos Humanos en cuya elaboración se espera contar con el apoyo de los actores mencionados.

Es importante señalar que durante el previo período ordinario, celebrado igualmente de manera virtual del 5 al 9 de abril de 2021, el Comité adoptó los “Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales, con Anotaciones”, los cuales fueron remitidos al Consejo Permanente el 13 de abril, con la recomendación que la Asamblea General los apruebe. Los principios buscan proteger los datos e información personales por medio, entre otros, de una mayor transparencia en el tratamiento de estos datos y de la rendición de cuentas por parte de los controladores y encargados de quienes manejan dicha información. Asimismo, se promueve la seguridad de datos sensibles y el empoderamiento de los ciudadanos con relación al tratamiento de sus datos personales. La actualización refleja distintas aproximaciones que sobre el tema coexisten en la región y responde a un mandato de la Asamblea General.¹⁸²

Debo dejar constancia que todos estos informes ya se encuentran en la página web del CJI (OEA: Comité Jurídico Interamericano (CJI): Principal (oas.org))

Igualmente, es pertinente informarles que el Comité integró en su agenda dos nuevos mandatos de la Asamblea General que han sido objeto de análisis en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos: “la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático”, y “la excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano”.

Finalmente, quiero aprovechar este espacio para expresar nuestro aprecio y agradecimiento por el éxito de la VIII Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros que tuvo lugar de manera virtual el 9 de agosto del presente, la cual congregó a representantes de Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, Suriname y Uruguay. También participaron el consultor jurídico de España y especialistas del Comité Internacional de la Cruz Roja. La próxima Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos está prevista para el 2023. Por su parte, el CJI celebrará su “centésimo período ordinario de sesiones” entre el 28 de marzo y el 1 de abril de 2022, y al respecto les estaremos informando de las acciones que se emprenderán para honrar tan importante aniversario.

Muchas gracias.

* * *

CJI/doc. 656/21

**INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE
LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA**

(12 de noviembre de 2021)

(presentado por el doctor Luis García-Corrochano Moyano)

Sr. Pedro Brolo Presidente de la 51ª Asamblea General

Señoras y señores representantes de los Estados miembros de la OEA

Sr. Luis Almagro, Secretario General de la OEA

Sr. Néstor Méndez, Secretario General Adjunto

Sus Excelencias,

Estimado Presidente de esta Asamblea General Señor Canciller Pedro Brolo al momento de agradecer el espacio brindado, tengo el honor de presentar las actividades desarrolladas por el Comité Jurídico en ocasión de los dos períodos ordinarios celebrados en el año 2020, el primero en su sede la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil en marzo, y el segundo de manera virtual en el mes de agosto, debido a la pandemia COVID-19. Todos estos desarrollos pueden ser consultados en el Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano, documento CP/doc.5675/21 y accesible en la página web del Comité.

a. Desarrollos

Durante el período descrito y en concordancia con los esfuerzos de promoción en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, el Comité adoptó tres informes, los cuales han sido debidamente publicados en todos los idiomas oficiales de la OEA y pueden ser consultados en la página web del Comité.

- La “Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública” responde a un mandato de la Asamblea General de la OEA y tiene por objeto aumentar los niveles de transparencia en la gestión pública. El documento del Comité fue aprobado por la Asamblea General en octubre de 2020, y el tema está siendo objeto de difusión por nuestra secretaría técnica, el Departamento de Derecho Internacional, por medio de la organización de Talleres que incorporan a los órganos garantes que trabajan en el tema.

- Las “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes corresponden a un documento de índole no vinculante que presenta puntos de entendimiento y prácticas óptimas a quienes participan en negociación, adopción o aplicación de diferentes tipos de acuerdos internacionales. La riqueza de la catalogación de las palabras de uso común puede resultar una referencia de gran utilidad para las instancias competentes al interior de nuestros países.

- El informe sobre el “Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejora de la transparencia” se pronuncia sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, incluso frente a las amenazas cibernéticas. La resolución que adoptó dicho informe sirvió de base a un pronunciamiento de la Asamblea General de la OEA a favor de la aplicabilidad del derecho internacional a las operaciones estatales en el ciberespacio. En función de dicho informe, la Secretaría Técnica del CJI, el Departamento de Derecho Internacional ha elaborado un programa de capacitación con miras a su difusión entre los Estados interesados.

Presidente, quiero a continuación describir brevemente los desarrollos más recientes del Comité que si bien se integrarán en el reporte del próximo año, ya han sido remitidos a esta honorable Asamblea para su consideración, y en algunos casos su adopción:

- “Las recomendaciones para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas”¹⁸³ presentan diez recomendaciones que incorporan un principio conductor de no regresión en su implementación, extendiendo su ámbito de aplicación a un amplio espectro que incluye la fabricación, el almacenamiento, el transporte, la compra, la venta, el uso o manipulación, la importación y la exportación. Estas recomendaciones se han elaborado en cumplimiento a un mandato de la resolución de la Asamblea General sobre Derecho Internacional.¹⁸⁴

- La propuesta del Comité sobre el “Marco jurídico interamericano para fortalecer la resiliencia social y económica en la región en el marco de la pandemia de COVID-19 y de sus efectos posteriores”¹⁸⁵, que también responde a un mandato de la Asamblea General, resolución Derecho Internacional¹⁸⁶, realiza un análisis en un tema que excede lo jurídico y cuyo impacto no se puede medir completamente por no haber concluido. En lo concreto, el Comité propone establecer un marco jurídico específico con lineamientos políticos y operativos para orientar la toma de decisiones por medio de acciones específicas que sirvan de referente frente a futuras situaciones con características similares. En este sentido, el Comité sugiere presentar esta iniciativa a la Cumbre de las Américas, foro que podría facilitar una acción colectiva regional que permita articular los esfuerzos de los Estados y su necesaria cooperación, con participación del mayor número de organismos y entidades competentes.

- La declaración sobre “Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas”¹⁸⁷ es un primer esfuerzo del Comité por introducir el tema en la Organización, teniendo en cuenta las preocupaciones éticas y jurídicas que dichos avances puedan imponer en relación al respeto de los derechos, las libertades fundamentales y la dignidad de las personas. El Comité aspira a desarrollar unos “Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y Derechos Humanos en cuya elaboración se espera contar con el apoyo de los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico.

- Los “Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales, con Anotaciones”, buscan proteger los datos e información personales por medio, entre otros, de una mayor transparencia en el tratamiento de estos datos y de la rendición de cuentas por parte de los controladores y encargados de quienes manejan dicha información. Asimismo, se promueve la seguridad de datos sensibles y el empoderamiento de los ciudadanos con relación al tratamiento de sus datos personales. La actualización refleja distintas aproximaciones que sobre el tema coexisten en la región y responde a un mandato de la Asamblea General¹⁸⁸.

b.- Difusión del derecho internacional

Curso de derecho internacional. Lamentablemente por segundo año consecutivo el Curso anual de derecho internacional no pudo desarrollarse debido a las condiciones impuestas por la pandemia COVID-19. Sin embargo, de manera alternativa, el CJI ha celebrado foros virtuales que han permitido discutir los desarrollos más recientes de su agenda, tales como: la Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la información pública, las Directrices para acuerdos vinculantes y no vinculantes, las operaciones cibernéticas del Estado, el derecho consuetudinario particular en el contexto del continente americano, la Guía de contratos comerciales internacionales y los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales de datos personales.

Esperamos retomar el dictado del Curso en el 2022, tal como ha venido siendo la tradición a través de los años desde el año 1974.

VIII Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros. Quiero renovar nuestro aprecio y agradecimiento a los Estados

183 Documento CJI/doc. 646/21 rev.3.

184 AG/RES. 2930 (XLIX-O/19), numeral iii.

185 Documento CJI/doc. 651/21 rev.2.

186 AG/RES. 2959 (L-O/20) numeral ii.

187 Documento CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21).

188 AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18), numeral i.

por el éxito de esta nueva versión de la Reunión Conjunta que tuvo lugar de manera virtual el 9 de agosto del presente, y permitió un rico intercambio sobre cuestiones sustantivas como de procedimiento. El evento reunió a representantes de veinte Estados miembros (Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, Suriname y Uruguay). También participaron el consultor jurídico de España y especialistas del Comité Internacional de la Cruz Roja. La próxima Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos está prevista para el 2023.

c.- Otros asuntos

Quiero en nombre del Comité dejar constancia de nuestra gratitud a los Estados por el apoyo a los trabajos del CJI, lo cual se ve reflejado en el positivo presupuesto previsto para el 2022, cuyos recursos permitirán poder seguir atendiendo a los mandatos que este órgano de la OEA nos encargue. Hacemos votos para que en un futuro cercano se restablezca el puesto del cargo de “secretario del Comité”.

Al momento de tomar nota de la reforma al Estatuto del Comité tendiente a lograr la equidad de género entre sus miembros, hago un respetuoso llamado a los Estados a tener ello en consideración al momento de presentar candidaturas de internacionalistas de sus países para llenar las vacantes pendientes, y poder contar con el pleno de los miembros para el año 2022.

Señor Presidente, señoras y señores delegados, agradeciendo por su atención, quedo pendiente de toda consulta o comentario. Dejo constancia de la dedicación e interés de los miembros del Comité de contribuir al desarrollo del derecho internacional tanto en los Estados miembros como en la Organización, con el apoyo y profesionalismo de nuestra Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA.

Muchas gracias.

* * *

B. VIII Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros

El día lunes 9 de agosto de 2022 se realizó la VIII Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros que tuvo lugar de manera virtual, y permitió al Comité congregarse a asesores de 20 Estados miembros: Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, Suriname y Uruguay. Además, participaron el consultor jurídico de España y especialistas del Comité Internacional de la Cruz Roja.

En la ocasión, dos de los temas de la agenda del Comité fueron objeto de enriquecedores intercambios que permitieron consideraciones sustantivas como de procedimiento, “el derecho internacional público aplicable al ciberespacio y el Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano”. Asimismo, la doctora Mariana Salazar hizo una breve presentación de los “Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales” que fueron adoptados por el Comité en su sesión de marzo de 2021, e instó a los consultores a apoyar su adopción por parte de la Asamblea General de la OEA.

Algunos consultores presentaron sugerencias respecto de nuevos temas e hicieron propuestas para hacer más efectiva la interrelación entre el CJI y las consultorías jurídicas. En este último caso se presentaron proposiciones respecto de la extensión de los períodos de las consultas para dar respuesta a cuestionarios; la redacción de las preguntas y el seguimiento a los comentarios recibidos por el Comité con las delegaciones afin de dar a conocer el uso que se confiere a dichos insumos.

Se espera celebrar una nueva Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos en 2023.

C. **Curso de Derecho Internacional**

Por segundo año consecutivo no se celebró el Curso de Derecho Internacional que tradicionalmente se celebra anualmente en agosto en Rio de Janeiro, Brasil, debido a la pandemia COVID-19, el cual fue postergado para el próximo año.

En materia de promoción del derecho internacional, el Comité Jurídico Interamericano ha venido organizando foros virtuales con presencia de los relatores respectivos de cada tema, moderados por funcionarios del Departamento de Derecho Internacional, su secretaría técnica:

- Los principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales: Hacia un modelo regional;
- Contratos Comerciales Internacionales en las Américas;
- Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano;
- Presentación del Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre Derecho Internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejora de la transparencia;
- Presentación de las Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes;
- Presentación de la Propuesta del Comité Jurídico Interamericano de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública.

Los desarrollos de cada uno de los temas referidos pueden ser consultados en el siguiente enlace: http://www.oas.org/es/sla/cji/comite_juridico_interamericano_foros_virtuales.asp

* * *

D. **Relaciones de cooperación con otros organismos interamericanos y con organizaciones regionales o mundiales similares**

i.- **Encuentros realizados por el Comité Jurídico Interamericano durante el 99º período ordinario de sesiones celebrado de manera virtual:**

5 de agosto de 2021: Encuentro virtual con Alejandra Mora Mora, Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). La doctora Mora compartió algunas ideas sobre la evolución del concepto de la igualdad y las acciones que se realizan para elaborar diseños de políticas públicas diferenciados en los países. También se refirió al trabajo que la Comisión realiza en concordancia con mandatos por tratados del sistema interamericano, tal como el trabajo de Mesevri en seguimiento a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”. Acto seguido se refirió a la importancia del movimiento sufragista y las acciones a favor tanto del derecho a votar como a ser elegido (acceso a las funciones). Finalmente, la Secretaría Ejecutiva explicó los desarrollos con relación a las cuotas de género y paridad (que se busque transformar y equilibrar lo que existe en la realidad), mencionando los Estados que han liderado dichos procesos así como el tipo de mecanismos que se han implementado para alcanzar el equilibrio (tal como por ejemplo los nombramientos de los Estados en los cargos de la OEA).

ii.- **Otras actividades**

16 de septiembre de 2021: Reunión con los Asesores Jurídicos en Derecho Internacional Privado de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA. Este evento virtual fue organizado por el Departamento de Derecho Internacional en colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y permitió debatir en torno a dos temas de la agenda del Comité, a la luz de los instrumentos

relevantes adoptados en el seno de la Conferencia de La Haya, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (que dio lugar a una presentación de la doctora Jeannette Tramhel del DDI), y tecnología y cooperación transfronteriza (que tuvo como panelista por parte del Comité a la doctora Cecilia Fresnedo). Se contó con la presencia de representantes de 26 Estados miembros, permitiendo una rica discusión en torno a los temas de referencia e incluso se obtuvieron propuestas sobre el futuro de los mismos.

* * *

ÍNDICES

INDICE ONOMÁSTICO

ARRIGHI, Jean-Michel	18, 20, 37, 100, 175
BAENA SOARES, João Clemente	25
BERTRAND-GALINDO ARRIAGADA, Milenko	18, 20, 104, 105, 108, 111
CEVALLOS ALCÍVAR, Juan	174
COLLOT, Gélin Imanès	25
CORREA PALACIO, Ruth Stella	18, 20, 25, 37
DUBUVEC, Marek	215
ESPECHE-GIL, Miguel Angel	18, 20, 45, 100
FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia	18, 20, 48, 142, 153
FUJIMORI, Alberto	100
GALINDO, George Bandeira	18, 20, 44, 57, 59, 77, 220
ARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis	18, 20, 43, 162, 177, 222, 225, 227, 229
HERNÁNDEZ GARCÍA, Joel	27, 28
HOLLIS, Duncan B.	32, 46, 105, 176, 214
JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo	57
LANDA RUIZ, Amália	18, 20
LARSON, Stephen G.	18, 20, 152, 185
MATA PRATES, Carlos Alberto	27, 178
MORA, Alejandra	234
MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio	18, 20, 44, 105, 140, 155, 213
MORENO-VALLE, Jaime	181
NEGRO, Dante M.	18, 20, 39, 108, 156, 172, 216
ORIAS ARREDONDO, Ramiro	18, 20, 107, 141, 142
RICHARD, Alix	46, 102, 214
RUDGE, Eric P.	18, 20, 59, 142, 151
SALAZAR ALBORNOZ, Mariana	18, 20, 47, 50, 172, 176
SALINAS BURGOS, Hernán	101, 215,
SALVADOR CRESPO, Iñigo	171, 216, 227
SOUZA GOMES, Maria Conceição de	18, 20
STEWART, David P.	27, 211
TOLEDO, Alejandro	101
TORO UTILLANO, Luis	18, 20
TRAMHEL, Jeannette	45, 211, 235
VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth	29

* * *

INDICE POR ASUNTO

Asesores jurídicos	
VIII Reunión Conjunta	233
Asilo	
Derecho internacional	170, 216
Ciberseguridad	170, 216
Comité Jurídico Interamericano	
cooperación	234
estructura	17
fecha y sede	22
temario	19, 20
actividades	222, 225, 229
Contratos - acuerdos	151
Cooperación jurídica	154
Corrupción	142
Covid	157, 160
Curso, Derecho Internacional	234
Derecho a la información	
datos personales	174, 182, 222
Derechos humanos	
empresas	141
neurociencias	142, 145
principio de convencionalidad	25
Derecho internacional consuetudinario	57, 62, 77
Deuda externa	56
Educación	149
Entidades civiles	141
FRAUDE	100
Fuegos artificiales –v. Piroctenia	
Inversiones extranjeras	139
Piroctenia	104, 111, 132
Proceso electoral	214
Recibos electrónicos	211
Sentencias extranjeras	39, 139
Uso de la fuerza	170

* * *

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 esta 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

