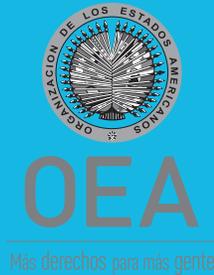


ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO



CJI

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

2023

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

IV PERÍODO EXTRAORDINARIO DE SESIONES
12 diciembre de 2023
Rio de Janeiro, Brasil

OEA/Ser. Q.
CJI/doc. 707/23
12 diciembre de 2023
Original: español

INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO A LA ASAMBLEA GENERAL

2023

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	v
TABLA DE CONTENIDO	vii
RESOLUCIONES APROBADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	ix
DOCUMENTOS QUE SE INCLUYEN EN EL PRESENTE INFORME ANUAL	x
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I	15
1. EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO: ORIGEN, BASES JURÍDICAS, ESTRUCTURA Y PROPÓSITOS	17
2. PERÍODO QUE COMPRENDE EL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	18
A. CENTÉSIMO SEGUNDO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES	18
B. CENTÉSIMO TERCER PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES	21
C. IV PERÍODO EXTRAORDINARIO DE SESIONES (12 DICIEMBRE DE 2023) – SESIÓN VIRTUAL	23
CAPÍTULO II	27
TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE SUS PERÍODOS DE SESIONES DEL AÑO 2023	29
1. DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO	29
2. GUÍA DEL DERECHO APLICABLE A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS	78
3. DESARROLLO DE DIRECTRICES INTERAMERICANAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS PENALES CONTRA ACTOS DE CORRUPCIÓN	87
4. LA EXCEPCIONALIDAD DEL USO DE LA FUERZA EN EL CONTEXTO INTERAMERICANO	90
5. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL EN LOS QUE SE FUNDA EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO MARCO NORMATIVO QUE GOBIERNA EL TRABAJO DE LA OEA Y LAS RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS	96
6. EL FORTALECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES EN EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN	96
7. IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL AUMENTO DEL NIVEL DEL MAR EN EL CONTEXTO REGIONAL INTERAMERICANO	97
8. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS PRODUCTORAS Y COMERCIALIZADORAS DE ARMAS EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS	102
9. APROXIMACIÓN AL NUEVO DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE	105
10. IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS BASADAS EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS DERECHOS HUMANOS, CON ESPECIAL ENFOQUE EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	106
11. ACTUALIZACIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA 2.0 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE 2020	106
12. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS EXTRANJEROS	106
OTROS ASUNTOS	107
TEMAS CULMINADOS	108
1. DESARROLLO DE PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DE CREACIÓN, FUNCIONAMIENTO, FINANCIAMIENTO Y DISOLUCIÓN DE ENTIDADES CIVILES SIN FINES DE LUCRO	109

2. DESARROLLO DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE NEURO DERECHOS	131
3. DERECHO A LA EDUCACIÓN	151
4. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU RELEVANCIA PARA LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL	160
5. CONTRATO ENTRE COMERCIANTES CON PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL	230
CAPÍTULO III	323
ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE EL AÑO 2023	325
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	325
B. IX REUNIÓN CONJUNTA DEL CJI CON CONSULTORES JURÍDICOS DE LOS MINISTERIOS DE RELACIONES EXTERIORES	335
C. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL	336
D. RELACIONES Y COOPERACIÓN CON OTRAS ENTIDADES	336

* * *

RESOLUCIONES APROBADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

	Página
CJI/RES. 276 (CI-O/22)	19
TEMARIO PARA EL CENTÉSIMO SEGUNDO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (RIO DE JANEIRO, BRASIL, 6 AL 10 DE MARZO DE 2023)	
CJI/RES. 273 (CI-O/22)	20
FECHAS Y SEDES DEL CENTÉSIMO SEGUNDO Y CENTÉSIMO TERCERO PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	
CJI/RES. 280 (CII-O/23)	20
HOMENAJE A LA MEMORIA DEL DOCTOR EDUARDO VIO GROSSI	
CJI/RES. 278 (CII-O/23)	21
TEMARIO PARA EL CENTÉSIMO TERCER PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (RIO DE JANEIRO, BRASIL – 2 AL 11 DE AGOSTO DE 2023)	
CJI/RES. 285 (CIII-O/23)	22
HOMENAJE AL DOCTOR JOÃO CLEMENTE BAENA SOARES	
CJI/RES. 283 (CIII-O/23) REV.1	24
TEMARIO PARA EL CENTÉSIMO CUARTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (CIUDAD DE PANAMÁ, PANAMÁ – 11 – 15 DE MARZO DE 2024)	
CJI/RES. 287 (CIII-O/23)	107
RECONOCIMIENTO DEL PROYECTO DE LEY MODELO SOBRE RECIBOS DE ALMACENAMIENTO ELECTRÓNICOS UNIDROIT-CNUDMI	
CJI/RES. 282 (CII-O/23) CORR. 2	117
DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE CREACIÓN, FUNCIONAMIENTO, FINANCIAMIENTO Y DISOLUCIÓN DE ENTIDADES CIVILES SIN FINES DE LUCRO	
CJI/RES. 281 (CII-O/23) CORR.1	138
DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS INTERAMERICANOS EN MATERIA DE NEUROCIENCIAS, NEUROTECNOLOGÍAS Y DERECHOS HUMANOS	
CJI/RES. 279 (CII-O/23)	159
EL DERECHO A LA EDUCACIÓN PRIMARIA OBLIGATORIA	
CJI/RES. 286 (IV-E/23)	239
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES. INFORME Y RECOMENDACIONES DE BUENAS PRÁCTICAS	

DOCUMENTOS QUE SE INCLUYEN EN EL PRESENTE INFORME ANUAL

	Página
CJI/DOC.688/23 REV.1. QUINTO INFORME SOBRE DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE AMERICANO (PRESENTADO POR EL DOCTOR GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO)	38
CJI/DOC.698/23 REV.1 IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL AUMENTO DEL NIVEL DEL MAR EN EL CONTEXTO REGIONAL INTERAMERICANO CUESTIONARIO PARA LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) (PRESENTADO POR EL DOCTOR JULIO JOSÉ ROJAS-BÁEZ)	101
CJI/DOC.706/23 REV.1 CUESTIONARIO. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS PRODUCTORAS Y COMERCIALIZADORAS DE ARMAS EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS (PRESENTADO POR EL DOCTOR ALEJANDRO ALDAY GONZÁLEZ)	104
CJI/DOC. 696/23 REV.1 COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU RELEVANCIA PARA LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL	167
CJI/DOC. 683/23 REV.3 INFORME DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES. INFORME Y RECOMENDACIONES DE BUENAS PRÁCTICAS	240
CJI/doc. 705/23 INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (CAJP) DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (20 DE ABRIL DE 2023) (PRESENTADO POR EL DOCTOR JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ)	326
CP/CAJP-3733/23 CORR. 1 SÍNTESIS DE LA PRESENTACIÓN DEL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO POR PARTE DE SU PRESIDENTE, DOCTOR JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (20 DE ABRIL DE 2023) (DOCUMENTO ELABORADO POR EL DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL)	328
CJI/doc.704/23 INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (23 JUNIO DE 2023) (PRESENTADO POR EL DOCTOR JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ)	333
CJI/doc.700/23 PRESENTACIÓN DEL VICE PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, ANTE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS (4 DE JULIO DE 2023) (PRESENTADO POR EL DOCTOR GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO)	337

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 2023, 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. 2930 (XLIX-O/19), AG/RES. 2959 (L-O/20), AG/RES. 2974 (LI-O/21), AG/RES. 2990 (LII-O/22) y AG/RES. 3005 (LIII-O/23) adoptadas en los últimos años.

En el año 2023, el Comité Jurídico Interamericano celebró dos períodos de sesiones ordinarios y un período extraordinario de sesiones: la primera sesión correspondiente a su centésimo segundo período ordinario entre el 6 y el 10 de marzo de 2023; mientras que la segunda sesión correspondiente a su centésimo tercer período ordinario se efectuó entre el 2 y el 11 de agosto de 2023, ambos tuvieron lugar de manera presencial en su sede en Rio de Janeiro, Brasil. De manera excepcional, el Comité Jurídico celebró un período extraordinario de sesiones, correspondiente al Cuarto Período, durante el día 12 de diciembre de 2023. El evento reunió a los miembros del Comité en forma virtual y tuvo por objeto analizar la versión final de los informes relativos a la “Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras” y a los “contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil”, presentados por los doctores Moreno Rodríguez y Fresnedo, respectivamente.

En el período comprendido por este informe, el Comité adoptó los siguientes documentos que han sido remitidos a la Asamblea General de la OEA para su debido conocimiento y consideración:

- *Declaración de Principios interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos* formula un conjunto de propuestas que buscan vincular los avances en la neurociencia y las neurotecnologías a las medidas de protección en el ámbito de los derechos humanos, tales como la dignidad, la identidad, el derecho a la privacidad e intimidad, la salud física y mental, así como la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros.
- *Declaración de Principios interamericanos sobre creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro*, informe que tiene por objeto facilitar el ciclo de vida de dichas entidades en función de los estándares y buenas prácticas, tanto nacionales como internacionales, incluyendo las legislaciones pertinentes de los Estados miembros de la OEA. El trabajo del CJI sistematiza, actualiza y consolida los estándares desarrollados en la región por medio de un exhaustivo estudio que se refleja en los comentarios de cada principio.
- *Informe sobre la educación primaria obligatoria* insta a los Estados miembros de la OEA a asegurar el pleno goce de la educación primaria y consolidar el carácter gratuito, obligatorio y universal, de este “derecho humano fundamental”. La resolución del CJI que aprueba el informe recomienda, además, buscar alternativas que permitan prestar asistencia técnica y financiera a aquellos Estados que enfrentan problemas en su implementación.
- *La Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional para las Américas* recomienda mecanismos tendientes a hacer más efectivos los procedimientos de cooperación de las convenciones interamericanas vigentes por medio del uso de las tecnologías de la comunicación y de la información.
- El informe sobre “*La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones*” contiene recomendaciones y buenas prácticas que instan a los legisladores y jueces a garantizar equilibrios en los contratos, en un contexto en que el derecho internacional privado está llamado a proteger a la parte débil. Se ofrecen fórmulas variadas frente a contratos que excluyen el régimen autonomista, entre las cuales podemos destacar: la regulación de la competencia desleal; el

respeto del orden público y del principio de la igualdad de las partes ante la ley; la exclusión de cláusulas abusivas o de aquellas que no sean libremente consentidas por todas las partes; y el uso de los principios de UNIDROIT.

El CJI incorporó seis nuevos temas en su agenda, a saber : “implicaciones jurídicas del aumento del nivel del mar en el contexto regional interamericano”; “la responsabilidad de las empresas productoras y comercializadoras de armas en el campo de los derechos humanos”; “la actualización de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública de 2020”, el “Impacto de las tecnologías basadas en inteligencia artificial en los derechos humanos, con especial enfoque en niños, niñas y adolescentes”; la “aproximación al nuevo derecho del espacio ultraterrestre” y, el “reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros”. Los últimos tres corresponden a iniciativas de los miembros del Comité. Al finalizar su Sesión Extraordinaria de diciembre de 2023, la agenda del Comité quedó compuesta de doce 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 2023 ha sido aprobado en su redacción por el doctor José Antonio Moreno Rodríguez 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 Río 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 Río de Janeiro, mediante resolución XXVI. Se determinó además que el Comité Jurídico Interamericano tuviera su sede en la ciudad de Río 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 Río 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. Centésimo segundo período ordinario de sesiones

El 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano se entre el 6 y el 10 de marzo de 2023 en su sede en Rio de Janeiro, Brasil.

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

- Martha del Carmen Luna Véliz (Panamá)
- Eric P. Rudge (Suriname)
- George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil)
- José Luis Moreno Guerra (Ecuador)
- Alejandro Alday González (México)
- Julio José Rojas Báez (República Dominicana)
- José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)
- Luis García-Corrochano Moyano (Perú)
- Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguay)
- Ramiro Gastón Orias Arredondo (Bolivia)

No estuvo presente el doctor Stephen Larson (Estados Unidos) quien por razones personales no pudo viajar a Brasil.

El Presidente dio la bienvenida a todos y saludó la presencia de los dos nuevos integrantes del Comité Jurídico, doctores Julio José Rojas Báez (República Dominicana) y Alejandro Alday González (México), quienes fueron elegidos por la Asamblea General en su Quincuagésimo Segundo Período Ordinario de sesiones, celebrado en octubre de 2022, por un mandato de 4 años. Además de saludar la reelección del doctor George Bandeira Galindo (Brasil).

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

Durante el 102º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí el siguiente temario aprobado el 9 de agosto de 2022, mediante la resolución CJI/RES. 276 (CI-O/22) “Temario para el centésimo segundo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”:

CJI/RES. 276 (CI-O/22)**TEMARIO PARA EL CENTÉSIMO SEGUNDO
PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL
COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(Rio de Janeiro, Brasil, 6 al 10 de marzo de 2023)

Temas en consideración:

1. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
2. Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras
Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
3. 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
4. Desarrollo de directrices interamericanas sobre la participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción
Relator: Dr. Ramiro Orias Arredondo
5. Desarrollo de estándares internacionales sobre neuro derechos
Relator: Dr. Ramiro Orias Arredondo
6. Derecho a la educación
Relator: Dr. Eric P. Rudge
7. Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil
Relatora: Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre
8. Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica internacional
Relatora: Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre
9. La excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano
Relator: Dr. Luis García-Corrochano Moyano
10. La inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
11. Los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la OEA y las relaciones entre los Estados miembros
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
12. El fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación
Relatora: Dra. Martha del Carmen Luna Véliz

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 9 de agosto de 2022, por los siguientes miembros: doctores José Luis Moreno Guerra, José Antonio Moreno Rodríguez, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Ramiro Gastón Orias Arredondo, Martha del Carmen Luna Véliz, Mariana Salazar Albornoz, Eric P. Rudge y George Rodrigo Bandeira Galindo.

* * *

Cabe señalar que la determinación de las “Fechas y sede del centésimo segundo y centésimo tercero períodos ordinarios de sesiones del Comité Jurídico Interamericano” fue realizada el 5 de agosto de 2022, mediante resolución CJI/RES. 273 (CI-O/22):

CJI/RES. 273 (CI-O/22)**FECHAS Y SEDES DEL CENTÉSIMO SEGUNDO Y CENTÉSIMO TERCERO 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 Río de Janeiro, Brasil;

RESUELVE celebrar su 102° período ordinario de sesiones del 6 al 10 de marzo de 2023 y su 103° período de sesiones del 2 al 11 de agosto de 2023 en su sede, en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 5 de agosto de 2022, por los siguientes miembros: doctores José Luis Moreno Guerra, Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Ramiro Gastón Orias Arredondo, Martha del Carmen Luna Véliz, Mariana Salazar Alborno, Eric P. Rudge y George Rodrigo Bandeira Galindo.

* * *

En la ocasión, el pleno adoptó una resolución que rinde homenaje póstumo al doctor Eduardo Vío Grossi, quien fuera miembro del Comité entre 1992 y 2007 y falleciera en diciembre de 2022:

CJI/RES. 280 (CII-O/23)**HOMENAJE A LA MEMORIA DEL DOCTOR EDUARDO VIO GROSSI**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSTERNADO con el sensible fallecimiento del doctor Eduardo Vio Grossi, distinguido jurista, profesor y juez chileno, ocurrido en Santiago (Chile) el 3 diciembre de 2022;

CONSIDERANDO su eminente trayectoria al servicio de su país, Chile, en donde fungió como asesor jurídico de la Cancillería y del sistema interamericano, habiendo sido juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como su brillante desempeño en el seno del Comité Jurídico Interamericano entre 1992 y 2007, donde ejerció la Presidencia con habilidad y ponderación, manifestando sus dotes de jurista y capacidad diplomática;

HABIÉNDOSE ganado el respeto y aprecio de los miembros del Comité Jurídico Interamericano por su sabiduría, vocación, compromiso y apego a las normas del derecho internacional,

RESUELVE:

1. Expresar su más sentido homenaje y reconocimiento a la memoria del doctor Eduardo Vio Grossi.
2. Transmitir la presente resolución como forma de expresión de condolencias del Comité Jurídico Interamericano al Gobierno de Chile y a la familia del doctor Eduardo Vio Grossi.

La presente resolución fue aprobada por aclamación en la sesión ordinaria celebrada el 10 de marzo de 2023, por los siguientes miembros: doctores, Eric P. Rudge, George Rodrigo Bandeira Galindo, José Luis Moreno Guerra, Alejandro Alday González, Julio José Rojas Báez, José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Cecilia Fresnedo de Aguirre y Ramiro Gastón Orias Arredondo.

* * *

B. Centésimo tercer período ordinario de sesiones

El 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano tuvo lugar entre el 2 y el 11 de agosto de 2023 en su sede en Rio de Janeiro, Brasil.

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:

- Martha del Carmen Luna Véliz (Panamá)
- George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil)
- Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguay)
- Julio José Rojas Báez (República Dominicana)
- José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)
- Ramiro Gastón Orias Arredondo (Bolivia)
- Eric P. Rudge (Suriname)
- Alejandro Alday González (México)
- José Luis Moreno Guerra (Ecuador)
- Luis García-Corrochano Moyano (Perú)

No estuvo presente el doctor Stephen Larson (Estados Unidos) quien por razones personales no pudo viajar a Brasil.

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.

Durante el 103º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí la siguiente agenda, aprobada el 10 de marzo de 2023, mediante resolución “Temario para el centésimo tercer período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”, resolución CJI/RES. 278 (CII-O/23):

CJI/RES. 278 (CII-O/23)

TEMARIO PARA EL CENTÉSIMO TERCER PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

(Rio de Janeiro, Brasil – 2 al 11 de agosto de 2023)

Temas en consideración:

1. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo

2. Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras
Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
3. Desarrollo de directrices interamericanas sobre la participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción
Relator: Dr. Ramiro Gastón Orias Arredondo
4. Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil
Relatora: Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre
5. Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica internacional
Relatora: Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre
6. La excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano
Relator: Dr. Luis García-Corrochano Moyano
7. Los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la Organización de los Estados Americanos y las relaciones entre los Estados miembros
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
8. El fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación
Relatora: Dra. Martha del Carmen Luna Véliz
9. Implicaciones jurídicas del aumento del nivel del mar en el contexto regional interamericano
Relator: Dr. Julio José Rojas-Báez
10. La responsabilidad de las empresas productoras y comercializadoras de armas en el campo de los derechos humanos
Relator: Dr. Alejandro Alday González
11. Aproximación al nuevo derecho del espacio ultraterrestre
Relator: Dr. José Luis Moreno Guerra

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 10 de marzo de 2023, por los siguientes miembros: doctores Eric P. Rudge, George Rodrigo Bandeira Galindo, José Luis Moreno Guerra, Alejandro Alday González, Julio José Rojas Báez, José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Cecilia Fresnedo de Aguirre y Ramiro Gastón Orias Arredondo.

* * *

Durante el período ordinario de sesiones bajo estudio, el Comité el Comité rindió tributo a la memoria del doctor João Clemente Baena Soares, quien fuera su presidente y falleciera en junio del presente (CJI/RES. 285 (CIII-O/23).

También se realizó un homenaje al doctor Baena Soares durante la clausura del XLVIII Curso de Derecho Internacional, a cargo del Secretario de Asuntos Jurídicos, doctor Jean-Michel Arrighi, y del Vicepresidente del CJI, el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo.

CJI/RES. 285 (CIII-O/23)

HOMENAJE AL DOCTOR JOÃO CLEMENTE BAENA SOARES

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSTERNADO con el sensible fallecimiento del doctor João Clemente Baena Soares, distinguido diplomático, jurista y ex Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el día 7 de junio de 2023 en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil;

RESALTANDO su impresionante carrera diplomática habiendo servido a su país como Embajador en diferentes destinos, llegando a ocupar el cargo de Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil. En el ámbito internacional, fue electo Secretario General de la OEA por dos períodos consecutivos (1984-1994). Fue además miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas y del Comité Jurídico Interamericano, en donde llegó a ejercer las funciones de Vicepresidente y Presidente de este órgano y que en dicha calidad representó al Comité en diversos foros internacionales.

CONSCIENTE de la valiosa contribución prestada por el doctor João Clemente Baena Soares a los trabajos del Comité Jurídico Interamericano, habiéndose ganado el respeto y aprecio de sus miembros por su liderazgo, experiencia, compromiso y apego a las normas del derecho internacional, RESUELVE:

1. Expresar su más sentido homenaje y reconocimiento a la memoria del doctor João Clemente Baena Soares.
2. Transmitir la presente resolución como forma de expresión de condolencias del Comité Jurídico Interamericano al Gobierno de Brasil y a la familia del doctor Baena Soares.

La presente resolución fue aprobada por aclamación en la sesión ordinaria celebrada el 8 de agosto de 2023, por los siguientes miembros: doctores Martha del Carmen Luna Véliz, George Rodrigo Bandeira Galindo, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Julio José Rojas Báez, José Antonio Moreno Rodríguez, Ramiro Gastón Orias Arredondo, Eric P. Rudge, Alejandro Alday González, José Luis Moreno Guerra y Luis García-Corrochano Moyano.

* * *

C. IV período extraordinario de sesiones (12 diciembre de 2023) – sesión virtual

El 12 de diciembre de 2023, el pleno del Comité Jurídico Interamericano celebró un período extraordinario, desarrollado en forma virtual, correspondiente al IV período extraordinario de sesiones, de conformidad con el artículo 15 del Estatuto del Comité.

Cabe señalar que la convocatoria incluía el análisis de la Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras bajo la responsabilidad del doctor José Antonio Moreno Rodríguez y del informe de la doctora Cecilia Fresnedo sobre “la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas, documento CJI/doc.683/23 rev. 2. Tal que descrito en el segundo capítulo, el informe bajo la relatoría de la doctora Fresnedo de Aguirre fue adoptado, mientras que el informe presentado por el doctor Moreno Rodríguez será objeto de una revisión final para su aprobación en la sesión de marzo de 2024.

El orden de precedencia determinado mediante sorteo identificado en el primer punto del orden del día de conformidad con el artículo 28 b del “Reglamento del Comité Jurídico Interamericano” fue el siguiente:

Luis García-Corrochano Moyano	(Perú)
George Rodrigo Bandeira Galindo	(Brasil)
Ramiro Gastón Orias Arredondo	(Bolivia)
Eric P. Rudge	(Suriname)
Cecilia Fresnedo de Aguirre	(Uruguay)
Alejandro Alday González	(México)
José Antonio Moreno Rodríguez	(Paraguay)
Martha del Carmen Luna Véliz	(Panamá)
José Luis Moreno Guerra	(Ecuador)

Julio José Rojas Báez

(República Dominicana)

De igual manera, se revisó el temario para el Centésimo Cuarto período ordinario de sesiones del Comité que tendrá lugar en Ciudad de Panamá, Panamá, entre el 11 y el 15 de marzo de 2024, cuya versión final se refleja en la resolución CJI/RES. 283 rev.1:

CJI/RES. 283 (CIII-O/23) REV.1

**TEMARIO PARA EL CENTÉSIMO CUARTO
PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL
COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(Ciudad de Panamá, Panamá – 11 – 15 de marzo de 2024)

Temas en consideración:

1. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
2. Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras
Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
3. Desarrollo de directrices interamericanas sobre la participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción
Relator: Dr. Ramiro Gastón Orias Arredondo
4. La excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano
Relator: Dr. Luis García-Corrochano Moyano
5. Los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la Organización de los Estados Americanos y las relaciones entre los Estados miembros
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
6. El fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación
Relatora: Dra. Martha del Carmen Luna Véliz
7. Implicaciones jurídicas del aumento del nivel del mar en el contexto regional interamericano
Relator: Dr. Julio José Rojas Báez
8. La responsabilidad de las empresas productoras y comercializadoras de armas en el campo de los derechos humanos
Relator: Dr. Alejandro Alday González
9. Aproximación al nuevo derecho del espacio ultraterrestre
Relator: Dr. José Luis Moreno Guerra
10. Impacto de las tecnologías basadas en Inteligencia Artificial en los derechos humanos, con especial enfoque en niños, niñas y adolescentes
Relator: Dr. Ramiro Gastón Orias Arredondo
11. Actualización de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública de 2020
Relator: Dr. Luis García-Corrochano Moyano
12. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros
Relatora: Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en el período extraordinario de sesiones celebrada el 12 de diciembre de 2023, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano

Moyano, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ramiro Gastón Orias Arredondo, Eric P. Rudge, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Alejandro Alday González, José Antonio Moreno Rodríguez, Martha del Carmen Luna Véliz, José Luis Moreno Guerra y Julio José Rojas-Báez.

* * *

Elecciones de presidente y vicepresidente

Se debe indicar que el viernes 11 de agosto de 2023, el CJI eligió a sus nuevas autoridades, siendo electos el doctor George Bandeira Galindo (Brasil) como Presidente y la doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguay) como Vicepresidenta. Ambos tomarán posesión de sus respectivos cargos el 1 de enero de 2024, por un período de dos años.

* * *

CAPÍTULO II

**TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
DURANTE SUS PERÍODOS DE SESIONES
DEL AÑO 2023**

TEMAS EN CONSIDERACIÓN

A continuación, se presentan los desarrollos en torno a los temas abordados por el Comité durante el año 2023, incluyendo de ser el caso, los documentos elaborados y aprobados por el Comité Jurídico Interamericano.

* * *

1. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano

Documento

CJI/doc.688/23 rev.1 Quinto informe sobre 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 elación 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 (Nicaragua contra los Estados Unidos de América); la controversia fronteriza (Burkina Faso contra la República de Malí) que trae a colación el tema del *uti possidetis*; la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica contra Nicaragua), por medio de la cual la Corte hace una presunción de existencia de una costumbre a favor de Costa Rica, derecho a la pesca de subsistencia de los ribereños del río San Juan, por ende inversa la carga de la prueba respecto a los casos de asilo.

El doctor Luis García Corrochano se refirió a las costumbres regionales y las costumbres bilaterales y el tipo de prueba que se exige en cada caso (probar la costumbre y luego la reivindicación en particular).

La doctora Salazar congratuló al relator por la metodología utilizada y por haber integrado las opiniones disidentes o separadas de magistrados. Consultó al relator si la costumbre regional impondría

requisitos más estrictos para la expresión de la voluntad de los Estados, como se refleja en los primeros casos de la Corte, tendencia que parece haber sido revertida en la última decisión citada en su informe respecto a los casos en que hay aquiescencia de una norma. Finalmente, solicitó al relator si tiene la intención de hacer un listado de normas que son costumbre regional en las Américas, lo cual estimó sería aconsejable y útil. El relator explicó que el cambio de posición de la Corte debería ser investigado con mayor profundidad. En relación a la clasificación, sea esta regional o particular, solicitó mayor tiempo para su reflexión. Sugirió ver la posibilidad de incluir la diferenciación entre reglas primarias y secundarias; o tal vez identificar cómo la norma surge y luego ver si valdría la pena analizar algunas materias que constituyen costumbre regional.

El doctor Milenko Bertrand instó al relator a desarrollar un listado de áreas particulares en donde existe de nuestros días una costumbre, más allá del sistema latinoamericano (e incluso en la región que incluya al Caribe). Propuesta que recibió el apoyo del doctor Eric Rudge, quien estimó importante incluir las prácticas de toda la región.

El doctor José Moreno solicitó al relator sobre la elaboración de un listado que pudiera tener en cuenta el tema de las inversiones.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, agradeció al relator por su trabajo, y le invitó a tomar el tiempo necesario para avanzar su reflexión.

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

Durante el 98º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, abril, 2021), el relator del tema, doctor George Rodrigo Bandeira Galindo, presentó el documento intitulado “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".¹

¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Actividades militares em Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*. Fondo, Sentencia, Informes, CIJ. 1986, p. 14.

- 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 trabajos 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.

Durante el 100° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, mayo, 2022), el relator del tema, doctor George Bandeira Galindo, presentó el “Cuarto informe sobre el Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano” documento CJI/doc.663/22, texto que consolida los informes anteriores, sometiendo consideraciones adicionales, cuyo objeto original era realizar un análisis de casos de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (aunque el tratamiento sea más bien de manera incidental).

Agradeció el encuentro con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA que le permitió aclarar consideraciones terminológicas y de fondo.

Explicó que esta versión incluye un análisis doctrinal, en un contexto en que los casos jurisprudenciales influyen la doctrina. Si bien en un primer momento la doctrina se ve influenciada por opciones teóricas, en el siglo actual es posible constatar un distanciamiento en que los autores tienden a buscar una aplicación práctica y dinámica a estos temas, que le permiten observar potencialidades respecto de la costumbre particular (que no sean consideradas como actos de los Estados, pero que podría conformarse por parte de los individuos). El reconocimiento de la costumbre particular proviene principalmente de la Corte Internacional de Justicia, en particular su visión sobre la carga de la prueba que en el pasado impuso una regla estricta de la identificación de la norma que implica verificar que los Estados la aceptan. En los casos más recientes, es posible constatar que el criterio sobre la carga de la

prueba se ha ido flexibilizando. Al respecto, una decisión reciente de 2022, caso de Nicaragua contra Colombia sobre la pesca artesanal dejó claro que la carga de la prueba puede ser flexible.

Desde el punto de vista de la metodología a seguir, el relator del tema consideró pertinente consultar la práctica de los Estados para obtener sus comentarios, sin pasar por un cuestionario; ello le permitiría contar con las tres dimensiones en su informe. Solicitó al pleno su opinión sobre la pertinencia de distribuirlo entre los Estados miembros de la OEA.

El doctor José Moreno Rodríguez agradeció al doctor Galindo por el desarrollo de este tema. Le consultó si había percibido un conflicto en los informes sobre la fragmentación de la Comisión de Derecho Internacional. Adicionalmente, le preguntó si hay otros temas que podrían servir para avanzar en la materia. Para el relator del tema, se produce una posición contradictoria en relación a la costumbre regional. En el informe de la CDI sobre la identificación de normas consuetudinarias no hubo una apertura, manteniendo la aplicación restricta, sin estar en sintonía con lo que la Corte había manifestado, que en este tema había tomado decisiones avanzadas.

Al respecto, el relator del tema explicó que su estudio no tiene por finalidad responder a cuestiones prácticas. Es un estudio meramente instrumental que podría servir y tener repercusiones prácticas para el futuro. Ello responde a la necesidad del CJI de pronunciarse sobre cuestiones que tienen conexión o que son propias con el continente. Sin embargo, espera que pueda estimular cuestiones prácticas e importantes para el sistema interamericano.

Asimismo, el doctor Moreno Rodríguez solicitó pensar en una reunión con los asesores jurídicos de las cancillerías respecto de los varios temas en la agenda del CJI.

El relator del tema apoyó la idea, pero como una primera etapa manifestó su interés en distribuir el documento a los Estados, y en función de ello, contemplar en una siguiente etapa la idea de organizar una reunión virtual con asesores jurídicos.

La doctora Mariana Salazar invitó al relator a trabajar en la versión final del mismo para la siguiente sesión, y le consultó si habría alguna forma de difundir su informe o actividades con los Estados una vez que sea sometido a consultas.

El doctor Eric Rudge agradeció, felicitó al relator y le consultó sobre sus expectativas en relación a la consulta con los Estados, manifestando la mala experiencia que el mismo había tenido a título de relator del tema del derecho a la educación. Para el relator sería muy interesante contar con las posiciones de los Estados, puesto que es consciente de que en el pasado ya se han pronunciado en otros foros, citando al respeto los comentarios que se hicieron ante la CDI cuanto se trataron de estos temas.

El Presidente se unió a los agradecimientos frente a estos avances del trabajo, y constató que deben elucidarse los criterios de la práctica general y particular, puesto que son diferentes.

El doctor Arrighi propuso una reflexión en relación a lo que plantea la desvinculación de un país de la OEA, a saber, si dicho país queda sujeto al sistema interamericano por medio de otro tipo de fuentes. Ello es algo que podría ayudar a concretizar el informe del doctor George Galindo.

El relator explicó que la respuesta de los Estados podría precisamente clarificar las consultas del doctor Arrighi.

El doctor Ramiro Orias, además de agradecerle al relator, le consultó si había investigado la práctica al interior de los organismos internacionales.

El relator respondió que no había consagrado estudios en dichos foros, pero que podría buscar la experiencia de la OEA. En todos los casos es algo que implicaría investigar si la organización internacional es un foro que trata de la costumbre particular, para saber, acto seguido, si se ha conformado una norma en su seno.

El doctor José Luis Moreno Guerra manifestó su aprecio al trabajo del relator, y en seguimiento a la consulta del doctor Arrighi, reflexionó sobre la actitud de los Estados que firman un tratado sin

ratificarlo y si ello pudiera ser asimilado a la situación de los Estados que se desvinculan de un tratado, y por ende crear una obligación de no ejecutar acciones que vayan en contra del tratado.

Al respecto, el relator del tema estimó muy pertinente lo dicho, junto a lo propuesto por el doctor Arrighi, temas que podrían ser objeto de reflexión con los Estados.

El relator del tema propuso que se enviara el documento para la opinión y comentarios de los Estados, otorgando como plazo para julio, con la posibilidad de extensión.

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (agosto, 2022), el relator del tema, doctor George Galindo Bandeira, presentó un informe verbal teniendo en cuenta que el tema se encuentra pendiente de comentarios por parte de los Estados. Explicó haber recibido únicamente comentarios por parte de El Salvador; mientras que Costa Rica y Paraguay han pedido tiempo adicional.

Frente a esta situación, el relator del tema propuso enviar un recordatorio a los Estados imponiendo como fecha límite para su remisión el 15 de enero de 2023. Se comprometió a presentar un nuevo informe para la próxima sesión del Comité el cual incorporaría todos los comentarios que le sean presentados y en la medida que sea elegido por la Asamblea General. Explicó que no se trata de un cuestionario o encuesta, sino que la solicitud a los Estados consiste en obtener comentarios generales con el objeto de conocer la práctica en la materia.

El doctor José Moreno instó a los miembros del Comité a insistir con sus respectivas cancillerías para responder al mismo.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (marzo, 2023), el relator del tema, doctor George Galindo Bandeira, presentó el documento “Quinto informe sobre derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano”, documento CJI/doc.688/23 rev.1.

Explicó que desde su origen su intención como relator ha sido presentar el tema en torno a tres consideraciones: la jurisprudencia, la doctrina y la práctica de los Estados, habiéndose o hecho un análisis en relación a los primeros dos temas, hasta el momento.

Advirtió que el envío del cuarto informe a los Estados no fue muy fructífero puesto no todos los Estados no respondieron sino que algunos no contribuyeron de manera concreta.

En este contexto, esta nueva versión incorpora las respuestas entregadas pero además incluye desarrollos tanto mundiales como hemisféricos sobre cuestiones de índole metodológico respecto del tema. Al respecto, la última sección alude a la práctica de los Estados latinoamericanos. Sin embargo, frente a la falta de respuesta en torno a la cuestión de la práctica de los Estados, estimó pertinente la elaboración de un cuestionario con preguntas concretas.

Acto seguido dio lectura a las preguntas que se propone realizar, las cuales serían incorporadas como anexo a su documento.

El relator es consciente que no todos los Estados responderán al cuestionario, pero esta nueva consulta es importante para contar con una mejor visión sobre la práctica de los Estados.

El relator explicó también haber actualizado algunas de las secciones de su trabajo, refiriéndose en particular a desarrollos jurisprudenciales internacionales recientes; una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reelección y dos casos arbitrales en que se discute la existencia de una costumbre regional. La contemporaneidad de estos nuevos casos demuestra el carácter significativo que el tema ha retomado. Por ello es esencial tener una idea más precisa sobre las opiniones de los Estados.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció el aporte del relator, pero solicitó tiempo adicional para revisar el cuestionario para asegurarse que los Estados puedan responder de manera concreta. Debido a la enorme variedad y movilidad de este tema, que en algunos casos presenta “finales inesperados”, la costumbre impone desafíos que implican precisarla en un tiempo determinado. El relator coincide sobre el carácter “explosivo” de ciertas preguntas, pero al mismo tiempo comprende que algunos Estados pueden

estar interesados en responder. Hay Estados miembros de la OEA que han estado involucrados en acciones ante tribunales internacionales en la materia. El contar con un mayor número de respuestas otorgará mayor utilidad para los mismos Estados, incluso si no se contesta a todas las preguntas.

El doctor Ramiro Orias constató que el trabajo presentado hasta el momento dispone de las bases para una publicación que puede orientar a las Cancillerías y Tribunales internacionales. Por ende, se le debería dar la mayor difusión.

El doctor Julio Rojas-Báez apoyó la iniciativa del relator de identificar la practica debido a la importancia de contar con reglas claras, que permitan en particular conocer los mecanismos o elementos para determinar la doctrina.

El Presidente coincidió con el doctor Ramiro Orias sobre el valor incalculable del estado actual del trabajo. En relación con la falta de respuesta invitó a los miembros a realizar el seguimiento directo con sus propias cancillerías. Una opción alterna sería reunir a un grupo de cancillerías en un foro o seminario. Al respecto, propuso que este tema sea uno de los temas a tratar con los Asesores Jurídicos en la próxima sesión conjunta y que los mismos estén al tanto de su tratamiento con antelación a dicha reunión. Recomendó que las respuestas que se presenten en su tema sobre arbitraje puedan ser incluidas en el trabajo del relator.

El relator sugirió revisar las preguntas con la Secretaría del Comité, y retomar la revisión de las mismas en los próximos días.

A la luz de la revisión efectuada, el relator explicó haber reducido el número a cinco preguntas, solicitando al final comentarios adicionales a los Estados. En relación al plazo para los Estados manifestó no sentirse apresurado, considerando pertinente conseguir las respuestas para el mes de julio del presente año.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció la nueva propuesta, más genérica, y sugirió precisar la segunda pregunta con el fin de modificar la referencia al verbo aceptar por “adoptar”, todo lo cual fue acordado.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (agosto, 2023), el tema no fue objeto de análisis en el seno del Comité, sin embargo su relator, doctor George Galindo Bandeira, realizó una presentación en el marco de la IX Reunión Conjunta del CJI con los Consultores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Externas de los Estados miembros de la OEA. En la ocasión expuso la motivación de este tema que busca aclarar cómo las normas consuetudinarias surgen en el contexto hemisférico, identificando la norma consuetudinaria regional. Los informes están estructurados en tres ejes:

- El primero revela la forma en que los tribunales internacionales comprenden este tema, en particular la Corte Internacional de Justicia bajo la perspectiva del derecho regional;
- El segundo eje refiere a la forma en que la doctrina ha desarrollado el tema;
- El tercero tiene relación con la práctica de los Estados (el entendimiento de los Estados en su práctica frente a este tipo específico de la costumbre).

Desde el punto metodológico, en un primer momento se compartió con los Estados el informe preparado con el fin de conseguir comentarios y más recientemente se ha distribuido un cuestionario a los Estados con preguntas concretas. Al respecto, invitó a quienes no lo han hecho a responder al mismo, en particular aquellas preguntas sobre la práctica de los Estados.

Según lo acordado por el Comité, se solicitó a la Secretaría Técnica enviar el cuestionario a los Estados Miembros que aún no han respondido, con la solicitud de responderlo antes del 1 de diciembre de 2023.

A continuación, se reproduce el documento presentado por el relator del tema, doctor George Rodrigo Bandeira Galindo, en la sesión de marzo de 2023, celebrada en Rio de Janeiro:

CJI/doc.688/23 rev.1.

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

(Presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo)

PARTE I - INTRODUCCIÓN

En su 95° 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 96° período ordinario de sesiones, celebrado en Rio de Janeiro del 2 al 6 de marzo de 2020, presenté mi primer informe.

En esa oportunidad 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).

El tema no se abordó en el 97° período ordinario de sesiones, realizado en Rio de Janeiro del 3 al 7 de agosto de 2020.

En el 98° 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 en las que no había ninguna referencia explícita 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.

Posteriormente, en el 99° período ordinario de sesiones, celebrado en Rio de Janeiro del 2 al 11 de agosto de 2021, también de manera virtual, presenté mi tercer informe sobre el tema. En esa oportunidad inicié el análisis de la doctrina especializada sobre la costumbre particular, prestando especial atención a las obras cuyo principal objeto de investigación es la costumbre particular en sus diversas formas (bilateral, local o regional).

En tal sesión, se realizó la VIII Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA. En esa ocasión, diversos representantes de los Estados formularon comentarios sobre el tema que nos ocupa y aportaron elementos imprescindibles para abordar mejor los asuntos tratados.

En mi cuarto informe, presentado durante el 100° período ordinario de sesiones, celebrado en Lima del 2 al 6 de mayo de 2022, concluí el análisis de la doctrina sobre la materia. Durante ese mismo período de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano decidió enviar el cuarto informe, en el que también se consolidaron los informes anteriores, a los Estados Miembros para sus comentarios.

En el 101° período ordinario de sesiones, celebrado en Río de Janeiro del 1 al 10 de agosto de 2022, no se abordó el tema, a fin de esperar los comentarios de los Estados Miembros.

Este informe presenta y analiza los comentarios recibidos y la escasa práctica de los Estados americanos en este tema, actualiza el análisis sobre las decisiones de los tribunales internacionales, consolida los informes anteriores y propone un cuestionario para ser presentado a los Estados Miembros de la OEA.

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 fin 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 no solo de importante baliza interpretativa 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 individuales².

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 tercer informe inicié un análisis de la doctrina especializada en la materia. Observé que los escritos especializados giran constantemente en torno a los temas tratados en la jurisprudencia internacional. Además, los primeros escritos que trataban el asunto de una manera más profunda lo inserían en un debate mayor, que oponía las perspectivas voluntaristas y no voluntaristas en el derecho internacional.

En mi cuarto informe, finalicé el análisis de la doctrina sobre el tema, no solamente con las obras más antiguas sobre la materia, sino también con las más recientes, que han ido cambiando paulatinamente el enfoque del debate doctrinal anterior. También he tratado de presentar el enfoque dado por la Comisión de Derecho Internacional a la materia en al menos dos temas que han integrado su temario en los últimos años.

Una vez concluido el análisis de los casos juzgados y el debate doctrinal, consideré que sería productivo profundizar en la práctica de los Estados del continente americano en relación con el derecho internacional consuetudinario particular. Con miras a alcanzar ese objetivo, propuse que el cuarto informe (así como los informes precedentes que pueden complementarlo) se presentara a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos para que formularan sus observaciones. Pocos Estados presentaron comentarios y aún menos ofrecieron consideraciones de fondo sobre el tema. Busqué elementos de la práctica estatal en la mencionada VIII Reunión Conjunta

² Como lo reconociera incluso la Corte Internacional de Justicia en *International Court of Justice. Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1987, p. 18.

con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA, en los pronunciamientos de los Estados ante la VI Comisión de las Naciones Unidas y en las observaciones presentadas a la Comisión de Derecho Internacional cuando el tema del derecho internacional consuetudinario particular fue considerado en esos órganos. Aun así, la práctica estatal recopilada resultó ser bastante insuficiente.

Teniendo en cuenta que el presente estudio pretende integrar la perspectiva judicial y doctrinal con la perspectiva estatal sobre el derecho internacional consuetudinario particular, es conveniente que se responda a un cuestionario que se enviará a los Estados Miembros de la OEA. Sólo con tales respuestas será posible tener una visión más precisa del derecho internacional consuetudinario particular en las Américas. El presente informe contiene un anexo con una propuesta de cuestionario que incluye diez preguntas.

PARTE II - LA PRÁCTICA JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia que se refieren explícitamente al derecho consuetudinario particular (y opiniones individuales relacionadas con ellas)

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”³.

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 consuetudinaria⁴.

³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 276 - 277.

⁴ *Ibidem*, p. 277.

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 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 particular⁵.

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 consuetudinaria⁶.

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 problema 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 correlación⁷.

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

⁵ *Ibidem*, p. 277 - 278.

⁶ *Ibidem*, p. 285.

⁷ *Ibidem*, p. 294.

explica si estarían dotados de algún grado de juridicidad y, por lo tanto, si serían obligatorios en el contexto latinoamericano⁸.

Otros integrantes de la Corte, como el magistrado Read, afirman expresamente que, aunque Colombia no probó que existiera un derecho unilateral a la calificación y un derecho al salvo conducto basados en el derecho consuetudinario, es indudable que el asilo diplomático constituye una costumbre internacional. Esa 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 otra⁹.

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 costumbre¹⁰.

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 caso¹¹.

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 Estados¹².

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 debidamente explicado 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 conclusión¹³.

⁸ *Ibidem*, p. 295.

⁹ *Ibidem*, p. 321.

¹⁰ *Ibidem*, p. 338.

¹¹ 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.

¹² *Ibidem*, p. 199 - 200.

¹³ *Ibidem*, p. 200.

En cuanto al segundo período, que comienza con el Convenio de 1937 entre Francia y el Reino Unido¹⁴, la Corte analizó la correspondencia diplomática entre Francia y Estados Unidos a fin 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 marroquíes¹⁵.

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 consular¹⁶.

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 comprobar 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 India¹⁷.

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 ambos”¹⁸.

¹⁴ 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 tenerlos. Eso incidiría en los derechos de Estados Unidos, ya que dicho país no podría alegar la aplicación del principio.

¹⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, *op. cit.*, p. 200 y 201.

¹⁶ *Ibidem*, p. 219 - 221.

¹⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, ICJ: Reports 1960, p. 37.

¹⁸ *Ibidem*, p. 37.

La CIJ confirmó, 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, habría habido 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 cambio de régimen cuando la India se independizó¹⁹.

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 derecho²⁰, porque en esas hipótesis Portugal siempre tendría 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”²¹.

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 constanciarse en cualquier norma, sea convencional o consuetudinaria. Tampoco resulta claro por qué, al comprobar 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 la sentencia niega la existencia de una costumbre local, en el caso de las últimas hipótesis surgen dos elementos importantes del fallo: 1) la Corte hace un análisis de la práctica mucho más detallado que en la primera hipótesis del mismo caso 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 procura comprender la forma en que los tratados pueden dar origen a la práctica entre Estados. De este modo, aunque no se haya encontrado una práctica suficiente para constanciar 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

¹⁹ *Ibidem*, p. 40.

²⁰ *Ibidem*, p. 40 - 41.

²¹ *Ibidem*, p. 40.

específicos de los Estados. Esta práctica particular debe prevalecer sobre cualquier regla general”²².

Al respecto, subsiste la duda de si la prevalencia de la práctica particular sobre las reglas generales constituye un principio o se aplica solo a este caso concreto, en vista de 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 consuetudinaria²³.

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”²⁴.

El magistrado Armand-Ugon vincula el principio de la efectividad a la constitución de la norma consuetudinaria local y afirma que la práctica efectiva del paso generaría el propio derecho de paso²⁵.

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 tanto en un tratado como en la costumbre, en principios y en la doctrina al mismo tiempo, sería incongruente²⁶. 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 local²⁷.

Según el magistrado Percy Spender, el tratado influyó en el proceso de formación de la norma consuetudinaria local²⁸.

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”²⁹.

Es importante señalar que Fernandes aborda la cuestión de la prevalencia del *jus cogens* sobre las reglas especiales³⁰. No obstante, no desarrolla en medida suficiente el argumento relativo a la contraposición entre las normas obligatorias de derecho internacional y la costumbre particular.

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

²² *Ibidem*, p. 44.

²³ *Ibidem*, p. 60.

²⁴ *Ibidem*, p. 54.

²⁵ *Ibidem*, p. 82 - 83.

²⁶ *Ibidem*, p. 90.

²⁷ *Ibidem*, p. 95.

²⁸ *Ibidem*, p. 106.

²⁹ *Ibidem*, p. 134.

³⁰ *Ibidem*, p. 135.

(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”³¹.

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 armado³².

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 regional³³, 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 general”³⁴.

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 que existía en América Latina ni crearlo, sino reconocer una norma consuetudinaria preexistente de carácter general³⁵.

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

³¹ 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.

³² *Ibidem*, p. 105.

³³ *Ibidem*, p. 104 - 105.

³⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 565.

³⁵ *Ibidem*, p. 566.

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 regional³⁶. 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 fluvial³⁷.

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 ambiente”

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 acerca de la prueba del derecho internacional consuetudinario particular. Es importante señalar que la Comisión de Derecho Internacional no notó ese cambio, puesto que, en los comentarios sobre las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, cita el *Caso*

³⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 233.

³⁷ Véase, por ejemplo, BARBERIS, Julio. Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Tomo 235, 1992, p. 176-184.

relativo al derecho de asilo en la parte sobre la prueba de la costumbre particular sin referirse al desarrollo posterior de la jurisprudencia³⁸.

Entre las voces disidentes, el único magistrado de la Corte 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 elemento temporal, 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 costumbre³⁹.

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 costumbre⁴⁰.

2.1.7 *Caso de las presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe*

Hace poco tiempo, la Corte volvió a pronunciarse sobre la existencia de una costumbre particular también relacionada con la pesca artesanal en el *Caso de las presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe* (Nicaragua vs. Colombia), Sentencia de 21 de abril de 2022). En concreto, Colombia solicitó el reconocimiento del derecho a la pesca artesanal en áreas que posteriormente pasaron a formar parte de la zona económica exclusiva de Nicaragua.

A diferencia del caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos, la Corte determinó explícitamente que la carga de la prueba recaía sobre Colombia en la medida en que alegaba la existencia de una costumbre local⁴¹.

Aunque Colombia presentó once declaraciones juradas (affidávits) de habitantes del Archipiélago de San Andrés, la Corte no las consideró como pruebas definitivas para la identificación de la norma consuetudinaria local. La razón principal fue que no todas las declaraciones juradas fueron precisas en cuanto al periodo de tiempo durante el cual se llevó a cabo la pesca artesanal. Algunas declaraciones señalaban los años 1980 y 1990, pero este periodo de tiempo no se consideró suficiente para caracterizar una norma consuetudinaria internacional local⁴².

La Corte reconoció, citando específicamente el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*, la necesidad de flexibilidad al considerar el valor probatorio de las declaraciones en vista del hecho de que la pesca tradicional que se alegaba había tenido lugar durante décadas podría no haber sido documentada de manera formal u oficial. Sin embargo, consideró que las once declaraciones juradas no demostraban una práctica de pesca artesanal establecida desde hacía mucho tiempo⁴³.

La Corte no proporciona una referencia o un parámetro cuantitativo para determinar una práctica establecida desde hace mucho tiempo. En una declaración jurada individual, la jueza Xue

³⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*. A/73/10, p. 169 - 170. Se encuentra en:

<https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>.

³⁹ *Ibidem*, p. 279 - 280.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 291.

⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso de las presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe* (Nicaragua v. Colombia), Sentencia del 21 de abril de 2022, párrafo 214.

⁴² *Ídem*, párrafos 219-220.

⁴³ *Ibidem*, párrafos 221.

aborda este punto y sostiene que la práctica debe ser “lo suficientemente larga como para reflejar la existencia” de una tradición y una cultura de apoyo a la pesca artesanal⁴⁴. Tal consideración no hace sino demostrar que el criterio para evaluar el requisito temporal se mantiene en un grado de subjetividad muy elevado.

En la sentencia, el argumento sobre la costumbre local se combina con el análisis del punto sobre si Nicaragua reconoció unilateralmente el derecho a la pesca artesanal. Tras analizar elementos de la práctica tanto de Colombia como de Nicaragua, la Corte dictaminó en sentido negativo sobre el asunto⁴⁵.

Aunque el caso puede entenderse como una atenuación de la postura adoptada por la propia Corte en la *Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*- en la medida en que la carga de la prueba recae directamente en la parte que alegaba la norma consuetudinaria internacional concreta, como en el *Caso del Asilo*-, se refuerza tanto la importancia del papel de la carga de la prueba en la controversia como la posibilidad de que se pueda relativizar en determinadas circunstancias.

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 partes⁴⁶.

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 hipotética que rechazaba. En ese sentido, enumera actos del gobierno en cuestión que se opondrían expresamente a una norma de esa naturaleza⁴⁷.

De dicha manifestación surgen por lo menos tres cuestiones.

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

⁴⁴ Declaración de la Jueza Xue. *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* (Nicaragua v. Colombia), Sentencia del 21 de abril de 2022, párrafo 16.

⁴⁵ *Ibidem*, paras. 222-231.

⁴⁶ 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 - 132.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 132.

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, p. 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 probadas⁴⁸.

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”⁴⁹.

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 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

⁴⁸ 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.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 80.

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”⁵⁰.

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 Estados⁵¹.

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 existía una

⁵⁰ *Ibidem*, p. 95.

⁵¹ 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)*, párr. 158.

obligación jurídica de otorgar asilo diplomático. En tercer lugar, Estados Unidos se opuso de forma persistente a una norma regional consuetudinaria sobre el asilo diplomático⁵².

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 diplomáticas⁵³.

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 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, ya que sería una regla superpuesta sobre otra regla, una regla para indicar la existencia de otra regla.

Otro aspecto 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. Eso se debe a que, a partir de un análisis del comportamiento de Estados Unidos, en el cual se destaca la oposición de larga data de ese país al derecho de asilo, la Corte Interamericana parece concluir que el principio se aplicaría a la costumbre regional.

La extensión de la figura del objetor persistente a la costumbre regional refuerza la idea de que la norma consuetudinaria regional no necesita la aceptación unánime de un grupo específico de Estados. 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.

2.3.2 OC-28/21 (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

Aunque con una profundidad mucho menor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo otra oportunidad de pronunciarse sobre el tema del presente estudio.

En la Opinión Consultiva OC-28/21, sobre “*La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos*” (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3. d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Carta Democrática Interamericana), la Corte Interamericana investigó la supuesta existencia de una norma consuetudinaria internacional regional que establece la reelección presidencial indefinida como un derecho humano autónomo.

En cuanto a la prueba de la práctica, la Corte Interamericana se valió de la legislación y la jurisprudencia nacionales para llegar a su conclusión, lo que demuestra la pertinencia de las normas y

⁵² *Ibidem*, párrs. 159 - 161.

⁵³ *Ibidem*, párr. 162.

decisiones de derecho interno para determinar la norma consuetudinaria. Y la pregunta, tal como fue formulada en la solicitud de opinión consultiva, era pertinente para la respuesta en cuanto a la existencia de una norma consuetudinaria internacional particular, ya que se intentaba averiguar si existía un derecho humano a la reelección presidencial indefinida, y no exactamente una restricción al mismo⁵⁴.

Bajo esta premisa, la Corte Interamericana señaló que, de los textos de las constituciones de los Estados Miembros de la OEA, sólo cuatro permitirían la reelección, con apoyo de la jurisprudencia en tres de ellas. Esta práctica estatal no sería suficiente para reconocer la existencia de un derecho humano a la reelección presidencial indefinida basado en la costumbre regional⁵⁵.

También en este caso, la Corte Interamericana tomó como referencia todo el continente y no realizó el análisis de la posible existencia de una norma internacional consuetudinaria restringida a algunos Estados de la región americana.

2.4 Las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales

En algunas oportunidades, los tribunales arbitrales también se han referido a determinadas normas consuetudinarias internacionales.

El Tribunal constituido para conocer del *Caso del límite occidental indo-paquistaní*, en su laudo de 1965, sostuvo que la costumbre bilateral (a la que a veces se hace referencia en el caso como costumbre regional, aunque en relación con sólo dos Estados) sería aplicable para trazar la línea fronteriza entre los dos Estados. El Tribunal tuvo especialmente en cuenta el ejercicio de la jurisdicción por parte de algunas autoridades sobre determinados territorios como prueba para la determinación de la norma consuetudinaria⁵⁶.

Aunque el caso no presenta una elaboración clara sobre cómo se puede determinar una costumbre particular, es un precedente pertinente para confirmar la posibilidad de la existencia de normas internacionales consuetudinarias particulares.

En el Laudo Arbitral de 2015 sobre la *Zona Marítima Protegida de Chagos*, el Tribunal, constituido sobre la base del Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sostuvo que los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Artículos sobre el Mar Territorial con respecto a una disposición específica (art. 1(2)) concluían a través de la expresión "[l]a soberanía se ejerce con sujeción a las condiciones prescritas en esos artículos y en otras normas de derecho internacional" que los Estados pueden poseer derechos particulares en el mar territorial en virtud de una costumbre local⁵⁷.

La consideración parece claramente un *obiter dictum*, aunque signifique un claro reconocimiento de la existencia de costumbres locales.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-28/21, de 7 de junio de 2021, solicitada por la República de Colombia. La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)*, para. 98.

⁵⁵ *Idem*, p. 99.

⁵⁶ CASO DEL TRIBUNAL SOBRE EL LÍMITE OCCIDENTAL INDO-PAQUISTANÍ (Constituido de acuerdo con los acuerdos del 30 de junio de 1965). Laudo del 19 de febrero de 1965. *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. XVII, 2006, p. 508, 252, 554, 564.

⁵⁷ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. TRIBUNAL ARBITRAL CONSTITUIDO DE ACUERDO AL ANEXO VII DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR. *Chagos marine protected area arbitration* (La República de Mauricio vs. el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) Laudo del 18 de marzo de 2015, párrafo 516.

2.5 Balance general de la actuación de los tribunales internacionales en el ámbito de la 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*, aunque algunos aspectos de la sentencia en el *Caso de las presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* siguen demostrando que el precedente del *Caso de asilo* es una fuerza convincente.

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 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. En su opinión separada en los *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte*, de 1969, el magistrado Ammoun 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*.

La inversión de la carga de la prueba ya no se produce en el *Caso de las presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe*, en el que la Corte exigió a Colombia que probara la existencia de una costumbre local sobre la pesca de subsistencia en la zona económica exclusiva de Nicaragua. Sin embargo, el debate sobre la determinación de dicha costumbre se centra en gran medida en ese caso en aspectos relativos a la carga de la prueba. También se reconoce explícitamente que debe observarse con flexibilidad el carácter probatorio de las prácticas que no están documentadas formal u oficialmente.

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”. 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. Por último, en el *Caso de las presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe*, la discusión sobre la costumbre local se convierte en una discusión sobre la prueba y la carga de la prueba que recaería sobre Colombia.

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. La importancia de un enfoque basado en los derechos humanos para determinar la norma internacional consuetudinaria local también se deja sentir en el *Caso de las presuntas violaciones de los derechos soberanos y de los espacios marítimos en el Mar Caribe*, dado que, aunque la Corte dio una respuesta negativa a la demanda de Colombia, insistió en que la prueba, en materia de pesca tradicional, es un aspecto que debe analizarse con flexibilidad.

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.

Fuera del ámbito de la CIJ, la Corte Interamericana de Derechos Humanos trató claramente de interactuar con la primera, al citar el *Caso de Asilo*, aunque no tuvo en cuenta otros casos posteriores.

En la Opinión Consultiva-25/18, 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 objetor 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 adoptara un enfoque por subregiones de límites variables para afirmar categóricamente la existencia de una costumbre regional. Si la Corte promoviera esa idea, podría dar la señal equivocada de que, desde un punto de vista jurídico, no es necesario considerar el sistema interamericano de derechos humanos como un todo, sino que se lo puede analizar 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 sobre la identificación de dicha costumbre regional.

Otro ejemplo de la postura de no identificar subregiones dentro del continente americano fue establecido por la Opinión Consultiva OC-28/21, cuando la Corte Interamericana tomó la discrepancia de cuatro Estados dentro de un contexto más amplio de la región americana. Este mismo caso es importante para mostrar que la determinación del elemento de práctica de la norma internacional consuetudinaria particular puede tomar como referencia la legislación y la jurisprudencia nacionales.

Los tribunales arbitrales han determinado normas internacionales consuetudinarias particulares. Sin embargo, no han introducido innovaciones con respecto a los elementos que las decisiones de los tribunales internacionales permanentes ya habían aportado a la consideración de este tema.

PARTE III - LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO 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” específicamente en virtud 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 38⁵⁸.

⁵⁸ BASDEVANT, Jules. *Règles générales du droit de la paix*. En *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Tome 58, 1936, p. 486 - 487.

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 ellos⁵⁹.

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 internacional⁶⁰— 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 internacional⁶¹; la costumbre particular planteaba muchos más cuestionamientos que soluciones para la idea de un derecho internacional universal.

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 consuetudinaria⁶². 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

⁵⁹ *Ibidem*, p. 483 - 491.

⁶⁰ 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 - 552.

⁶¹ 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*. Tome 297, 2002, p. 93.

⁶² 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. N° 4, 1911, p. 871 - 900.

internacional americano o, como mínimo, de una aplicación especial del derecho internacional al continente americano o al subcontinente latinoamericano⁶³.

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”⁶⁴.

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 particular⁶⁵.

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.

Con todo, ese trato más sistemático del tema llevó también a que se lo discutiera en el ámbito de un debate más amplio entre voluntaristas y no voluntaristas. Los autores volvían constantemente a

⁶³ Las bibliografías básicas 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 acerca de 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 SA VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *De la non-existence d'un droit international américain*. Rio de Janeiro: L. Figueiredo, 1912.

⁶⁴ BRIGGS, Herbert W. *The Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law*. En *American Journal of International Law*. Vol. 45, N° 4, 1951, p. 731.

⁶⁵ 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. N° 4, 1952, p. 533 - 539.

la cuestión de la prueba de la costumbre particular y su comprensión como expresión de consentimiento del Estado. Es probable que el artículo pionero de Cohen-Jonathan haya estimulado el tratamiento de la costumbre en el ámbito de ese debate. Otro incentivo fue la sentencia dictada en 1950 en el *Caso relativo al derecho de asilo*. Con el correr de los años, el debate sobre el voluntarismo fue perdiendo brío frente a un enfoque que consideraba el derecho internacional consuetudinario particular como un elemento propio del sistema jurídico internacional, aunque a veces de una manera incómoda. Sin embargo, una constante en el debate doctrinario es que casi siempre se rige por las decisiones de tribunales internacionales. La doctrina asume un papel nítidamente defensivo y poco innovador en el asunto.

En el apartado siguiente trataré de presentar un análisis crítico de trabajos dedicados a analizar la costumbre particular de una manera sistemática y que, de un modo u otro, la incorporaron en el debate entre voluntaristas y no voluntaristas. De esta forma procuro exponer las opciones adoptadas por las corrientes doctrinarias con respecto al tratamiento de la cuestión a lo largo del tiempo. Acto seguido analizaré las obras que lograron librarse paulatinamente de ese debate por medio del reconocimiento —aunque tímido— del potencial del derecho internacional consuetudinario particular. Creo que una exposición de ese tipo podría abrir camino para 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

Durante la década de 1960 hubo una explosión de publicaciones sobre el derecho internacional consuetudinario particular, especialmente en su vertiente bilateral. No cabe duda de que la razón principal de la gran cantidad de publicaciones del período fue el fallo de 1960 en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*. Como ya se señaló, esta fue la primera ocasión en que la Corte Internacional de Justicia reconoció de manera inequívoca la existencia de normas internacionales consuetudinarias particulares.

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 jurídico⁶⁶. 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.

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

⁶⁶ COHEN-JONATHAN, Gérard. *La coutume locale*. En *Annuaire français de droit international*. Vol. 7, 1961, p. 119.

costumbre especial, basada en el objeto de la norma y no en la extensión del grupo al cual rige, criterio que procuraba enfatizar⁶⁷.

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 tácito⁶⁸.

Según Cohen-Jonathan, ambas posiciones eran insuficientes para comprender la costumbre local y debían ceder un espacio para una perspectiva no voluntarista del asunto⁶⁹. 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 concordantes⁷⁰. Ni siquiera el artículo 38 del Estatuto de la CIJ sería un obstáculo para el reconocimiento de la costumbre local. El artículo, 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 tiempo⁷¹. 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 predeterminado⁷².

El análisis pasaba entonces al estudio de casos, comenzando por el *Caso relativo al derecho de asilo* juzgado por la CIJ⁷³.

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 tácito⁷⁴. 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” ni 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 segundo⁷⁵.

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)⁷⁶. Con todo, una analogía tan estricta entre la costumbre y el tratado (acuerdo restringido) genera importantes interrogantes al acercar aún más la idea de la costumbre local a la de un acuerdo tácito. Desde ese

⁶⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁸ *Ibidem*, 121 - 123.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 125.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 126.

⁷¹ *Ibidem*, p. 122.

⁷² *Ibidem*, p. 122.

⁷³ *Ibidem*, p. 128.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 133.

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 conformidad 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 local⁷⁷.

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 territorial⁷⁸. 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 por territorio de la India*. Tampoco acepta la tesis de que las costumbres locales pueden surgir solo de lagunas en la costumbre general⁷⁹.

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 internacional⁸⁰. 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.

En 1961, Paul Guggenheim publicó un artículo titulado “Lokales Gewohnheitsrecht”, en el cual se proponía dar expresión doctrinaria a los argumentos que ya había aportado en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, de 1960, cuando actuó en calidad de agente del gobierno de ese país⁸¹. Tal vez por ese motivo, el artículo no entra en consideraciones teóricas más profundas y no es suficientemente sistemático. En realidad, procura responder a los argumentos que llevaron a la CIJ a reconocer una norma consuetudinaria de carácter bilateral entre Portugal y la India.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 137 - 139.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 134 - 135.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 135 - 137.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 140.

⁸¹ Los procedimientos escritos y orales del caso se encuentran en <https://www.icj-cij.org/en/case/32>.

Guggenheim no se oponía a la existencia de cualquier tipo de norma consuetudinaria internacional particular, sino solo a aquellas puramente bilaterales, las cuales asociaba desde el punto de vista terminológico al derecho internacional consuetudinario local. Reconoce expresamente, y para ello cita el *Caso relativo al derecho de asilo*, la posibilidad de un derecho internacional consuetudinario regional⁸².

Para él, cuando un tribunal internacional reconoció que una práctica bilateral de dos Estados era obligatoria, eso podía equivaler a una declaración unánime de intención de las partes y, por ende, un elemento contractual. En ese sentido, cita la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre la Ciudad Libre de Danzig y la Organización Internacional del Trabajo⁸³.

El meollo de su argumentación era que la norma consuetudinaria internacional bilateral que no pudiera reducirse a una norma consuetudinaria internacional general se reduciría necesariamente a un acuerdo no escrito⁸⁴. Eso se debe a que, para existir, una costumbre bilateral precisaría el consentimiento de ambas partes —unanimidad—, lo cual llevaría a que se la considerara como un acuerdo⁸⁵.

En escritos de otros autores se hizo referencia pocas veces al artículo de Guggenheim, que no tuvo un impacto significativo en la doctrina sobre el derecho internacional consuetudinario particular, probablemente porque se oponía de plano a la conclusión a la que llegó la CIJ en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*. Sin embargo, su línea de argumentación es interesante porque encuentra una base para refutar la existencia de normas internacionales consuetudinarias bilaterales justamente en la distinción estricta entre tratado y costumbre. Según Guggenheim, una de las características esenciales de la costumbre es la posibilidad de que sea obligatoria sin consentimiento unánime, lo cual no es posible en el derecho internacional consuetudinario bilateral. Eso tiene dos consecuencias.

Primero, al parecer se usa un argumento antivoluntarista para refutar el derecho internacional consuetudinario bilateral. Segundo, por su propia argumentación, existe la posibilidad de que haya normas internacionales consuetudinarias regionales sin unanimidad, porque la ausencia de unanimidad es lo que las convierte en normas consuetudinarias. La paradoja de estas consecuencias es que la negación de la existencia de una norma internacional consuetudinaria bilateral estaba asociada normalmente a un argumento voluntarista. De esta forma, el artículo de Guggenheim anticipaba una tensión entre voluntarismo y antivoluntarismo que permitiría a veces su fusión o la inversión de polos, con un voluntarista que defendía la existencia de tal costumbre y un antivoluntarista que afirmaba su inexistencia, como ocurriría con obras doctrinarias posteriores.

En 1962, Christian Dominicé se abocó a la tarea de verificar si había alguna costumbre bilateral entre Suiza y Alemania y entre Suiza e Italia que rigiese el derecho de paso por los enclaves de Büsingen y Campione. El motivo era la sentencia dictada el año anterior en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*. En el artículo titulado “Coutume Bilatérale et Droit de Passage sur Territoire Suisse” [Costumbre bilateral y derecho de paso por territorio suizo], Dominicé demuestra un agudo dominio de diversos conceptos jurídicos internacionales, pero el artículo parece haber sido escrito con una conclusión predeterminada, ya que ninguna de las hipótesis que plantea —y el artículo contiene argumentos sucesivamente alternativos— permite justificar la existencia de una norma consuetudinaria bilateral. Como el artículo se inspiraba en una constatación inequívoca de la CIJ de que las costumbres bilaterales existen, no podía negar ese hecho, pero podía quitar relevancia práctica a ese tipo de costumbre al hacer un análisis empírico y corroborar que los requisitos que consideraba necesarios para el surgimiento de la costumbre bilateral no se habían cumplido⁸⁶.

Las conclusiones del artículo parecen predeterminadas porque las respuestas negativas de Dominicé con respecto a la identificación de normas internacionales consuetudinarias bilaterales se

⁸² GUGGENHEIM, Paul. *Lokales Gewohnheitsrecht*. En *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. 11, 1961, p. 329.

⁸³ *Ibidem*, p. 330.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 330 - 331.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 333.

⁸⁶ DOMINICÉ, Christian. *Coutume Bilatérale et Droit de Passage sur Territoire Suisse*. En *Annuaire Suisse de Droit International*. Vol. 19, 1962, p. 71-102.

basaban en una concepción muy rígida de la relación entre tratado y costumbre. El autor abría poco o ningún espacio para entender que tales fuentes podían superponerse en la reglamentación de determinadas conductas, lo cual parece apartarse de la lógica en que se basó la CIJ para decidir el caso que inspiró el artículo, ya que abordó la relación entre tratado y costumbre de manera dinámica. Por ejemplo, para Dominice, la práctica de Suiza anterior a los tratados que disponían sobre el derecho de paso por su territorio no podría restablecerse, aunque se originara en una costumbre bilateral. La eventual extinción de los tratados generaría una situación de anomia en el asunto⁸⁷.

Aunque su estudio tenía restricciones empíricas, Dominice extraía consecuencias generales de la costumbre bilateral: no se podían derogar normas generales; para establecer las condiciones para la prueba, era preciso tener en cuenta la reglamentación general; una práctica desarrollada bajo el palio de un tratado no podría conducir a la creación de una costumbre bilateral; un tratado que codificara una costumbre bilateral la hacía desaparecer, a no ser que eso se hubiera excluido expresamente de su texto; la misma reglamentación de un asunto en varios tratados no podía dar origen a una costumbre bilateral⁸⁸.

El autor concluía que la sentencia en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India* daba la ilusión de muchas perspectivas en la aplicación de la costumbre bilateral; no obstante, esas perspectivas eran, de hecho, bastante modestas⁸⁹.

Aunque Dominice no apoyaba explícitamente el voluntarismo, su perspectiva de existencia restringida de la costumbre bilateral, a la que se sumaba una clara preponderancia de la fuente convencional en el plano de las relaciones bilaterales entre los Estados, lo llevaba prácticamente a negar la existencia de ese tipo específico de costumbre. La razón de esa negativa estaba relacionada con la dificultad para asociar el consentimiento estricto de los Estados para obligarse en el plano jurídico internacional por una norma consuetudinaria.

En el continente americano, la primera reflexión más sistemática sobre el derecho internacional consuetudinario particular tras el fallo de la CIJ en el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India* fue el artículo de Julio Barberis, publicado en 1962, titulado “La costumbre bilateral en derecho internacional público”.

El artículo estaba claramente estructurado con un enfoque inductivo. Para responder a la pregunta de si la norma consuetudinaria bilateral se instituía por medio del procedimiento de formación de normas consuetudinarias generales o el procedimiento de elaboración de tratados, el autor recurría inicialmente a la jurisprudencia arbitral y a la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia⁹⁰.

Según Barberis, el reconocimiento de la costumbre bilateral se remonta a casos más antiguos que los señalados por otros autores. De esta forma, el autor radicaliza la estrategia de legitimación por el pasado adoptada por Cohen-Jonathan. El primer reconocimiento de ese tipo de costumbre se habría producido, en su opinión, en la sentencia dictada por la Corte Permanente de Arbitraje en 1905 en el *Caso de los arrendamientos perpetuos en Japón*, cuando de varios acuerdos entre Japón y Estados europeos había surgido una costumbre bilateral. Barberis entendía que la Corte Permanente de Justicia Internacional también había reconocido la costumbre bilateral en el *Caso de la Ciudad Libre de Danzig y la Organización Internacional del Trabajo*, pero entendía que, en la *Opinión consultiva del mismo tribunal sobre la Comisión Europea del Danubio*, no habría ocurrido lo mismo. Según Barberis, en esa ocasión, la Corte Permanente de Justicia Internacional habría reconocido solo una práctica que posteriormente se había convertido en un derecho consustanciado en un instrumento convencional⁹¹.

El análisis, en particular del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, de 1960, llevaba al autor a concluir que la costumbre bilateral era, de hecho, derecho internacional

⁸⁷ *Ibidem*, p. 89.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 102.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 102.

⁹⁰ BARBERIS, Julio. *La costumbre bilateral en derecho internacional público*. En *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Vol. 2. Nº 1, 1962, p. 313-324.

⁹¹ *Ibidem*, p. 314 - 318.

consuetudinario. Para analizar la cuestión recurría a tres elementos de diferenciación entre tratado y costumbre: a) la costumbre, a diferencia del tratado, puede surgir de la actividad de órganos que no tengan necesariamente capacidad para representar al Estado en el plano internacional, como ocurre con la costumbre bilateral; b) el criterio de que la norma consuetudinaria se caracteriza por obligar a terceros sería imposible de aplicar en el caso de la costumbre bilateral, ya que la necesidad de consentimiento de ambas partes no proveería elementos para distinguirla del acuerdo tácito; no obstante, recalca que no estaba de acuerdo con Guggenheim, para quien la norma consuetudinaria debía necesariamente ser obligatoria para terceros Estados, mientras que, para Barberis, solo podía serlo para terceros; c) la necesidad de repetición de actos de manera ininterrumpida y constante, a diferencia del tratado, que surge del acuerdo de voluntades, estaría presente en la costumbre bilateral y permitiría que se la considerara como norma consuetudinaria.

Aunque el artículo de Barberis es breve y no hace grandes incursiones teóricas en la costumbre bilateral u otras formas de derecho internacional consuetudinario particular, su intención es claramente aunar fuerzas para afirmar la posibilidad de la costumbre bilateral, recurriendo a la autoridad de los casos juzgados por tribunales internacionales arbitrales y permanentes. En ese sentido, la CIJ, en su fallo en el caso de 1960, parecía inclinarse más hacia una postura que se apartaba del voluntarismo estricto al reconocer la posibilidad de una costumbre bilateral, y Barberis parece sumarse a ese esfuerzo.

A fines de la década de 1960, Anthony D'Amato publicó 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 Latina⁹². La distinción no se basa en criterios rigurosos. Mientras que en la primera parte se abordan asuntos referentes 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 amplísimas posibilidades 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 general⁹³. 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 literal⁹⁴.

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.

⁹² D'AMATO, Anthony. *The Concept of Special Custom in International Law*. En *American Journal of International Law*. Vol 63. N° 2, 1969, p. 212 - 213.

⁹³ *Ibidem*, p. 213.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 217 - 218.

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)⁹⁵. 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 por territorio de la India*, 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 segunda⁹⁶.

A principios de la década de 1970, durante la cual hubo pocos estudios específicamente sobre el derecho internacional consuetudinario particular, Francesco Francioni publicó un artículo que tal vez sea el más completo sobre la temática. Titled “La Consuetudine Locale nel Diritto Internazionale”, el artículo no tenía un enfoque propiamente original, ya que recordaba bastante el esquema introducido por Cohen-Jonathan, que consistía en utilizar la jurisprudencia de la CIJ para refutar argumentos doctrinarios, fuesen más teóricos o con una orientación más práctica. Con todo, los argumentos de Francioni son más completos que los de Cohen-Jonathan, porque, por medio de refinados razonamientos encuadrados en la dogmática del derecho internacional, examinaba punto por punto los posicionamientos contrarios a la costumbre local —categoría que, en su terminología, abarcaba todo el derecho internacional consuetudinario particular— o aquellos que pretendían asociarlo a otras figuras del derecho internacional, como el acuerdo tácito o *estoppel* (doctrina de los actos propios) o la aquiescencia.

Francioni percibía correctamente una discrepancia entre una elaboración doctrinaria insuficiente del asunto y su elaboración suficiente en la jurisprudencia internacional, especialmente por la Corte Internacional de Justicia y, antes, por la propia Corte Permanente de Justicia Internacional⁹⁷. Su propuesta era justamente resolver esa discrepancia.

El artículo 38.1.b del Estatuto de la CIJ no constituía un obstáculo para que se hablara de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea porque un tratado no puede limitar el alcance de otra fuente —en este caso, la costumbre— o porque la generalidad de que trata dicho artículo podría aplicarse en una escala menor, como la regional, o incluso no en el plano espacial, pero sí en el temporal⁹⁸.

Francioni es más generoso que otros autores —con la posible excepción de Barberis— al percibir el reconocimiento del derecho internacional consuetudinario particular en casos en los cuales otros internacionalistas no lo percibían tan claramente, como en el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías*, de 1951, en el cual estaban implicados el Reino Unido y Noruega, y en las opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre Danzig y sobre la Comisión Europea del Danubio, decisiones que Cohen-Jonathan ya había constatado que reconocían, aunque no expresamente, el derecho internacional consuetudinario particular⁹⁹. Aquí, la estrategia argumentativa era muy clara. Con un acervo de jurisprudencia coherente que se remontaba a la década de 1920, la jurisprudencia internacional ya había resuelto un problema que los expertos en la doctrina insistían en dejar pendiente. Francioni no ocultaba su posición claramente contraria a posturas voluntaristas que pretendían reducir el derecho internacional consuetudinario particular a un acuerdo tácito. En cambio, demostraba que, desde su punto de vista, ese reduccionismo no solo era teóricamente errado, sino que también se oponía a la posición de la jurisprudencia internacional. La necesidad de repetición de un comportamiento uniforme para ese tipo de norma internacional

⁹⁵ *Ibidem*, p. 223.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 219.

⁹⁷ FRANCIONI, Francesco. *La Consuetudine Locale nel Diritto Internazionale*. En: *Rivista di Diritto Internazionale*. Vol. 54, Fasc 3, 1971, p. 398.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 399 - 400.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 402 - 405.

consuetudinaria ya la distinguía de un acuerdo tácito, que expresaba una manifestación de voluntad específica con respecto a una norma o un conjunto de normas¹⁰⁰.

El derecho internacional consuetudinario particular no podría consistir en *estoppel* (doctrina de los actos propios) porque se trataría de una cuestión de fondo, ya que funcionaría como excepción procesal en juicio. Tampoco podría confundirse con la aquiescencia, que sería meramente la manifestación exterior de una actitud psicológica o volitiva de un sujeto internacional que puede tomar la forma de un acuerdo tácito o una costumbre. Por lo tanto, no se confundiría con una costumbre porque sería solo un elemento de la *opinio juris* y no la norma consuetudinaria en su totalidad¹⁰¹.

El derecho internacional consuetudinario particular tampoco se confundiría con el derecho internacional general porque, para que sea oponible, se requiere que el Estado en cuestión haya participado en la formación de la propia norma consuetudinaria. De esta forma, Francioni, sigue estrictamente el criterio establecido originalmente por la CIJ en el *Caso relativo al derecho de asilo*. Por lo tanto, elimina toda posibilidad de dar al regionalismo un contenido jurídico en el sentido de admitir que, en un grupo específico, una norma de derecho internacional consuetudinario particular pueda ser oponible a Estados que, aunque pertenezcan a una región o subregión, no hayan participado en la formación de la norma consuetudinaria¹⁰².

Siguiendo estrictamente la lectura más difundida del *Caso relativo al derecho de asilo*, el autor entendía que la carga de la prueba del derecho internacional consuetudinario particular recaía enteramente en el Estado que la alegaba, a diferencia del derecho internacional general, en el cual la carga se distribuía entre el juez y las partes¹⁰³. Pero es sintomático que, para el autor, las cuestiones de la carga de la prueba en el derecho internacional consuetudinario particular llegaran a confundirse con su propia existencia. En palabras de Francioni:

“Al respecto, cabe señalar que, dada la naturaleza relativa de la costumbre local, la carga de la prueba está relacionada necesariamente con un doble orden de hechos: ante todo, la propia existencia de la costumbre local con sus dos elementos propios de la práctica uniforme y de la *opinio juris*; en segundo lugar, la participación efectiva en la práctica consuetudinaria del Estado al cual se desea oponerla¹⁰⁴”.

El artículo de Francioni era una expresión clara de que la jurisprudencia internacional debería moldear la doctrina, tanto para solucionar las dudas que algunos expertos en la doctrina todavía tenían acerca de la existencia de ese tipo de norma consuetudinaria como para demostrar que las explicaciones voluntaristas para negar su autonomía o quitársela eran fáciles de refutar. El autor construye su artículo hábilmente, proporcionando fuertes argumentos para que la autoridad (judicial internacional) continuara apoyando la existencia del derecho internacional consuetudinario particular. Él mismo se apoyaba en esa autoridad para respaldar sus propios argumentos.

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 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

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 407 - 409.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 414 - 415.

¹⁰² *Ibidem*, p. 415 - 419.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 420 - 421.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 421.

Estado con respecto a la norma. No obstante, para él, en esos casos no se trataría de costumbre, sino de otras fuentes del derecho internacional¹⁰⁵.

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 consenso¹⁰⁶. 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 CIJ 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 Danzig¹⁰⁷.

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 particular¹⁰⁸. 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 definidos.

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 costumbre¹⁰⁹.

En última instancia, el rechazo de la costumbre particular por Gamio se debía a la fuerte vinculación del autor a una concepción antivoluntarista 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”¹¹⁰.

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

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 80.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 86 - 87.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 88 - 89.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 98.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 92.

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 Gamio 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 particular¹¹¹.

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 general¹¹².

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 particular¹¹³.

Aunque el artículo tenga claras pretensiones teóricas, llega a una solución semejante a la de Gamio, 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.

3.3 La costumbre particular entre el reconocimiento doctrinario y las posibilidades de su aplicación

En la década de 2010 se reanudó el interés por la temática en la doctrina. Aunque subsistían ecos del debate entre voluntaristas y no voluntaristas, perdieron fuerza los argumentos que impugnaban la existencia del derecho internacional consuetudinario particular. A partir de ese momento fueron surgiendo nuevas cuestiones que generaban una reflexión más profunda sobre las posibilidades que tenía ese tipo específico de norma consuetudinaria.

Una de las razones de ese cambio probablemente esté relacionada con la ampliación del debate sobre la fragmentación del derecho internacional, que pone de relieve una vez más la cuestión del regionalismo en los debates jurídicos internacionales. Durante ese período también adquirieron relieve

¹¹¹ 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 - 72.

¹¹² *Ibidem*, p. 82.

¹¹³ *Ibidem*, p. 84.

la revaluación de cuestiones vinculadas a la ampliación de la subjetividad internacional y la posibilidad de que otros sujetos que no sean el Estado influyan en la formación de normas internacionales consuetudinarias.

Un buen ejemplo de un enfoque que ya no recalca el debate entre voluntaristas y no voluntaristas es el artículo de Miguel Galvão Teles, titulado “Costume bilateral em Direito Internacional Público” [La costumbre bilateral en el derecho internacional público].

En la primera parte, Galvão Teles examina nuevamente el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, especialmente desde la perspectiva del Estado reclamante, Portugal, y poniendo de relieve la actuación de Inocência Galvão Teles, agente de ese país en el caso y padre del autor. No obstante, en la segunda parte formula consideraciones acerca del derecho internacional consuetudinario particular y asume la posición de que, después del fallo de la CIJ y a pesar de que algunos autores seguían negando la posibilidad del derecho internacional consuetudinario particular, su aceptación se había generalizado¹¹⁴. Esa idea de superación del debate doctrinario sobre la existencia misma de ese tipo de norma internacional consuetudinaria permitía al autor adoptar un tono más pragmático e incluso conciliador sobre el asunto.

Galvão Teles ofrecía explicaciones sobre la adecuación de la idea de generalidad al derecho internacional particular, que está relacionada con la práctica singular del Estado y no con el número de Estados que realizan la práctica, puesto que no se realizan actos con la convicción de que terceros también deban estar vinculados por la misma práctica. Eso es lo que le permite calificar al derecho internacional consuetudinario particular de “costumbre limitada”, que estaría relacionada con situaciones localizadas y específicas. También refutaba la vinculación de ese tipo de costumbre al acuerdo tácito, ya que constataba que había acuerdos de ese tipo que no derivaban de una práctica repetida y normas consuetudinarias aplicables a Estados que no habían participado en su formación. Este último aspecto es interesante, porque parece admitir que una norma internacional consuetudinaria particular puede ser oponible *erga omnes* a un grupo específico de Estados. Sin embargo, el autor no desarrolla este argumento¹¹⁵.

El autor admite que hay margen para elementos de consentimiento en la formación de la costumbre, como la aquiescencia, la reciprocidad y la admisión del propio principio del objeto persistente, pero ese consentimiento no precisaría tener la forma de una “declaración constitutiva de derecho (o considerada como tal) en el plano internacional”¹¹⁶.

Para Galvão Teles, la discusión sobre la costumbre bilateral como acuerdo tácito se resolvería con el hecho de que tratado y costumbre estarían en constante interacción. De esta forma, los mismos hechos podrían dar lugar tanto a un proceso de formación de norma consuetudinaria como a un acuerdo tácito. Es decir, de su argumento se puede inferir que, una vez eliminada por la práctica internacional una rígida dicotomía entre tratado y costumbre, no sería productivo insistir en la necesidad de diferenciar estrictamente en el plano teórico la costumbre bilateral y el acuerdo tácito¹¹⁷.

Ese enfoque da primacía a aspectos pragmáticos sobre la coherencia teórica de una norma internacional consuetudinaria bilateral.

También en 2010, Andreas Buss publicó su artículo “The Preah Vihear Case and Regional Customary International Law” [El caso Preah Vihear y el derecho internacional consuetudinario regional], cuya finalidad primordial era hacer una relectura del clásico caso juzgado por la CIJ en 1962 desde la óptica del derecho internacional consuetudinario regional.

A pesar de que el título ponía énfasis en la cuestión de las normas consuetudinarias regionales, el artículo en sí estaba más orientado a un análisis del caso y de las críticas que se le habían formulado, en particular a una reseña de los hechos y del derecho que explicarían el caso¹¹⁸.

¹¹⁴ TELES, Miguel Galvão. *Costume bilateral em Direito Internacional Público*. En: *O Direito*. Vol. 142. N° II, 2010, p. 362 - 363.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 363 - 364.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 364.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 365 - 366.

¹¹⁸ BUSS, Andreas. *The Preah Vihear Case and Regional Customary Law*. En: *Chinese Journal of International Law*. Vol. 9. N° 1, 2010, p. 112 - 120.

Sin embargo, la gran tendencia del período que se refleja en el artículo consiste en reflexionar sobre el derecho internacional consuetudinario a partir de la práctica de agentes no estatales. Partiendo de un punto de vista que recurre a algunas líneas teóricas que apoyan el pluralismo jurídico, Buss provee elementos para demostrar que las fronteras entre Camboya y Tailandia se caracterizaban por su “fluidez y flexibilidad”, de modo que la “jurisdicción territorial no podría estar definida estrictamente por fronteras permanentes”. Eso se debía a que, junto al derecho oficial, operaba en la región un derecho no oficial surgido de grupos no estatales y de normas y conceptos de índole religiosa. En ese contexto, el soberano renunciaba a su derecho a la propiedad de un terreno donado a monjes para la construcción de un monasterio, que entonces se consideraba inviolable, dotado de jurisdicción propia, y podía, por ejemplo, conceder asilo y estar exento de impuestos. En su opinión, la CIJ debería haber tenido en cuenta el derecho consuetudinario regional antes de la llegada de Francia a la región, a fin de comprender mejor la forma en que se aplicaban conceptos tales como los de territorio y jurisdicción. El autor llega incluso a sugerir que tener en cuenta aspectos tales como el derecho consuetudinario regional ayudaría a minimizar el escepticismo del Tercer Mundo con respecto al derecho internacional¹¹⁹.

Aunque el artículo no se refiere expresamente a la *Causa relativa a la controversia entre Costa Rica y Nicaragua sobre derechos de navegación y derechos conexos*, en la cual se había dictado sentencia el año anterior, en 2009, y en la cual se tuvo en cuenta la conducta de las poblaciones ribereñas situadas a lo largo de la frontera fluvial entre ambos Estados, se observa que incorpora la tendencia a atribuir un papel más relevante a los agentes no estatales en el proceso de formación de la norma internacional consuetudinaria particular. También en este caso, la cuestión ya no es saber si ese tipo específico de derecho internacional consuetudinario existe, sino sintonizarlo con los avances del momento histórico que llevarían al derecho internacional a superar un carácter centrado puramente en el Estado.

Tres años después se publicó un robusto comentario del referido caso de la CIJ desde la perspectiva específica del derecho internacional consuetudinario particular. En “The ‘Right Mix’ and ‘Ambiguities’ in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case” [La “combinación correcta” y las “ambigüedades” en las costumbres particulares: reflexiones sobre el *Caso relativo a los derechos de navegación y derechos conexos*], Luigi Crema investiga aquello que puede ser considerado como los dos principales aspectos del caso: la relación entre derecho internacional consuetudinario particular y los agentes no estatales, y la cuestión de la carga de la prueba en este tipo específico de norma consuetudinaria. Como ocurre en otros estudios realizados a partir del siglo XXI, el autor parte del supuesto de que “entre estudiosos es indiscutible que el derecho internacional también admite costumbres particulares”¹²⁰.

Probablemente porque reconoce ese carácter indiscutible, Crema es más perceptivo al constatar en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional un reconocimiento del derecho internacional consuetudinario particular. Ya no sería necesario buscar ese reconocimiento en un pasado lejano. Por eso, según él, lo que la Corte habría reconocido en el *Caso de la Comisión Europea del Danubio* y en el *Caso de la Ciudad Libre de Danzig* y la *Organización Internacional del Trabajo* sería algo más aproximado a una práctica subsiguiente modificatoria de un tratado¹²¹.

Al analizar la relación entre agentes no estatales y el derecho internacional consuetudinario particular, el autor minimizaba el impacto de la decisión en la *Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*. Para él, la CIJ no había considerado debidamente la práctica de los agentes no estatales, sino que había observado la práctica estatal por medio del análisis de la práctica de particulares. Ese recurso se utilizaría en casos excepcionales y residuales, cuando así lo requiriesen las circunstancias. Ante la falta de una prueba clara de la conducta estatal, la Corte habría observado el comportamiento de los particulares y la correspondiente falta de reacción del

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 120 - 126.

¹²⁰ CREMA, Luigi. *The ‘Right Mix’ and ‘Ambiguities’ in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case*. En: BOSCHIERO, Nerina et al. (eds.). *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*. La Haya; Heidelberg: T.M.C. Asser Press; Springer, 2013, p. 66.

¹²¹ *Ibidem*, p. 67.

Estado para identificar una norma internacional consuetudinaria particular. Con el fin de preservar la coherencia de la jurisprudencia de la CIJ, el autor veía incluso una relación entre ese procedimiento y la evaluación de la práctica efectuada por la Corte en el *Caso de las isla de Kasikili/Sedudu*, en el cual se partió de la conducta de funcionarios estatales de niveles más altos y se llegó a la conducta de los particulares¹²².

En cuanto a la carga de la prueba en el derecho internacional consuetudinario particular, Crema entendía que la CIJ se había apartado solo aparentemente del precedente del *Caso relativo al derecho de asilo*. Primero, porque poco después los criterios utilizados por la Corte para identificar normas consuetudinarias internacionales se habían vuelto menos estrictos que los que existían en la época en que se dictó sentencia en el *Caso relativo al derecho de asilo*. Segundo, la cuestión de la prueba no estaba en tela de juicio en ese caso, porque tanto Nicaragua como Costa Rica habían concordado durante el juicio sobre la práctica que sirvió de base para la norma consuetudinaria local. Es decir, la CIJ había prestado la debida atención al consentimiento de ambos Estados para concluir que había una norma consuetudinaria internacional particular en la situación que analizaba. Sin embargo, Crema entendía que el caso demostraba algo característico de una costumbre bilateral en comparación con una costumbre general. La práctica observada en la primera sería más amplia que en la segunda porque existía en el contexto de una relación bilateral más próxima: de ahí que se observara la práctica de los particulares, algo que no sería posible con una costumbre de naturaleza general¹²³.

Los argumentos, aunque pretendían mantener la coherencia argumentativa del fallo de la CJI, no eran absolutamente convincentes. En primer lugar, el hecho de que las partes concuerden sobre la existencia de una práctica en la que se basa la norma consuetudinaria no es lo mismo que concordar sobre la existencia misma de esa norma. Tal práctica podría llevar a encuadrar la situación como aquiescencia o acuerdo tácito, por ejemplo. Segundo, la investigación de la conducta de agentes no estatales en sí no está relacionada con la investigación de una relación bilateral más estrecha entre dos Estados. El carácter de una práctica no oficial (porque la ejercen particulares) revela la cuestión de la atribución de un acto, y no el vínculo más estrecho (por una cuestión de interés recíproco) entre dos Estados.

Por último, se observa que Crema se esfuerza por encontrar respuestas para el carácter innovador de la sentencia de la CIJ en su propia jurisprudencia. No obstante, eso se puede atribuir perfectamente a la extrañeza ocasionada por los nuevos acontecimientos que afectaron la percepción de la Corte en materia de derecho internacional consuetudinario particular. En verdad, es posible que la CIJ haya tratado de innovar en su propia jurisprudencia ante una realidad internacional en constante evolución.

Más recientemente, algunos ejercicios doctrinarios demostraron no solo que la contraposición entre voluntaristas y no voluntaristas influye menos en el debate sobre la existencia del derecho internacional consuetudinario particular, sino también que una visión más flexible y pragmática posibilita la aplicación de ese tipo específico de costumbre. Eso ocurre con el artículo de Khagani Guliyev, “Local Custom in International Law: Something in between General Custom and Treaty” [La costumbre local en el derecho internacional: algo entre la costumbre general y el tratado].

El autor reconocía que la existencia de la costumbre local gozaba de amplia aceptación en el derecho internacional por lo menos desde el *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*. Sin embargo, complementaba esta idea diciendo que los jueces internacionales se mostraban reacios a reconocerlo a raíz de las dificultades relativas a su formación, identificación y duración¹²⁴.

Esas dificultades se debían a las especificidades de la costumbre local, como la existencia de una práctica unánime y no general que precisa ser repetida durante mucho tiempo —requisito que extraía (de una manera muy indirecta y ciertamente no explícita) de los casos juzgados por la CIJ que abarcaban ese tipo de costumbre y trataban de prácticas que se prolongaban mucho tiempo— y una *opinio juris* identificada en todos los Estados que tenían ese tipo de costumbre, y no en la mayoría.

¹²² *Ibidem*, p. 71 - 72.

¹²³ *Ibidem*, p. 72 - 73.

¹²⁴ GULIYEV, Khagani. *Local Custom in International Law: Something in between General Custom and Treaty*. En *International Community Law Review*. Vol. 19. N° 1, 2017, p. 49 - 50.

Esas características permitían al autor llegar a la conclusión de que la costumbre local asumía un sesgo claramente consensualista, a diferencia del derecho internacional consuetudinario general¹²⁵.

La característica consensualista de la costumbre local permitía que se la comparara —pero no que se la equiparara— con los acuerdos tácitos. La diferencia entre ambos consistía en que, en la costumbre local, hay una práctica, mientras que, en el acuerdo tácito, hay una lógica contractual para su formación. El tiempo necesario para la formación —indispensable para la costumbre, pero no para el acuerdo tácito— y la necesidad de que participaran varios órganos del Estado en el caso de la costumbre local y órganos dotados de plenos poderes en el caso del acuerdo tácito eran otras dos razones de la distinción¹²⁶.

Ese movimiento de aproximación y separación, que también puede entenderse como un movimiento entre voluntarismo y no voluntarismo, queda explicado en la segunda parte del artículo, donde se seleccionan las normas internacionales sobre la sucesión de Estados para ilustrar la naturaleza cambiante de la costumbre local.

Para Guliyev, la costumbre local, a diferencia de la costumbre general, no obliga a nuevos Estados surgidos de procesos de sucesión. Las normas consuetudinarias locales no serían oponibles a nuevos Estados porque no regulan cuestiones comunes aceptadas por la comunidad internacional, cuyo respeto cabría esperar para dar estabilidad al sistema internacional. La necesidad de la práctica unánime no se extendería al nuevo Estado, sino que exigiría su aceptación específica. El autor saca esa conclusión implícitamente incluso del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, en la medida en que el análisis de la práctica hecho por la CIJ abarcó tanto el período de dominación colonial británica como el período de independencia de la India. Es decir, la Corte tuvo que comprobar si la práctica que existía antes de la independencia persistió con posterioridad. Aunque esta inferencia raya en la conjetura —puesto que la Corte no es mínimamente directa al establecer una relación entre el análisis de la práctica y una supuesta característica de la costumbre local en lo que respecta a la sucesión de Estados—, le permitía al autor concluir que, por lo menos en el caso de la sucesión de Estados, la costumbre local seguía la lógica de un tratado¹²⁷.

Al seguir la lógica del tratado, el autor podía argumentar también, como consecuencia lógica, que, si bien son pocos los tratados sobre límites y regímenes territoriales que se imponen a los nuevos Estados surgidos de una sucesión, incluso sin su consentimiento, se les imponen las costumbres locales relacionadas con esos mismos asuntos¹²⁸. Es decir, si el tema de los límites y regímenes territoriales pone en tela de juicio el consensualismo en el derecho de los tratados, también lo pondría en el derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, la base consensualista de la costumbre local se coloca al servicio de la idea de que, en situaciones específicas, la costumbre local será oponible a un Estado incluso sin su consentimiento.

Por lo tanto, el artículo permite vislumbrar el potencial del derecho internacional consuetudinario particular para regular determinadas situaciones, como las normas sobre la sucesión de Estados, sin encuadrarse necesariamente en un argumento voluntarista o no voluntarista en el ámbito del derecho internacional. Su carácter *sui generis* —“algo entre la costumbre general y el tratado”— le daría flexibilidad para regular asuntos en el espacio jurídico internacional.

3.5 Balance general del debate doctrinario sobre derecho internacional consuetudinario particular

No parecen subsistir dudas de que, en el debate doctrinario sobre el tema del derecho internacional consuetudinario particular, los casos juzgados por la Corte Internacional de Justicia tuvieron una influencia esencial. Aunque algunos autores entiendan retroactivamente que la Corte Permanente de Justicia Internacional o incluso los tribunales arbitrales ya habían acogido ese tipo de costumbre como categoría del derecho internacional, los expertos en la doctrina comenzaron a manifestar un verdadero interés en el tema solo después del *Caso relativo al derecho de asilo*. Ese

¹²⁵ *Ibidem*, p. 50 - 55.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 56 - 58.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 59 - 61.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 61 - 65.

interés se intensificó considerablemente después del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, cuando por primera vez se reconoció de manera explícita una costumbre bilateral.

Las dificultades de algunos autores para admitir el derecho internacional consuetudinario particular se debían más a su forma bilateral. La razón de tal resistencia está relacionada con la falta de una separación rígida entre una costumbre bilateral y un acuerdo tácito entre Estados. En muchos sentidos, esas dificultades se reflejaban en las concepciones teóricas defendidas por autores del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, en especial las que pudieran considerarse voluntaristas, y en su contraposición antivoluntarista. Casi siempre, los autores más vinculados a corrientes voluntaristas restaban importancia al derecho internacional consuetudinario particular o incluso negaban su existencia, por lo general solo en su vertiente bilateral, mientras que los autores antivoluntaristas, basándose normalmente en la autoridad de las sentencias de la CIJ, defendían su existencia.

Hasta fines del siglo XX, en buena parte de la doctrina específica sobre el asunto todavía influía el debate teórico entre voluntaristas y no voluntaristas, lo cual puede haber causado por lo menos tres grandes problemas: 1) los estudios, al encuadrarse de manera reiterada en posiciones teóricas rígidas, dejaban escapar la posibilidad de usar el derecho internacional consuetudinario particular para regular diversos asuntos; 2) probablemente debido a la influencia del *Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India*, el debate se limitó muchas veces al derecho internacional consuetudinario bilateral, en detrimento de otros tipos, como el regional; por consiguiente, durante el período casi no hubo reflexiones más afinadas sobre el valor y la relevancia jurídica del regionalismo para el derecho internacional; 3) en los debates se reflexionó poco sobre propuestas para que la jurisprudencia de la CIJ sobre el tema evolucionara. Las posiciones de apología de las decisiones de la Corte o de no aceptación de su reconocimiento del derecho internacional consuetudinario particular, en especial en su forma bilateral, ofuscaban cuestiones importantes tales como la carga de la prueba en todas las formas de derecho internacional consuetudinario particular o la posibilidad de una interacción entre tratado y costumbre para identificarlo.

A partir de la primera década del siglo XXI fueron surgiendo de manera gradual enfoques más pragmáticos y menos influenciados por el debate teórico entre voluntaristas y antivoluntaristas. Para algunos autores, el hecho de que la norma internacional consuetudinaria particular se aproximara al consentimiento o se apartara de él podría ser considerado no necesariamente como un problema, sino como una ventaja. Asimismo, se inició una discusión sobre la posibilidad de tener en cuenta la práctica de agentes no estatales a efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, y durante ese período comenzaron a surgir posiciones menos centradas en el Estado en lo que se refiere a la concepción del propio derecho. No obstante, no se profundizó en las reflexiones sobre el papel del regionalismo en el derecho internacional y su relación con el derecho internacional consuetudinario. El fallo en la *Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, que aportó elementos nuevos como mínimo para proponer una reflexión más detenida sobre el derecho internacional consuetudinario particular, fue tema de pocos estudios, aunque, como ya se señaló, tenga un potencial poco despreciable para reabrir el análisis de la lectura mayoritaria que la doctrina ha hecho durante décadas del *Caso relativo al derecho de asilo*.

PARTE IV - LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR

Durante más de cinco años, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se abocó al tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario. El relator designado, Sir Michael Wood, elaboró cinco informes voluminosos sobre la “metodología para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario”¹²⁹.

En 2018, la Comisión adoptó el “Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario”, que fue presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual tomó nota del proyecto por medio de la resolución 73/203, del 20 de diciembre de 2018. La

¹²⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*. A/73/10, p. 132. Se encuentra en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>.

última conclusión, en la que se aborda exactamente el derecho internacional consuetudinario regional, quedó redactada de la siguiente manera:

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.

Esta conclusión figura en último lugar en el proyecto no solo porque las otras conclusiones se aplican al derecho internacional consuetudinario particular, salvo que se disponga otra cosa, sino también porque, como afirma el relator especial, ese tipo de norma consuetudinaria se considera “excepcional”. La expresión “derecho internacional consuetudinario” designa aquel de naturaleza general —o sea, la norma—, y es necesario agregar el adjetivo “particular” para designar un tipo de derecho internacional consuetudinario que no es general¹³⁰.

Para el relator, aunque las normas de derecho internacional consuetudinario no son “demasiado frecuentes”, “pueden desempeñar un papel importante en las relaciones interestatales, ya que permiten armonizar intereses y valores contrapuestos de algunos Estados únicamente”¹³¹. No obstante, es necesario que esos intereses y valores existan en un número limitado de Estados, puesto que el criterio cuantitativo, y no el cualitativo, es el que caracteriza a ese tipo de norma internacional consuetudinaria, como se indica en el párrafo 1 de la conclusión 16 (“entre un número limitado de Estados”).

Desde el punto de vista terminológico, la opción de la Comisión de Derecho Internacional consistía claramente en elegir la expresión “derecho internacional particular” como género, del cual la norma de derecho internacional consuetudinario, “ya sea regional, local o de otra índole”, sería una especie. El término “particular” desempeña dos funciones importantes en la propia argumentación de la Comisión: a) demuestra el carácter relacional por oposición al derecho internacional consuetudinario general, y b) indica que la proximidad entre Estados (evocada por el término “regional” o “local”) no es una condición para identificar este tipo de norma consuetudinaria¹³².

Ambos elementos (práctica y *opinio juris*) también son necesarios para la identificación del derecho internacional consuetudinario particular, pero en el párrafo 2 de la conclusión 16 se recalca que tales elementos deben encontrarse entre los Estados en cuestión. A pesar de que la redacción no es clara, en los comentarios se indica que la aplicación del enfoque basado en dos elementos es “más estricta” en el *Caso del derecho internacional consuetudinario particular*¹³³. Eso significa que la Comisión de Derecho Internacional adoptó claramente la idea surgida de la sentencia dictada por la CIJ en el *Caso relativo al derecho de asilo* de que todos los Estados interesados deben aceptar la norma consuetudinaria particular en cuestión¹³⁴. No obstante, la Comisión no recoge los avances realizados por la Corte en la *Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, ni siquiera desde la perspectiva de la inversión de la carga de la prueba o de la presunción de la prueba de la norma consuetudinaria.

Es importante hacer una distinción entre la defensa del criterio más estricto y lo que afirma la Comisión en el informe sobre la fragmentación del derecho internacional de 2006. En el informe final se indagó acerca del sentido normativo del regionalismo en el derecho internacional. La respuesta era clara: el derecho internacional no respaldaba al regionalismo en un “sentido más fuerte” con el fin de

¹³⁰ *Ibidem*, p. 134 - 169.

¹³¹ *Ibidem*, p. 168.

¹³² *Ibidem*, p. 154 - 155.

¹³³ *Ibidem*, p. 156.

¹³⁴ No obstante, en los debates de la Comisión, que fueron muy breves, algunos miembros no estuvieron de acuerdo en seguir usando el enfoque más “estricto” en la comparación de los dos elementos en lo que se refiere al derecho internacional consuetudinario particular. Véase Comisión de Derecho Internacional. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II (2), 2015, p. 31.

sustentar una norma o un principio de alcance regional o una limitación regional hasta que se validara una norma o un principio de alcance universal¹³⁵.

Con todo, en el informe se aseveraba que el regionalismo no tenía una base normativa, excepto por la cuestión relativa a un comportamiento consuetudinario regional acompañado de la *opinio juris* de los Estados pertinentes. El informe rechaza solo la posibilidad de que Estados extrarregionales estén obligados por la norma consuetudinaria, aunque puedan obligarse de manera expresa o tácita. Eso no excluye de modo necesario la posibilidad de que los Estados de una misma región estén obligados por una norma consuetudinaria regional. A diferencia de lo que afirman muchos autores, en el informe se entiende que, “[e]n el asunto *Asylum*, el tribunal no se pronunció específicamente sobre la posibilidad teórica de que hubiera normas específicamente regionales de derecho internacional en el sentido fuerte (es decir, normas que vinculen automáticamente los Estados de una región y vinculen a otros Estados en su relación con los primeros)”¹³⁶. Es decir, no hay una aceptación de que, en el caso juzgado por la Corte, se exigiera por necesidad el consentimiento del Estado ante el cual se invocaba la costumbre de origen regional. Además, se puede entender por lo menos que tal constatación implica que el tema abordado en el *Caso relativo al derecho de asilo* era una cuestión que no se refería a la existencia en la norma consuetudinaria regional, sino a la carga de su prueba.

De todos modos, aunque las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario no hayan servido para innovar en el tema del derecho internacional consuetudinario particular, y a pesar del tratamiento insuficiente de las repercusiones de toda la jurisprudencia de la CIJ en el asunto, incluso sus consideraciones anteriores en el estudio de otros temas, como el de la fragmentación del derecho internacional, dichas conclusiones contribuyeron en gran medida al firme establecimiento de ese tipo de costumbre. En ese sentido, la Comisión consideró que su existencia era “indiscutible”, especialmente en vista de los diversos fallos de la CIJ en la materia¹³⁷.

PARTE V LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS DEL CONTINENTE AMERICANO

En la VIII Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA, celebrada el 9 de agosto de 2021, durante el 99º período ordinario de sesiones del Comité, se hicieron importantes aportaciones en relación con los informes presentados entonces por este relator.

Aunque algunos de los comentarios fueron generales o se refirieron a sugerencias sobre cómo abordar o ampliar el alcance del presente estudio, se expresaron algunas posiciones que son pertinentes para referirse a la práctica estatal en la materia. Destacaré algunas de ellas.

Guatemala destacó la importancia de analizar la práctica de los Estados y sus tribunales internos, así como las resoluciones de la Asamblea General de la OEA y las decisiones de los tribunales regionales para identificar la costumbre internacional particular¹³⁸.

Colombia también consideró importantes las resoluciones de la Asamblea General de la OEA para determinar una norma consuetudinaria regional sobre la defensa y promoción de la democracia¹³⁹.

México hizo hincapié en que las normas que se aplican a la costumbre internacional general también se aplican a la costumbre internacional particular, como la identificación del elemento de la práctica y la *opinio juris*¹⁴⁰.

¹³⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. A/CN.4/L.682, párr. 211. Se encuentra en:

https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 214.

¹³⁷ Comisión de Derecho Internacional. *Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*. A/73/10, pág. 168. Se encuentra en

<https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>.

¹³⁸ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. 99º Período Ordinario de Sesiones. Acta resumida 6. (Correspondiente a la sesión del día lunes 9 de agosto de 2021) Sesión virtual, p. 8.

¹³⁹ *Idem*, p. 8-9.

Ecuador subrayó la dificultad de determinar los elementos que permiten observar la práctica de un Estado con respecto a una norma internacional consuetudinaria particular, incluso en casos como la OC-25/18 de la Corte Interamericana¹⁴¹.

En el 100º período de sesiones del Comité, se decidió enviar el Cuarto Informe a los Estados para que formularan sus observaciones. El objetivo era recopilar la práctica estatal en la materia. En la 101ª Sesión, se decidió ampliar el plazo para dar a otros Estados la oportunidad de presentar sus comentarios.

Sólo seis Estados expresaron formalmente su opinión sobre el Cuarto Informe.

La Misión de Bolivia ante la OEA (Nota MPB-OEA-NV121-22, de fecha 11 de agosto de 2022) y Carta del Asesor Jurídico Interino del Departamento de Estado de los Estados Unidos, de fecha 6 de febrero de 2023, declararon que no tenían comentarios que hacer sobre el informe. La Misión de Paraguay ante la OEA (Nota No. 860-22/MPP/OEA, del 8 de agosto de 2022) manifestó que aún esperaba la posición de las instancias internas sobre el tema y remitió el documento "Protocolo de Actuación para una Justicia Intercultural", que demuestra el tratamiento especial del derecho consuetudinario indígena a nivel interno, pero que sólo tiene una lejana relación con el contenido del Cuarto Informe.

En un mensaje de correo electrónico del 22 de junio de 2022, el Coordinador de la Dirección Jurídica de Derecho Internacional y Derechos Humanos de Costa Rica destacó puntos que había señalado en la VIII Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA, celebrada el 9 de agosto de 2021, en ocasión del 99º período ordinario de sesiones del Comité, en la que destacó la importancia de la costumbre como fuente de derecho internacional y subrayó que la costumbre no se limitaba a la afinidad geográfica entre los Estados, sino que se refería a causas, intereses o actividades comunes.

La Misión Permanente de El Salvador ante la OEA (Nota MPOEA-OEA-0105/2022, de fecha 6 de junio de 2022) presentó comentarios con referencia a la Conclusión 16 del Proyecto de Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Llamó la atención específicamente sobre el hecho de que el concepto de "Estados interesados" contenido en el párrafo 2 de la Conclusión 16 necesita mayor clarificación. La Nota entiende que la costumbre internacional regional se forma a partir de una convicción jurídica que los Estados con características propias poseen con respecto a una práctica consuetudinaria, aspecto que va más allá de una mera manifestación de interés.

Los comentarios de Brasil fueron enviados por correo electrónico por el Subjefe de Coordinación General de la Organización de los Estados Americanos del Ministerio de Relaciones Exteriores el 6 de febrero de 2023. Los comentarios indican que Brasil acepta ciertas normas internacionales consuetudinarias a nivel regional. En el caso del asilo diplomático, recuerda que está establecido en la propia Constitución del país, que prevé la "concesión de asilo político" como principio que rige las relaciones internacionales de la República Federativa de Brasil. Cita opiniones de los asesores jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, un discurso en una conferencia internacional y una nota pública que reconocen, desde la perspectiva brasileña, la existencia de una costumbre internacional regional sobre el asilo diplomático. También menciona que Brasil acepta una práctica regional sudamericana relativa a la libertad de navegación de los ríos compartidos por los Estados ribereños. Los comentarios también indican que Brasil reconoce la posibilidad de que una costumbre internacional particular se convierta en una costumbre internacional universal, y que no existe distinción de naturaleza entre ambas. Para corroborar esta posición, cita la práctica. Por último, destaca la desigualdad de espacio y de recursos de los diferentes Estados, lo cual afecta la producción de los medios de prueba de las normas consuetudinarias y puede sobrevalorar el papel de ciertos Estados en relación con otros. Esta desigualdad conduce a que se guarde cautela en cuanto a la posibilidad de invertir la carga de la prueba en materia de derecho internacional consuetudinario particular.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 9.

Durante los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional Consuetudinario sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, algunos Estados del continente se pronunciaron específicamente sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

El Salvador presentó comentarios sobre el Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 69ª sesión. En esa ocasión destacó que, aunque consideraba poco claro el término "particular" para definir este tipo de derecho internacional consuetudinario, estaba de acuerdo con la definición establecida en el artículo 16 (1) del Proyecto de Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional. También afirmó que la norma sobre la Presidencia *Pro Tempore* del Sistema de la Integración Centroamericana era consuetudinaria. Por último, consideró que la expresión "Estados interesados" del artículo 16.2 del Proyecto de Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional no parecía adecuada, porque la norma internacional consuetudinaria regional surge de la convicción jurídica sobre la misma, lo que significa algo más que la simple expresión de interés¹⁴².

También Estados Unidos formuló comentarios sobre el Proyecto de Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional y destacó dos puntos. En primer lugar, el artículo 16 (1) no deja clara la naturaleza de la *opinio juris* que deben sostener los Estados afectados. Concretamente, no está claro si la *opinio juris* se configuraría si los Estados creen erróneamente que una norma es una norma de derecho internacional consuetudinario general o si entienden correctamente que dicha norma sólo se aplica a Estados concretos. En segundo lugar, los comentarios al Proyecto no demostrarían que existiera una práctica sobre la existencia de un derecho internacional consuetudinario bilateral o de un derecho internacional consuetudinario particular distinto del de orden regional. Para Estados Unidos, otras formas de derecho internacional consuetudinario particular no serían todavía partes reconocidas del derecho internacional¹⁴³.

Durante la discusión de los informes anuales de la Comisión de Derecho Internacional en la Sexta Comisión de las Naciones Unidas, al menos dos Estados del continente se han pronunciado sobre el derecho internacional consuetudinario particular.

En 2016, Chile acogió la inclusión, en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, de una disposición sobre el derecho internacional consuetudinario particular. En su opinión, en un mundo diverso, sería natural que existieran normas de este tipo que abarcaran diferentes regiones geográficas y pueblos, e incluso que compartieran intereses similares. Tal tipo de norma internacional consuetudinaria habría sido reconocida no sólo por la Comisión, sino también por la Corte Internacional de Justicia¹⁴⁴.

En la misma sesión y en las siguientes, El Salvador repitió los argumentos que ya había presentado y que comentaba específicamente el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional¹⁴⁵.

* * *

ANEXO

Cuestionario a los Estados Miembros de la OEA - Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano

1. ¿ En la práctica de su Estado se hace una distinción en relación a los elementos que componen el derecho internacional consuetudinario particular y el derecho internacional consuetudinario general (práctica y *opinio juris*)?
2. ¿ En la práctica de su Estado se considera necesario que tres o más Estados adopten una determinada norma internacional consuetudinaria para que ésta sea exigible frente a ellos?
3. ¿ En la práctica de su Estado difiere la prueba del derecho internacional consuetudinario particular de la prueba del derecho internacional consuetudinario general?

¹⁴² http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/70/pdfs/spanish/icil_el_salvador.pdf&lang=S

¹⁴³ http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/70/pdfs/english/icil_usa.pdf&lang=E

¹⁴⁴ https://www.un.org/en/ga/sixth/71/pdfs/statements/ilc/chile_1e.pdf

¹⁴⁵ https://www.un.org/en/ga/sixth/71/pdfs/statements/ilc/el_salvador_1.pdf;
https://www.un.org/en/ga/sixth/73/pdfs/statements/ilc/el_salvador_1.pdf

4. ¿ En la práctica de su Estado cómo se califican los actos de individuos que no actúan en nombre o bajo el control del Estado en relación con el derecho internacional consuetudinario particular?

5. ¿ En la práctica de su Estado hay alguna diferencia en la forma como se manifiestan los temas relativos a la prueba del derecho internacional consuetudinario particular en ámbitos específicos del derecho internacional?

Le solicitamos respetuosamente tenga a bien enviar cualquier otro elemento adicional que considere pertinente para comprender la práctica de su Estado en el tema bajo estudio.

* * *

2. 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 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 ofrecen 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.

Durante el 100° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, mayo, 2022), el relator del tema, doctor José Moreno Rodríguez, presentó un informe de avance en relación a la Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras, documento CJI/doc.667/22 rev.1, que se espera pueda ser utilizado en el ámbito de las reclamaciones por violación a las inversiones extranjeras y por ende, aclarar pronunciamientos contradictorios que son objeto de incertidumbres.

Aludió a la relevancia e impacto de la Guía de contratos internacionales, elaborada por el CJI, en el seno de las organizaciones más importantes que tratan del tema y que ha servido de ilustración a iniciativas de reformas en variados Estados, tales como, por ejemplo: Guatemala, Uruguay, y Chile.

Constató que UNCITRAL trabaja en materia de solución de controversias en el área de inversiones extranjeras. Sin embargo, la discusión se centra en el tema del foro y no en torno al derecho sustantivo

aplicable a las reclamaciones respecto a violación de inversiones foráneas. Remarcó, además, que hubo discusiones en el seno de la OCDE que no prosperaron. Hay importantes estándares con los cuales deben lidiar las partes contratantes, como por ejemplo el trato justo y equitativo, pero que no han sido definidas, puesto que no existe un *corpus* universal. Frente a la ausencia de una fuente de autoridad, se cuenta con opciones y alternativas de índole variado.

El relator del tema propuso seguir los ejemplos de la construcción del derecho privado romano en materia de protección a la inversión extranjera que se aplican en el derecho internacional público. Explicó que lo que existe es muy escueto, citando como ejemplo el artículo 42 del CIADIS que, por lo demás, es una norma que proviene del derecho internacional privado que desarrolló la Guía de la OEA en materia de contratos comerciales internacionales. Al respecto, observó la necesidad de una guía que permita clarificar e indicar a las partes litigantes y árbitros el camino a seguir frente a soluciones diversas, ausentes o regulaciones sucintas. Para encarar estos esfuerzos, se propone algo parecido a lo realizado en el ámbito de los contratos internacionales, que brinde contexto (explicando cómo se llegó al estado actual y los desarrollos existentes en materia de *soft law*) y acto seguido, explicar la utilidad de los instrumentos generados por la OEA, tal como la Convención de México y los instrumentos de derecho uniforme.

Sugirió que debía hacerse notar que la solución ya está contenida en dichos instrumentos. En este contexto, solicitó la aprobación del pleno para llevar adelante dicho proyecto, lo cual le permitirá elaborar el trabajo con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional. También implicará una vinculación con actores e instituciones claves en el derecho internacional.

La doctora Mariana Salazar agradeció la profunda y fundamentada introducción y, constatando la utilidad de la Guía de contratos internacionales, le instó a seguir adelante en este nuevo proyecto. Le consultó si el valor agregado del arbitraje no tiene relación con su carácter *ad hoc*. Asimismo, inquirió al relator sobre la ausencia de ratificaciones a instrumentos vinculantes en la materia, algo que por lo demás hace más pertinente la elaboración de una guía.

Al respecto, el relator del tema señaló la importancia del arbitraje en materia del derecho comercial, como medio efectivo de soluciones de controversias, en lugar de los tribunales, pero subrayó que en materia de inversiones existe un importante componente político. En relación a la naturaleza de los instrumentos, explicó que la consolidación de los Estados nacionales puso de relieve normas disímiles y la necesidad de tratados que busquen aportar soluciones uniformes, pero que en la práctica deben responder a intereses de los Estados. Frente a ello, los instrumentos de derecho blando terminan siendo de mayor calidad y, por ende, de mayor uso. La explicación adicional en el caso de la Convención de México se debe a las incongruencias en la traducción del inglés, así como a algunas concesiones que no brindan la claridad esperada de un texto de dicha calidad. En este contexto, la Guía de la OEA y los Principios de La Haya aportan una interpretación a esos temas poco claros, y en su entender en la actualidad no se requieren mayores ratificaciones a la Convención de México, sino a instar a las legislaciones nacionales a servirse de la Guía de la OEA.

El doctor George Galindo apoyó la forma de abordar el tema, que busca identificar instrumentos existentes con el objeto de coadyuvar a los Estados en materia de inversiones. No recomienda ir más allá, considerando que el origen del derecho de las inversiones surge en un contexto politizado. Debido a la importancia del contexto político apoyó la iniciativa tal que ha sido descrita.

El relator del tema concordó con lo dicho por el doctor Galindo de no entrar en temas sensibles y que el texto que se trabaje sea lo más neutro posible. Es importante identificar todos los textos útiles en la materia, lo cual podrá potenciar los instrumentos de la OEA.

El doctor Eric Rudge agradeció al relator y apoyó esta iniciativa, que ejercerá influencia en las inversiones extranjeras. Es necesario que las reglas y regulaciones sean formuladas a imagen de la región y no impuestas desde el exterior.

En el entender del relator del tema, esta propuesta debería servir también a los legisladores nacionales, puesto que estos instrumentos van incorporando cuestiones relativas a derechos de segunda generación, tal como derechos humanos y el derecho ambiental.

El Presidente del CJI agradeció la explicación y constató el importante desafío que impone y, por ende, le solicitó la redacción de un listado con los temas relevantes que permitan al pleno, *a posteriori*, seleccionar aquellos de mayor pertinencia.

En respuesta al Presidente, el relator del tema explicó que su intención es continuar la misma metodología y el mismo esquema de la guía en materia de contratos internacionales, pudiendo adicionalmente presentar un cuadro sinóptico.

Durante el 101° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022), el relator del tema, doctor José Moreno Rodríguez presentó un informe verbal manifestando su intención de presentar en la próxima sesión un borrador acabado, siguiendo la práctica de lo realizado en la Guía de contratos internacionales, considerando que muchos de los temas se relacionan con cuestiones que ya se abordan. La Guía de sobre inversiones deberá servir a múltiples propósitos, entre los cuales mencionó:

- educativo;
- guía para los Estados y los negociadores al momento de firmar tratados multilaterales (que el Estado no sea confrontado a demandas frívolas);
- referencia para los inversores respecto de las consecuencias de los tratados multilaterales de inversión;
- útil para los abogados que litigan;
- valioso para las instancias juzgadoras, arbitrales u otras.

Observó que ya han existido seis proyectos fracasados y por ende se espera elaborar un *corpus* jurídico que recoja lo que existe. La intención es presentar propuestas a partir de lo que se dispone y explicar su aplicación frente a los instrumentos existentes; dar a conocer también su conformidad con los instrumentos de derecho uniforme, los principios de UNIDROIT e incluso la Guía del Comité en contratos comerciales.

El relator precisó que es un tema que trae a colación un diálogo multidisciplinario ha sido el fruto de una investigación de más de siete años en la materia. La propuesta cuenta con la contribución de actores relevantes del sector público y privado, la academia, el arbitraje y la judicatura. No se trata de elaborar una nueva regulación o un instrumento de derecho duro.

El doctor José Moreno Guerra consultó al relator si la relación en la negociación de inversión extranjera sigue siendo asimétrica entre países en desarrollo y las grandes empresas que tienen poder de convicción por medio de varias formas entre las cuales el soborno.

El relator explicó que su informe no pretende ni puede resolver muchos problemas en el sistema, tales como aquellos ligados a la corrupción o la existencia de malos árbitros. Lo que apunta es paliar el déficit de información en relación al derecho aplicable respecto a las inversiones extranjeras, y espera poder coadyuvar tanto a los negociadores como a los Estados. Que permite incluso aplicar los mecanismos de solución de conflictos. Ello tendrá en cuenta además la interacción del derecho internacional público y privado frente a las expectativas legítimas del inversor y la mejor valoración de instrumentos jurídicos de la OEA.

Aludió al respecto al trabajo que realiza UNIDROIT con el instituto de la Cámara de Comercio Internacional que busca un equilibrio entre las empresas y espera aportar previsibilidad en la materia.

La doctora Cecilia Fresnedo felicitó al relator por la importancia práctica del tema que trae a colación elementos de derecho público y privado y le consultó si se incluirán temas que permitan compatibilizar normas materiales de convenios bilaterales de inversión y el derecho interno del país

receptor, en relación por ejemplo a temas de expropiación indirecta, mediante normas de rango administrativo, incluso que contravienen contra normas de rango constitucional.

Siguiendo la consulta de la doctora Fresnedo, el doctor Ramiro Orias preguntó al relator sobre los conflictos de las inversiones con el conjunto de normas de índole sectorial que incluyen derecho al medio ambiente y a los pueblos indígenas, por ejemplo, a saber si este tipo de preocupaciones se integrarán en la discusión de la Guía sobre inversiones.

Al respecto, el relator constató que en UNIDROIT se han hecho esfuerzos en el ámbito de las inversiones agrícolas en donde tuvieron una participación diversos sectores de la sociedad civil y de las grandes empresas, logrando un texto balanceado. Explicó que no habrá toma de posesión, sino que se podrán sobre la mesa algunas de las problemáticas, e incluso será posible llamar la atención sobre los temas en donde hay controversias y que ellos se tomen en consideración, puesto que muchas veces pasan desapercibidos. Instarles a contemplar dichos temas y estándares relativos a la expropiación, nación la más favorecida, etc. haciendo notar a los Estados que existen diferencias y llamándoles la atención sobre la necesidad de prevenir litigios.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023), el relator de tema, doctor José Moreno Rodríguez, presentó su informe sobre la “Guía de la ley aplicable a las inversiones de arbitraje internacional”, documento CJI/doc.686/23, el cual por ahora se encuentra únicamente en inglés, y se espera su traducción en español para la próxima sesión.

Es un documento que le ha impuesto grandes desafíos para comprimirlo, considerando que el trabajo surge de una investigación que le tomó siete años y, de hecho, le sirvió en la elaboración del Curso de la Academia de la Haya, cuenta de casi 200 páginas.

La intención del relator es elaborar un documento que simplifique temas complejos pero que sea instructivo, tal como se hizo con la Guía de contratos internacionales; pudiendo ser considerado este nuevo trabajo como su continuación. La propuesta espera coadyuvar a los operadores judiciales sobre cómo confrontar el derecho aplicable a las inversiones extranjeras.

Indicó que se trata de un trabajo que demuestra la fuerte influencia del derecho privado romano en la conformación de los perfiles del derecho internacional público. Más cerca de nosotros en el siglo XX hubo tentativas fracasadas regular de manera comprensiva el derecho de las inversiones foráneas, incluso sin alcanzar consenso en las Naciones Unidas. A partir de la década de los noventa, los tratados bilaterales de inversiones recogen estándares amplios y abstractos en la materia. Por ende, de nuestros días no existe un corpus sobre el derecho aplicable a las inversiones foráneas, algo que espera dar respuesta en alguna medida el aporte del Comité. Ello es pertinente además porque hay de nuestros días muchos litigios en la materia.

Tanto la OECD como UNIDROIT parecen interesados en retomar el tema. El desafío de a OECD al dotarse de un documento consensuado vinculante impondrá plazos adicionales tanto para su negociación como para la ratificación por ende no se podrá disponer de un corpus en la materia.

La propuesta de guía tiene por objeto facilitar la labor de los abogados, árbitros y operadores junto con aclarar la situación respecto de las inversiones extranjeras del corpus jurídico que ya existe y que consiste en una imponente información. De hecho, la propuesta de guía podría incluso eventualmente evitar conflictos.

La propuesta ve un potencial muy grande de aplicación en consonancia con instrumentos del sistema interamericano en vigencia así como con los principios de UNIDROIT y en los principios de La Haya (en particular en instancias utilizadas por árbitros).

La intención del relator en esta etapa consiste además en socializar el documento previo a la próxima sesión, tanto por medios virtuales como en persona en los viajes que prevé el relator del tema realizar a Estados Unidos, Chile y República Dominicana.

Culminó aclarando que no se quiere tomar partido a favor de nadie, lo que se busca es presentar lo que existe de una manera neutral, beneficiando a un máximo de actores posibles.

El doctor Luis García-Corrochano apreció el reencuentro propuesto por el relator entre el derecho internacional público y privado, ramas que tienen por común denominador el derecho internacional. Instó a enriquecer el trabajo con la mirada de ambas áreas del derecho. Al respecto, el relator concurrió sobre el hecho que las fronteras están diluidas entre ambas esferas; llamando a los especialistas en derecho internacional público a enriquecerlo.

El doctor Eric P. Rudge constató que este es un tema que podría ser beneficioso en el Caribe, en particular en el contexto de la explotación de gas y petróleo. Solicitó incluir una tabla de materias para facilitar la lectura del imponente texto. En la página 170, pareciera ser que algo está faltando. Se comprometió a socializar el informe en su gobierno y en las agencias que se ocupan de inversiones. El relator observó que este aporte será de gran utilidad para el Caribe puesto que no hay muchos desarrollos en la región, particularmente en aquellos países que no reciben muchas demandas.

El doctor Julio Rojas-Báez felicitó al relator por el documento, considerado como una herramienta de gran utilidad para el ejercicio de quienes trabajan en temas de inversión. Consultó sobre la posibilidad de presentarlo en UNCITRAL en una reunión que tendrá lugar en República Dominicana próximamente. El relator explicó que en el año pasado hizo una presentación en UNCITRAL y sus autoridades han descartado tratarlo de una manera viable esta problemática debido a las dificultades para generar consensos.

El doctor Alejandro Alday felicitó al relator por su trabajo, indicó que el importante aporte de para todas las partes involucradas, pudiendo incluso tener incidencia en los mecanismos de arbitraje en el seno de UNCITRAL así como respecto de los mecanismos “permanentes” de solución de controversias que se adoptan en la Unión Europea y los desarrollos que rigen en los tratados de libre comercio en América del Norte. Apoyó la idea de difundir el documento en las facultades de derecho, gobiernos y practicantes, tan pronto se disponga de la versión en español. Consideró además ser un aporte válido para los Estados miembros, puesto que da una base clara para orientar las negociaciones y los criterios en el ámbito de las inversiones. Propuso que se elabore en un inicio un manual para estudiantes y gentes menos versada en la materia.

El relator constató que precisamente la propuesta de Guía puede ayudar a los jueces y a los árbitros en cuanto a temas procesales y sustantivos. En lo concerniente a la difusión reveló que la Guía de contratos internacionales está siendo utilizada en ciertas facultades de derecho en nuestro hemisferio.

El doctor Ramiro Orias advirtió que el trabajo presenta el estado del arte en este complejo tema. Desde el punto de vista formal concordó con el doctor Eric Rudge sobre la idea de incluir un índice. Propuso además que se elabore una publicación oficial como un producto del Comité para que sea juzgado por los Estados miembros. Desde el punto de vista sustantivo, sugirió realizar un balance final sobre los desarrollos de los instrumentos interamericanos y los desafíos que existen en la materia en la región.

El relator concordó en la necesidad de incluir un capítulo sobre los desarrollos en el sistema interamericano. Aclaró que es su intención incluir al inicio del documento un resumen del conjunto de la materia, tal como se hizo con la Guía de contratos internacionales.

El Vicepresidente estimó que esta propuesta es una contribución muy importante del Comité al derecho internacional por su carácter innovador, y no le sorprendería que ello sea replicado a nivel universal por organizaciones especializadas en derecho internacional privado.

El relator convino en la importancia de los trabajos del Comité que han sido replicados a nivel universal.

Al finalizar su exposición, el relator solicitó a la secretaría repartir el índice del documento y se comprometió a difundirlo.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (agosto, 2023), el relator del tema, doctor José Moreno Rodríguez, realizó un informe verbal que rinde cuenta de su interés en seguir recibiendo sugerencias de expertos de diversos países y agradece a quienes han tenido la diligencia de presentar sendos aportes que incluyen casos de jurisprudencia y experiencias del hemisferio. También hizo alusión a los comentarios enviados por la Conferencia de La Haya y UNIDROIT, así como a las prórrogas solicitadas por representantes de gobiernos de Canadá y Estados Unidos. Explicó que su objetivo era culminar el texto antes de fin de año, y en este cometido se organizaría una reunión virtual del CJI para adoptar la Guía en este tema así como el informe bajo la relatoría de la doctora Cecilia Fresnedo sobre “contratos entre comerciantes con parte débil”.

Además del envío de la información a los Estados, organizaciones internacionales y expertos en la materia, el relator ha tenido la posibilidad de presentar su proyecto en varios estados miembros de la OEA, tales como en Chile en presencia de expertos; en Estados Unidos, en ocasión de la Asamblea General de la OEA, en donde se contó con la participación del ex miembro del CJI doctor David P. Stewart (USA); en México en un evento que reunió a juristas de primer nivel que incluya a personalidades como el profesor Leonel Pérez Nieto; y, en Panamá en donde el relator pudo compartir con especialistas en materia de litigios arbitrales. Por lo demás, la semana próxima hará una presentación frente a miembros de ASADIP en Rio de Janeiro, y en Lima, Perú, tiene previsto participar en un foro a finales de agosto.

En seguimiento a la evolución histórica expresada por el doctor Luis García-Corrochano, el relator del tema explicó que la tendencia para el futuro es servirse de contratos de inversión con reglas detalladas y previsibles y no tratados generales. Por ende, la guía del CJI puede ser muy auspiciosa para el futuro.

El doctor Julio Rojas-Báez consultó al relator sobre la naturaleza equitativa de dicha perspectiva en que tribunales internacionales puedan intervenir y poner en jaque el trato justo y equitativo, por ejemplo. El relator subrayó que la tendencia de propuestas de UNCITRAL de realizar cambios se realiza en un contexto en donde no existe un corpus legal que dé respuestas precisas. En los casos de contratos de inversión se busca contar con un documento que pueda indicar a los Estados las consecuencias de sus actos, en que los inversores y los Estados tengan claridad. Estas nuevas herramientas pretenden establecer orientaciones claras ante casos de conflictos entre tratados y contratos.

El doctor Rojas-Báez aplaudió el trabajo del relator de sacar a la luz pública temas que son confidenciales e incluso ocasionalmente adulterados, debido a especulaciones que tienen lugar por filtraciones de información que en principio es “confidencial.” El relator explicó que en su opinión personal, los laudos deberían ser públicos, sin embargo, la guía no se ocupa de temas procesales aunque arroja luces sobre las dificultades de la práctica actual. De hecho, constató que el arbitraje ha funcionado muy bien hasta el siglo XIX. En los años 50 del siglo anterior, los casos que involucraban el petróleo dan lugar al apogeo de casos no confidenciales que implicaban grandes cantidades de dinero.

El doctor Alejandro Alday subrayó la importancia de llevar este tipo de trabajos a grupos especializados que permiten retroalimentar al relator directamente, tal como sucedió en la reunión en México en presencia del doctor Moreno Rodríguez.

La doctora Cecilia Fresnedo felicitó al relator por su trabajo de difusión y le consultó sobre las acciones a seguir en el proyecto de UNIDROIT en materia de inversión y si la intención es establecer una suerte de contrato marco.

El relator del tema explicó que no se sabe la solución final, aunque debería derivar en una Guía, incluso una opción alternativa sería ampliar el trabajo sobre contrato de inversiones de los principios de UNIDROIT. Finalmente, otra opción es dotarse de cláusulas estándares.

Cabe señalar que el relator realizó una presentación en las XVI JORNADAS DE LA ASADIP, organizadas en Rio de Janeiro en agosto de 2023, evento al que acudieron todos los miembros del Comité.

Durante el período extraordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual del 12 de diciembre de 2023) el relator del tema, doctor José Moreno Rodríguez, presentó su informe

“Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras”, documento CJI/doc.686/23 rev.1, que había sido trabajado originalmente en inglés debido a la experiencia anterior en la elaboración de la Guía de contratos internacionales en que la mayoría de los expertos que se implicaron en las consultas eran de habla inglesa y el ejercicio de la traducción al inglés atrasó el avance de los trabajos. En función del citado texto se hicieron ajustes a la versión en español con el apoyo de la secretaria técnica del Comité. El relator constató que el texto cuenta con aportes sometidos por representantes de algunos Estados, árbitros, y expertos, los cuales serán identificados en la versión final del documento. Subrayó que todos los aportes han sido positivos, sin que se exhiban sugerencias tendientes a imponer cambios conceptuales. La versión revisada de la Guía contiene una síntesis de recomendaciones concretas al inicio que resume las principales ideas. Ya estaría terminada la parte sustantiva del trabajo, quedando pendiente terminar ajustes de forma. Señaló que en los últimos días se ha recibido comentarios del profesor Stephan Schill un experto en inversiones extranjeras y editor general del Anuario de Arbitraje Comercial. En este contexto, se requiere de tiempo adicional para culminar los ajustes que deberían permitir obtener reflexiones de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativos a Inversiones (CIADI) que por lo demás son instancias de difusión e implementación de los trabajos culminados del Comité. Por tal razón considera que lo más apropiado en aras de la transparencia es contar con un tiempo adicional para trabajar en dichos ajustes durante los próximos meses con el apoyo de la Secretaría Técnica (tanto de Dante Negro, Jaime Moreno-Ovalle e incluso Jeannette Tramhel), y que el documento se presente en la sesión del mes marzo con la presencia de su persona por vía virtual. La intención no es cambiar nada sustantivo. Se refirió a las intervenciones que el relator ha venido realizado ante foros variados en diferentes países lo cual que demuestra su amplia socialización. Al concluir, solicitó conocer si existe alguna objeción respecto de lo sustantivo del texto sometido.

El doctor George Bandeira Galindo apoyó la moción de aprobar el informe ahora y dejar la revisión para la próxima sesión de los ajustes formales en el mes de marzo. Remarcó la importancia del informe para el continente. Realizó dos propuestas: que se unifique el uso del tiempo verbal “deberían” al momento de instar a los actores en los puntos 5.1, 11.2 y 14.2. Acto seguido, sugirió incluir una nota de pie de página aclaratoria en relación con la referencia a los “principios generales” concepto que recibe un tratamiento diferente a lo largo del informe. Ello debido al debate en torno a la expresión “principios generales de derecho” tanto en el seno de la Comisión de Derecho Internacional como entre algunos Estados; la discordia consiste en determinar si los “principios generales de derecho” comprenderían o no la expresión “derecho internacional” y cuyo sentido tradicional implica principalmente que nociones del derecho nacional o local sean transpuestas en el derecho internacional.

La doctora Cecilia Fresnedo felicitó al relator por el trabajo realizado. Apoyó la moción del de aprobar el informe en forma preliminar sujeto a la adopción de un documento revisado en el mes de marzo. Concordó con el doctor George Bandeira Galindo sobre la necesaria aclaración en torno a los “principios generales”; en su entender, dichos principios son específicos de algunas ramas del derecho no de todas.

El doctor Eric P. Rudge reconoció igualmente el trabajo del relator y le instó a difundir ampliamente este informe a nivel regional e internacional considerando su gran utilidad. Consultó si las recomendaciones pueden ser alistadas o enumeradas en un formato particular (en negritas o itálicas) al inicio en el sumario y si se pudiera incorporar una lista de abreviaturas o acrónimos al inicio del documento. Advirtió que en la página 105 en inglés al final no aparece la nota de pie de página correspondiente.

El doctor Alejandro Alday también remarcó la calidad del trabajo efectuado, cuyo esfuerzo aporta al cúmulo de soluciones existentes. Reconoció que se trata de un texto amplio y muy bien integrado, que ha sido objeto de intensas consultas y del cual esperaba sea de uso práctico. Instó a divulgarlo a los parlamentos, la academia y los especialistas como un insumo de la región para solucionar controversias en la materia. Concordó con la sugerencia del doctor George Bandeira Galindo sobre la nota aclaratoria.

Sugirió que se adopte en la próxima sesión un documento terminado, aunque no tendría dificultades para aprobarlo ahora.

La doctora Martha Luna se sumó a las felicitaciones tanto a este trabajo como al informe de Cecilia Fresnedo, puesto que en ambos casos se trata de documentos de la mayor calidad, que recogen los aportes de los expertos, pudiendo ser adoptados en la actualidad.

El relator del tema, doctor José Moreno Rodríguez, agradeció el reconocimiento a su trabajo. En relación con las consideraciones puntuales, confirmó con el doctor George Bandeira Galindo sobre la necesidad de enmendar los tiempos verbales en la versión en español, texto que requiere una lectura final de su parte. En relación con los principios generales manifestó estar completamente al tanto de la discusión actual en el seno de la Comisión de Derecho Internacional que es muy relevante en tema de las inversiones extranjeras, y que ello será reflejado en la Guía, sin tomar partido teniendo en cuenta que se trata de un tema altamente controversial. En respuesta al doctor Rudge el relator señaló se van a realizar ajustes formales tal como se hizo en el informe sobre Contratos Internacionales, el sumario no debe aparecer como parte I. Reveló que el proceso de revisión formal está siendo llevado a cabo de manera meticulosa bajo la dirección de la profesora Magdalena Coulic (afiliada a la Facultad de Ciencias Políticas en París).

El doctor Luis Toro Utillano de la Secretaría Técnica aclaró en primer lugar que el doctor Dante Negro ha debido salir de la reunión para recibir una condecoración correspondiente al mayor reconocimiento que puede recibir un funcionario de la Secretaría General, por medio del cual se reconoce valores ligados a la “colaboración, solidaridad y unión entre las naciones de América”, Premio Leo Rowe.

Con relación al seguimiento del tema, el doctor Toro Utillano advirtió sobre la diferencia del documento bajo análisis del informe adoptado en el punto anterior. Constató que no existe oposición al fondo del asunto, y frente a la opción hecha por el relator, que a pesar de que no será miembro del Comité, podrá hacer una exposición virtual en ocasión de la sesión del Comité en Panamá. Por consideraciones prácticas, los documentos aprobados se remiten a los cuerpos políticos y acto seguido son objeto de difusión y de comunicaciones de prensa. En este sentido, la decisión actual debería servir para autorizar al relator del tema a realizar la presentación del informe en el mes de marzo, cuenta tenida su autoría, conocimientos y experiencia.

El Presidente agradeció la explicación y transmitió el sentir de la sala de manifestar las felicitaciones al doctor Dante Negro y avalar la distinción que ha recibido en este día.

El doctor Alejandro Alday preguntó al doctor Luis Toro Utillano respecto a las opciones que impondría adoptar el informe en el mes de marzo si se quiere conseguir su aprobación en el seno de la Asamblea General, e instó a realizar un trabajo interno por parte de los miembros del Comité con sus gobiernos para facilitar su aprobación por la OEA.

Al respecto el doctor Toro Utillano aclaró que los tiempos son perfectos, puesto que la sesión ordinaria de la Asamblea General tendrá lugar en junio de 2024 en Suriname, y en función de tal interés en la sesión de marzo del Comité se podría redactar una resolución que solicite enviar el informe a la Asamblea General para su aprobación por los cuerpos políticos.

El doctor George Bandeira Galindo pidió registrar en esta sesión su acuerdo con el contenido del informe considerando que el relator ya no será miembro del Comité en marzo, reconociendo el trabajo y la dedicación del doctor Moreno Rodríguez en su calidad de relator. Solicitó a la Secretaría dejar en actas las felicitaciones al doctor Dante Negro manifestando la dicha de verle recompensado con el mencionado galardón, iniciativa que fue avalada por el Presidente y el resto de los miembros.

El doctor George Bandeira Galindo solicitó seguir el ejemplo de Naciones Unidas en ocasión del “Acuerdo para conservar la biodiversidad marina en aguas internacionales”, en donde hubo un consenso sobre la adopción del texto, pero su firma quedó sujeta a los ajustes en otros idiomas, bajo un acuerdo de

no realizar modificaciones sustantivas. En este sentido solicitó que se adopte ahora y que la decisión de la aprobación se realice en marzo, con el compromiso de hacer modificaciones meramente formales.

El doctor Luis Toro Utillano estimó que la proposición del Vicepresidente se asemeja al acuerdo de damas y caballeros que se está promoviendo y se refirió a la importancia de un lenguaje claro respecto de lo que se va a presentar al final del día y del camino a seguir. En su entender, se debería privilegiar la decisión de consignar acuerdo que existe en el pleno y en marzo proceder a la aprobación del informe.

El doctor Julio Rojas-Báez se sumó a las felicitaciones con el trabajo del relator por su exhaustivo trabajo realizado, que le ha servido como un ejemplo en sus labores. Manifestó su apoyo a la propuesta del doctor Bandeira Galindo de aprobarlo hoy para que refleje el trabajo del relator en este día, bajo la condición que se harán cambios únicamente de forma junto a los comentarios realizados en este espacio.

Se unió a las felicitaciones al reconocimiento del doctor Dante Negro, junto con remarcar que un reconocimiento también ha sido ofrecido a la memoria del doctor Mario Lopez Garelli, ex funcionario de la OEA, nacional de Paraguay que falleciera el año anterior.

La doctora Cecilia Fresnedo se sumó a las dos sugerencias del doctor George Bandeira Galindo de aprobar el informe en esta sesión extraordinaria sin perjuicio de darle una aprobación final en marzo. También se unió a las felicitaciones del doctor Dante Negro. Manifestó su intención de salir de la sesión. El doctor Toro Utillano explicó que no se pierde el *quorum* con su partida.

El doctor Eric Rudge apoyó la fórmula de adoptar el informe en esta sesión, cuenta tenida que los cambios no serán sustantivos, siendo el relator todavía un miembro del Comité. Indicó además su preocupación para el mes de marzo en donde se contará con dos nuevos miembros y consultó al Presidente si no le sería posible remitir el texto antes del fin del año. Asimismo, se sumó a la moción de incluir las felicitaciones al doctor Dante Negro en las minutas del Comité.

El Presidente expresó que la preocupación es hacer público el documento una vez se aprueba, y consultó si no sería posible dejar el documento aprobado pero que sea distribuido en marzo.

El doctor Luis Toro Utillano puntualizó que la razón de ser de esta sesión era el tratamiento de estos dos informes debido a su madurez y avance, teniendo en cuenta la terminación del mandato del Presidente a título de relator de uno de ellos. Observó el interés y la preocupación del plenario para que el informe respete la autoría del relator, y al respecto propuso que en la resolución se exponga la labor del doctor Moreno Rodríguez quien llevó adelante el trabajo de principio a fin. El temor es realizar excepciones al aprobarlo en el día de hoy y no remitirlo inmediatamente a los cuerpos políticos. Pero al final de cuenta se hará lo que el Comité mejor estime.

El Presidente aclaró que prefiere seguir el camino de adoptar el informe en marzo. Y ello a pesar de ir en contra del sentir mayoritario e incluso del riesgo que representaría contar con nuevos miembros. Agradeció por las muestras de aprecio y el endoso al trabajo y esfuerzo que él ha desplegado.

El Presidente solicitó registrar en el acta el entendimiento alcanzado. En función de lo anterior el Comité adopta el siguiente curso a seguir:

- 1.- Se deja constancia en estas actas que el informe presentado en este día en lo sustantivo cuenta con la aprobación del pleno; y,
- 2.- Que se harán ajustes menores de forma que serán sometidos en el mes de marzo, luego de lo cual será remitido al Consejo Permanente para su consideración.

* * *

3. 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 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.

Durante el 100º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, mayo, 2022), el relator del tema, doctor Ramiro Orias, presentó un informe verbal de su estudio, que busca visibilizar la situación de las comunidades afectadas que son víctimas de la corrupción, tal como ha sido el caso de las personas que no tuvieron acceso a servicios de salud. Explicó que para tal fin se ha elaborado un cuestionario ya recibido respuestas de Canadá, Costa Rica, Panamá, Perú y Suriname. Frente a este resultado poco alentador, el relator ha remitido el cuestionario a los miembros de la Red Pro Bono, lo cual le ha permitido contar con 17 respuestas. Su intención es presentar un nuevo informe en agosto y, al respecto, consultó a la Secretaría si sería conveniente remitir un nuevo recordatorio del cuestionario a quienes no han respondido.

El doctor Jean-Michel Arrighi, se refirió al reto que imponen en este tema las normas para la recuperación de los activos, pues no existe claridad en torno a la distribución de los mismos. Explicó que en muchos casos estos se van a fondos perdidos (presupuesto nacional, remates e incluso se queman) y por ende no tienen en cuenta del interés de las víctimas.

La doctora Martha Luna aludió a la situación en Panamá respecto al tratamiento de la figura de la recuperación de fondos, que se centra en temas de impuestos, y que deja en evidencia el uso abusivo de las defensas basadas en la prescripción, sin que haya reintegro de los fondos.

El doctor Eric Rudge se refirió a las normas internacionales sobre la reutilización de los fondos que provienen de actividades ilegales, las cuales pueden ser utilizadas para combatir el lavado de dinero y la corrupción. En este sentido, los Estados deben ejercer un rol central, aunque en la práctica no lo hacen de una manera enérgica.

El doctor Moreno Guerra mencionó la situación de una autoridad nacional de su país que recibió coimas y trató de lavar el dinero obtenido ilícitamente en EE.UU., habiendo sido descubierto cometiendo el delito. Al respecto, consultó al relator si dichos montos de dinero originados en Ecuador deberían ser retornados al país de origen.

El relator del tema concordó respecto de la ausencia de claridad con relación a la redistribución de dichos fondos, donde existe falta de uniformidad. Citó como una ilustración la norma de EE.UU., donde la oficina del fiscal puede iniciar un proceso a nivel internacional sobre casos que tenga alguna conexión

con dicho país, pero no existe normativa similar o implementación en otros países. En muchos países se aplican acuerdos reparatorios, donde el corrupto acuerda penas abreviadas sin que haya devolución del monto total. En este sentido, la participación de la sociedad civil podría contribuir a promover el avance de los casos para facilitar la obtención de reparaciones. En algunos países que han tenido enmiendas procesales penales se ha buscado remediar estas lagunas, tal es el caso de Costa Rica y Brasil. Es así como la Convención de lucha contra la corrupción de la ONU confronta este tipo de figura respecto a la indemnización de las víctimas del delito. También se refirió a los desarrollos de la Corte Penal Internacional, que permite el decomiso de los fondos que fueron usados para cometer el delito y servir para compensar a las víctimas, principales damnificados.

El Presidente consideró conveniente reiterar a los Estados el pedido de responder al cuestionario.

Durante el 101 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022) este tema no fue considerado.

Durante el 102 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023) este tema no fue considerado.

Durante el 103° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (agosto, 2023), el relator del tema, doctor Ramiro Gastón Orias Arredondo, presentó un informe verbal sobre el avance de sus labores. Observó que se ha buscado determinar diversos modelos sobre el espacio que las legislaciones nacionales conceden a las víctimas, el rol que se acuerda a asociaciones civiles actuando en su lugar y la labor a organizaciones de sociedad civil que puedan constituirse como acusadores respecto de delitos cometidos por funcionarios públicos (modelo principalmente en El Salvador y Guatemala). Citó como ejemplo el caso de Costa Rica en que establece el concepto de daño para la sociedad, interés colectivo. La legislación más clara es la de República Dominicana en donde cualquier persona puede constituirse como querellante. Dijo que hasta el presente se ha podido obtener información de 15 Estados sobre el rol que pueden tener las víctimas directas en casos de corrupción, con el apoyo de la Red ProBono.

Constató igualmente que no es un tema que aborda de forma directa la Convención Interamericana contra la Corrupción, pues dicho instrumento no define el alcance de la participación de la sociedad civil, a saber si ello incluiría una participación procesal.

Finalmente, aludió a la legislación en España que dispone del recurso de “acción popular” de tipo civil y penal por medio del cual cualquier organización puede denunciar delitos de orden público.

El doctor Luis García-Corrochano Moyano agradeció al relator del tema, y le consultó sobre la determinación de las víctimas, pudiendo incluir un colectivo determinado y gobiernos locales o centrales, y quien podría definir dicha legitimidad.

La doctora Martha Luna Véliz solicitó al relator explicaciones adicionales sobre la determinación de las víctimas en función de lo sucedido en su país, en un contexto en que resulta muy difícil identificar a quien tendría derecho al reclamo.

El relator explicó que el tema central de su trabajo es precisamente identificar a las víctimas en la materia. Aludió a la situación vivida en un Estado miembro en donde varias compañías actuaban de manera coludida para subir el precio de sus productos durante años y la justicia les obligó a pagar a los consumidores una indemnización. En el trabajo bajo estudio la relatoría espera identificar tanto a las víctimas directas como a aquellas personas que hayan sufrido daños mentales o físicos, en función de la legislación penal vigente. El concepto de víctima está vinculado al daño, y el reto es determinar el vínculo de causalidad entre el hecho punible y el daño.

Al culminar su presentación el relator se comprometió a presentar un informe en el siguiente período ordinario de sesiones.

* * *

4. La excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano

Durante el 99º 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 (bloques, 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.

Durante el 100º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, mayo, 2022), el tema no fue considerado.

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022) el relator del tema, doctor Luis García-Corrochano presentó un informe verbal que describe el trabajo que elabora el cual tendrá variadas aristas respecto de un tema que ha cobrado actualidad.

El relator sostuvo que la naturaleza de la excepcionalidad de la temática debe embarcarse en el contexto universal, y su definición limitarse dentro de la normativa existente, tal como por ejemplo la legítima defensa. De igual manera, habría que determinar criterios respecto de la fuerza admisible o tolerable sin que se rompa la norma jurídica. Ello implica desarrollar nociones relativas a la represalia, la contención, medidas de índole económico, medidas de carácter militar sin llegar al afrontamiento, medidas preventivas, entre otras. Todo ello en un contexto de actores estatales. El relator reconoció que este trabajo va en contrasentido a los esfuerzos de proscribir el uso de la fuerza por medios pacíficos, algo que se puede apreciar al analizar los esfuerzos normativos del sistema interamericano de las Conferencias del siglo XIX y en la normativa del siglo XX. Subrayó que el Pacto regional es de carácter defensivo únicamente y crítico a quienes dudan de la vigencia de la doctrina de la prohibición del uso de la fuerza. Entre sus conclusiones anticipadas, el relator manifestó que en su entender el sistema regional ha sido el más efectivo en el ámbito de la reducción de conflictos internacionales en comparación a otras regiones. Adicionalmente, la reflexión sobre la excepcionalidad bajo la óptica de la prohibición deberá determinar si hay lugar a un cierto nivel de permisibilidad o reforzar la norma imperativa que prohíbe el uso de la fuerza.

El doctor José Moreno Guerra observó que el tema del uso de la fuerza sin ninguna base de legalidad sigue siendo parte de la realidad mundial. En este contexto explicó que la doctrina de la legítima defensa requiere de tres criterios:

1. Una aversión (no siendo válida la doctrina de la legítima defensa preventiva).
2. El respeto del principio de proporcionalidad en función de la intensidad de la agresión.
3. La temporalidad (actuando hasta cuando termina la agresión).

Adicionalmente, identificó al Consejo de Seguridad de la ONU como la única entidad que tiene potestad para hacer uso de la fuerza y ninguna organización o Estado puede tomar la responsabilidad de hacer uso de la fuerza en caso de agresión. El doctor Moreno Guerra desestimó además la legítima defensa colectiva que formula el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), instrumento obsoleto que en su entender ha caído en desuso. Tratado que por lo demás obliga a participar a todos los Estados Parte, pero que no siempre todos responden a favor de la solidaridad requerida. Citó al respecto el caso de las Malvinas y la posición de Estados Unidos.

El relator concurrió sobre la importancia de las condiciones que deben prevalecer en la materia, remarcando que ciertos países han utilizado el uso de la fuerza contra entidades no estatales. El Consejo de Seguridad es esencial en la determinación de decisiones ligadas al uso de la fuerza. Si bien el TIAR es importante no considera que sea pertinente referirse al mismo en su informe. Al igual que el tratado que crea OTAN son instrumentos cuya efectividad es menos que dudosa.

La doctora Mariana Salazar consultó al relator si el objeto del trabajo debe referir al uso de la fuerza entre Estados o respecto de actores encargados de hacer cumplir la ley.

Al respecto, el relator respondió que su informe alude a la primera figura.

El doctor Ramiro Orias mencionó la forma en que se desvirtúa la legítima defensa colectiva a la luz de la invasión de Rusia a Ucrania, y el supuesto genocidio de la población rusa en Ucrania. Recordó el criterio de la proporcionalidad como principio esencial de la legítima defensa al momento de constatar la ineficacia del actuar del Consejo de Seguridad. Asimismo, instó al relator a desarrollar en su informe la temática de la resolución pacífica de controversias.

El relator agradeció los comentarios que van en la línea de la acción de nuestro hemisferio.

El doctor George Bandeira Galindo señaló su participación en la sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que discutió sobre este tema, e invitó al relator a servirse del informe elaborado en tal ocasión. La noción de excepcionalidad, a pesar de no ser precisa, debe ser analizada y entendida en la lógica y dentro de los límites de la Carta de la ONU, y en ningún momento se deben establecer nuevas excepciones. Indicó, además que la discusión abordó la forma en que el sistema regional se integra al universal. En este contexto, la Carta de la ONU ilustra los casos en que la fuerza puede ser utilizada y pone de relieve el entendimiento sobre la forma en que debe ser complementada por los sistemas regionales. Por ende, no se debe estimular conflictos entre tales sistemas. Aplicando lo dicho por el constitucionalista americano Jeremy Waldom al tema bajo estudio, en que se toma como referencia el sistema de la ONU y su complementariedad con otros sistemas regionales, si se afecta o reduce la prohibición del uso de la fuerza otras partes estructurales del sistema serán afectadas. Por ende, como juristas responsables, no está demás reiterar que la prohibición del uso de la fuerza es estructural para el derecho internacional e interamericano.

El relator apoyó la importancia de reforzar el mensaje de la prohibición, especificando que la excepcionalidad se debe dar siempre en el ámbito de la Carta de la ONU, y reafirmar todo ello incluso frente a la doctrina que en momentos parecieran justificar situaciones ante la pasividad de la comunidad académica. Asimismo, compartió la noción de la complementariedad entre los sistemas y los efectos de la afectación o quebrantamiento de un principio, que atacan a todo el sistema jurídico, eliminando los cimientos de todo el sistema en que reposa.

El doctor Eric P. Rudge reflexionó sobre el uso de la fuerza y la caracterización del acto de agresión en el ámbito de los ataques cibernéticos para el tema en discusión. Si un Estado ataca el sistema financiero de otro, ese acto de agresión podría satisfacer los criterios necesarios para considerarlo como un acto de agresión y permitiría al Estado víctima actuar en legítima defensa. Adicionalmente, le consultó al relator sobre el procedimiento a seguir.

Al respecto, el relator manifestó la pertinencia de avanzar en los desarrollos del ámbito cibernético, incluyendo estas situaciones dentro del ámbito del derecho, evitando umbrales de tolerancia demasiados altos, que aunque no produzcan muertes o daños materiales, pueden desencadenar conflictos. Asimismo, el relator se comprometió a presentar un informe escrito para la siguiente sesión, cuyo producto final sería un informe que permita dar lugar a una reflexión cuya aproximación sea estrictamente jurídica.

La doctora Mariana Salazar concurrió con la importancia de repetir el mensaje del doctor George Galindo sobre la complementariedad de los sistemas. En relación con el uso de la fuerza en el caso de las operaciones cibernéticas es algo que aún se debate, para algunos Estados se debe buscar una suerte de equiparación de la operación cibernética con los efectos de las operaciones cinéticas, cuando se causa muerte o daños, mientras que para otros Estados el no causar muertes no daría lugar al uso de la fuerza. Sugirió incluir el tema de la responsabilidad de proteger para tratar de justificar el uso de la fuerza, aclarando que ello siempre tiene que ser en el marco del Consejo de Seguridad, ello no es una ampliación de los supuestos del uso de la fuerza. Además, le instó a mencionar el tema de la disparidad en los criterios que utilizan al alegar o avisar al Consejo en relación al uso de la fuerza. El relator apoyó la propuesta de la doctora Salazar sobre la responsabilidad de proteger, indicando su ineficiencia tanto en Ruanda como en los Balcanes.

Al culminar el análisis del tema, el doctor García-Corrochano añadió que toda precisión del alcance de la obligación de la Carta debe ser fijada por medio de una resolución de la ONU.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023), el relator del tema Luis García-Corrochano presentó su informe preliminar sobre la excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano, documento CJI/doc.692/23, el cual se enmarca dentro de un mandato de la Asamblea General. Constató que este tema fue objeto de una reflexión en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, en donde también participó el doctor George Galindo Bandeira a título de Consejero Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil. Como regla general el relator explicó que no se puede recurrir a la fuerza, pero en la práctica se ha tratado como lícito al momento de zanjar una controversia. En su presentación, el relator rinde cuenta del desarrollo histórico en la materia, constatando que en el derecho internacional clásico el apéndice es el derecho a la paz. La regulación del uso de la fuerza fue progresivamente desarrollándose. En el siglo XX en América Latina surge un planteamiento que busca limitar el uso de la fuerza, inicialmente enfocada en el cobro de deudas. En breve, lo que se busca es regular dicho uso y no prohibirlo. Al terminar la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones restringe el uso de la fuerza a los casos de legítima defensa y la ejecución de un derecho, concepto amplio. El Pacto Briand-Kellog establece que se renuncia a la guerra como instrumento de política internacional a pesar de que no tiene sanciones. Al término de la Segunda Guerra Mundial, los límites que se imponen se basan los casos de la legítima defensa o de las provisiones pertinentes de la Carta de la ONU.

Constató que si bien el derecho internacional ya no admite o permite el uso de la fuerza, la guerra no está absolutamente proscrita. En este contexto, se refirió a diversos esfuerzos normativos el sistema interamericano que buscan prohibir la guerra: Carta de la OEA, Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), Pacto de Solución Pacífica de Controversias (Pacto de Bogotá). Dentro del sistema regional, el carácter excepcional del uso de la fuerza debe interpretarse en el marco y en estricta conformidad con las normas del sistema universal.

El doctor José Luis Moreno Guerra se refirió al uso de la fuerza como monopolio del Consejo de Seguridad. Ello sujeto a un par de excepciones: si hubiese veto en el Consejo de Seguridad, la ONU puede decidir por medio de su Asamblea General y en casos de legítima defensa (dentro de ciertos límites). Aclaró que el caso de legítima defensa colectiva previsto en el TIAR se debe ser cuidadoso porque es un instrumento obsoleto, peligros e inadecuado. La OEA no tiene ninguna capacidad de iniciativa en el uso de la fuerza. Asimismo, estimó que el Derecho Internacional Humanitario está sujeto a la existencia de la guerra

El doctor Jean-Michel Arrighi se refirió a la prohibición del uso de la fuerza en la práctica actual de los Estados en particular los europeos. Explicó que la legítima defensa colectiva fue una idea latinoamericana que buscaba reducir el poder monopólico del Consejo de Seguridad de la ONU (algo que se de alguna manera condujo a la emergencia de iniciativas regionales tales como el TIAR en las Américas y en Europa el Pacto de Varsovia). Explicó que el TIAR sirvió en algún momento en la solución de controversias cuando no se utilizaba el Pacto de Bogotá, habiendo tenido casos de mala aplicación y de buena aplicación.

El doctor García Corrochano señaló su intención de dar mayor seguimiento al tratamiento del tema en la sesión del Comité del mes de agosto.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023), el relator del tema, doctor Luis García Corrochano, explicó que la primera parte de su trabajo consiste en un enfoque histórico destacando que el continente es pionero en el uso de la fuerza, habiendo promovido conceptos tales como la solución pacífica de controversias y la seguridad colectiva. Acto seguido, en la parte central de su informe se desarrollan las dos excepciones expuestas en la Carta de las Naciones Unidas: legítima defensa y seguridad colectiva. En este contexto, constató que en la actualidad aparecen una serie de nociones que buscan enmarcarse bajo el paraguas de las excepciones mencionadas, tales como por ejemplo la legítima defensa preventiva y la intervención humanitaria (o

responsabilidad de proteger). Al respecto su trabajo busca determinar si están nuevas interpretaciones caben o se aplican en el contexto interamericano o si se debería seguir guiándose por los principios señalados. Al finalizar su explicación, se comprometió a remitir una propuesta escrita en la próxima sesión.

El doctor George Bandeira Galindo consultó al relator si tenía alguna intención de integrar las actividades cibernéticas, pudiendo incluso involucrar cuestiones sobre la utilización preventiva de la fuerza.

Al respecto, el relator constató que el mandato alude al uso de la fuerza o amenaza del uso del uso de fuerza, por lo tanto habría que determinar si el caso del ataque cibernético calza en una agresión ilegítima (control autónomo y remoto que responda a los supuestos del uso tradicional de la fuerza).

El doctor Alejandro Alday se refirió al concepto de responsabilidad de proteger que en el seno de la ONU ha recibido un tratamiento en tres etapas para incorporarlo en las reglas del capítulo VII de la Carta de la ONU.

Para el relator, el objetivo de su informe es determinar el alcance de este concepto cuya finalidad sería preventiva y busca intervenir en situaciones que podrían terminar en una situación de conflicto (o que el conflicto se extienda). Se debe determinar si la responsabilidad requiere o no ir más lejos que “informar” o que quede al margen de consideraciones de control. Habría aristas jurídicas pero no se deberían excluir las políticas.

El doctor José Luis Moreno Guerra aludió a la prohibición general de medidas coercitivas, tanto aquellas que implican el uso de la fuerza como aquellas que no implican su uso. La legítima defensa no puede ser preventiva, puesto que el agredido se transforma en el agresor.

El relator coincidió con la explicación del doctor Moreno Guerra, las amenazas se insertan en las condenas contra el uso de la fuerza.

El doctor Eric P. Rudge le consultó al relator si el tema del uso de medidas coercitivas preventivas es pertinente en un análisis que se inserta en el sistema interamericano.

El doctor Alday constató el debate en torno al art. 51 de la Carta del uso preventivo frente a actores no estatales que amenazan la seguridad de un Estado.

El relator reiteró el mandato de la Asamblea General que limita su trabajo al contexto jurídico establecido por la ONU y por ende se debe llevar de lo universal a lo regional. No se examina alguna situación específica, se busca determinar si algún tipo de excepción se puede aplicar a nivel regional. Observó que lo mencionado por el doctor Alday frente a actores no estatales pone de relieve una situación distinta, e incluso discutible puesto que dicha defensa tiene una mayor posibilidad de invocarse cuando el actor no estatal realiza el ataque o la amenaza desde un Estado fraccionado o colapsado, y por ende el Estado víctima carece de la posibilidad de tornarse contra este tipo de grupos.

El doctor Jean-Michel Arrighi instó a buscar alguna perspectiva novedosa en un tema que ha recibido tanto desarrollo históricamente. Al respecto, dos consideraciones pueden ser de importancia: si las nuevas modalidades de uso de la fuerza (nuevas tecnologías, ciberataques, drones, etc.) requieren o no respetar las normas existentes, por una parte, y si se necesita integrar a los actores no estatales del hemisferio, por otra parte. En este último caso, citó una resolución en ocasión del ataque de Colombia a grupos terroristas ubicados en la frontera con Ecuador. Al respecto, la nota de pie de página de Estados Unidos en ocasión de tal decisión es muy interesante (aunque no es parte de la decisión de consenso), puesto que establecía que la base de la Farc en Ecuador era considerada como una amenaza que daba lugar al uso de la fuerza.

Para el relator, el tema en sí no es novedoso, pero se ve limitado por la consulta de la Asamblea General de la OEA cuyo fondo es determinar el uso de la fuerza frente a determinados regímenes latinoamericanos, situación que pone de relieve consideraciones de fondo político. Como las situaciones

han cambiado, hay que señalar que existen vacíos y la necesidad de reflexionar sobre los nuevos desarrollos que sirvan de prevención.

* * *

5. Los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la OEA y las relaciones entre los Estados miembros

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022) la Secretaría Técnica sometió al Comité un informe de una sesión de reflexión colectiva que tuvo lugar en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre “los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano, como marco normativo que gobierna el trabajo de la Organización de los Estados Americanos y las relaciones entre los Estados miembros”, documento DDI/doc. 4/22.

La sesión de reflexión sobre este tema fue celebrada de manera virtual el 7 de abril de 2022, en concordancia con la resolución, AG/RES. 2959 (L-O/20) Derecho Internacional, sección i párrafo resolutivo 5; Programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional establece:

5. Encomendar a la CAJP que, previo al quincuagésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebre una sesión para reflexionar colectivamente sobre los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano, como marco normativo que gobierna el trabajo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y las relaciones entre los Estados Miembros, y encomendar al Departamento de Derecho Internacional que elabore posteriormente un informe de sus principales resultados para ofrecerlos al Comité Jurídico Interamericano (CJI).

El Comité eligió al doctor George Rodrigo Bandeira Galindo como relator del tema, quien se comprometió a presentar algo para la sesión de agosto del próximo año, considerando las otras relatorías que tiene bajo su responsabilidad.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023), el tema no fue considerado.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023), el tema no fue considerado.

* * *

6. El fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022) la Secretaría Técnica sometió al Comité un informe de una sesión de reflexión colectiva que tuvo lugar en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre “el fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación”, documento DDI/doc. 5/22.

La sesión de reflexión sobre este tema fue celebrada de manera virtual el 2 de junio de 2022, en concordancia con la resolución, AG/RES. 2959 (L-O/20) Derecho Internacional, sección i párrafo resolutivo 6; Programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional establece:

- Encomendar a la CAJP 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.

El Comité eligió a la doctora Martha Luna Véliz como relatora del tema. La doctora Mariana Salazar explicó que el evento de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) fue objeto de un informe del

Departamento de Derecho Internacional en la materia que le será de gran utilidad a la relatora.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023), el tema no fue considerado.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023), el tema no fue considerado.

* * *

7. Implicaciones jurídicas del aumento del nivel del mar en el contexto regional interamericano

Documento

CJI/doc.698/23 rev.1 – Implicaciones jurídicas del aumento del nivel del mar en el contexto regional interamericano: cuestionario para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA)
(Presentado por el doctor Julio José Rojas-Báez)

* * *

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023) el doctor Julio Roja-Báez presentó un nuevo tema para la consideración del pleno para que sea incluido en la agenda del Comité, en base a la capacidad de iniciativa de los miembros.

El doctor Roja-Báez aludió a los efectos nefastos y amplios del aumento del nivel del mar y su pertinencia para el estudio del derecho internacional (pérdida total o parcial de territorio, migración de población, etc.).

Propuso que el Comité trabaje el tema en función de la particularidad del hemisferio, abordando las consecuencias jurídicas, mediante la identificación de la práctica y del *opinio juris*. Estudio que podría además abarcar aspectos diferentes a los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH-Corte) pueda tratar en la “opinión consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos” que le ha sido solicitada por parte de la República de Colombia y la República de Chile.

El doctor Eric P Rudge apoyó la iniciativa y urgió al Comité a tomar esta propuesta en consideración.

El doctor Luis García-Corrochano constató que es un tema que también lo lleva adelante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. También aludió a una clase del Curso de Derecho Internacional que se pronunció al respecto. Se refirió a las múltiples implicancias que un tema de esta naturaleza podría tener en la práctica en el ámbito de las delimitaciones fronterizas marítimas como terrestre, el desplazamiento de población, los cambios en empleos y en la economía. Al respecto, estimó muy pertinente contar con un trabajo a nivel regional.

El doctor Alejandro Alday felicitó al doctor Roja-Báez y le respaldó por la iniciativa. Indicó que amerita un análisis profundo a nivel regional teniendo en cuenta las condiciones de ciertos Estados miembros de la OEA y los impactos que puedan generar en la región. Además, explicó que un análisis regional podría tener una ventaja puesto se espera sea más expedito.

El doctor José Moreno Guerra confirmó la validez y urgencia de la propuesta del doctor Julio Rojas-Báez, estimando pertinente para el Comité tratar de dar una respuesta desde el continente americano frente a esta calamidad inevitable en un tema novedoso.

El doctor Ramiro Orias se unió al apoyo general en torno a la propuesta. Constató que el aporte del Comité podría enriquecer la citada opinión consultiva que han presentado Chile y Colombia sobre “emergencia climática y derechos humanos” ante la CIDH-Corte.

El doctor George Galindo felicitó al doctor Julio Rojas-Báez por su propuesta en un tema considerado como trascendental para la humanidad. Independientemente de las iniciativas que se realizan en otros foros que cuentan con apoyos importantes recomendó que se tenga en cuenta lo que hacen otras

instancias, para que el trabajo del Comité tenga un valor agregado dentro de una perspectiva propia. Sugirió decidir si se quiere identificar ciertos aspectos particulares que se podrían tratar (migraciones, derecho del mar, etc.) o si se quiere tratar el máximo posible, entonces elegir temas prioritarios. Finalmente, recomendó trabajar en las particulares propias del continente. Al respecto propuso que se presente un cuestionario antes de iniciar el estudio que permita obtener información sobre los temas que los Estados consideren problemáticos para ellos o realizar un seminario de manera a obtener información sobre la manera en que ello afecta a la región.

El doctor Julio Rojas-Báez concurrió con la necesidad de consultar a los Estados los temas relevantes como un paso para iniciar el trabajo.

El doctor Dante Negro indicó que este tema hace parte de un mandato de la Asamblea General que requiere de una parte, la celebración de una sesión especial en la CAJP que permitirá contar con la información sobre temas relevantes para los Estados y será objeto de un informe para el uso del Comité. Adicionalmente, explicó que existe un mandato para el DDI de organizar un seminario en la materia y por medio del cual se podrá crear sinergias con el Comité.

El Presidente agradeció los comentarios y propuso se designe al doctor Julio Rojas-Báez como relator del tema, lo cual no obtuvo oposición.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023), el relator del tema, doctor Julio José Rojas-Báez, presentó un informe verbal sobre el estado de avance de sus labores. En primer lugar, hizo una referencia a la sesión especial que sobre el tema se celebró en el seno de la CAJP el 23 de mayo de 2023 y que contó con la presencia de expertos en la materia, evento que fuera objeto de un informe elaborado por el Departamento de Derecho Internacional, documento DDI/doc. 6/23.

Acto seguido, se refirió al cuestionario que ha preparado para remitirlo a los Estados miembros.

Admitió que se trata de un tema que está bajo examen en el Tribunal del Derecho del Mar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia. Además de ser parte de la agenda de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU que también está analizando el tema.

En este contexto, constató que el trabajo del Comité dará una visión del sistema interamericano en la materia bajo las perspectivas del derecho del mar, derechos humanos y la condición de Estado (estatalidad).

Explicó no haber determinado aún la naturaleza final del documento resultante del tratamiento de este tema. Indicó que podría tratarse de un informe, de una resolución, o de ambos.

Acto seguido pasó en revista las preguntas que ha preparado para distribuir entre los Estados sometiéndolas a la consideración del Comité:

1. ¿Se observan en el territorio de su Estado efectos directos o indirectos del cambio climático en las zonas y ecosistemas marino-costeros? En caso afirmativo, ¿podría nombrarlos y describir en qué consisten, cómo se manifiestan esos efectos y si son diferenciados?
2. ¿Podría indicar si estos efectos han sido corroborados por fuentes científicas y citar tales fuentes?
3. ¿Existen estudios o mapas sobre el aumento del nivel del mar y sus efectos en su Estado?
4. ¿Podría establecer con nivel de probabilidad mediano o bajo cómo los efectos del cambio climático en las zonas y ecosistemas marino-costeros, así como del aumento del nivel del mar, impactan a las personas, los ecosistemas, la subsistencia y las relaciones con otros Estados?
5. ¿Podría caracterizar a su Estado e identificarlo, de ser posible, dentro de alguno de los siguientes grupos de países?
 - a) Países insulares pequeños;
 - b) Países con zonas costeras bajas;

- c) Países con zonas áridas y semiáridas, zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal;
 - d) Países con zonas propensas a los desastres naturales;
 - e) Países con zonas expuestas a la sequía y a la desertificación;
 - f) Países con zonas de alta contaminación atmosférica urbana;
 - g) Países con zonas de ecosistemas frágiles, incluidos los ecosistemas montañosos;
 - h) Países cuyas economías dependen en gran medida de los ingresos generados por la producción, el procesamiento y la exportación de combustibles fósiles y productos asociados de energía intensiva, o de su consumo;
 - i) Países sin litoral y países de tránsito.
6. ¿Se observan específicamente respecto de la población de su Estado afectaciones directas o indirectas debido a los efectos del cambio climático? En caso afirmativo, ¿podría describir en qué consisten y cómo se manifiestan esas afectaciones?
 7. ¿Es su Estado parte de tratados internacionales que aseguren la protección del medio ambiente o que respondan a los efectos previamente identificados? En caso afirmativo, ¿de cuáles?
 8. ¿Existen en su Estado leyes u otro tipo de normas que respondan jurídicamente a los efectos adversos previamente identificados del cambio climático y como se integra el marco legal internacional relevante? En caso afirmativo, ¿podría describir ese marco legal o normativo nacional?
 9. ¿Existen en su Estado leyes u otro tipo de normas que regulen su relación con el Derecho del Mar? En caso afirmativo, ¿podría describir ese marco legal o normativo?
 10. ¿Existe en su Estado una posición legal o consuetudinaria respecto de las líneas de base? En caso afirmativo, ¿podría describir esa posición legal o consuetudinaria?
 11. ¿Existe en su Estado jurisprudencia relevante sobre los temas a los que se refiere el presente cuestionario? En caso afirmativo, ¿podría describirla?
 12. ¿Existe en su Estado un plan para el abordaje del aumento del nivel del mar y mitigar los efectos que pudiese generar en los derechos humanos, la estatalidad y el derecho del mar? En caso afirmativo, ¿podría describir como es aplicado? ¿Existe algún mecanismo de cooperación al respecto?
 13. ¿Cómo ve su Estado la posibilidad de que en un futuro exista movilidad humana como resultado del aumento del nivel del mar? ¿Existe ordenamiento jurídico para abordar la migración por motivos climáticos o ambientales?
 14. ¿Ha determinado su Estado el número de personas cuyos medios de vida dependen directa o indirectamente del mar? ¿De ser así, cual sería dicho número?
 15. ¿Tiene su Estado alguna sugerencia o línea de base técnica, respecto de los elementos que deben abordarse en un informe jurídico sobre el aumento del nivel del mar y sus implicaciones

El doctor Arrighi se refirió a los antecedentes y a la importancia que este tema tiene para el Comité. Observó las posibles acciones comunes que se pueden realizar con la Comisión de Derecho Internacional. Además, al ser situación que afecta particularmente a los Estados del CARICOM presenta una buena ocasión para trabajar con dicha entidad e incorporar temas de interés para tal región.

El Presidente se refirió a la extensión de los cuestionarios de larga extensión y la voluntad de las cancillerías e instó al relator a reducir el número de preguntas para revisarlo en los próximos días.

En el mismo orden de ideas, el doctor Alejandro Alday se refirió a la sobrecarga de trabajo de las cancillerías así como a la necesidad de involucrar a otras autoridades nacionales en casos complejos lo cual impone también un desafío de talla.

Asimismo, el doctor Eric P. Rudge instó al relator a reducir el número de preguntas, e incluso, modificar algunas de ellas con el fin de otorgar la opción de respuestas afirmativas o negativas. En cuanto al traslado de consultas a otras agencias recomendó que ello incluya un período para responder. Asimismo, se debería evitar consultas como la pregunta 5 que da lugar a respuestas variadas. En la pregunta 12, invitó al relator a incluir a otras entidades y no únicamente las estatales en la preparación de planes para abordar la problemática o mitigar sus efectos, tales como las universidades.

La doctora Cecilia Fresnedo estimó que las seis primeras preguntas así como 13 y 14 no estarían involucrando las secciones jurídicas de las cancillerías, y deberían ir a otros Ministerios. Consultó al relator sobre la pertinencia de dividir el cuestionario entre preguntas técnicas y jurídicas y que ellas sean dirigidas directamente desde el CJI a las respectivas autoridades.

En este sentido, la doctora Martha Luna coincidió con el tema de la división de los temas dentro de las cancillerías.

El doctor Jean-Michel Arrighi explicó que el punto de contacto del CJI es la Cancillería a través de las Misiones Permanentes ante la OEA. En este caso en que el tema es objeto del tratamiento por parte de varios organismos internacionales es esencial explicar la pertinencia o el valor agregado del examen regional al mismo.

El Presidente instó al relator a determinar la versión final del cuestionario una vez tengamos la IX Reunión Conjunta con los Consultores Jurídicos.

El doctor Ramiro Orias narró su experiencia con relación al envío de los cuestionarios, y en caso de temas complejos algunos Estados acuden a expertos nacionales. En este sentido, en el párrafo de antecedentes debería incluir una explicación sobre el uso del cuestionario organizando las preguntas en bloques o grupos para facilitar el trabajo de las cancillerías al momento de diferenciar el rol de quien deberá responder. En la pregunta 5, solicitó al relator no referirse a países de tránsito sino identificar a aquello en dicha situación. En cuanto a las afectaciones, instó a consultar sobre los grupos más afectados. En lo relativo al impacto verificar si hay algún efecto limítrofe al haber movimientos de líneas de base.

El doctor Luis García-Corrochano Moyano observó el aspecto transversal de este tema. Invitó al relator a considerar la conveniencia de solicitar elementos que puedan contribuir a un convenio regional respecto a los efectos del cambio climático entre Estados vecinos. Concordó en la propuesta de revisar el cuestionario después de la sesión con los Consultores Jurídicos.

El relator del tema agradeció las ideas y comentarios presentados. Si bien está consciente de las consultas realizadas por otras instituciones explicó que la extensión del cuestionario permite conocer exactamente lo que sucede en estos temas que involucran aspectos variados y actores especialistas de diversos dominios. Se podría rephrasear algunas preguntas, en particular la quinta. Agradeció el planteamiento del doctor Rudge sobre planes estatales y otros. En la pregunta 15, preferiría guardar la idea de fondo que permita a los Estados incorporar temas o comentarios. Manifestó su agradecimiento en relación a la colaboración con los miembros de la Comisión de Derecho Internacional. Finalmente, el relator concordó con la sugerencia de trabajar el cuestionario al culminar la IX Reunión con los consultores jurídicos.

El Presidente explicó que el viernes 11 de agosto habrá un tiempo para revisar el cuestionario o lo que surja de dicha reunión.

El relator del tema se comprometió a remitir una versión limpia de su cuestionario que incorporaría las sugerencias con el fin de remitirlo a los Estados junto a los otros dos cuestionarios. La versión final de dicho cuestionario aparece en el documento CJI/doc. 698/23 rev.1. El cuestionario fue remitido por la Secretaría Técnica del Comité, el Departamento de Derecho Internacional, con la solicitud de responderlo antes del 1 de diciembre de 2023.

A continuación, se reproduce el documento presentado por el relator del tema, doctor Julio José Rojas-Báez en la sesión de agosto de 2023, celebrada en Rio de Janeiro:

CJI/doc.698/23 rev.1

**IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL AUMENTO DEL NIVEL DEL MAR EN EL
CONTEXTO REGIONAL INTERAMERICANO****Cuestionario para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos
(OEA)**

(Presentado por el doctor Julio José Rojas-Báez)

Este cuestionario pretende recopilar información jurídica y técnica de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos en el desarrollo del estudio de las implicaciones jurídicas del aumento del nivel del mar en el contexto regional Interamericano. Todas las informaciones proporcionadas serán utilizadas solamente para esos propósitos.

1. ¿Se observan en el territorio de su Estado efectos adversos directos o indirectos del cambio climático en las zonas y ecosistemas marino-costeros, incluyendo el aumento del nivel del mar? En caso afirmativo, ¿podría nombrarlos y describir en qué consisten, cómo se manifiestan esos efectos y si son diferenciados?

2. ¿Podría indicar las fuentes científicas, nacionales e internacionales, que describen y corroboran estos efectos en las zonas y ecosistemas marino-costeros de su Estado, indicando los métodos empleados por estas fuentes para realizar sus respectivos estudios?

3. ¿Existen estudios o mapas sobre el aumento del nivel del mar y sus efectos en su Estado? ¿Qué agencias estatales están involucradas en la elaboración de estos estudios y del material cartográfico actualizado?

4. ¿Podría establecer con nivel de probabilidad mediano o bajo cómo los efectos del cambio climático en las zonas y ecosistemas marino-costeros, incluyendo el aumento del nivel del mar, impactan a (i) el territorio y los ecosistemas, (ii) la población (iii) las relaciones con otros Estados y (iv) eventualmente, la subsistencia de la personalidad jurídica internacional de su Estado?

5. ¿Podría caracterizar a su Estado e identificarlo, de ser posible, dentro de alguno(s) de los siguientes grupos de países?

- a) Países insulares de baja altitud;
- b) Países con zonas costeras de baja altitud;
- c) Países con zonas áridas y semiáridas, zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal;
- d) Países con zonas propensas a los desastres naturales;
- e) Países con zonas expuestas a la sequía y a la desertificación;
- f) Países con zonas de alta contaminación atmosférica urbana;
- g) Países con zonas de ecosistemas frágiles, incluidos los ecosistemas montañosos;
- h) Países cuyas economías dependen en gran medida de los ingresos generados por la producción, el procesamiento y la exportación de combustibles fósiles y productos asociados de energía intensiva, o de su consumo;
- i) Países sin litoral y países de tránsito.

6. ¿Se observan específicamente *respecto de la población* de su Estado afectaciones directas o indirectas debido a los efectos del cambio climático (por ejemplo, desplazamientos internos o transfronterizos, inseguridad alimentaria, vulnerabilidad sanitaria, entre otras)? En caso afirmativo, ¿podría describir en qué consisten y cómo se manifiestan esas afectaciones?

7. ¿Es su Estado parte en tratados internacionales que aseguren la protección del medio ambiente o que respondan a los efectos previamente identificados? En caso afirmativo, ¿de cuáles?

8. ¿Existen en su Estado leyes u otro tipo de normas que respondan jurídicamente a los efectos adversos previamente identificados del cambio climático y cómo se integra el marco legal internacional relevante? En caso afirmativo, ¿podría describir ese marco legal o normativo?

9. ¿Existen en su Estado leyes u otro tipo de normas que regulen su relación con el Derecho del Mar? En caso afirmativo, ¿podría describir ese marco legal o normativo?

10. ¿Existe en su Estado una posición legal o consuetudinaria respecto de la naturaleza (ambulatoria o no) de las líneas de base? En caso afirmativo, ¿podría describir esa posición legal o consuetudinaria?

11. ¿Existe en su Estado jurisprudencia relevante sobre los temas a los que se refiere el presente cuestionario? En caso afirmativo, ¿podría describirla?

12. ¿Existen en su Estado planes estatales o preparados por la sociedad civil o la academia para el abordaje del aumento del nivel del mar y para mitigar los efectos que pudiese generar en los derechos humanos, la estatalidad y el derecho del mar? En caso afirmativo, ¿podría describir cómo son aplicados? ¿Existe algún mecanismo de cooperación entre agencias estatales, y/o a nivel interno/internacional al respecto?

13. ¿Cómo ve su Estado el problema de la movilidad humana resultante del aumento del nivel del mar? ¿Existen instrumentos jurídicos y/o institucionales en su ordenamiento jurídico nacional para abordar esta cuestión?

14. ¿Ha determinado su Estado el número de personas cuyos medios de vida dependen directa o indirectamente del mar? ¿De ser así, cual sería dicho número?

15. ¿Desea agregar alguna información al presente cuestionario?

* * *

8. La responsabilidad de las empresas productoras y comercializadoras de armas en el campo de los derechos humanos

Documento

CJI/doc.706/23 rev.1– Cuestionario. La responsabilidad de las empresas productoras y comercializadoras de armas en el campo de los derechos humanos
(Presentado por el doctor Alejandro Alday González)

* * *

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023) el doctor Alejandro Alday González consultó sobre el estatus del tema relativo a la legislación en la región en materia de armas.

Al respecto, el doctor Dante Negro explicó que hay previsto una sesión especial para los próximos meses en el seno del Consejo Permanente cuyos resultados le serán remitidos al Comité. Propuso que se elija en el seno del Comité a un relator en la materia para que participe en dicha sesión.

El doctor Alday manifestó su interés para actuar como relator en dicho tema, propuesta que fue apoyada por el pleno del Comité.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023), el relator del tema, doctor Alejandro Alday, dio a conocer el mandato de la Asamblea General, cuyo tema de fondo es muy delicado ya que asocia la responsabilidad empresarial con los derechos humanos, lo que lo vuelve complejo. Asimismo, agradeció al Departamento de Derecho Internacional por el informe elaborado, que resume la “sesión especial” realizada en el seno del Consejo Permanente.

La metodología de trabajo que propone identifica algunos aspectos fundamentales: la violencia generada por armas de fuego en el hemisferio y los contextos en los que se genera, -lo que puede documentarse con base en información de fuentes abiertas; e identificar a las empresas que producen

armas en el continente y aquellas que las comercializan en él (ya sean con ramificaciones continentales o extracontinentales). Este segundo aspecto podría involucrar la elaboración de un cuestionario

Su intención es realizar un estudio del marco jurídico que rige las actividades de las empresas que producen y comercializan armas e identificar si se apegan a los estándares interamericanos e internacionales en la materia, así como si sus actividades tienen una orientación adecuada con respecto a los derechos humanos. En este contexto, se buscaría identificar, sobre la venta de armas, a quiénes se puede vender, qué tipos de armas, y bajo qué criterios o requisitos legales. Uno de los aspectos del informe es conocer el grado de orientación de los Estados hacia el cumplimiento de sus deberes de respeto y garantía de los derechos humanos, en función de sus marcos normativos.

El relator constató que uno de los desafíos implica el tratamiento de temas sobre responsabilidad empresarial. Señaló que, en su opinión, hoy en día es difícil argumentar que las empresas en general no son responsables ante posibles violaciones a los derechos humanos. Ello con base en el acervo importante con que se cuenta en el ámbito internacional e interamericano para apoyar este estudio.

- En este cometido, los principios rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos identifican la forma en que estos deben incidir en la vida diaria de las empresas. El CJI dispone de un trabajo previo sobre los principios en el ámbito de las empresas que podrían servir igualmente.
- En este momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recibido una solicitud de opinión consultiva de México relativa a “las actividades de las empresas privadas de armas y sus efectos en los derechos humanos”, de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que podría ser de asistencia en su trabajo.
- Los criterios, la jurisprudencia y los estándares de la Corte y de la Comisión interamericanas relativos a las conductas de las empresas (adoptados frente a actividades extractivas con afectación -territorial y medioambiental, principalmente- a las comunidades indígenas).
- El informe de la REDESCA en la CIDH sobre "Empresas y Derechos Humanos: estándares internacionales".
- La constatación de buenas prácticas en los Estados y reformas legislativas recientes, como las mencionadas en la sesión especial del Consejo Permanente.

Por otro lado, el relator destacó que, al tratarse el tema de las armas y del derecho, se enfrentan dos argumentos principales que se esgrimen, derivados de los contextos políticos, sociales y legales de cada sociedad:

- a) El acceso a las armas con base en el derecho a poseerlas y portarlas como aspecto fundamental de la libertad de defensa y la libertad individual
- b) El rígido control de armas como la condición para evitar el aumento en la violencia o peor aún, para evitar que éstas utilicen por gobiernos represivos o por actores no estatales para cometer violaciones a los derechos humanos.

De ahí que la intención de su trabajo será la de orientar las actividades de las empresas de armas hacia el respeto de la normativa que garantice la mayor protección a los derechos humanos, que se inste a la cooperación y se propongan criterios ante actividades que son de suyo riesgosas para los derechos humanos. La autorregulación es un fracaso y el acceso a armas en la región por parte de la delincuencia organizada cobra vidas y destruye entornos que, de otra forma, pudieron evitarse.

La doctora Cecilia Fresnedo agradeció el planteamiento, trayendo a colación el aspecto empresarial que ponen en evidencia instrumentos tales como el Tratado de Montevideo y los Principios de ASADIP TRANSJUS que podrían servir como modelo o fuente de una norma específica.

La doctora Martha Luna ilustró la situación de grupos delictuales que manejan armas de alto calibre a pesar de legislaciones que imponen estrictos requisitos para su adquisición de manera legal. Una solución posible sería aumentar las penas. El relator observó que en general el comercio y uso de armas

son legales en nuestros países, pero el problema son los grandes volúmenes de tráfico ilícito. Ello sin contar temas de corrupción que debería ser parte del análisis de la problemática.

El doctor Julio Rojas-Báez rescató el tema de la corrupción, citando casos en donde ha emergido un comercio ilegal. Se refirió a las discusiones que tienen lugar sobre la pertinencia de proveer a los consumidores de armas letales, independiente del volumen y que son adquiridas por personas que no cumplen con los requisitos mínimos. Invitó al relator a incluir referencias al tipo de armas letales que no deberían parar en manos de civiles. El relator explicó que muchas de las empresas no respetan estándares internacionales en que se permiten ciertas actividades o no se castigan.

El doctor Luis García-Corrochano Moyano consultó al relator si hará una distinción entre las armas de uso civil y las armas de guerra (o de uso para las policías) así como a la falta de compatibilidad en las legislaciones nacionales respecto a la disponibilidad de armas letales en manos de consumidores civiles.

El relator agradeció la propuesta y explicó que está consciente de la existencia de armas de alto poder en manos de civiles.

El Presidente instó al relator a servirse de los comentarios para su desafiante relatoría y a realizar los cambios que considerase pertinente a su propuesta para la revisión de los miembros previo a la clausura, a pesar de que los cuestionarios no requieren ser aprobados por el plenario. El día viernes 8 de agosto el relator sometió una propuesta revisada que recibió sugerencias de los miembros y cuya versión final del cuestionario aparece en el documento CJI/doc. 706/23 rev.1. El cuestionario fue remitido a los Estados miembros por la Secretaría Técnica del Comité, el Departamento de Derecho Internacional, con la solicitud de responderlo antes del 1 de diciembre de 2023.

A continuación, se reproduce el documento presentado por el relator del tema, doctor Alejandro Alday González en la sesión de agosto de 2023, celebrada en Rio de Janeiro:

CJI/doc.706/23 rev.1

CUESTIONARIO

**LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS PRODUCTORAS Y
COMERCIALIZADORAS DE ARMAS EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

(Presentado por el doctor Alejandro Alday González)

1. ¿En su país están establecidas empresas fabricantes de armas de fuego?
Si
No
2. ¿En su país comercializan armas de fuego empresas nacionales y extranjeras?
Si
No
3. ¿Podría mencionar el marco jurídico, las leyes y otras normas específicas que en su país rigen la operación de las empresas a las que se refieren las preguntas 1 y 2 anteriores?
4. ¿Existe alguna autoridad central en su país, reguladora de las empresas a las que se refieren las preguntas 1 y 2 anteriores? Si es el caso, ¿podría mencionarla y describir el alcance de sus facultades?

* * *

9. Aproximación al nuevo derecho del espacio ultraterrestre

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023), el doctor José Moreno Guerra trajo a colación un tema que había explicado originalmente en la sesión de agosto de 2022, y solicitó si pudiera ser insertado en la agenda del Comité, la “aproximación al nuevo derecho del espacio ultraterrestre”, propuesta que fue acogida por todos los miembros.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023), el relator del tema, doctor José Moreno Guerra, presentó ante el pleno el informe titulado “Aproximación al nuevo derecho del espacio ultraterrestre”, documento CJI/doc. 695/23. En la ocasión, realizó una presentación en *power point*, dando a conocer la evolución de las iniciativas realizadas en el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre que es objeto de exploración no de explotación. En un contexto en que la soberanía no se aplica al nuevo derecho del espacio ultraterrestre.

Entre las fuentes de derecho del espacio ultraterrestre explicó que los principales son los tratados celebrados bajo el patrocinio de la ONU que por lo demás tienen carácter de *jus cogens*. Acto seguido, aludió a la autorización del espacio ultraterrestre, los beneficiarios, las modalidades de contaminación y los correctivos en donde la Comisión de la ONU debería ocupar un rol privilegiado y participar en el control de las acciones que tienen lugar en el espacio ultraterrestre. Explicó algunas de las formas de abuso del espacio ultraterrestre por parte de empresas privadas.

Asimismo, abordó el espacio de la órbita geoestacionaria, la forma en que los satélites se mueven y sus ventajas, y dio a conocer las acciones en el ámbito regional, incluyendo la iniciativa llamada Simón Bolívar que permitió en 2017 la puesta en órbita de un satélite. En su investigación no encontró trabajos en la materia por parte del Comité o de la Asamblea General de la OEA.

En relación con las civilizaciones extraterrestres, explicó que la lógica impone que sería pretencioso suponer que el planeta tierra es el único.

Al finalizar su exposición explicó que su propuesta corresponde a una declaración de principios que sirva de aporte en el desarrollo, codificación y divulgación en el nuevo derecho del espacio ultraterrestre.

El doctor Julio José Rojas-Baéz le consultó al relator sobre el rol de la costumbre entre las fuentes del derecho en materia del espacio ultraterrestre, en un tema en donde cuatro países tienen acceso a dicho espacio.

El relator constató que la costumbre incipiente tiene límites y por lo tanto los tratados pueden ofrecer soluciones; citó al respecto la Convención de la ONU sobre la utilización del Espacio Ultraterrestre que refiere a todo lo que el humano realiza en el espacio, incluyendo la sustentación de satélites. En este cometido, en su entender el CJI podría liderar una preocupación que es de índole universal.

El doctor Ramiro Orias se refirió al desarrollo progresivo del derecho internacional y la coordinación de las políticas exteriores en la región a la luz de los nuevos fenómenos que se están dando en esta materia, cuya agenda implica nuevos desafíos. Invitó al relator a identificar las prácticas nacionales en la materia.

El relator tema estimó improcedente servirse de un cuestionario porque los Estados no enviarán respuestas.

El doctor Alejandro Alday solicitó al relator el objeto de la declaración que se espera del Comité en un tema a la vez interesante y amplio. Constató la sofisticación de las armas autónomas y la utilización del espacio en donde algunos Estados que están creando una zona de basura nuclear.

El relator expuso las dificultades que impone la ausencia de poder coercitivo respecto del mal uso que puedan hacer los Estados o compañías privadas, y ello a pesar de todos los avances tecnológicos.

El doctor Arrighi identificó los aspectos positivos que tienen los avances tecnológicos y del uso comercial del espacio, dando a conocer el rol de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL) que regula el uso del espacio en la región. Llamó al CJI a tener una vista del conjunto de elementos, tomando en consideración tanto los buenos como los malos aspectos que participan en este tema.

Frente a la pregunta del Presidente sobre el objeto final de la relatoría a ser presentada a los Estados, el relator estimó necesario que el CJI adopte una declaración de principios, a la luz de los tratados que existen en la ONU en la materia. Que no haya contradicción y cooperación de los Estados por medio de un llamado de preocupación colectiva. Invitó a los colegas a presentarle ideas para dejar sentada la preocupación.

El doctor Ramiro Orias propuso centrar la relatoría en el uso privado del espacio ultraterrestre. Para el relator ello es parte de su preocupación, pero en su entender los mayores violadores son los Estados. Expresó que su intención no es atacar a algún Estado en particular, sino remarcar que las acciones se deben ejercer para el beneficio de la humanidad.

El Presidente le solicitó al relator realizar un acercamiento con las entidades que llevan adelante el tema, tanto en la OEA como en la ONU para seguir con la discusión y determinar el tipo de producto que estamos esperando. El relator consideró pertinente la elaboración de una recomendación o en su imposibilidad un recordatorio.

* * *

10. Impacto de las tecnologías basadas en Inteligencia Artificial en los derechos humanos, con especial enfoque en niños, niñas y adolescentes

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023), el doctor Ramiro Orias propuso un nuevo tema para la agenda del Comité relativo al “Impacto de las tecnologías basadas en Inteligencia Artificial en los derechos humanos, con especial enfoque en niños, niñas y adolescentes, documento CJI/doc.701/23. Manifestó su intención en evaluar el impacto que podría tener el AI en los niños, niñas y adolescentes por medio de un trabajo de derecho comparado, que incluya los desarrollos a nivel global. Reveló que hay una propuesta en el ámbito europeo sobre inteligencia artificial. En el desarrollo del tema espera presentar a los Estados miembros de la OEA un cuestionario para conocer la legislación y experiencias nacionales. Propuso además sistematizar el estado del arte en la materia que permita generar unas directrices que contribuyan a la protección de los derechos humanos.

El Presidente agradeció la propuesta y al observar la ausencia de objeciones pidió se incluya en la agenda quedando el doctor Orias designado como relator.

* * *

11. Actualización de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública de 2020

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023) se incluyó en la agenda del Comité un nuevo mandato de la Asamblea General que requiere actualizar la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública de 2020. Al respecto, el doctor Luis García-Corrochano Moyano se propuso como relator del tema, lo cual fue avalado por el plenario.

* * *

12. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023) la doctora Cecilia Fresnedo solicitó incluir un nuevo tema en la agenda del Comité, el cual da seguimiento a desarrollos que el Comité ha llevado adelante en relación con la eficacia de sentencias.

El Presidente consultó al pleno y al no haber intervenciones ofreció un comentario al respecto felicitando a la doctora Fresnedo por la elección del tema, cuenta tenida, entre otros, los serios problemas en materia de ejecución de sentencia, y le pidió trabajar el tema sin preocuparse por la naturaleza del producto final por ahora. La doctora Fresnedo fue designada como relatora.

* **

OTROS ASUNTOS

- **Proyecto de ley modelo sobre recibos de almacenamiento electrónicos UNIDROIT-CNUDMI**

En su sesión de agosto de 2023, el pleno del CJI tomó nota y reconoció el valor del *Proyecto de Ley Modelo sobre recibos de almacenaje electrónico de UNIDROIT-CNUDMI* que al igual que los esfuerzos del Comité en la materia en 2006 coadyuva con el acceso al crédito del sector agrícola. A continuación, se presenta la resolución adoptada por el CJI:

CJI/RES. 287 (CIII-O/23)

RECONOCIMIENTO DEL PROYECTO DE LEY MODELO SOBRE RECIBOS DE ALMACENAMIENTO ELECTRÓNICOS UNIDROIT-CNUDMI

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO los obstáculos para conseguir financiamiento que con frecuencia enfrentan los productores del sector agrícola de las Américas, en particular los de pequeña y mediana escala; y que a menudo no tienen otra opción más que vender sus productos inmediatamente después de cosecharlos, perdiendo la oportunidad de retrasar su venta hasta que el mercado ofrezca precios más favorables;

CONSIDERANDO TAMBIÉN que los sistemas de recibos de almacenaje electrónicos son instrumentos financieros que permiten a los productores solicitar créditos otorgando como garantía los productos en almacenaje, lo cual puede contribuir directamente al crecimiento y desarrollo económico del sector agrario;

RECORDANDO que, en un afán de contribuir a la identificación de un planteamiento moderno y armonizado de la legislación pertinente para facilitar el acceso equitativo al crédito, durante su 81º período ordinario de sesiones celebrado en el mes de agosto de 2012, los miembros del Comité Jurídico Interamericano (CJI) decidieron por consenso, incluir en el temario de este órgano el estudio de los recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas, con el fin de determinar la conveniencia de elaborar un conjunto de principios o una ley modelo, como consta en la Resolución CJI/RES. 196 (LXXXI-O/12);

TOMANDO EN CUENTA que, en el 82º período realizado en marzo de 2013, el Relator sobre este tema, el doctor David P. Stewart, presentó un documento titulado “Recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas” (CJI/doc.427/13), y que presentó en periodos subsecuentes los documentos “Principios propuestos para establecer un sistema de recibos de almacenaje electrónicos” (CJI/doc.437/13); y “Recibos de almacenaje electrónicos” (CJI/doc.452/14); y que durante el 89º período ordinario de sesiones realizado en octubre de 2016, el doctor Stewart presentó el documento “Recibos de Almacenaje Electrónicos para Productos Agrícolas” (CJI/doc.497/16) el cual incluye nueve principios comentados, como medio para fomentar el desarrollo en esta área;

RECORDANDO que la Asamblea General, mediante la Resolución AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18) solicitó al CJI “que actualice su informe sobre los principios para recibos de almacenaje

electrónicos para productos agrícolas de 2016 a la luz de los nuevos desarrollos que se han producido con relación al acceso al crédito en el sector agrícola desde que dichos principios fueron adoptados”;

RECORDANDO TAMBIÉN que, debido a la naturaleza altamente técnica y compleja de este tema, fue necesario alimentar el proceso de elaboración de los principios anteriormente señalados mediante consultas y reuniones con expertos en la materia y con diversas organizaciones vinculadas con esta temática, incluyendo el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el Banco Europeo Reconstrucción y Desarrollo, el Banco Mundial, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho (UNIDROIT), el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) y el *Kozolchyk National Law Center*; y,

OBSERVANDO que la CNUDMI y UNIDROIT establecieron un Grupo de Trabajo que se reunió entre los años 2020 y 2023, con el propósito de elaborar una Ley Modelo sobre Recibos de Almacenaje Electrónicos, y que los documentos preparados por el CJI bajo la relatoría del doctor Stewart constituyeron un importante aporte para dicho esfuerzo,

RESUELVE:

1. Tomar nota del Proyecto de Ley Modelo sobre Recibos de Almacenamiento Electrónicos aprobado por unanimidad por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT durante su 102º período de sesiones el mes de mayo de 2023.
2. Reconocer la riqueza técnica y el gran valor intrínseco de este proyecto como un hito en el desarrollo del tema a nivel global.
3. Alentar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que también son miembros de la CNUDMI a considerar favorablemente este instrumento en las discusiones que se desarrollan el seno de dicha Comisión.
4. Instar a los Estados miembros de la OEA a dar a este Proyecto de Ley Modelo sobre Recibos de Almacenamiento Electrónicos la mayor consideración y difusión posible como insumo para sus respectivos procesos de fomento del acceso al crédito.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 3 de agosto de 2023, por los siguientes miembros: doctores Martha del Carmen Luna Véliz, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Julio José Rojas Báez, José Antonio Moreno Rodríguez, Ramiro Gastón Orias Arredondo, Alejandro Alday González, José Luis Moreno Guerra y Luis García-Corrochano Moyano.

* * *

TEMAS CULMINADOS

En 2023, el pleno del Comité Jurídico Interamericano decidió culminar el tratamiento de los siguientes temas de la agenda por considerarlos como cumplidos:

1. Desarrollo de principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro.
2. Desarrollo de estándares internacionales sobre neuro derechos
3. Derecho a la educación
4. Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica internacional
5. Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil

* * *

1. Desarrollo de principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro

Documento

CJI/RES. 282 (CII-O/23) corr.2 Declaración de principios interamericanos sobre creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro

* * *

Durante el 98° 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 dominio 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 99° 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.

Durante el 100° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, Perú, mayo, 2022), el relator del tema, doctor Ramiro Orias, presentó un informe de avance de su trabajo, documento CJI/doc.661/22, cuyo objetivo es elaborar un conjunto de principios relativos al funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro. El proceso ha sido objeto de dos rondas de consultas iniciales con expertos que presentaron material que permitió incluir legislaciones recientes, además de dos rondas con expertos en abril del presente año.

El estudio rinde cuenta de la existencia de una importante dispersión normativa y una profusa administración que resulta restrictiva en la mayoría de los casos.

Frente al estado de la situación se presentan recomendaciones respecto de variados temas:

- Que el marco legal constataste que es un derecho de todas las personas asociarse u organizarse para participar en actividades sin fines lucrativos.
- Que el ciclo de vida de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) esté regulado principalmente por normas aprobadas por el Congreso evitando la dispersión normativa.

- Que los procedimientos de registro sean sencillos, oportunos, claros, no discriminatorios ni discrecionales.
- Que se garantice los principios de libertad contractual, autorregulación y autonomía de la voluntad.
- Que se facilite el registro y reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Que se cree un registro de entidades a cargo de organismos autónomos, evitando la duplicidad de organismos que se ocupen del registro.
- Que la ley precise los requisitos y documentos para obtener y mantener el reconocimiento de la personalidad jurídica, y establecer con precisión los procedimientos, plazo y costos de esta tramitación.
- Que se incluya la exigencia de certificados, registros periódicos de información o constancias de carácter administrativo.
- Que no haya influencia por parte de los gobiernos en las funciones de las OSC, permitiéndoles cumplir sus labores, sin más restricciones que perseguir fines lícitos.
- Que la reglamentación de las OSC en materia de actividades financieras ilícitas esté identificada cabalmente y basarse en tratados internacionales de derechos humanos; y sin limitar el trabajo legítimo del sector.
- Las OSC tienen el derecho de buscar y acceder a financiamiento para el logro de sus objetivos, tanto públicos como privados, nacionales o internacionales.
- Que el acceso a los fondos esté regido por normas generales de responsabilidad y control gubernamental.
- Que las OSC puedan acceder a las exenciones del impuesto sobre la renta o las utilidades, sin discriminación ni más restricciones.
- Que las sanciones a las organizaciones civiles sean aplicadas por tribunales imparciales, independientes y competentes.
- Que la disolución de las OSC se realice en función de sus propios Estatutos.

En definitiva, el relator del tema explicó que se busca elaborar directrices que permiten coadyuvar en el proceso de armonización.

El doctor George Galindo felicitó al relator por su interesante trabajo, y le consultó sobre el formato utilizado, reflexionando si la armonización es lo más apropiado. Señaló que, en Brasil, como en muchos países, hay una politización en estos temas e incluso debates internos sobre la manera de lidiar en torno a este tipo de entidades. Estimó necesario proponer recomendaciones u objetivos a ser alcanzados en lugar de priorizar la armonización, puesto que teme que involucraría muchos conflictos entre los actores nacionales respecto al trabajo del Comité.

El relator del tema coincidió con la necesidad de pensar el formato para presentar las conclusiones. Estimó que la motivación responde al interés en trabajar un tema clásico del Comité dentro del ámbito de un texto convencional, la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado, instrumento que propone como punto de referencia para determinar la constitución de las personas jurídicas la ley del lugar de su constitución. Y esto de cierta manera ha sido responsable por la dispersión normativa.

El doctor Moreno Rodríguez, en línea con lo manifestado por el doctor Galindo, se refirió a la conclusión 5 sobre la solicitud de autorización para el registro. Concordó, además que es un tema que genera muchas pasiones, habida cuenta de su alto contenido político y, por ende, consideró importante identificar a los actores relevantes en un proceso participativo de consulta.

Al respecto, el relator explicó que ya se han realizado rondas de trabajo con expertos, e incluso se espera una tercera ronda para junio del presente año.

La doctora Martha Luna Véliz felicitó al relator por su trabajo, y le consultó sobre la inclusión de dos normas de Panamá que no necesariamente se refieren al tema bajo estudio. Sugirió que entre las recomendaciones se haga referencia al regulador y se inste, entre otros asuntos, a una mayor rendición de cuentas.

La doctora Mariana Salazar felicitó al relator por el completo trabajo y la realización de las consultas llevadas a cabo, y constató la relevancia del tema en una tendencia donde se limita a regular el financiamiento o el actuar de las organizaciones. Manifestó su preocupación frente al rol del Comité por estudios que contienen disposiciones que no han sido consultadas con los Estados. Finalmente, le consultó si el estudio hace referencia al tema de la libertad de expresión.

El relator confirmó la necesidad de involucrar a los Estados en el proceso de consulta, y en este contexto el inventario actual permite identificar la norma independiente de su implementación. No habiendo encontrado normas que limiten la libertad de expresión indicó que las limitaciones se encuentran en estigmas o medios indirectos en donde se les exige a las ONG algún tipo de alineamiento con las políticas de Estado.

El doctor Moreno Guerra se refirió a su experiencia nacional, donde el registro de las ONG se realizaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores, sin que hubiese mayor control en particular respecto de los fondos que manejaban y los múltiples abusos por privilegios fiscales que se les acordaba, habiendo incluso podido apreciar proselitismo político y religioso. Instó al relator a analizar los fines y las prácticas de las ONG, que imponen el control de la forma en que los fondos provenientes del exterior están siendo usados y dilapidados. Todo ello con el fin de evitar estas desviaciones. Para el relator, el tema de la regulación se presta a abusos, por tal razón el control principal debe tener presente el cumplimiento de fines lícitos.

El Presidente del Comité se refirió a temas de transparencia respecto de organizaciones que reciben fondos públicos, y por ende se debería resaltar la responsabilidad individual de los directivos, en un sistema que permita encontrar una concordancia con la Ley Modelo 2.0 del Comité sobre acceso a la información pública. En este sentido, el relator convino sobre la importancia del tema de la responsabilidad de las juntas directivas, e incluso aludió a la Convención de la ONU de lucha contra la corrupción que prevé la responsabilidad penal.

El doctor Eric Rudge constató que el sistema legal en Surinam, influenciado por los Países Bajos y Francia, permite la creación de organizaciones de poca complejidad, puesto que se realiza frente a un notario y en un período de 24 horas. En su país, la oficina del Fiscal General está a cargo de la creación de ONGs. No hay un control de dichas entidades, considerando que son en principio creadas sin fines de lucro, y ello pone de relieve temas complejos de abusos respecto de los privilegios en relaciones a los impuestos e inversiones. Instó al relator a incluir la experiencia de Surinam en particular, y del Caribe en general.

El relator constató que el sistema se basa en notificaciones, sin autorización previa, como en el caso de Suriname, que ha sido reconocido como de suma vanguardia. También constató que los modelos de México y Chile son muy pertinentes, al ocuparse de la creación y la promoción de las ONG (Chile cuenta con un sistema descentralizado donde el registro se realiza en los municipios, y por ende más cercano de los ciudadanos).

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022), el relator del tema, doctor Ramiro Orias Arredondo, presentó el “Segundo informe de avance. Régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro en los países miembros de la Organización de los Estados Americanos”, documento CJI/doc.672/22. En la ocasión describió a grandes rasgos el primer informe en la materia que recopilaba de manera exhaustiva los distintos modelos que regulan la situación de la sociedad civil (el tipo de

entidades, funcionamiento, financiamiento y disolución de las mismas). Informe que también incluía estándares internacionales en la materia y que le permitió hacer un primer diagnóstico. En esta instancia, el nuevo informe no identifica la situación particular en los países, y se centra en aspectos principistas. Tema que ha ido adquiriendo importancia en el seno de la OEA y al respecto citó resolución sobre la “promoción y protección de derechos humanos” que exhorta a los Estados miembros a que “respeten y protejan plenamente el derecho de todas las personas a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, y a que adopten todas las medidas necesarias para asegurar que cualquier restricción del libre ejercicio del derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, incluyendo en el internet, estén de conformidad con la legislación interna y a las obligaciones internacionales de derechos humanos, que les sean aplicables”. Se refirió, además, al compromiso adquirido por los Estados en la más reciente Cumbre de las Américas, celebrada de 8 al 10 de junio de 2022, relativo a la “protección de la libertad de prensa y el ejercicio pleno de los derechos civiles, incluyendo la libertad de asociación, libertad de reunión pacífica y libertad de expresión, ... como principios fundamentales de las democracias representativas y participativas, de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos” (Plan de Acción Interamericano sobre Gobernabilidad Democrática (CA-IX/doc.5/22)).

Indicó que el texto se compone de doce principios comentados que se basan en estándares vigentes y la práctica existente, afirmando que no es la intención crear nuevos derechos.

Acto seguido pasó en revista cada uno de los principios:

- Principio 1 (Libertad de asociación);
- Principio 2 (Autonomía de la voluntad). Las OSC nacen de la voluntad de sus fundadores, asociados o miembros, ejercida de manera libre y autónoma;
- Principio 3 (Principios de legalidad y necesidad). El ciclo de vida de las OSC debe estar regulado principalmente por leyes o códigos aprobados por el órgano legislativo
- Principio 4 (Procedimientos de registro sencillos y transparentes). Los procedimientos de creación y registro serán sencillos, oportunos, claros y no discriminatorios ni discrecionales;
- Principio 5 (Reconocimiento y regulación por una agencia del Estado independiente y autónoma). Las agencias del Estado que reconocen y regulan la personalidad jurídica de las OSC deberán ser independientes y autónomas;
- Principio 6 (Libertad de funcionamiento). Las OSC pueden cumplir sus funciones de objeto amplio y en materia de interés público y/o el beneficio mutuo de sus miembros, sin más restricciones que las permitidas en la Convención Americana;
- Principio 7 (Acceso al financiamiento). Las OSC tienen el derecho de buscar, acceder y utilizar financiamiento para el logro de sus objetivos sociales, tanto de fuentes públicas como privadas, nacionales o extranjeras;
- Principio 8 (Control apropiado del financiamiento ilícito). La responsabilidad estatal de reglamentar actividades financieras ilícitas debe cumplirse en conformidad con las obligaciones establecidas en la Convención Americana, incluyendo la libertad de asociación;
- Principio 9 (Acceso al financiamiento público). Las OSC tienen el derecho de solicitar y recibir fondos públicos que deben ser otorgados a través de sistemas transparentes y justos;
- Principio 10 (Régimen tributario especial. Las OSC podrán acceder a beneficios tributarios acordes a su naturaleza no lucrativa, sin discriminación;
- Principio 11 (Sanciones proporcionales y debido proceso). Las sanciones impuestas por los Estados a las OSC sólo se aplicarán en circunstancias limitadas y previamente establecidas;
- Principio 12 (Disolución). La disolución de las OSC debe ser aplicada únicamente en los casos más graves y la disposición de sus bienes debe seguir las previsiones de sus Estatutos.

Al culminar su presentación el relator constató los desafíos que se viven de nuestros días que en que se cuestiona los derechos de las personas a la libertad de reunión y asociación consagrado en la Carta de la OEA e incluso la Carta Democrática Interamericana.

El doctor José Moreno Guerra presentó una observación en la sección de la disolución que refiere a la expresión “por motivos graves” explicando que dicha acción puede tener lugar por razones diferentes a la gravedad, tal como cuando se cumple con el fin (disolución voluntaria).

El relator del tema agradeció la propuesta del doctor Moreno Guerra, un principio que estaba originalmente y se había eliminado, y evidentemente deberá ser reincorporado.

La doctora Cecilia Fresnedo felicitó al doctor Orias y comentó sobre la pertinencia de hacer una referencia a la “Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado” de 1940 como norma supletiva (que impone el respeto de la ley del lugar de su constitución, así como el reconocimiento extraterritorial de su existencia, entre otros). Ello en congruencia con el hecho que las entidades civiles sin fines de lucro deben adoptar una personería jurídica.

Aprovechando la ocasión, el Vicepresidente le consultó a la doctora Fresnedo las razones de la falta de ratificación, comparada con otras convenciones de la época, junto con identificar formas de dirigirse a los Estados que permitan demostrar las bondades de este instrumento.

Al respecto, la doctora Cecilia Fresnedo constató como una de las principales razones la burocracia. Incluso, frente a lo que ha visto en su país otra razón posible es la separación de la academia del poder legislativo que existía por entonces. La doctora Fresnedo estimó pertinente hacer resurgir esta convención en ocasión de la presentación del documento del doctor Orias. Por su parte, el relator del tema explicó que su reflexión se inició a partir de la citada Convención. Propuso recuperar el acápite del primer informe con algún desarrollo adicional sobre la misma. Explicó que otras de las razones de su falta de ratificación tienen relación con la falta de lobby. Muchas ONGs provienen de otros países y es difícil que organizaciones nacionales de nuestros Estados abran sedes o filiales en otros países vecinos. La doctora Fresnedo se refirió al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 ratificado por Uruguay, el cual se aplica a varios Estados y que junto al instrumento de 1940 proponen soluciones similares a la “Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado”.

El Vicepresidente concluyó que esta situación facilita el incentivo de los Estados a ratificar el instrumento interamericano.

El relator agradeció las propuestas y se comprometió a presentar los ajustes que se imponen.

El doctor Dante Negro ilustró sobre los desafíos que imponen la falta de respuesta de parte de los Estados en el tema de la designación de autoridades centrales de los instrumentos ratificados.

El doctor George Galindo Bandeira solicitó examinar el idioma para evitar que parezca como un instrumento vinculante e incluso uniformizar el informe.

El relator se comprometió a realizar una profunda revisión para asegurarse de lo manifestado.

El Vicepresidente señaló la percepción negativa del manejo de las ONGs que sirven de instrumento político o para avanzar la agenda de ciertas personas y lucrar a otras. Indicó, además, la importancia de la lucha al lavado de dinero que se realiza respecto de algunas instituciones. En su entender el informe del relator no debería ser modificado, pero debería incluir las inquietudes presentadas.

El relator constató que existe una estigmatización de las ONGs al ser entidades críticas de los gobiernos de turno, sin embargo, concurrió con el Vicepresidente sobre la necesidad de incluir los temas mencionados que podrían ordenar el trabajo institucional de aquellas organizaciones con presentan debilidades. En la mayoría de los casos las ONGs están reguladas y se les impone condiciones de buen gobierno y responsabilidad en congruencia con las legislaciones nacionales y la normativa interna de las mismas.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023), el Sr. Eduardo Szazi, invitado por el relator del tema, doctor Ramiro Orias, realizó una presentación sobre la perspectiva regional relativa al régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro. Explicó que se ha trabajado en un estudio del marco legal en Latinoamérica, habiendo constatado algunas tendencias, tal como el caso de la figura de la personería jurídica. En los países latinoamericanos la personería jurídica requiere de una autorización del Estado. Los más recientes cambios en materia legislativa están ligados a exigencia de índole administrativo que se someten a un control en el ámbito del lavado de dinero o lucha contra el terrorismo. Asimismo, se han notado restricciones en materia del financiamiento extranjero, en donde puede haber algún tipo de competencia con los gobiernos locales lo cual tiene una incidencia en los recursos de las organizaciones sin fines de lucro. En breve, los cambios tienen por efecto restringir la libertad de expresión. De ahí la importancia de dotarse de principios que asegure el respeto de la libertad expresión.

El doctor Rudge consultó sobre la participación de los gobiernos y en particular el momento en estas leyes fueron adoptadas. También inquirió sobre pronunciamientos por parte de los tribunales nacionales.

Al respecto, el Sr. Szazi explicó que el tema de las asociaciones es un tema de derecho civil que tiene su origen en el sistema colonial, por ende es más antiguo que las leyes reciente que han sido mencionadas.

La doctora Martha Luna constató que el rol del Estado se ve confrontado con asociaciones que se organizan para dar asistencia en materias que históricamente deben estar bajo su responsabilidad. Constató la importancia de agilizar la forma en que las donaciones son entregadas.

El Sr. Szazi manifestó su descontento frente a los obstáculos para otorgar los permisos o crear la personería jurídica.

El doctor Luis García-Corrochano explicó que las asociaciones de la época colonial se asemejan más a lo que hoy son los lobbies, y la figura tal que la conocemos viene de la herencia francesa del Código de Napoleón. Coincidió con la afirmación de que la creación de entidades sin fines de lucro puede ser más desafiante que aquellas con fines de lucro, en donde pareciera presumirse la ilicitud de la organización asociativa.

El Sr. Szazi criticó el control de los gobiernos en particular cuando se considera a las organizaciones como competidoras del Estados, lo cual contrasta con las empresas con fines lucrativos.

La doctora Cecilia Fresnedo se refirió al Tratado de Montevideo de 1899 que vincula a seis países de la OEA, en donde las personas jurídicas son reconocidas de pleno de derecho, en la medida que hayan sido constituidas según la ley local.

El Sr. Szazi estimó precisamente que dicho control de las leyes locales puede ser nefasto, de ahí la importancia de afirmar dotarse de un conjunto de principios que no deje desamparadas a las organizaciones.

El doctor Julio Rojas-Báez explicó que en República Dominicana la operación de ciertas entidades se ve dificultada. Sugirió como una manera de dar tranquilidad a los Estados someter tanto a las entidades lucrativas como aquellas sin fines de lucro a la normativa tributaria o a los mecanismos de incorporación.

El Sr. Szazi observó el aspecto positivo de las ventajas fiscales ofrecidas a las instituciones sin fin de lucro. Sin embargo, en el estado actual se ven imponer limitaciones en relación al financiamiento de recursos internacionales e incluso provenientes de agencias de cooperación internacional. En lo relativo a la disolución forzosa se ha podido identificar temas muy vagos relativos a costumbre morales o costumbres que fluctúan en función del gobierno del momento.

Al respecto el doctor Báez instó a referirse a causales justificadas que tengan base en el respeto al debido derecho en particular frente a temas de disolución.

El Presidente consultó sobre la forma en que se van a compatibilizar los principios interamericanos en los países del sistema del *Common Law*.

El Sr. Szazi advirtió que en los países del *Common Law* estos principios podrían ser compatibles, ello ya es incluso avalado en decisiones de tribunales internacionales.

Al culminar el diálogo el Comité agradeció la presencia del Sr. Szazi y continuo los debates en torno al tema.

El doctor Ramiro Orias en su calidad de relator indicó que el estudio comparativo recoge la situación en 35 países que ha servido de base para la elaboración de los 10 principios los elementos esenciales que deberían guiar el sistema interamericano sobre la creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro. Reveló que en Nicaragua se han disuelto más de tres mil organizaciones de la sociedad civil. Asimismo, advirtió que el estudio comparativo da a conocer los modelos basados en los códigos civiles y el *Common Law* y por ende los principios podrían servir para todos los Estados miembros de la OEA. En materia de tributación, la gran distinción de estas entidades es su carácter no lucrativo lo cual general una excepción al impuesto de actividades.

El doctor Rudge consultó sobre los fallos en los tribunales interamericanos e internacionales. Manifestó su preocupación frente a la aplicación de sanciones a organizaciones por parte de los Estados, porque en su país ello no es común. Por ende, en el principio 5, no se debe otorgar a los Estados un derecho a interferir. El reconocer una entidad específica no refleja la experiencia de Surinam, en donde el Estado solamente registra la entidad interesada. Asimismo, en el principio 7, la búsqueda del financiamiento debería ser sometida a la legislación nacional como internacional. En cuanto al principio 12, en su país los temas de disolución le competen al Fiscal General y, por lo tanto en el documento del Comité dichas prerrogativas no deberían quedar en manos del Estado. La creación y funcionamiento debe siempre estar bajo el control de la entidad y no de los miembros, quienes son subordinados.

El relator indicó que el estudio contiene jurisprudencia pertinente sobre diversos temas. Con relación al análisis del principio 5, el texto del Comité refiere tanto al registro público como a las agencias.

El doctor Galindo felicitó al doctor Ramiro Orias por la calidad de su trabajo. Consultó sobre el formato de lo que se quiere realizar. Al ser una declaración el tiempo verbal debe ser en el presente y no en futuro. Si se guarda el futuro entonces sería más apropiado una recomendación. Adicionalmente, el uso del verbo deben en la versión en inglés le otorga un carácter de mayor obligatoriedad. Si se quiere tener una influencia en los Estados se debería buscar un lenguaje más blando, más apropiado. La redacción del principio 7 refleja una declaración, pero no así aquella del principio 9. Adicionalmente, se debería omitir la referencia a la Convención Americana, considerando que no todos los Estados miembros de la OEA son partes en dicho instrumento.

Al respecto, el relator explicó que ya se han hecho modificaciones pero que modificará las expresiones verbales pendientes.

El doctor Galindo recomendó adoptar un documento que tenga la forma de recomendaciones o guía. En el punto 5, se podría contar con mayor libertad si se redacta en condicional y que tome la forma de una recomendación.

El Presidente manifestó sus felicitaciones al trabajo del relator, que será un documento de referencia cuenta tenida el estudio realizado sobre el estado de la cuestión. En cuanto a la naturaleza sugirió que se adopte como una guía de principios dirigida a la generalidad de operadores. En su experiencia en las organizaciones de derecho internacional privado le ha enseñado la importancia del proceso de consultas con los Estados para que tenga mayor legitimidad, y permita escuchar a los futuros operadores. Al respecto, consultó sobre la pertinencia de someterlo a la consulta de los Estados considerando que no hay apuros. Ello sin perjuicio de los ajustes que se realicen en los próximos días a luz de lo dicho esta semana.

El relator del tema agradeció por los comentarios del Presidente y solicitó que el Comité pueda adoptar el documento en esta sesión.

El doctor Alejandro Alday constató que un cambio en la naturaleza del documento sería aconsejable, por considerar que en algunos países no existe un entorno ventajoso que permita su implementación en la manera en que está reflejada en estos momentos.

El Presidente solicitó retomar el tema en los próximos días al momento de integrar los cambios en función de los comentarios emitidos en este día.

El doctor Ramiro Orias, relator del tema, presentó los ajustes realizados a la nueva versión del informe, documento CJI/doc.685/23 rev.1, resaltando entre otros que:

- En el principio 5 sobre los servicios registrales recoge la propuesta del doctor Eric P. Rudge.
- Tanto en el principio 6 como en el principio 8 se omitió la referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Hubo también modificaciones a los tiempos verbales en donde se refería al verbo “deber”.
- Finalmente, se realizaron cambios de forma para uniformizar el texto.

En cuanto a las consideraciones sobre la naturaleza del documento, el relator prefirió que tomo le forma de una declaración y no se le designase como “directrices o guías”. Además, desaconsejó enviar el documento en su versión actual a los gobiernos.

En el contexto hemisférico actual existe un vacío en la materia y sería oportuno presentar estos principios tal como se han elaborado. En este contexto, sugirió que siga la misma hoja de ruta en materia de protección de datos, pero sin dar por cerrado el tema. Al final lo que espera es que estos principios puedan servir de orientación a las discusiones a nivel político.

El Presidente explicó que la ley modelo 2.0 sobre protección de datos fue objeto del examen de los Estados previo a su adopción en el seno el Comité.

Hubo una discusión en torno a la redacción del principio sobre “registro” que buscaba incorporar tanto la figura del registro como la del reconocimiento de la personalidad jurídica, quedando finalmente plasmado de la siguiente manera:

Registro o reconocimiento a cargo de una instancia independiente y autónoma

Los Estados miembros deberían establecer, de conformidad con su estructura constitucional y administrativa, en los casos que corresponda, servicios registrales u órganos públicos independientes y autónomos, para el registro o reconocimiento de la personalidad jurídica de las organizaciones civiles, brindando sus servicios con profesionalismo, imparcialidad y transparencia, de conformidad con estos principios.

El doctor Alejandro Alday recomendó invertir el principio 4 y 5, para que haya un orden más lógico: primero se crea y luego se alude al funcionamiento, sugerencia que fue aprobada por el relator.

El Presidente constató que el sentir del plenario es aprobar el documento y la declaración fue aprobada por unanimidad.

El relator agradeció y manifestó su satisfacción de poder presentar el documento en su redacción actual lo cual le permitirá al Comité marcar una línea en la materia.

El 9 de marzo de 2023, el Comité Jurídico Interamericano adoptó la “Declaración de Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro”, documento CJI/RES. 282 (CII-O/23) corr. 2. La Declaración de Principios fue remitida al Consejo Permanente el 29 de marzo de 2023 y puede ser consultada en la página web del CJI en la sección de temas culminados en: OEA :: Comité Jurídico Interamericano (CJI) :: Temario Actual (oas.org)

Durante el período extraordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual del 12 de diciembre de 2023), el doctor Ramiro Orias expresó su interés en modificar el informe que adoptó el Comité, con base en las recomendaciones que recibió de ciertos Estados en el transcurso de su acercamiento a los órganos de la OEA. En ese sentido, planteó un par de ideas que le fueron remitidas por las delegaciones de Estados Unidos y Chile, respectivamente, y que considera de interés para mejorar el texto.

El Presidente solicitó que el tema se retome en marzo de 2024 para que se realicen los ajustes y el Comité pueda llegar a un consenso.

El doctor Ramiro Orias confirmó que remitió la versión corregida a la secretaria para que el Comité la trate y considere posteriormente.

A continuación, se presenta el informe adoptado por el Comité Jurídico Interamericano en la sesión de marzo de 2023, celebrada en Rio de Janeiro:

CJI/RES. 282 (CII-O/23) CORR. 2

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE CREACIÓN, FUNCIONAMIENTO, FINANCIAMIENTO Y DISOLUCIÓN DE ENTIDADES CIVILES SIN FINES DE LUCRO

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

Que conforme al Artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole, sin más restricciones que las previstas por ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás;

Que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en junio de 2021, aprobó la resolución sobre *Promoción y protección de Derechos Humanos* en la que exhorta a los Estados miembros a que: “respeten y protejan plenamente el derecho de todas las personas a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, y a que adopten todas las medidas necesarias para asegurar que cualquier restricción del libre ejercicio del derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, estén de conformidad con la legislación interna y a las obligaciones internacionales de derechos humanos, que les sean aplicables”;

Que en la novena Cumbre de las Américas realizada del 8 al 10 de junio de 2022 se aprobó el *Plan de Acción Interamericano sobre Gobernabilidad Democrática (CA-IX/doc.5/22)*, donde los Estados del continente se comprometen a proteger el ejercicio pleno de los derechos civiles, incluyendo la libertad de asociación, libertad de reunión pacífica y libertad de expresión, como principios fundamentales de las democracias representativas y participativas, de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos; y,

TENIENDO EN CUENTA:

Que el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en su 98° período ordinario de sesiones (5-9 abril, 2021), aprobó incluir en su Agenda el tema: *Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro* (documento CJI/doc.629/21), con el objetivo de sistematizar estándares interamericanos y buenas prácticas sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Que durante el 100° período ordinario de sesiones del CJI realizado en la ciudad de Lima (2 – 6 mayo 2022) el Relator encargado del tema presentó el Informe: *Régimen Legal de Creación, Funcionamiento, Financiamiento y Disolución de Entidades Civiles sin Fines de Lucro en los países miembros de la Organización de los Estados Americanos* (CJI/doc. 661/22), que incluyó un exhaustivo estudio y comparación de la legislación y la práctica nacional relativa a ciclo de vida – creación, funcionamiento, financiamiento y disolución–, de las organizaciones de la sociedad civil en los 35 países de la región, identificando los estándares internacionales en esta materia, tanto a nivel regional como universal.

Que en dicho estudio se ha podido constatar que, en la práctica e implementación de los marcos legislativos nacionales que regulan la libertad de asociación, en particular en materia de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro, las organizaciones de la sociedad civil de la región suelen enfrentar restricciones y obstáculos legales relacionados a lo largo de su ciclo de vida.

Que se han adoptado a nivel universal y regional estándares internacionales específicos en esta materia, a saber, los desarrollados tanto por el *Relator Especial de NNUU para las Libertades de Reunión Pacífica y de Asociación* como, a nivel regional, las *Directrices conjuntas de la Organización de Cooperación y Seguridad Europea (OSCE/ODIHR) y de la Comisión de Venecia sobre libertad de asociación*, así como los *Principios sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y asociación* aprobados por la *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*.

Que, el Comité Jurídico Interamericano -como parte de sus labores de armonización, codificación y desarrollo del derecho internacional privado- promovió la adopción de la *Convención sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado* de 1984, que deja establecido que la existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución y que, sin embargo, no se ha avanzado en el desarrollo de directrices interamericanas que guíen el contenido y el enfoque que deben tener las leyes que regulan a las personas jurídicas de tipo civil sin fines de lucro, quedando el sistema interamericano con cierto rezago frente a estos avances globales, siendo necesario un proceso de sistematización, actualización y consolidación de los estándares desarrollados en la región.

RESUELVE:

1. Aprobar la “*Declaración de Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro, con anotaciones*”, anexo a la presente resolución.
2. Transmitir la presente resolución y la Declaración de Principios contenidos en el documento anexo, al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos y a la Asamblea General para su debido conocimiento y consideración.
3. Solicitar al Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, que le otorgue a esta Declaración de Principios la mayor difusión entre los diversos actores interesados.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 9 de marzo de 2023, por los siguientes miembros: doctores Martha Luna Véliz, Eric P. Rudge, George Rodrigo Bandeira Galindo, José Luis Moreno Guerra, Alejandro Alday González, Julio José Rojas Báez, José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Cecilia Fresnedo de Aguirre y Ramiro Gastón Orias Arredondo.

* * *

Declaración de Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro

Principio 1

Ejercicio de la libertad de asociación

El ejercicio de la libertad de asociación comprende el derecho de participar en la creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro.

Principio 2

Autonomía de la voluntad

Las entidades civiles sin fines de lucro nacen y se gobiernan por la voluntad de sus fundadores, asociados o miembros, ejercida de manera libre y autónoma.

Principio 3

Principio de legalidad

El ciclo de vida de las entidades civiles sin fines de lucro estará regulado principalmente por leyes o códigos aprobados por el órgano legislativo, en todo aquello que sea necesario y razonable para una sociedad democrática.

Principio 4

Registro o reconocimiento a cargo de una instancia independiente y autónoma

Los Estados miembros deberían establecer, de conformidad con su estructura constitucional y administrativa, en los casos que corresponda, servicios registrales u órganos públicos independientes y autónomos, para el registro o reconocimiento de la personalidad jurídica de las organizaciones civiles, brindando sus servicios con profesionalismo, imparcialidad y transparencia, de conformidad con estos principios.

Principio 5

Procedimientos de registros sencillos y transparentes

Los procedimientos de creación y registro serán sencillos, oportunos, claros y no discriminatorios ni discrecionales. La ley establecerá de forma precisa los requisitos y documentos que se debe presentar para obtener y mantener el reconocimiento de la personalidad jurídica, estableciéndose con precisión los procedimientos, plazos y costos de su tramitación.

Principio 6

Libertad de funcionamiento

Las entidades civiles sin fines de lucro pueden cumplir funciones de objeto amplio y en materia de interés público y/o el beneficio mutuo de sus miembros, sin más restricciones que las permitidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos ni interferencias ilegítimas o arbitrarias.

Principio 7

Libertad para buscar, conseguir y utilizar recursos

Las entidades civiles sin fines de lucro tienen la libertad de buscar, solicitar, obtener y utilizar financiamiento para el logro de sus objetivos sociales, tanto de fuentes públicas como privadas, nacionales o extranjeras.

Principio 8

Control apropiado del financiamiento ilícito

La responsabilidad estatal de reglamentar actividades financieras ilícitas se cumplirá en conformidad con las obligaciones establecidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las restricciones aplicadas a las entidades civiles sin fines de lucro deberían ser

proporcionales al riesgo identificado, basadas en evidencia e implementadas sin limitar el trabajo legítimo del sector.

Principio 9

Acceso al financiamiento público en condiciones de equidad y no discriminación

Las entidades civiles sin fines de lucro podrán acceder a fondos públicos a través de sistemas transparentes, equitativos y no discriminatorios, estando sometidos a las reglas generales de rendición de cuentas y de responsabilidad de sus representantes legales.

Principio 10

Régimen tributario especial

Las entidades civiles sin fines de lucro podrán acceder a beneficios tributarios acordes a su naturaleza no lucrativa, sin discriminación.

Principio 11

Sanciones proporcionales y debido proceso

Las sanciones impuestas por los Estados a las entidades civiles sin fines de lucro sólo se aplicarán en circunstancias limitadas y previamente establecidas por ley. Serán progresivas, necesarias y estrictamente proporcionales, por causales razonables, motivadas y probadas dentro de un proceso judicial, con todas las garantías de debido proceso.

Principio 12

Disolución voluntaria y forzosa

La disolución de las entidades civiles sin fines de lucro, liquidación y disposición de sus bienes seguirá las previsiones de sus Estatutos y conforme exprese la voluntad de sus miembros. Los miembros no deben distribuir el patrimonio de la organización entre sí mismos. La disolución compulsiva, como sanción legal, será apropiada excepcionalmente, en los casos más graves que signifiquen una afectación a un interés legítimo reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, y cuando medidas menos restrictivas no alcancen para proteger dicho interés.

* * *

Anexo II

Anotaciones a la Declaración de Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro

Introducción

El derecho a la libertad de asociación está ampliamente garantizado en la mayoría de las constituciones de los países de la región. Sin embargo, en su desarrollo legislativo, en relación a la regulación del ciclo de vida de las organizaciones de la sociedad civil (OSC), las leyes nacionales han implementado modelos diversos de entidades civiles sin fines de lucro, mediante una normativa que generalmente suele ser dispersa y ambigua.

Asimismo, las prácticas de implementación suelen ser también diversas, dependiendo especialmente de los contextos políticos, la fortaleza de la institucionalidad democrática y de la vigencia plena del Estado de derecho. Así, tenemos casos en que, pese a un marco legal favorable para su creación, inclusive algunos basados en un sistema de notificación, el contexto político y las prácticas administrativas han resultado restrictivas al funcionamiento de las OSC, contrarios a los estándares internacionales de derecho humanos. En los estudios realizados se ha podido también constatar la existencia de una gran variedad de normas que afectan los diferentes aspectos del ciclo de vida de las OSC: leyes de impuesto sobre la renta, leyes antilavado y contra el financiamiento del terrorismo, leyes de caridades, leyes de fomento, leyes de registro de agentes extranjeros, etcétera. Un análisis sobre el entorno legal para las OSC en un determinado país debe tomar en cuenta esta constelación de normas, y no solo la ley que regula la creación y disolución.

Históricamente, la mayoría de la legislación nacional -particularmente en la codificación de los países latinoamericanos- definía los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas entidades privadas, así como otros aspectos de su funcionamiento y disolución en su legislación civil común, estableciendo un marco jurídico neutral. Lo mismo en el caso de los países herederos del *common law*, como es el caso los países del Caribe, Canadá y los Estados Unidos. Sin embargo, desde casi un par de décadas atrás, la región ha experimentado un proceso de transformación de esos marcos regulatorios, pasando del derecho civil al derecho administrativo, imponiendo en algunos países restricciones indebidas, controles excesivos y requisitos vagos y discrecionales, así como potestades ambiguas y discrecionales a cargo de los órganos Ejecutivos. Todo ello ha afectado de forma particular el régimen legal que regula las distintas fases del ciclo de vida de las entidades civiles sin fines de lucro en particular y las OSC en general.

Frente a este entorno, es que se hace necesario avanzar en el proceso de sistematización y desarrollo de principios y estándares interamericanos en esta materia, que contribuya a la armonización de la legislación nacional en la región. Para ello, bajo la dirección del Relator encargado de este tema por el Comité Jurídico Interamericano (CJI), con el apoyo y asistencia técnica del *Centro Internacional para la Ley del Sector No Lucrativo* (International Center for Not-for-Profit Law, o ICNL por sus siglas en inglés) se ha desarrollado un extenso trabajo de recopilación, relevamiento, análisis y comparación -a la luz de los estándares internacionales- de la legislación nacional establecida en 35 países de la región, con información específica en relación al ciclo de vida de las organizaciones civiles: a) formación y registro de las organizaciones, b) funcionamiento, c) acceso al financiamiento y d) disolución.

Con el fin de validar la información recibida, así como contrastar las normas con las prácticas, el 1º y 2º de diciembre de 2021 se efectuaron dos eventos virtuales de consulta con académicos y líderes de organizaciones de la sociedad civil, para el Desarrollo de Principios Interamericanos sobre el Régimen Jurídico de Creación, Operación, Financiamiento y Disolución de Entidades Civiles sin Fines de Lucro, con el auspicio académico del Centro de Estudios Avanzados del Tercer Sector de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil, la Universidad Católica Boliviana (UCB) de La Paz, Bolivia, y la Universidad ORT de México. Asimismo, a principios de abril de 2022, este documento fue revisado en tres consultas subregionales con expertos y especialistas de México y Centroamérica, Sudamérica y países del Caribe. Este texto ha sido nuevamente revisado, consultado y discutido en una reunión regional de expertos realizada el 14 de julio de 2022, con el apoyo y asistencia técnica de ICNL.

Las presentes anotaciones amplían y fundamentan el desarrollo de la propuesta de principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro, a partir de los estándares internacionales establecidos en materia del derecho a la libertad de asociación. El texto propone doce principios generales, y cada uno está sustentado por unas notas que explican con mayor detalle su fundamento, alcance y necesidad, ilustrando algunas condiciones sobre cómo se pueden abordar situaciones específicas. Asimismo, para cada principio también se expone el estándar internacional en que se basa, ya sea pronunciado por un organismo o instancia internacional para la protección de derechos humanos a nivel interamericano, universal o de otra fuente. En ese sentido, los principios que se proponen se basan en las normas vigentes y la práctica nacional existente a nivel regional e internacional. Finalmente, es bueno destacar la contribución y complementariedad de este trabajo a los importantes esfuerzos que se vienen realizando por otros órganos de la Organización de los Estados Americanos en materia de participación de la sociedad civil organizada, así como el fortalecimiento del espacio cívico, elemento esencial en toda sociedad democrática.

Principio 1 Ejercicio de la libertad de asociación

El ejercicio de la libertad de asociación comprende el derecho de participar en la creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro.

Fundamento del principio: Todas las personas tienen el derecho de asociarse para participar en actividades con fines legítimos de interés público o beneficio mutuo, con carácter no lucrativo. Su ejercicio comprende la facultad de constituir organizaciones de la sociedad civil (OSC) y poner en marcha de forma autónoma su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades que limiten indebidamente o entorpezcan el ejercicio de este derecho. Los Estados

deben garantizar un entorno propicio y seguro para su ejercicio de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes.

La gran mayoría de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) reconocen la libertad de asociación como un derecho constitucional consistente con el Artículo 16 de la Convención Americana. Sin embargo, un análisis exhaustivo de la normativa en los países de la región refleja una amplia gama de leyes y prácticas de implementación que limitan el gozo de dicha libertad en los momentos clave del ciclo de vida de las asociaciones. Se puede promover la libertad de asociación a través de reformas legales conformes con estos Principios y el Artículo 2 de la Convención Americana, que establece el deber estatal de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las disposiciones de derecho interno, tanto legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. En consecuencia, los Estados tienen el deber de adoptar un marco jurídico, político y administrativo propicio y adecuado para garantizar el desarrollo de las organizaciones civiles, a lo largo de su ciclo de vida; conforme a los valores de una sociedad democrática.

Estándares internacionales aplicables: “La Corte Interamericana ha establecido que el derecho a asociarse protegido por el artículo 16 de la Convención Americana protege dos dimensiones. La primera dimensión abarca el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. La segunda, reconoce y protege el derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”¹.

A nivel global “[l]a libertad de asociación ampara a las asociaciones desde su creación hasta su disolución, e incluye el derecho a establecer asociaciones y adherirse a ellas y el derecho de las asociaciones a desarrollar libremente sus actividades y a recibir protección contra injerencias indebidas, a acceder a financiación y recursos, y a participar en los asuntos públicos”². A nivel regional, en Europa, la Comisión de Venecia³ ha expresado que “la legislación nacional debe redactarse con el propósito de facilitar la creación de asociaciones y permitirles perseguir sus objetivos”⁴. Del mismo modo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que “[l]a protección que se concede a la libertad de asociación debe extenderse durante toda la vida de la asociación”⁵.

Principio 2 Autonomía de la voluntad

Las entidades civiles sin fines de lucro nacen y se gobiernan por la voluntad de sus fundadores, asociados o miembros, ejercida de manera libre y autónoma.

Fundamento del principio: Las OSC nacen de la voluntad de sus fundadores, asociados o miembros, ejercida de manera libre y autónoma. Su composición, las estructuras de gobierno interno y las actividades de las asociaciones serán establecidas por sus miembros, garantizándose la libertad contractual, la autorregulación y la autodeterminación de sus mandatos. La libertad de asociación presume que cada persona pueda determinar sin interferencia arbitraria ni coacción si desea o no formar parte de la asociación. Normas ambiguas que limitan la permisibilidad de las decisiones de las OSC, sustentadas en intereses de los Estados no reconocidos en la Convención Americana, permiten intromisiones de funcionarios públicos en las determinaciones internas de las organizaciones. Cuando

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. 7 marzo 2006, párr. 71 (citadas omitidas).

² Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, Maina Kiai, A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012, p. 1 (resumen).

³ Compuesta por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa y Comisión Europea para la Democracia por el Derecho.

⁴ Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa y Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Lineamientos para la Libertad de Asociación*, Varsovia, 2015, ISBN 978-92-9234-906-6, párr. 53.

⁵ Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *Partido Unido Comunista y otros v. Turquía*, núm. 19392/92, párr. 33.

los criterios de los entes reguladores suplantando las determinaciones de los asociados, no sólo se restringe la autonomía de las asociaciones, sino que se limita la utilidad y legitimidad de los estatutos tanto para los miembros como para los funcionarios. Se puede garantizar la autonomía de la voluntad a través de normas escritas de manera precisa con listas de causales mínimas y cerradas que limiten las decisiones de sus miembros sobre sus propios objetos, campos de acción, y régimen interno.

Estándares internacionales aplicables: En las Américas, “[e]l derecho de asociarse libremente sin interferencias prescribe que los Estados deben asegurar que los requisitos legales no impedirán, retrasarán o limitarán la creación o funcionamiento de las organizaciones”⁶. “Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse voluntariamente para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”⁷.

A nivel global, “[s]olo podrán aplicarse ‘ciertas’” restricciones, es decir que, sin lugar a dudas, la libertad será la regla y la restricción su excepción. ... ‘al aprobar leyes que prevean restricciones... los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho..., no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción’”⁸. A nivel regional, para la Comisión de Venecia, “[l]a libertad de asociación comprende el derecho de fundar una asociación, de unirse a una asociación y que tal asociación cumpla su fusión sin interferencia arbitraria por el estado u otros individuos. La libertad de asociación implica el derecho afirmativo de participar y formar una asociación y el negativo de no ser obligado a unirse a una asociación que ha sido establecida conforme al derecho civil”⁹.

Principio 3 Principio de legalidad

El ciclo de vida de las entidades civiles sin fines de lucro estará regulado principalmente por leyes o códigos aprobados por el órgano legislativo, en todo aquello que sea necesario y razonable para una sociedad democrática.

Fundamento del principio: La normativa debe ser precisa, taxativa y previa, evitando en lo posible la dispersión y la sobrerregulación. La legislación además debe ser razonable, proporcional y necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Salvo las limitaciones reconocidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, la normativa será compatible con el deber positivo del Estado de fomentar y garantizar el ejercicio de la libertad de asociación. En muchos países la región, OSC y funcionarios públicos de buena fe quisieran cumplir e implementar la ley correctamente, pero enfrentan severas barreras debido a requisitos ambiguos, contradictorios, o tan extensos que requieren recursos humanos y financieros que no están al alcance de muchas organizaciones y agencias públicas. Con frecuencia, estas deficiencias en las normas se deben a la utilización de decretos ejecutivos y órdenes administrativas de manera acelerada y *ad hoc* para reglamentar a las OSC en lugar de promulgar legislación adecuadamente debatida en la legislatura. El resultado es el uso desproporcionado de los escasos recursos en actividades de cumplimiento y regulación, dejando a las OSC menos equipadas para cumplir con sus misiones de beneficio público y a los funcionarios públicos sin la capacidad de responder a casos que sí merecen su atención. Se puede promover el cumplimiento con los principios de legalidad y necesidad a través de legislación escrita de forma clara con la participación del sector de las OSC, que haya sido apropiadamente debatida y aprobada por la legislatura.

⁶ *Id.*, Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 163.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Baena Ricardo y otros contra Panamá». Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de febrero de 2001, párrafo 156.

⁸ *Id.*, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012, párr. 16 (cita omitida).

⁹ Comisión de Venecia, Opinión sobre la compatibilidad de la legislación sobre organizaciones no gubernamentales de la República de Azerbaiyán con los estándares de Derechos Humanos (14-15 de octubre de 2011) CDL-AD (2011)035, párr. 42.

Estándares internacionales aplicables: A nivel interamericano, “las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado, deben estar claramente establecidas por ley en el sentido formal y material, es decir, por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”¹⁰.

A nivel global, la limitación de “estos derechos... debe estar prevista de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley en sentido formal y material. Al respecto, no es suficiente que las restricciones sean aprobadas formalmente por el órgano competente, sino que la norma debe adoptarse según el procedimiento requerido por el derecho interno del Estado, ser ‘accesible al público’ y ‘estar formulada con suficiente precisión para permitir que una persona regule su conducta en consecuencia’”¹¹. A nivel regional, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (La Comisión Africana), ha establecido que la “legislación nacional sobre la libertad de asociación, cuando sea necesario, se redactará con el objetivo de facilitar y fomentar la creación de asociaciones y promover su capacidad para perseguir sus objetivos. Dicha legislación se redactará y modificará sobre la base de procesos amplios e inclusivos que incluyan el diálogo y la consulta significativa con la sociedad civil”¹².

Principio 4 Registro o reconocimiento a cargo de una instancia independiente y autónoma

Los Estados miembros deberían establecer, de conformidad con su estructura constitucional y administrativa, en los casos que corresponda, servicios registrales u órganos públicos independientes y autónomos, para el registro o reconocimiento de la personalidad jurídica de las organizaciones civiles, brindando sus servicios con profesionalismo, imparcialidad y transparencia, de conformidad con estos principios.

Fundamento del principio Existe una percepción en varios países de la región de implementación selectiva de las normas para el reconocimiento legal y regulación de las OSC que representan intereses no afines al gobierno de turno o para grupos marginados. En la práctica, el registro y la supervisión suelen ser más costosos, intrusivos y lentos para dichas organizaciones y las ubicadas en zonas alejadas de la agencia reguladora. Se puede fomentar agencias reguladoras independientes y autónomas al promover la profesionalización de las mismas, con recursos humanos y tecnológicos adecuados y mayor capacitación en la libertad de asociación y mejores prácticas en la regulación de OSC. Las agencias del Estado o los servicios públicos que registran, reconocen o regulan la personalidad jurídica de las OSC deberán ser independientes y autónomas. Dichas agencias deben desempeñar sus funciones de forma imparcial, legítima y equitativa, motivando y haciendo públicas todas sus decisiones. Su personal debe ser seleccionado con base en el mérito profesional y amparado por un régimen de estabilidad y carrera administrativa. En lo posible, conforme al orden constitucional y administrativo de cada Estado, se recomienda que exista un sistema integrado, simple y coherente cuyo servicio puede ser desconcentrado para llegar más cerca a los ciudadanos. Si para otros fines las OSC deben obtener inscripciones adicionales ante otros registros del Estado o deben presentar reportes de otro tipo, estos no deben crear condiciones nuevas o adicionales para el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Estándares Internacionales aplicables: En el sistema interamericano “los Estados que cuenten con organismos competentes para realizar el registro deben de asegurar que éstos no cuenten con un amplio margen de discrecionalidad, ni con disposiciones que tengan un lenguaje vago o

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 61(citas omitidas).

¹¹ Mandatos del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Clement Nyaletsossi Voule; de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Irene Khan; y de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, Mary Lawlor; *Comentarios sobre legislación, reglamentos y políticas nacionales a El Salvador*, Ref.: OL SLV 8/2021 (30 de noviembre de 2021), punto. 2(a), pág. 4 (citas omitidas).

¹² Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Directrices sobre la libertad de asociación y de reunión en África*, 10 de noviembre de 2017 (traducción no oficial).

ambiguo que genere el riesgo de que la norma sea interpretada para limitar el ejercicio del derecho de asociación”¹³.

A nivel global, “cuando existan procedimientos que regulen la inscripción de las organizaciones de la sociedad civil, estos [deben ser] transparentes, accesibles, no discriminatorios, rápidos y de bajo costo, [que] permitan la posibilidad de recurrir y eviten la necesidad de la reinscripción, de conformidad con la legislación nacional, y estén en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”¹⁴. A nivel regional, en Europa, “[l]a legislación debiera hacer el proceso de notificación o registro lo más sencillo posible y, en todo caso, no más complicado que el proceso creado para otras entidades, como las comerciales”¹⁵.

Principio 5 Procedimientos de registro sencillos y transparentes

Los procedimientos de creación y registro serán sencillos, oportunos, claros y no discriminatorios ni discrecionales. La ley establecerá de forma precisa los requisitos y documentos que se debe presentar para obtener y mantener el reconocimiento de la personalidad jurídica, estableciéndose con precisión los procedimientos, plazos y costos de su tramitación.

Fundamento del principio: Muchos países en la región tienen regímenes de autorización previa, con requisitos de información complejos y registros redundantes que obstruyen la creación y operación de las OSC. Procedimientos de registros sencillos y transparentes pueden alcanzarse con la adopción de sistemas de notificación. Alternativamente, se podría simplificar y descentralizar los sistemas de autorización previa, adoptando requisitos y procedimientos que utilicen términos claros y criterios explícitos y limitados para la revisión de solicitudes. Los procedimientos de creación y registro serán sencillos, oportunos, claros y no discriminatorios ni discrecionales. Los sistemas de registro basados en un régimen de notificación favorecen el ejercicio de la libertad de asociación más que los de autorización previa. La ley debe establecer de forma precisa los requisitos y documentos que se debe presentar para obtener y mantener el reconocimiento de la personalidad jurídica, y deberá establecer con precisión los procedimientos, plazos y costos de su tramitación. Si el registro implica costos, estos deberán ser razonables y proporcionales a los establecidos para entidades privadas con fines lucrativos. Deberán establecerse motivos razonables, específicos y exclusivos sobre los cuales el Estado puede rechazar una solicitud de personería jurídica. Dicha decisión podrá ser impugnada y revisada en procedimiento judicial, con las suficientes garantías del debido proceso. Las OSC ya registradas no deberían ser sometidas a tramites de adecuación o reinscripción, cuando se adopta una nueva normativa. La ley debe garantizar el establecimiento de las asociaciones de hecho que podrán ser sujetos de derechos y obligaciones siendo sus miembros responsables ante terceros.

Estándares Internacionales aplicables: En las Américas, “[l]os Estados deben garantizar que el registro de las organizaciones... ‘se tramitará de manera rápida y que se exigirá solamente los documentos necesarios para obtener la información adecuada a los fines del registro’”¹⁶. “El efecto del Registro... ‘debe traducirse en un efecto declarativo y no constitutivo’”¹⁷. “Las leyes nacionales deben establecer con claridad los plazos máximos para que las autoridades estatales respondan a las solicitudes de registro”¹⁸.

“El Relator Especial de NNUU para la Libertad de Asociación considera mejores prácticas los procedimientos simples, que no sean gravosos e incluso gratuitos en y expeditos. Un ‘procedimiento de notificación’ se ajusta más a las normas internacionales de derechos humanos y debe ser aplicado por los Estados en lugar del ‘procedimiento de autorización previa, que implica recibir el visto bueno de las autoridades’. Con arreglo al procedimiento de notificación, las asociaciones pasan a ser

¹³ *Id.*, Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 172.

¹⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Protección de los defensores de los derechos humanos* (Resolución) A/HRC/RES/22/6, 12 de abril de 2013, párr. 8.

¹⁵ *Id.*, *Lineamientos para la Libertad de Asociación*, Varsovia, 2015, ISBN 978-92-9234-906-6, párr. 156.

¹⁶ *Id.*, Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y los Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 541 (recomendación 18.)

¹⁷ *Id.*, párr. 171.

¹⁸ *Id.*, párr. 541 (recomendación 18.)

personas jurídicas automáticamente, en cuanto sus fundadores notifican su creación a las autoridades. Se trata más bien de un trámite de presentación de la asociación mediante el cual la administración registra su establecimiento”¹⁹. A nivel regional, la Comisión Africana ha establecido que “[e]l registro debe ser desarrollado bajo un régimen de notificación y no uno de autorización, de tal modo que el estatus legal se presuma con la recepción de la notificación. Los procedimientos de registro deben ser simples, claros, no discriminatorios, no engorrosos, y sin componentes discrecionales. Si la ley autoriza a las autoridades registrales a rechazar aplicaciones, debe hacerlo con base a un número limitado de fundamentos jurídicos, en cumplimiento con los tratados de derechos humanos”²⁰.

Principio 6 Libertad de funcionamiento

Las entidades civiles sin fines de lucro pueden cumplir funciones de objeto amplio y en materia de interés público y/o el beneficio mutuo de sus miembros, sin más restricciones que las permitidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos ni interferencias ilegítimas o arbitrarias.

Fundamento del principio: La libertad de acción de las OSC comprende el derecho de participar en la formulación y monitoreo de políticas públicas y de expresar opiniones e ideas en el espacio público por cualquier medio, incluyendo el espacio digital. El Estado garantizará el derecho a la privacidad de su información; particularmente de aquella más sensible para su labor institucional y que requiere una protección especial y seguridad reforzada. Los Estados pueden solicitar información institucional de las OSC con fines estadísticos, sin comprometer la independencia de las organizaciones.

Legislación ambigua en varios países deja a discrecionalidad de la autoridad limitar el accionar legítimo de las OSC, por ejemplo, al caracterizarlo como “actividad política” reservada para los partidos políticos. Otras leyes problemáticas facultan el escrutinio excesivo y divulgación de información privada de las organizaciones y sus miembros por parte de las autoridades. Para garantizar la libertad de funcionamiento de las OSC se hace necesario establecer criterios que eviten intromisiones indebidas que desnaturalicen el rol crítico e independiente que deben tener las organizaciones de la sociedad civil como actores en una sociedad democrática.

Estándares internacionales aplicables: Dentro del sistema interamericano se ha establecido que “la libertad de asociación incluye el derecho de ‘poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho’”²¹.

A nivel global “entre otros derechos, las asociaciones tienen la libertad de promover reformas electorales y reformas de políticas más generales; discutir cuestiones de interés público y contribuir al debate público; vigilar y observar los procesos electorales...”²². A nivel regional, según la Comisión Africana, “[l]as asociaciones podrán participar en la vida política, social y cultural de sus países, y participar en todos los asuntos de interés público y en las políticas públicas, incluyendo, entre otros, derechos humanos, gobernanza democrática, y cuestiones económicas a nivel nacional e internacional”²³.

Principio 7 Libertad para buscar, conseguir y utilizar recursos

Las entidades civiles sin fines de lucro tienen la libertad de buscar, solicitar, obtener y utilizar financiamiento para el logro de sus objetivos sociales, tanto de fuentes públicas como privadas, nacionales o extranjeras.

¹⁹ *Id.*, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012, párrs. 57 y 58.

²⁰ *Id.*, Directrices sobre la libertad de asociación y de reunión en África, 10 de noviembre de 2017, Párr. 13 (traducción no oficial).

²¹ *Id.*, Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 175 (cita omitida).

²² Asamblea General de Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/68/299, 7 de agosto de 2013, párr. 43.

²³ *Id.*, Directrices sobre la libertad de asociación y de reunión en África, 10 de noviembre de 2017, Párr. 25 (traducción no oficial).

Fundamento del principio: Con más frecuencia, las OSC están enfrentando obstáculos legales para financiar sus misiones con recursos de fuentes lícitas, inspirados, por ejemplo, por argumentos de protección de la soberanía nacional. También existen prácticas equivocadas de regular a las OSC como entidades con fines lucrativos únicamente por realizar actividades económicas, cuando invierten sus ganancias en la realización de su misión. Se puede fomentar el acceso al financiamiento a través de la identificación y mitigación de trabas legales que obstaculizan el alcance a recursos de diversas fuentes. Del mismo modo, pueden generar ingresos propios e invertir los excedentes en su objeto social, sin mayor restricción que el cumplimiento de la normativa tributaria de cada país. Los Estados deben fomentar el financiamiento de las OSC a través de diversas fuentes, de modo que permita su sostenibilidad e independencia.

Estándares Internacionales aplicables: “La Comisión [Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)] reitera que, como parte de la libertad de asociación, los Estados deben promover y facilitar el acceso de las organizaciones de derechos humanos a fondos de cooperación financieros tanto nacionales como extranjeros, así como abstenerse de restringir sus medios de financiación. Bajo esta lógica, los organismos que se creen con el fin de coordinar o dar seguimiento a nivel estatal de la recepción y manejo de recursos deben estar orientados a promover y no a restringir las posibilidades de financiamiento de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos”²⁴.

A nivel global, “[e]l Relator Especial [de NNUU para la Libertad de Asociación] ha subrayado reiteradamente que la capacidad para buscar, obtener y utilizar recursos —de fuentes nacionales, extranjeras e internacionales— es esencial para la existencia y la eficacia de las actividades de cualquier asociación, por pequeña que sea”²⁵. A nivel regional, la Comisión Africana, por su parte, ha determinado que “[l]os ingresos generados no serán distribuidos como ganancias a los miembros de las asociaciones sin fines de lucro. Tales asociaciones podrán, sin embargo, utilizar tales ingresos para sufragar gastos en personal y reembolsar gastos con relación a las actividades de la asociación y para el propósito del sustento organizacional”²⁶.

Principio 8 Control apropiado del financiamiento ilícito

La responsabilidad estatal de reglamentar actividades financieras ilícitas se cumplirá en conformidad con las obligaciones establecidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las restricciones aplicadas a las entidades civiles sin fines de lucro deberían ser proporcionales al riesgo identificado, basadas en evidencia e implementadas sin limitar el trabajo legítimo del sector.

Fundamento del principio: Los estándares globales en materia de la lucha contra el financiamiento del terrorismo y el lavado de activos emitidos por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) han sido citados para justificar controles legales intensificados de aplicación generalizada a toda o gran parte del sector sin fines de lucro. Esta clase de requisito desproporcional, sin una base en evidencia de riesgo de una violación de un interés estatal, está en conflicto no solo con los estándares de la libertad de asociación, sino también con los estándares del GAFI, y con consecuencias negativas no intencionadas por dicho mecanismo. Se puede fomentar el control apropiado del financiamiento ilícito a través de la correcta implementación de los estándares del GAFI, con normas proporcionales a evidencias de riesgo de la mala utilización de las OSC para crímenes financieros, incluyendo evidencias de mitigación de riesgo proporcionadas por el sector. Las restricciones impuestas a las OSC para contrarrestar el financiamiento del terrorismo deberán ser fundamentadas en evidencia de riesgo y focalizadas en organizaciones identificadas de ser de alto riesgo por sus características o actividades. Las restricciones aplicadas a las OSC deben ser proporcionales al riesgo identificado; implementadas conforme al Artículo 16 de la Convención Americana; e implementadas sin limitar el trabajo legítimo del sector.

²⁴ *Id.*, Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 179.

²⁵ Asamblea General de Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/70/266, 4 de agosto de 2015, párr. 67.

²⁶ *Id.*, Directrices sobre la libertad de asociación y de reunión en África, 10 de noviembre de 2017, Párr. 40 (traducción no oficial).

Estándares internacionales aplicables: En el continente americano “[e]n el caso de las organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos humanos, invocando la seguridad nacional no es legítimo que la legislación en materia de seguridad o de lucha contra el terrorismo se utilice para reprimir actividades orientadas a la promoción y a la protección de los derechos humanos”²⁷.

El Relator Especial de NNUU para la Libertad de Asociación ha observado que “las restricciones indebidas a los recursos de que disponen las asociaciones inciden en el disfrute del derecho a la libertad de asociación y también socavan los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales en su conjunto”²⁸. Del mismo modo, ha agregado que “[s]i bien los Estados tienen la responsabilidad de combatir el blanqueo de dinero y el terrorismo, nunca debe invocarse esa obligación como motivo para socavar la credibilidad de una organización, ni para obstaculizar arbitrariamente a sus actividades legítimas”²⁹. Para el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) “[l]as medidas para proteger a las [organizaciones sin fines de lucro u OSFL] del potencial abuso para financiamiento del terrorismo deberán estar focalizadas y en línea con el enfoque basado en riesgo. También es importante que dichas medidas sean establecidas de manera que respeten las obligaciones de los países con base en la Carta de las Naciones Unidas y los derechos humanos internacionales”³⁰.

Principio 9 Acceso al financiamiento público en condiciones de equidad y no discriminación

Las entidades civiles sin fines de lucro podrán acceder a fondos públicos a través de sistemas transparentes, equitativos y no discriminatorios, estando sometidos a las reglas generales de rendición de cuentas y de responsabilidad de sus representantes legales.

Fundamento del principio: Las OSC tienen el derecho de acceder a fondos públicos que deben ser otorgados a través de sistemas transparentes, equitativos y no discriminatorios. Cuando las entidades privadas sin fines de lucro reciben fondos públicos, asumen también una responsabilidad de transparencia y rendición de cuentas sobre el uso de dichos fondos en particular. El uso de dichos fondos se rige por las normas generales de responsabilidad de sus representantes legales y control gubernamental y no debería ser más oneroso que lo requerido de entidades lucrativas. El uso de fondos públicos no transforma una OSC en entidad pública para propósitos de aplicación de leyes sobre acceso a datos públicos. Normas que posibiliten la solicitud, otorgamiento, y uso de fondos públicos por parte de las OSC sin criterios transparentes y justos están empeorando el acceso a recursos, y pueden dañar la reputación del sector. Los controles del uso de fondos públicos por parte de las OSC que tratan a los recipientes como entidades públicas por haber recibido dichos fondos alteran su naturaleza de entidades no gubernamentales sin fines de lucro y las sujetan a intromisiones excesivas. Se puede fomentar el acceso al financiamiento público al establecer sistemas con criterios y procedimientos claros que dan credibilidad y legitimidad a su uso por parte de las OSC.

Estándares internacionales aplicables: “La CIDH reitera que solamente se les puede exigir a las organizaciones de la sociedad civil en virtud de la garantía del derecho de acceso a información respecto al manejo de los recursos públicos, la satisfacción de los servicios a su cargo y el cumplimiento de las funciones públicas que le sean encomendadas”³¹.

²⁷ *Id.*, Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 167.

²⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013, párr. 9.

²⁹ *Id.*, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012, párr. 70.

³⁰ Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Estándares Internacionales Sobre La Lucha Contra El Lavado de Activos y El Financiamiento del Terrorismo y La Proliferación, Nota Interpretativa de la Recomendación 8*, Párr. A.2, febrero 2012 (actualizado en octubre de 2021 y marzo 2022).

³¹ *Id.* Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, párr. 182 (cuadro al final). Véase también, CIDH, *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 30 de diciembre de 2009, párr. 19.

A nivel global “[s]i bien se alienta a los Estados a que faciliten la concesión de financiación pública a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en las esferas del desarrollo y la erradicación de la pobreza, los planes de financiación pública deben preservar la independencia de la sociedad civil con transparencia, imparcialidad y acceso indiscriminado para todas las organizaciones, incluidos los grupos informales”³². A nivel regional, la Comisión Africana ha establecido que “[l]os Estados deben proveer beneficios tributarios y apoyo público cuando sea posible a las organizaciones sin fines de lucro. El apoyo público incluye no sólo apoyo financiero directo, sino también otras formas de apoyo, incluyendo apoyo material, fungible, exenciones y otras formas de apoyo indirecto”³³.

Principio 10 Régimen tributario especial

Las entidades civiles sin fines de lucro podrán acceder a beneficios tributarios acordes a su naturaleza no lucrativa, sin discriminación.

Fundamento del principio A nivel global, los Estados tienden a cumplir con su deber de promover el ejercicio de la libertad de asociación a través de tratamiento fiscal preferencial para las OSC y sus donantes. Otorgar exenciones y deducciones tributarias para las OSC de beneficio público y sus donantes son buenas prácticas en el uso eficiente del erario público. En algunos países de la región, sin embargo, los requisitos dispersos y desproporcionados y la implementación selectiva impiden el acceso a estos beneficios. Se puede implementar un régimen tributario especial adecuado a través de requisitos simplificados y beneficios tangibles, fundamentados en el gran valor de las contribuciones al bien público del sector. El sistema tributario debe contemplar un marco fiscal favorable que promueva el ejercicio de la libertad de asociación a través de incentivos fiscales a las donaciones y otros ingresos en favor de las entidades sin fines de lucro. Deben establecerse procedimientos ciertos y transparentes, con plazos previos y mecanismos de impugnación.

Estándares internacionales aplicables: “[L]a CIDH considera que los Estados deben procurar eximir de impuestos a las organizaciones dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos”³⁴.

A nivel global, “[l]a obligación positiva de los Estados de crear y mantener un entorno propicio para las asociaciones se extiende al fomento de la capacidad para solicitar, recibir y utilizar recursos. Algunos Estados cumplen esta obligación ampliando los privilegios fiscales a las asociaciones inscritas como entidades sin fines de lucro”³⁵. A nivel regional, la Comisión Africana ha declarado que, “[l]os Estados que provean apoyo público a las asociaciones, incluyendo beneficios tributarios, deberán asegurarse que los fondos y beneficios sean distribuidos de manera imparcial, no partidaria, y transparente, en base a criterios objetivos y claros y que el otorgamiento de fondos y beneficios no será usado como medio para socavar la independencia de la esfera de la sociedad civil”³⁶.

Principio 11 Sanciones proporcionales y debido proceso

Las sanciones impuestas por los Estados a las entidades civiles sin fines de lucro sólo se aplicarán en circunstancias limitadas y previamente establecidas por ley. Serán progresivas, necesarias y estrictamente proporcionales, por causales razonables, motivadas y probadas dentro de un proceso judicial, con todas las garantías de debido proceso.

Fundamento del principio: El GAFI, entre otros mecanismos, ha observado la tendencia de aplicar inapropiadamente las leyes de lavado de dinero y financiamiento de terrorismo para imponer

³² Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Clément Nyaletsossi Voule*, A/74/349, 11 de septiembre de 2019, párr. 53.

³³ *Id.*, *Directrices sobre la libertad de asociación y de reunión en África*, 10 de noviembre de 2017, Párr. 41 (incluye texto de nota al pie) (traducción no oficial).

³⁴ *Id.*, *Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 187.

³⁵ *Id.*, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/70/266, 4 de agosto de 2015, párr. 79.

³⁶ *Id.*, *Directrices sobre la libertad de asociación y de reunión en África*, 10 de noviembre de 2017, Párr. 42 (traducción no oficial).

sanciones desproporcionadas a las OSC sin garantías de debido proceso. En muchos Estados, esta tendencia está obstaculizando de manera grave la capacidad de las OSC de realizar sus misiones de bien público. Los Estados deberían seguir las recomendaciones del GAFI para identificar y mitigar las restricciones inapropiadas que limitan el trabajo legítimo de las OSC, estableciendo solamente sanciones proporcionadas y apegadas al debido proceso, basadas en una evaluación previa de riesgos, y nunca aplicadas de manera general a todo el sector. En el caso de sanciones declaradas ilícitas, las OSC tendrán derecho a la reparación del daño sufrido, incluyendo medidas de restitución y garantías de no repetición.

Estándares internacionales aplicables: En el sistema interamericano se ha dicho que “[L]os Estados tienen el deber de tomar todas las medidas necesarias para evitar que se someta a juicios injustos o infundados a personas que de manera legítima reclaman el respeto y protección de los derechos humanos”³⁷.

A nivel global, para el GAFI, “[u]n enfoque basado en riesgo para establecer medidas dirigidas para tratar con amenazas identificadas de abuso para el financiamiento del terrorismo en las entidades sin fines de lucro es esencial dada la diversidad dentro de cada sector nacional individual... Las medidas focalizadas adoptadas por los países para proteger a las entidades sin fines de lucro frente al abuso para el financiamiento del terrorismo no deben interrumpir o desalentar las actividades caritativas legítimas”³⁸. A nivel regional, la Comisión Africana ha establecido que “[l]os Estados no deben imponer sanciones penales en el contexto de las normas que regulan a las organizaciones sin fines de lucro. Todas las sanciones penales deben ser parte del código penal y no de otra ley. Las sanciones deben ser limitadas y prescritas en ley y estrictamente proporcionales con la gravedad del comportamiento en cuestión, y deberán ser aplicadas por un tribunal imparcial, independiente y competente, tras un juicio y proceso con posibilidad de apelación”³⁹.

Principio 12 Disolución voluntaria y forzosa

La disolución de las entidades civiles sin fines de lucro, liquidación y disposición de sus bienes seguirá las previsiones de sus Estatutos y conforme exprese la voluntad de sus miembros. Los miembros no deben distribuir el patrimonio de la organización entre sí mismos. La disolución compulsiva, como sanción legal, será apropiada excepcionalmente, en los casos más graves que signifiquen una afectación a un interés legítimo reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, y cuando medidas menos restrictivas no alcancen para proteger dicho interés.

Fundamento del principio: Los casos de disolución de OSC han aumentado de manera marcada en algunos países de la región. Una tendencia preocupante es un creciente número de confiscaciones de bienes de las organizaciones clausuradas. Estas tendencias representan una amenaza alarmante al ejercicio de la libertad de asociación en la región; en algunos casos, OSC denuncian que se imponen las confiscaciones como castigo político, contrario al derecho de propiedad reconocido por la Convención Americana. Se puede fomentar el cumplimiento de la Convención Americana en cuanto a la disolución de OSC creando regímenes de sanciones apropiadas al interés del Estado del caso y que respeten la voluntad expresada en los estatutos de las mismas.

³⁷ *Id.*, *Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, párr. 76.

³⁸ *Id.*, *Estándares Internacionales Sobre La Lucha Contra El Lavado de Activos y El Financiamiento del Terrorismo y La Proliferación, Nota Interpretativa de la Recomendación 8*, Secs. B(4)(a) y (d), febrero 2012 actualizado en octubre de 2021 y marzo 2022). Véase también: FATF, *High-Level Synopsis of the Stocktake of the Unintended Consequences of the FATF Standards*, 27 de octubre de 2021 (“El objetivo de la revisión de la Recomendación 8 es proteger a las organizaciones sin fines de lucro de abusos basados en la supresión del financiamiento del terrorismo y, a su vez, asegurar que las medidas basadas en el riesgo no menoscaben o desalienten indebidamente las actividades caritativas legítimas.” (traducción no oficial)).

³⁹ *Id.*, *Directrices sobre la libertad de asociación y de reunión en África*, 10 de noviembre de 2017, Párrs. 55 y 56 (traducción no oficial).

Estándares internacionales aplicables: En el sistema interamericano, “[l]os Estados deben ... asegurar un recurso imparcial para casos de suspensión o disolución de organizaciones”⁴⁰.

A nivel global, “[l]a suspensión y la disolución involuntarias son tal vez las sanciones más graves que las autoridades pueden imponer a una organización. Deben utilizarse únicamente cuando sean insuficientes otras medidas menos restrictivas, y deben regirse por los principios de proporcionalidad y necesidad. Además, las asociaciones deberían tener el derecho a interponer recurso contra las decisiones relativas a la suspensión o la disolución ante un tribunal independiente e imparcial”⁴¹. A nivel regional, la Comisión de Venecia, ha determinado que “[l]as asociaciones pueden ser disueltas por la voluntad de los miembros o por decisión de un tribunal. La disolución voluntaria puede ocurrir cuando se han cumplido las metas y objetivos, o cuando se fusiona con otra asociación o cuando ya no desea operar. La disolución involuntaria requiere la decisión de un tribunal independiente e imparcial”⁴². La Comisión africana, por su parte, ha dicho que “[l]a disolución por el Estado sólo puede darse donde ha existido una violación grave del derecho interno, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos y como último recurso. El nivel de gravedad requerido sólo se da en casos de objetivos ilegítimos, como donde la asociación en cuestión busca lograr actos coordinados de incitación a la violencia o intimidación masiva a miembros de la población, en casos racialmente motivados, por ejemplo”⁴³.

* * *

2. Desarrollo de estándares internacionales sobre neuro derechos

Documento

CJI/RES. 281 (CII-O/23) corr.1 – Declaración de principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos

* * *

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

⁴⁰ *Id.*, *Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. 31 diciembre 2011, pág. 243, rec. 20.

⁴¹ *Id.*, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, Maina Kiai, A/70/266, 4 de agosto de 2015, párr. 38.

⁴² *Id.*, *Lineamientos para la Libertad de Asociación*, Varsovia, 2015, ISBN 978-92-9234-906-6, párrs. 242-244.

⁴³ *Id.*, *Directrices sobre la libertad de asociación y de reunión en África*, 10 de noviembre de 2017, párr. 58 (incluye el texto de la nota al pie) (traducción no oficial).

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 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 limite el respeto de los derechos humanos se estaría acotando el tema, y sugirió incluir además el respeto 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 dignad 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.

Durante el 100° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, mayo, 2022), el relator del tema, doctor Ramiro Orias, presentó un informe de avance en la materia, documento CJI/doc.662/22. Reiteró que busca desarrollar las bases para una declaración de principios que ha sido elaborada con el apoyo de un grupo de expertos y especialistas y ha sido objeto de varios encuentros y actividades de discusión.

Dio a conocer importantes antecedentes recientes en diferentes foros, tales como el informe adoptado en la UNESCO titulado “Cuestiones éticas de las nuevas tecnologías”, el cual plantea temas éticos y jurídicos que dichas cuestiones pueden plantear e insta a dotarse de regímenes internacionales y reglas nacionales, frente a las afectaciones que pueden aparecer. También, se refirió a un informe del relator especial sobre Libertad de Expresión de la ONU, que trata de la autonomía de las personas, y a otro de la Alta Comisionada de la ONU para los derechos humanos que plantea el tema de la influencia de las nuevas tecnologías en la toma de decisiones. Finalmente, abordó el informe de septiembre de 2021 del Secretario General de la ONU, que hace un llamando a abordar consideraciones de vanguardia, tales como las nuevas tecnologías, bajo una perspectiva de derechos humanos. A la luz de estos progresos, el relator consideró pertinente implicar al sector privado en el desarrollo del tema.

Esta versión de la propuesta de declaración estaría compuesta de 15 principios:

1. Identidad y autonomía
2. Protección de los Derechos Humanos desde el diseño
3. Datos personales sensibles. La Neuro-privacidad
4. Seguridad y Dominio de los Datos Neuronales
5. Consentimiento informado
6. Confidencialidad y Garantía de no intromisión
7. Igualdad y no discriminación [neurodiscriminación]
8. Acceso equitativo a las neurotecnologías
9. Transparencia y responsabilidad proactiva
10. Gobernanza de datos
11. Control sobre el aumento de las capacidades cognitivas
12. Desarrollo de las neurociencias y neurotecnologías
13. Integridad neurocognitiva, salvaguardas y moratorias
14. Supervisión y fiscalización
15. Acceso a tutela efectiva del sustrato neurocognitivo

El doctor George Galindo Bandeira expresó su agradecimiento al relator por la elección del tema y la manera de abordarlo; una temática que innova y que coloca al Comité en una situación de vanguardia en relación con otras instituciones. Como se trata de un documento que no debe ser vinculante para los

Estados, sugirió revisar los textos con el objeto de asegurarse que la terminología sea más neutral, y mencionó a modo de ejemplo los principios 6, 9 y 10.

El relator agradeció estas ideas y se comprometió a realizar una revisión de estilo, aclarando que en la discusión del grupo de expertos que le apoya en este informe, así como los debates que se realizan en el seno de la UNESCO en el contexto de la bioética e incluso aquellos que tienen lugar al interior de los Estados, aún no han sido capaces de determinar el carácter de las obligaciones internacionales para los Estados.

El doctor José Moreno Rodríguez felicitó al relator por tratarse de un trabajo muy bien logrado. Al igual que el doctor Galindo, propuso evaluar el uso de la terminología, dejando en manos del relator la decisión de determinar la naturaleza del informe, teniendo en consideración que se trata de un tema novedoso, que requiere de mayor tiempo para observar cómo se va desarrollando. Asimismo, consultó al relator si el tratamiento de este tema no entra en conflicto con otros que se están generando a nivel internacional, y por ende si se está duplicando. E incluso si hay esfuerzos en otras organizaciones, asegurándose que el ritmo en nuestro hemisferio difiera del resto del mundo.

El relator del tema explicó que el liderazgo por parte de la OEA puede ser comparado al trabajo desarrollado en esta organización en materia de lucha contra la corrupción, en oportunidad de presentarse un instrumento vinculante, siguiéndolo el resto del mundo. De hecho, en el tema bajo estudio, en algunas instancias a nivel mundial se proponen instrumentos obligatorios en materia de neuroderechos.

El doctor Eric Rudge felicitó al relator y consultó si el principio 7 entra en conflicto con el 8, en relación a la no discriminación.

La doctora Mariana Salazar se sumó a las felicitaciones por la calidad del trabajo y su rápido avance. Le sugirió que en el preámbulo en el párrafo séptimo se haga referencia a la adopción de los principios por parte de la Asamblea General de la OEA. En concordancia con los miembros que se han pronunciado anteriormente, le solicitó fundamentar las reglas que se presentan en base a la normativa existente (en la medida en que ello exista), y por ende seguir un poco el camino de lo que se hizo en el ámbito de la ciberseguridad con los manuales de Tallin.

El relator del tema agradeció los comentarios y subrayó que se trata de un tema novedoso que no cuenta con un acervo muy abundante, en un área que avanza en función de los desarrollos que se han dado en el campo de la medicina, habiendo un vacío normativo. El relator del tema se comprometió a presentar una nueva versión para la sesión de agosto.

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022), el relator del tema, doctor Ramiro Orias, presentó el “Segundo informe de avance. Proyecto de principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos”, documento CJI/doc.673/22 rev.1. El relator declaró que la intención es seguir revisando la propuesta y los fundamentos respectivos, sin crear nuevos principios sino aplicar la norma vigente. Constató que existe un vacío jurídico en los Congresos de nuestros países. Adicionalmente, dio a conocer la presentación por parte del Secretario General que da cuenta de una brecha entre las normas y la práctica a nivel universal, algo que impone fortalecer el régimen en la materia. El doctor Orias reveló haber incluido dos nuevos principios quedando constituido de diez elementos:

Principio 1: Identidad, autonomía y privacidad de la actividad neuronal

Principio 2: Protección de los Derechos Humanos desde el diseño de las neurotecnologías.

Principio 3: Los datos neuronales como datos personales sensibles.

Principio 4: Consentimiento informado de los datos neuronales.

Principio 5: Igualdad, No Discriminación y Acceso equitativo a las neurotecnologías.

Principio 6: Aplicación terapéutica exclusiva respecto al aumento de las capacidades cognitivas.

Principio 7: Integridad neurocognitiva.

Principio 8: Transparencia y Gobernanza de las neurotecnologías.

Principio 9: Supervisión y fiscalización sobre neurotecnologías.

Principio 10: Acceso a la tutela efectiva y acceso a remedios asociados al desarrollo y uso de las neurotecnologías.

Al concluir su presentación el relator aclaró que se trata de un documento que recoge el estado del arte en la materia, habiendo tenido la posibilidad de difundirlo en actividades de capacitación del Departamento de Derecho Internacional y próximamente será objeto de una presentación en la Universidad de Fortaleza en Brasil.

La doctora Mariana Salazar solicitó al relator incluir en el preámbulo 6 una referencia a la adopción de dichos principios por parte de la Asamblea General.

El doctor George Galindo Bandeira presentó sugerencias tendientes a dejar constancia del carácter no obligatorio del texto, tal como en el principio 6 “se debería”.

El doctor Eric P. Rudge consultó al relator si el Caribe puede participar en el proceso de socialización del documento, y que el mismo pueda participar en foros con presencia de expertos del Caribe.

Al respecto, el relator explicó que su participación en Brasil es un proceso académico, que surge del contacto realizado a comunidades de estudios interdisciplinarios en diferentes Estados. Dejando constancia que toda participación parece muy pertinente.

El Vicepresidente agradeció al relator del tema. Siendo este un informe precursor en la materia que tendrá una relevancia internacional sugirió remitirlo a los Estados para conocer su opinión antes de la próxima sesión y darle mayor legitimidad y empoderamiento a los Estados respecto del mismo.

El relator concurrió sobre la pertinencia del envío a los Estados miembros de la OEA y pidió tiempo adicional para hacer los cambios sugeridos en este día, previo a su remisión a los Estados.

El doctor Dante Negro explicó que el Departamento de Derecho Internacional en su calidad de Secretaría Técnica circulará el informe con un plazo para su respuesta.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023) el relator del tema, doctor Ramiro Orias, presentó un proyecto de Declaración, documento CJI/doc. 689/23, que incluye los diez principios propuestos así como una explicación de cada uno de ellos.

En su exposición indicó haber incorporado los comentarios de Ecuador y Panamá, puesto que la propuesta de Estados Unidos llegó muy tarde. Acto seguido el relator pasó revista a los principios propuestos:

Al culminar su presentación explicó que el proyecto de declaración propone adoptar los principios y someterlos a los cuerpos políticos de la Organización para su conocimiento y consideración. Adicionalmente, se solicita al Departamento de Derecho Internacional ocuparse de su difusión entre los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico. Finalmente, se insta a mantener el tema en la agenda de trabajo del Comité con la finalidad de “profundizar y avanzar en las implicancias de las tecnologías inmersivas y digitales, así como de las tecnologías emergentes basadas en inteligencia artificial.”

El doctor George Galindo observó que la comunidad académica ya está al tanto de estos desarrollos, habiendo participado en un foro sobre el tema. Desde el punto de vista formal, solicitó en el texto en español que en el principio 1 se incluya en plural. Sirviéndose de la expresión utilizada por el relator concluyó que este es un tema que debe ser “considerado como imprescindible para la humanidad”.

El doctor Eric P. Rudge felicitó al relator. Consultó sobre la pertinencia de incluir a los adultos mayores en relación a las personas vulnerables, en el párrafo resolutivo 4, luego de la referencia a niños, niñas y adolescentes. También constató una cuestión de forma en el principio tres en inglés.

El doctor José Luis Moreno Guerra reflexionó sobre las aplicaciones prácticas de los avances de la tecnología permiten aplicaciones, pero, algunas veces invasivas. También estimó que la neurociencia tiene mucho que ofrecer para asistir al ser humano pero siempre que ello se haga de una manera respetuosa. Apoyó la adopción del documento y que se le otorgue la mayor difusión posible.

El doctor Luis García-Corrochano acompañó la propuesta presentada por el relator. Sugirió en el último principio sobre la tutela que se designe una “autoridad nacional responsable”, y por ende que se otorgue un involucramiento al Estado; propuesta que fue agradecida por el relator.

El doctor Julio Rojas-Báez se refirió a una expresión del juez Cañado Trindade sobre el hecho que “el derecho siempre responde”, y en este caso el trabajo del Comité “responde” en el marco de este primer paso en una materia tan novedosa. Apoyó además la recomendación del doctor García-Corrochano.

La doctora Cecilia Fresnedo felicitó al relator del tema y manifestó su apoyo a la recomendación presentada.

La doctora Martha Luna felicitó tanto al relator del tema, doctor Orias, como del tema anterior, doctor José A. Moreno Rodríguez.

El Presidente felicitó al relator por su trabajo, y le consultó sobre los comentarios de los Estados Unidos. Al respecto, el relator explicó que eran observaciones muy específicas.

El Vicepresidente explicó que las ideas de Estados Unidos pueden ser incluidas fácilmente, e incluso dejar constancia que es un trabajo que será adoptado por el Comité. Sugirió incorporar un resumen de la posición de Estados Unidos o una nota con los puntos principales de la posición de los Estados Unidos en el informe, sin publicar la posición en sí. Ello será muy pertinente para fines de contar con la práctica de la posición de dicho país.

El relator estimó pertinente seguir el modelo utilizado con los aportes de Ecuador y Panamá. Al finalizar su presentación se comprometió a presentar el próximo día una versión final que incorpore las sugerencias presentadas por los miembros del Comité y los comentarios de Estados Unidos, en donde el 95% de la industria de los desarrollos en la materia está basada.

Tal como acordado, el relator remitió una versión revisada de su informe con explicaciones del caso, documento CJI/doc.689/23 rev.1:

- Informó haber incluido una referencia a las personas mayores, tanto en el preámbulo como en la parte resolutive en el grupo de las personas vulnerables.
- Las propuestas efectuadas por la delegación de los Estados Unidos, tales como las buenas prácticas y el carácter no vinculante de este documento en el párrafo final del preámbulo.
- En el punto 9 se ha integrado una referencia al establecimiento de una autoridad nacional competente, en seguimiento a la sugerencia del doctor Luis García-Corrochano.

El doctor George Galindo sugirió omitir el nombre del país e incluir únicamente los textos de los comentarios, en particular en la nota de pie 1, lo cual fue acordado por el relator.

El Presidente haciendo eco del sentir del pleno le manifestó sus felicitaciones por este trabajo que marca por parte del Comité un derrotero en un tema novedoso.

El relator agradeció a los miembros, y explicó que este informe será un insumo en el ámbito universal considerando los desarrollos recientes en Naciones Unidas en donde se ha conformado un Grupo de Trabajo en la materia.

El 9 de marzo de 2023, el Comité Jurídico Interamericano adoptó la Declaración de Principios interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos, documento

CJI/RES. 281 (CII-O/23) corr.1. La Declaración de Principios fue remitida al Consejo Permanente el 29 de marzo de 2023 y puede ser consultada en la página web del CJI en la sección de temas culminados en el siguiente enlace: [OEA :: Comité Jurídico Interamericano \(CJI\) :: Temario Actual \(oas.org\)](https://www.oas.org)

A continuación, se presenta el informe adoptado por el Comité Jurídico Interamericano en la sesión de marzo de 2023, celebrada en Rio de Janeiro:

CJI/RES. 281 (CII-O/23) CORR.1

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS INTERAMERICANOS EN MATERIA DE NEUROCIENCIAS, NEUROTECNOLOGÍAS Y DERECHOS HUMANOS

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO EN CUENTA

Que en los últimos tiempos se vive un desarrollo acelerado de las investigaciones en materia de neurociencia y neurotecnologías, que han significado importantes contribuciones para el conocimiento del ser humano, el estudio del cerebro, la prevención y curación de enfermedades, entre otros, en beneficio de la humanidad.

Que estos progresos también podrían significar un uso o aplicación no prudente que pueda hacer posibles alteraciones o intervenciones negativas a la actividad cerebral de las personas, lo que podría afectar la esencia de su personalidad e identidad, surgiendo importantes desafíos ético-jurídicos para la garantía de los Derechos Humanos ya consagrados. Esto hace necesario contar con principios a nivel interamericano que vinculen los avances de la neurotecnología con el marco de protección existente, incluyendo la dignidad, la no discriminación, la identidad, el derecho a la privacidad e intimidad, la salud física y mental, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el acceso a remedios judiciales, entre otros;

ENTENDIENDO 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* establece que el desarrollo científico y tecnológico contribuirá 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 de acuerdo a la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* todos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. Asimismo, y conforme a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) los Estados Parte deben respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas, comprometiéndose a adoptar medidas específicas para lograr el desarrollo progresivo y la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (OEA);

RECORDANDO ASIMISMO 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; que, asimismo, la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores establece que estas personas tienen derecho a su identidad cultural y al disfrute de los beneficios del progreso científico y tecnológico, para lo cual los Estados Parte promoverán las medidas necesarias con el propósito de asegurar el acceso preferencial de la persona mayor en condiciones asequibles.

RECORDANDO que, conforme a la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, los Estados Parte se comprometen a colaborar de manera efectiva en la investigación científica y tecnológica relacionada con la prevención, el tratamiento y la rehabilitación, así como el desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar o promover su vida independiente y autosuficiente con el fin de propiciar su plena integración a la sociedad, en condiciones de igualdad.

TENIENDO PRESENTE que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su 51º período ordinario de sesiones aprobó los *Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales*, elaborados por el Comité Jurídico Interamericano, mediante resolución AG/RES. 2974 (LI-O/21), en noviembre de 2021; y que el Comité Jurídico Interamericano aprobó la *Declaración sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas*, CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21), en agosto de 2021;

RESUELVE:

1. Aprobar las *Declaración de Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos, con anotaciones*, anexo a la presente resolución, como una directriz importante para que las personas pueden aprovechar con plenitud las ventajas y beneficios de los avances científicos y sus aplicaciones en el campo de la neurociencia y desarrollo de las neurotecnologías en la seguridad de que no habrá menoscabo de sus derechos humanos, estableciendo de esta manera estándares internacionales que contribuyan a orientar y armonizar las regulaciones nacionales necesarias en esta materia.

2. Transmitir la presente resolución y la Declaración de Principios contenidos en el documento anexo al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos y a la Asamblea General para su debido conocimiento y consideración.

3. Solicitar al Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, que le otorgue a esta Declaración de Principios la mayor difusión entre los diversos actores interesados, en particular, convocar la atención de los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico, para hacer posible el pleno y seguro disfrute de los beneficios de los avances científicos y sus aplicaciones, asegurando el respeto de los derechos humanos, instándoles a que participen en el proceso de adopción de medidas concretas que permitan que estas innovaciones contribuyan al bienestar de las personas y comunidades.

4. Mantener el tratamiento de este tema en su agenda de trabajo, considerando los especiales impactos de las neurotecnologías sobre los grupos más vulnerables de la sociedad y teniendo presente que existe la necesidad de profundizar y avanzar en las implicancias de las tecnologías inmersivas y digitales, así como de las tecnologías emergentes basadas en inteligencia artificial, de forma particular con relación a los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como de personas con discapacidad, personas adultas mayores y las personas privadas de la libertad, que requieren una especial protección.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 9 de marzo de 2023, por los siguientes miembros: doctores Martha Luna Véliz, Eric P. Rudge, George Rodrigo Bandeira Galindo, José Luis Moreno Guerra, Alejandro Alday González, Julio José Rojas Báez, José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Cecilia Fresnedo de Aguirre y Ramiro Gastón Orias Arredondo.

* * *

Anexo I

“Declaración de Principios interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos”

Principio 1: Identidad, autonomía y privacidad de la actividad neuronal. *El desarrollo y uso de neurotecnologías buscará contribuir al derecho de toda persona a gozar de una vida digna, junto a los beneficios del progreso científico y tecnológico, preservando los derechos relativos a la identidad, autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. La actividad neuronal genera la totalidad de las*

actividades mentales y cognitivas de los seres humanos, y por ello forma parte de la esencia del ser mismo de la persona, su identidad y privacidad, por lo tanto está protegida por las normas de derechos humanos. Es fundamental preservar y garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad individual, así como asegurar la autodeterminación y la libertad de pensamiento de las personas.

Principio 2: Protección de los Derechos Humanos desde el diseño de las neurotecnologías. *Los Estados promoverán un enfoque basado en Derechos Humanos en el desarrollo de las neurotecnologías, buscando garantizar la protección integral y el respeto a los derechos humanos a partir del diseño de las neurotecnologías, sus modos de investigación, como en su implementación, comercialización, evaluación y uso.*

Principio 3: Los datos neuronales como datos personales sensibles. *Los datos neuronales constituyen datos personales altamente sensibles. Las personas responsables del tratamiento y uso de los datos neuronales adoptarán medidas de privacidad y de seguridad reforzadas, asegurando límites en la aplicación de las técnicas de descodificación que permitan identificar a una persona o hacerla identificable, especialmente con aquellas bases de datos o conjuntos de información que sean compartidos con terceras partes. Los Estados fomentarán medidas para garantizar el dominio, la seguridad, confidencialidad e integridad de los datos neuronales.*

Principio 4: Consentimiento expreso e informado de los datos neuronales. *El consentimiento de la persona titular de los datos neuronales es un requisito imprescindible para el acceso a la recopilación de la información cerebral. Es fundamental garantizar el consentimiento libre, informado, expreso, específico, inequívoco, libre de vicios, respecto al acceso o tratamiento de la actividad neuronal. El consentimiento otorgado puede ser revocable en todo momento. Se requiere especial protección para el caso de niñas, niños y adolescentes, así como de personas con discapacidad, personas mayores y personas privadas de la libertad.*

Principio 5: Igualdad, No Discriminación y Acceso equitativo a las neurotecnologías. *Se promueve el desarrollo y uso de las neurotecnologías, accesibles a todas las personas de acuerdo a las características del grupo generacional conforme al principio de igualdad y no discriminación. Los Estados deberían garantizar el acceso equitativo a las neurotecnologías, respetando sus costumbres y tradiciones, además de desarrollar políticas públicas de innovación responsable, procurando avanzar hacia el cierre de las brechas de desigualdad y discriminación, especialmente respecto a los grupos más vulnerables.*

Principio 6: Aplicación terapéutica exclusiva respecto al aumento de las capacidades cognitivas. *La finalidad principal de estos desarrollos científicos y tecnológicos de asistencia médica es conservar o mejorar la autonomía de las personas y de este modo promover su bienestar integral, contribuyendo a que las personas puedan llevar una vida digna, sana, productiva y autónoma. Los Estados procurarán regular con especial cautela el uso de las neurotecnologías para aumentar las habilidades cognitivas de las personas, establecer límites claros y ejercer un control reforzado. Teniendo especial cuidado y precaución respecto de aquellos supuestos que más allá de su aplicación terapéutica o del ámbito de salud pretendan el estudio y uso de neurotecnologías para el aumento o la mejora de las capacidades cognitivas para otros fines.*

Principio 7: Integridad neurocognitiva. *Es indispensable garantizar la protección de la integridad neurocognitiva de todas las personas y prevenir su uso para fines ilegítimos o maliciosos que resulten en intervenciones neurotecnológicas destinadas al daño o afectación de la actividad cerebral o que impacten en el ejercicio de los derechos humanos. El acceso a la actividad cerebral nunca podrá alterar la libertad de pensamiento y conciencia, haciendo que sea dependiente de un tercero, afectando sus ideas, seguridad e independencia. Toda persona tiene derecho a no sufrir violaciones, alteraciones, manipulaciones y/o modificaciones de su integridad e intimidad neurocognitiva que ponga en riesgo o afecte la integridad personal, no siendo admisible la imposición de cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad. Se garantiza la protección a la integridad neurocognitiva en los tratamientos neurotecnológicos, estando prohibidos mecanismos compulsivos o forzosos de aplicación, así como su uso como método de tortura o tratamiento cruel, inhumano o degradante.*

Principio 8: Gobernanza transparente de las neurotecnologías. *Los Estados procurarán asegurar que todos los actores –tanto estatales como no estatales– que estén vinculados con el desarrollo, uso y/o comercialización de neurotecnologías garanticen la transparencia de los avances*

neurotecnológicos. Esto comprende tanto la manera en que se estudian, desarrollan, aplican y funcionan las neurotecnologías, como su compatibilidad con los derechos humanos y la rendición de cuentas sobre el tratamiento de datos neuronales en su posesión.

Principio 9: Supervisión y fiscalización de las neurotecnologías. Los Estados están llamados a ejercer una función contralora de supervisión y fiscalización, estableciendo una autoridad nacional competente, técnicamente especializada, funcionalmente autónoma e independiente, para garantizar que el uso y la aplicación de las neurotecnologías se desarrolle conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos a efectos de evitar y prevenir los riesgos e impactos negativos en los derechos de las personas, teniendo especial cuidado en la protección de derechos en niñas, niños y adolescentes y personas con discapacidad y personas privadas de libertad.

Principio 10: Acceso a la tutela efectiva y acceso a remedios asociados al desarrollo y uso de las neurotecnologías. Los Estados promoverán y garantizarán mecanismos de tutela efectiva de los derechos asociados al desarrollo y uso de las neurotecnologías. También es necesario garantizar el acceso a remedios judiciales y reparaciones integrales en el caso de vulneraciones a los derechos humanos, a efectos de promover una efectiva protección de estas garantías, de conformidad con los presentes Principios.

* * *

Anexo II

“Anotaciones a la Declaración de Principios interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos”

Antecedentes:

Las presentes anotaciones amplían los conceptos y fundamentan los “Principios interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos” adoptados por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

El Comité Jurídico Interamericano aprobó la “Declaración sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas” CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21), en agosto de 2021, abriendo un proceso de reflexión y consulta con diversos actores, que ha recibido la contribución sustantiva y recomendaciones especializadas de un Comité de Expertos interdisciplinario, compuesto por académicos, científicos y juristas, especialistas que abarcan diversas materias que confluyen en los principios aquí abordados¹.

Las anotaciones al presente documento recogen las discusiones más recientes en esta materia, destacado la aprobación del reporte del Comité Internacional de Bioética de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre “Cuestiones Éticas de la neurotecnología”, publicado en diciembre de 2021; así como 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 diciembre 2019 por la Organización para Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD); el Reporte del Consejo de Europa sobre "Desafíos Comunes a los Derechos Humanos planteados por Diferentes Aplicaciones de las neurotecnologías en el Campo Biomédico", adoptado en octubre de 2021; así como la Declaración que –en junio de 2022– aprobó el Parlamento Latinoamericano y del Caribe (Parlatino), recomendando la necesidad de legislar esta materia.

¹ El Comité de Expertos está integrado por: Eduardo Bertoni, Ciro Colombara, Francesca Fanucci, Verónica Hinestroza, Amélie Kim Cheang, Tomás de la Quadra-Salcedo, Moisés Sánchez, Silvia Serrano Guzmán y Rafael Yuste. Asimismo, el presente documento contiene los comentarios aportados por los Estados de Ecuador y Panamá, enviados oportunamente al Departamento de Derecho Internacional de la OEA. Por otra parte, cuenta con las sugerencias de otras personas expertas consultadas a través de un cuestionario escrito.

El Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos adopta este documento como una directriz importante, sin carácter vinculante², para las situaciones que se puedan plantear con los avances en neurociencia y el desarrollo de neurotecnologías sobre los derechos humanos. Se toman en cuenta normas vigentes de carácter internacional sobre derechos humanos y se las aplica, adaptándolas al ámbito de las neurotecnologías. El desarrollo de estos principios es el resultado de un trabajo de análisis de las normas y estándares internacionales vigentes que pueden aplicarse en el desarrollo de las neurotecnologías para adelantarse en las buenas prácticas y combatir cualquier situación que tienda a vulnerar los derechos de las personas:

Anotaciones y comentarios a los principios

Principio 1: Identidad, autonomía y privacidad de la actividad neuronal. *El desarrollo y uso de neurotecnologías buscará contribuir al derecho de toda persona a gozar de una vida digna, junto a los beneficios del progreso científico y tecnológico, preservando los derechos relativos a la identidad, autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. La actividad neuronal genera la totalidad de la esencia de la persona, su identidad y privacidad, por lo tanto está protegida por las normas de derechos humanos. Es fundamental preservar y garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad individual, así como asegurar la autodeterminación y libertad de pensamiento de las personas.*

Conceptos y comentarios: A los efectos del presente, se entiende por neurotecnología a cualquier mecanismo que haga posible la observación o modificación de la actividad cerebral. Esto comprende aquellos dispositivos tecnológicos que permiten la conexión directa o indirecta con el sistema nervioso de una persona. Pueden ser mecanismos invasivos, como es el caso de la implantación de dispositivos o microchips en el cerebro (o cualquier parte del cuerpo)³ y, también, métodos no invasivos como es el caso de la imagen por resonancia magnética funcional (fMRI). Esta definición de neurotecnologías abarca el uso de mecanismos de estimulación cerebral profunda, eléctrica y magnética, así como el uso de las interfaces cerebro-computadora o interfaces neuronales. Estas últimas implican la comunicación directa y la transmisión de información entre un dispositivo tecnológico y el sistema nervioso de una persona.

La neurociencia es una disciplina reciente que está permitiendo ampliar el conocimiento que actualmente se tiene sobre el cerebro humano. El uso de neurotecnologías en el ámbito clínico plantea la conexión del sistema nervioso de una persona con dispositivos electrónicos que permiten restaurar, total o parcialmente, el funcionamiento de una determinada facultad neurológica. Desde personas con discapacidad motora hasta personas con enfermedades neurodegenerativas, como el párkinson o el alzhéimer, el desarrollo de neurotecnologías está impulsando significativamente la investigación en el ámbito de la salud, planteando escenarios favorables a personas que padecen enfermedades neurológicas que hasta hace poco se creían incurables. No obstante, los beneficios para el bienestar de los seres humanos, la vinculación del cerebro humano con dispositivos electrónicos y mecanismos de inteligencia artificial plantean importantes desafíos para la garantía de los derechos humanos y para la esencia misma del individuo.

Las neurotecnologías deben contribuir a garantizar el derecho a una vida digna, libre de toda forma de violencia, tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como al goce del nivel más alto de salud posible, especialmente para aquellas personas que están en situación de vulnerabilidad y riesgo, como son personas con discapacidad, privados de libertad, adultos mayores, pueblos indígenas, pueblos afrodescendientes, mujeres, niños, niñas y adolescentes, que requieren de una atención integral de la salud.⁴

El uso indebido de neurotecnologías podría, en ciertos casos, llevar a que la persona se comporte de una manera no alineada con su personalidad. Así, este principio tiene como premisa fundamental la preservación de la identidad individual frente a cualquier intervención neurotecnológica. Debido a que

² Véase nota presentada por la Misión Permanente de Estados Unidos ante la OEA, “*Views from the united states on “second progress report: draft inter-american principles on neuroscience, neurotechnologies and human rights”* March 2, 2023.

³ Agregado sugerido por el Estado de Panamá en su presentación del 13 de enero de 2023.

⁴ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

el cerebro humano coordina todos los procesos vitales de un sujeto, incluyendo su comportamiento, la toma de decisiones e inclusive genera la esencia misma de su personalidad, cualquier modificación a la actividad cerebral podría significar importantes riesgos asociados a la afectación de la identidad personal, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. Los cambios en la arquitectura neuronal pueden afectar la capacidad de agencia o la capacidad de autonomía. En este sentido, la actividad neuronal genera la totalidad de las actividades mentales y cognitivas de los seres humanos, y por ello es el santuario de privacidad y debe ser protegida por las normas de derechos humanos relacionadas con la misma.

Si no se preserva la capacidad de agencia de un individuo, este podría estar a merced de terceros, de empresas e incluso de Estados o gobiernos que podrían tener intereses en modificar la personalidad o el comportamiento de determinada persona, incluyendo en el marco de agendas de seguridad pública, la lucha contra el delito y la impunidad. Esto comprende la potestad de una persona para tomar sus propias decisiones frente a cualquier intervención que implique el uso de neurotecnologías. Así, conforme a este principio, la libertad cognitiva nunca podrá ser afectada por mecanismos compulsivos o forzosos.

En principio, uno de los argumentos en relación a los derechos que se encuentran en debate es saber qué es el derecho a la identidad. El derecho a la identidad está indisolublemente ligado al individuo como tal y, por consiguiente, al reconocimiento de su personalidad jurídica, así como a la titularidad de derechos y obligaciones. La identidad personal es un derecho humano que se entiende como un constructo sumamente complejo, íntimamente vinculado a la autopercepción de la personalidad y que comprende elementos antropológicos, culturales y sociales en los que subyace la individualidad y verdadera identidad de una persona.

En este sentido, se entiende que el derecho a la identificación es un derecho que permite ejercer otros derechos. En efecto, es el derecho de toda persona a que se registre su nacimiento, a recibir un nombre y una nacionalidad, y las responsabilidades del Estado en este sector también son subrayadas por otras normas internacionales relacionadas con los derechos humanos⁵. La identificación es comprendida como la actividad por la cual el Estado registrar una serie de atributos propios, esenciales y distintivos y otras circunstancias que hacen a la identidad de las personas, que permiten individualizar de modo único, inequívoco y diferenciable de los demás miembros de una comunidad a los fines de garantizar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. De ahí la importancia de que esta no se vea afectada por medio del uso de neurotecnologías. La posibilidad de que las neurotecnologías modulen o modifiquen la actividad neuronal de una persona puede modificar la esencia y el libre desarrollo de su personalidad, la que debe ser preservada en todo momento. Por estos motivos, el principio hace un llamado a preservar y garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad individual.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 11.2 el derecho a la privacidad: “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”. Sobre el alcance de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha indicado que “el 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”⁶.

Ahora bien, las neurotecnologías están llevando al límite el concepto mismo de privacidad. Las técnicas de neuroimagen tienen la capacidad de registrar la actividad cerebral. Las investigaciones en

⁵ El artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. El artículo 24, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”. La Convención sobre los Derechos del Niño su artículo 7 expresa que “...el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre, a una nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. El Estado velará por la aplicación de estos derechos...”; y el artículo 8 establece que: “Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad...”.

⁶ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N°. 148, párr.194.

este campo serán justificadas por el principio de beneficencia –tratamiento de enfermedades mentales discapacitantes– y el principio de no maleficencia –no poner en peligro a las personas y a la especie humana–⁷. De manera que el uso ilegítimo e indebido de la información cerebral y la gobernanza de los datos neuronales es una de las cuestiones más relevantes actualmente. Aunque las neurotecnologías hoy no permiten “leer la mente”, sí pueden revelar información altamente sensible para las personas, como es el caso de los rasgos de la personalidad e información sobre la actividad mental interna de un individuo. En ese sentido, se entiende por datos neuronales, aquellos datos que derivan de la actividad propia del sistema nervioso de una persona y que constituyen datos personales altamente sensibles debido a que revelan aspectos de la actividad mental interna de un individuo. Esa actividad mental interna es la esencia de su personalidad, por lo que la protección de ese fuero interno conforma una unidad inseparable con la protección a la dignidad humana y, por ende, también con los derechos humanos.

Asimismo, resulta necesario advertir que la Corte IDH se manifestó sobre el concepto de vida privada y autonomía (art. 11 CADH). En cuanto a la alegada violación del artículo 11 de la Convención Americana, el Tribunal ha precisado que el contenido de dicha norma incluye, entre otros, la protección de la vida privada. Por su parte, el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Por ejemplo, en el caso *el Mozote*, la Corte IDH estimó que las violaciones sexuales perpetradas contra las mujeres jóvenes vulneraron valores y aspectos esenciales de la vida privada de las mismas, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas.⁸

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹, establece que los Estados Parte reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud y, además, advierte que se tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad, siempre en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad¹⁰, instrumentos que resultan vinculantes para los Estados en relación a la protección de los derechos de las personas discapacitadas frente al mal uso de estas nuevas tecnologías.

Principio 2: Protección de los Derechos Humanos desde el diseño de las neurotecnologías. *Los Estados promoverán un enfoque basado en Derechos Humanos en el desarrollo de las neurotecnologías, buscando garantizar la protección integral y el respeto a los derechos humanos a partir del diseño de las neurotecnologías, sus modos de investigación, así como en su implementación, comercialización, evaluación y uso.*

Conceptos y comentarios: A los efectos del presente, se entiende que el sustrato neurocognitivo de un sujeto es producto de su actividad cerebral, lo que constituye la esencia de su personalidad. Debido a que las neurotecnologías hacen posible la modificación de la actividad neuronal de una persona, conforme a este principio es una cuestión fundamental la garantía de protección integral de los derechos humanos en todas las fases del ciclo de desarrollo de las neurotecnologías.

⁷ Agregado sugerido por el Estado de Panamá en su presentación del 13 de enero de 2023.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fallo del *Caso El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 166.

⁹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General en su resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, A/RES/61/106, art. 16, 22 y ss.

¹⁰ De acuerdo a la Convención op cit., (art. 22) El respeto de la privacidad de las personas con discapacidad está orientado a que: 1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones. 2. Los Estados Parte protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Es decir, cuando se expresa la importancia de garantizar la protección y el respeto a los derechos humanos a partir del diseño de las neurotecnologías, implica que se tomen todas las medidas técnicas y tecnológicas necesarias para cumplir con los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, desde que se comiencen a diseñar las neurotecnologías hasta su despliegue definitivo, evaluación y utilización. Los Estados igualmente procurarán que el desarrollo, uso y/o comercialización de neurotecnologías estén sujetos a evaluaciones de impacto y riesgo sobre los derechos humanos a lo largo de su ciclo de vida y que dichas evaluaciones deben realizarse con una participación significativa de los titulares de derechos humanos potencialmente afectados por esas tecnologías.

Por otra parte, el desarrollo de la neurotecnología, de manera que no atente contra la dignidad humana, debe tener base en principios éticos, sociales y democráticos, adoptados por los Estados en su ordenamiento interno y que se reflejan en normas, políticas públicas y medidas que se establezcan, conforme al artículo 2 de la Convención Americana¹¹.

Principio 3: Los datos neuronales como datos personales sensibles. *Los datos neuronales constituyen datos personales altamente sensibles. Las personas responsables del tratamiento y uso de los datos neuronales adoptarán medidas de privacidad y de seguridad reforzadas, asegurando límites en la aplicación de las técnicas de descodificación que permitan identificar a una persona o hacerla identificable, especialmente con aquellas bases de datos o conjuntos de información que sean compartidos con terceras partes. Los Estados fomentarán medidas para garantizar el dominio, la seguridad, confidencialidad e integridad de los datos neuronales.*

Conceptos y comentarios: Se entiende como “datos neuronales” a aquellos datos producto del uso de nuevas tecnologías de identificación y codificación de las bioseñales propias del cerebro humano. Asimismo, el término “dataset” se refiere a aquel conjunto o colección de información tratado como una sola unidad por un dispositivo neurotecnológico. Se interpreta por datos personales sensibles, a aquellos que se refieran a la esfera íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este. De manera enunciativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico; creencias o convicciones religiosas, filosóficas y morales; afiliación sindical; opiniones políticas; datos relativos a la salud, a la vida, preferencia u orientación sexual, datos genéticos, neurológicos o datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física.

Esto va en sintonía con los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales¹². Uno de los principios se refiere exclusivamente a este tipo de datos que “teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos”. Los datos neuronales son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace un uso indebido de ellos. Las neurotecnologías, por medio del uso de algoritmos de inteligencia artificial, pueden reconocer y decodificar la información neuronal. Esto hace posible interpretar (aunque de manera limitada) los parámetros eléctricos generados en el cerebro. Esto a su vez permite hacer correlaciones entre la información neuronal decodificada y ciertos rasgos de la personalidad de un sujeto, información que puede emplearse para fines que van más allá del ámbito médico o de investigación. Los datos neuronales también tienen la posibilidad de ser utilizados como medio para la identificación biométrica, debido a que la actividad cerebral de una persona es única, identificable y distinguible de las demás por lo que se considera como la forma de identificación biométrica con mayor fiabilidad que existe hasta este momento. Por tales motivos, este principio busca brindar protección a la información cerebral frente a cualquier individuo, organización o gobierno que pretenda utilizar los datos neuronales de una manera no consentida por el sujeto, inclusive en el marco de investigaciones, registros públicos, procesos judiciales y de privación de libertad. Es por esta razón que los responsables del tratamiento y uso de los datos neuronales deberían adoptar medidas de privacidad y

¹¹ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

¹² Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales (CJI/doc. 638/21) adoptados por el Comité Jurídico Interamericano en abril de 2021 y aprobados por Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) mediante resolución AG/RES. 2974 (LI-O/21) de noviembre de 2021.

de seguridad acordes con la sensibilidad de estos datos y su capacidad de hacer daño a los titulares de los datos.

Principio 4: Consentimiento expreso e informado de los datos neuronales. *El consentimiento de la persona titular de los datos neuronales es un requisito imprescindible para el acceso a la recopilación de la información cerebral. Es fundamental garantizar el consentimiento libre, informado, expreso, específico, inequívoco, libre de vicios, respecto al acceso o tratamiento de la actividad neuronal. El consentimiento otorgado puede ser revocable en todo momento. Se requiere especial protección para el caso de niñas, niños y adolescentes, así como de personas con discapacidad y personas privadas de la libertad.*

Conceptos y comentarios: El consentimiento informado es un elemento fundamental para la práctica clínica. Este se basa en la noción de personalidad. Por lo tanto, es la base de legitimidad para la intervención neurotecnológica y, por ende, toda persona que por cualquier causa sea sometida a una intervención de esta clase debería tener la capacidad de manifestar de una manera consciente, deliberada e informada si autoriza o no la realización de dicha intervención neurotecnológica. En caso de personas que no puedan dar su consentimiento, las medidas de protección serán extremas, garantizando el consentimiento de terceros reconocidos por la ley¹³. De manera que la intervención neurotecnológica no sería aceptable si vulnerara el presente principio.

Así, las personas que otorguen su consentimiento deberían poder revocarlo, y tener el derecho a solicitar que se elimine el tratamiento de datos neuronales almacenados en cualquier momento, para lo cual el responsable del tratamiento de datos neuronales establecerá mecanismos sencillos, ágiles, eficaces y gratuitos para tales efectos. Asimismo, el tratamiento de los datos neuronales se extiende a la seguridad y al pleno dominio y disposición sobre los mismos.

El consentimiento será obtenido después de un proceso que permita transmitir la información en un lenguaje sencillo, con enfoque intercultural y de género, para alcanzar la comprensión y posteriormente, tomar una decisión, además debe ser expreso y escrito. La coerción, engaño o dominación por cualquier medio, implicaría un vicio insuperable en el consentimiento¹⁴.

Tal es así, y teniendo presente lo dispuesto en los *Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales*¹⁵, quienes sean responsables del tratamiento de datos neuronales, adoptarán medidas de privacidad y de seguridad reforzadas que sean acordes con la sensibilidad de esos datos, así como establecerán y mantendrán, con independencia del tipo de tratamiento que efectúen, planes de gestión claros y directrices de protección para la recopilación, el almacenamiento, la organización y el acceso de los datos neuronales a fin de garantizar de manera estricta la seguridad y el dominio de los mismos.

Principio 5: Igualdad, No Discriminación y Acceso equitativo a las neurotecnologías. *Se promueve el desarrollo y uso de las neurotecnologías, accesibles a todas las personas de acuerdo a las características del grupo generacional¹⁶ conforme al principio de igualdad y no discriminación. Los Estados deberían de garantizar el acceso equitativo a las neurotecnologías, respetando sus costumbres y tradiciones, además de desarrollar políticas públicas de innovación responsable, procurando avanzar hacia el cierre de las brechas de desigualdad y discriminación, especialmente respecto a los grupos más vulnerables.*

Conceptos y comentarios: El principio de igualdad y no discriminación es uno de los pilares fundamentales del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Está contemplado tanto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reafirmado en múltiples ocasiones que la noción del principio de igualdad se desprende directamente de la naturaleza humana, por lo que es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Tal es así, que esto se extiende al desarrollo y uso de las neurotecnologías que deberán ser accesibles equitativamente a todas las personas, esto incluye el

¹³ Agregado sugerido por el Estado de Panamá en su presentación del 13 de enero de 2023.

¹⁴ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

¹⁵ *Op. Cit.*

¹⁶ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

derecho a obtener protección frente a actos de discriminación por razones de raza, color, género, nacionalidad, religión, condición social, entre otros.

Se procurará especial atención a los grupos vulnerables por razones de edad. Se estima que el cerebro humano no termina de desarrollarse completamente hasta pasados los 20 años. Sin una adecuada regulación, el uso de neurotecnologías puede acarrear importantes sesgos por razones de edad. Es necesario brindar especial protección ante dicha vulnerabilidad, debiendo tener en cuenta el interés superior y garantizar un sano desarrollo neurocognitivo ante la creación, comercialización y uso de las neurotecnologías y otras tecnologías inmersivas.

Asimismo, se debe tener en cuenta a las minorías étnicas, indígenas, afrodescendientes, de acuerdo a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que dispone la adopción por los Estados de medidas especiales con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.¹⁷

De igual forma, conforme a los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas” (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26), en ningún caso las neurotecnologías será usadas para categorizar, separar o trasladar a las personas privadas de libertad, ni serán utilizadas para justificar la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas.

En este sentido, este principio procura garantizar el acceso a las neurotecnologías, al igual que cualquier desarrollo que se realice a nivel científico, teniendo entre sus objetivos no solo evitar el “aumento de desigualdades”, sino apuntar hacia el cierre de las brechas de desigualdad. Los Estados deben considerar como una meta realizable la igualdad y desarrollar políticas en este sentido, esta perspectiva brinda un mayor alcance a las políticas públicas¹⁸.

Así, los Estados Parte deberían garantizar el acceso equitativo a las neurotecnologías y desarrollarán políticas públicas de innovación responsable dirigidas a evitar el aumento de las desigualdades o la exacerbación de las discriminaciones, lo que implica la abstención de actos que de cualquier manera generen situaciones de discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, condición social, entre otros. En aplicación del artículo 29 de la Convención Americana, se podría entender que el acceso a la neurotecnología es parte del derecho a la salud, derecho a la vida e integridad personal, en su dimensión progresiva, individual y colectiva, debiendo observar también su condición de vulnerabilidad a la que se suma la situación de pobreza como un obstáculo a superar para evitar la discriminación¹⁹.

Es relevante en este punto contemplar la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad²⁰, cuyo principal objetivo es la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

La igualdad y no discriminación en el desarrollo, acceso, comercialización y uso de neurotecnologías también brinda protección frente a la discriminación por parte de algoritmos vinculados a los sistemas de inteligencia artificial que utilizan las interfaces neurotecnológicas. Este Principio también busca evitar que las neurotecnologías permitan considerar a algunos seres humanos como superiores a otros, convirtiéndose en una nueva fuente de discriminación.

Principio 6: Aplicación terapéutica exclusiva respecto al aumento de las capacidades cognitivas. La finalidad principal de estos desarrollos científicos y tecnológicos de asistencia médica es conservar o mejorar la autonomía de las personas y de este modo promover su bienestar integral, contribuyendo a

¹⁷ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

¹⁸ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

¹⁹ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

²⁰ Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Adoptada en la ciudad de Guatemala, el 06/07/99, entrada en vigor 09/14/01.

que las personas puedan llevar una vida digna, sana, productiva y autónoma. Los Estados procurarán regular con especial cautela el uso de las neurotecnologías para aumentar las habilidades cognitivas de las personas, establecer límites claros y ejercer un control reforzado. Teniendo especial cuidado y precaución respecto de aquellos supuestos que, más allá de su aplicación terapéutica o del ámbito de salud, pretendan el estudio y uso de neurotecnologías para el aumento o la mejora de las capacidades cognitivas para otros fines.

Conceptos y comentarios: El uso de neurotecnologías para la mejora de la cognición humana genera profundas discusiones filosóficas respecto al tratamiento jurídico que debería tener. Actualmente, se desarrollan proyectos de investigación alrededor del mundo que buscan aumentar las capacidades cognitivas del ser humano por medio de métodos que van desde mecanismos tradicionales como la educación hasta medios más disruptivos como la estimulación cerebral o la implantación de neurotecnologías y de sistemas de inteligencia artificial en el cerebro. Asimismo, las mejoras cognitivas podrían condicionar además del rendimiento intelectual, la mejora emocional y conductual. Más allá de las consecuencias fisiológicas, la mejora cognitiva plantea importantes desafíos ético-jurídicos que requieren ser considerados para una regulación efectiva.

Ante estos escenarios, las necesidades precautorias respaldan la adopción de pautas legislativas para delimitar con especial cautela los contextos de utilización de tecnologías de neuro mejoramiento. Esto comprende la adopción de medidas legislativas protectoras dirigidas a establecer límites frente a los eventuales riesgos asociados a estas tecnologías. En este sentido, el principio genérico de no discriminación, como tradicionalmente se lo entiende, no excluye la posibilidad de formular distinciones en tanto estas carezcan de finalidades persecutorias o de indebidos privilegios. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en distintas sentencias que la obligación general de no discriminación se traduce en la prohibición de emitir leyes en sentido amplio, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color u otras características²¹.

Esto implica la prevención del surgimiento de una eventual brecha social entre las personas que hubieren decidido aumentar sus capacidades cognitivas y aquellas que no pudieran o que hubieren optado por no hacerlo. Este principio plantea la precaución debido a que una prohibición absoluta podría desencadenar su uso e implementación en la clandestinidad. Es por esto que, conforme a este principio, las legislaciones nacionales deberán definir con mayor precisión el contexto normativo y regulatorio del neuro-mejoramiento para garantizar la salvaguarda y la efectiva protección de los derechos humanos.

Se observa que en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad²² los Estados Parte se comprometieron a trabajar en establecer las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad para lograr “b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad...”. Asimismo, la Convención de NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho de acceso a dispositivos y tecnologías de apoyo adecuadas, incluidas las nuevas tecnologías, para atender las necesidades de las personas con discapacidad, para que puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos. En ese sentido, los Estados deberían procurar la equidad en el acceso a los tratamientos con los avances neurotecnológicos y así evitar que solo unos pocos grupos privilegiados se vean beneficiados por los avances de la ciencia y la tecnología, lo que generaría nuevas formas de marginación y exclusión. La prudencia en el desarrollo de las tecnologías de mejoramiento implica tomar en cuenta el contexto socio-educativo, la progresividad de las medidas y la evaluación permanente de los efectos negativos y de los riesgos a largo plazo²³. En este sentido, el mejoramiento cognitivo por medio de las neurotecnologías refleja la importancia del principio de igualdad, desarrollado previamente, dirigido a evitar profundas brechas de desigualdad social.

²¹ Corte IDH, OC 18/2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17/09/2003.

²² *Op. Cit.* 8, art. III.

²³ Agregado sugerido por el Estado de Panamá en su presentación del 13 de enero de 2023.

Principio 7: Integridad neurocognitiva. *Es indispensable garantizar la protección de la integridad neurocognitiva de todas las personas y prevenir su uso para fines maliciosos que resulten en intervenciones neurotecnológicas destinadas al daño o afectación de la actividad cerebral o que impacten en el ejercicio de los derechos humanos. El acceso a la actividad cerebral nunca podrá alterar la libertad de pensamiento y conciencia, haciendo que sea dependiente de un tercero, afectando a sus ideas, seguridad e independencia. Toda persona tiene derecho a no sufrir violaciones, alteraciones, manipulaciones y/o modificaciones de su integridad e intimidad neurocognitiva que ponga en riesgo o afecte la integridad personal, no siendo admisible la imposición de cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad. Se garantiza la protección a la integridad neurocognitiva en los tratamientos neurotecnológicas estando prohibidos mecanismos compulsivos o forzosos de aplicación, así como su uso como método de tortura o tratamiento cruel, inhumano o degradante.*

Conceptos y comentarios: Las neurotecnologías, además de su uso para fines médicos, también pueden ser utilizadas para fines maliciosos en detrimento de la integridad física y neurocognitiva de las personas. Este principio va en sintonía con el deber de respeto a la integridad física consagrado en los artículos 3 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Artículo 5 de la Convención Americana. En este sentido, la directriz busca establecer mecanismos para salvaguardar la integridad personal frente a intervenciones neurotecnológicas que impliquen alteraciones no autorizadas del funcionamiento del sistema nervioso de una persona y que resulten en potenciales daños a su procesamiento o arquitectura neuronal. La principal preocupación sobre los impactos, beneficios y riesgos que significan estas nuevas tecnologías sobre la integridad de las personas tiene que ver con el derecho a la salud, dado el carácter intrusivo que puede tener el uso no responsable o prudente de estos dispositivos tecnológicos sobre el cuerpo humano. Así, la OMS ha avanzado en el desarrollo de un conjunto de directrices generales sobre el uso de dispositivos tecnológicos de asistencia médica, cuyo fin siempre debe ser mantener o mejorar la autonomía y bienestar de las personas²⁴.

Cabe destacar que la noción de "integridad neurocognitiva" se entiende en un sentido amplio para referirse a la protección de los sustratos neurocognitivos del ser humano, tanto en su dimensión tangible (física), como en su dimensión intangible (psicológica). Los ataques físicos a la integridad neurocognitiva pueden realizarse de diferente manera, desde el uso de estimulación cerebral desproporcionada a determinadas zonas del cerebro o por medio del hacking de neuroprótesis o de interfaces neuronales que utilice una persona. Asimismo, pueden realizarse de manera directa cuando van dirigidos a la afectación de la actividad neuronal del individuo. También pueden realizarse de manera indirecta cuando el objetivo es procurar el mal funcionamiento de la prótesis o dispositivo neurotecnológico. Este principio adquiere especial relevancia frente al surgimiento de nuevas formas de criminalidad, esto es, frente al uso de intervenciones neurotecnológicas para fines delictivos. Conforme a este principio, toda persona tiene derecho a obtener protección normativa frente a alteraciones, manipulaciones y/o modificaciones de la información cerebral. Ante estos escenarios, se recomienda a los Estados establecer mecanismos legislativos dirigidos a salvaguardar la integridad neurocognitiva de las personas frente a actos que pongan en situación de riesgo su integridad física o mental por medio de tecnologías cerebrales.

Asimismo, la prohibición absoluta de la tortura protege de los experimentos médicos o científicos. El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas protege al ser humano del dolor y sufrimiento causado por agentes estatales o con su aquiescencia para la obtención de un fin específico, incluyendo obtener información o una confesión, con fines de investigación, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. En el mismo sentido, de conformidad a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que establece en su artículo 2 que: "Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica", por lo que las neurotecnologías nunca deberán ser usadas sobre los privados de libertad, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin de control. En ese sentido, el uso de neurotecnologías no debe ser ordenado ni promovido por fiscalías, tribunales, autoridades policiales ni centros de privación de la libertad ampliamente entendidos.

²⁴ Organización Mundial de la Salud (OMS), Consejo Ejecutivo, 142. (26 de enero de 2018) . *Mejora del acceso a la tecnología de asistencia.* <https://apps.who.int/iris/handle/10665/274583>

Principio 8: Gobernanza transparente de las neurotecnologías. *Los Estados procurarán asegurar que todos los –actores tanto estatales como no estatales –que estén vinculados con el desarrollo, uso y/o comercialización de neurotecnologías garanticen la transparencia de los avances neurotecnológicos. Esto comprende tanto la manera en que se estudian, desarrollan, aplican y funcionan las neurotecnologías, así como su compatibilidad con los derechos humanos y la rendición de cuentas sobre el tratamiento de datos neuronales en su posesión.*

Conceptos y comentarios: Este principio implica que el desarrollo, uso y comercialización de las neurotecnologías debiera realizarse conforme a estándares internacionales en materia de transparencia y rendición de cuentas. La transparencia requiere que se documente y se publique periódicamente suficiente información sobre las diferentes etapas del desarrollo de las neurotecnologías. Dicha información debiera publicarse de manera oportuna.

Los Estados promoverán estrategias para una eficiente gobernanza de las neurotecnologías a efectos de minimizar riesgos tecnológicos asociados a las mismas. En ese sentido, tanto los poderes públicos como los entes privados tendrán que establecer medios que permitan revelar periódicamente información sobre cómo se han tomado las decisiones para la adopción de estas tecnologías y los eventuales riesgos que puedan significar para los ciudadanos. Esto implica la conducción de auditorías por parte de entes especializados en los procesos de innovación en materia de neurotecnologías. Asimismo, se recomienda que tanto las empresas como el sector público presten regularmente información sobre la obtención y el tratamiento de los datos neuronales de conformidad con las presentes directrices.

Principio 9: Supervisión y fiscalización de las neurotecnologías. *Los Estados están llamados a ejercer una función contralora de supervisión y fiscalización, estableciendo una autoridad nacional competente, técnicamente especializada, funcionalmente autónoma e independiente, para garantizar que el uso y la aplicación de las neurotecnologías se desarrolle conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos a efectos de evitar y prevenir los riesgos e impactos negativos en los derechos de las personas, teniendo especial cuidado en la protección de derechos en niñas, niños y adolescentes y personas con discapacidad.*

Conceptos y comentarios: Les corresponde a los Estados ejercer una función contralora de supervisión y fiscalización a efectos de garantizar un desarrollo, comercialización y uso responsable de las neurotecnologías, en cumplimiento de los instrumentos y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Este principio de supervisión y fiscalización implica la creación de entes especializados, profesionalizados, autónomos funcionalmente, independientes y capaces técnicamente de monitorear y controlar todas las fases del ciclo de vida de las neurotecnologías, esto a efectos de promover una innovación neurotecnológica responsable y segura que minimice los eventuales riesgos e impactos negativos de este tipo de tecnologías en el disfrute de los derechos humanos. Además, se incentivará a que la sociedad civil pueda participar de estos espacios, siendo parte de los procesos de control sobre las neurotecnologías²⁵.

Principio 10: Acceso a la tutela efectiva y acceso a remedios asociados al desarrollo y uso de las neurotecnologías. *Los Estados promoverán y garantizarán mecanismos de tutela efectiva de los derechos asociados al desarrollo y uso de las neurotecnologías. También es necesario garantizar el acceso a remedios judiciales y reparaciones integrales en el caso de vulneraciones a los derechos humanos, a efectos de promover una efectiva protección de estas garantías de conformidad con los presentes Principios.*

Conceptos y comentarios: El acceso a mecanismos de remedio asociados a graves lesiones causadas por las neurotecnologías es una cuestión fundamental, debiendo consagrarse garantías efectivas en beneficio de las personas, para prevenir o reparar graves lesiones a los derechos fundamentales frente al desarrollo neurotecnológico.

Como parte de la protección, es necesaria la existencia y acceso a mecanismos rápidos y sencillos, para garantizar el acceso a los derechos de las personas en la administración de justicia y las medidas de reparación integral, acorde con lo que establece el artículo 8 de la Convención Americana.

²⁵ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

Además, que existan mecanismos dentro del ámbito administrativo que permitan sancionar y reparar a la víctima²⁶.

Se advierte en este principio la necesidad de exigencia de protección y garantía de los derechos humanos aún en jurisdicciones diferentes al Estado de origen en el que produjo la información o el daño. Teniendo presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de acceso a la justicia en casos de daños transfronterizos²⁷.

Asimismo, conforme al artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

En este sentido, el principio recomienda a los Estados establecer mecanismos para la tutela efectiva de los derechos asociados al desarrollo y uso de las neurotecnologías. Esto implica proveer protección judicial efectiva frente a la vulneración de tales derechos. Este principio también hace un llamado a los Estados a establecer procedimientos legales para el acceso a remedios y la obtención de una reparación integral frente a la vulneración de los derechos humanos asociados al desarrollo y uso de neurotecnologías.

* * *

3. Derecho a la educación

Documento

CJI/RES. 279 (CII-O/23) – El derecho a la educación primaria obligatoria

* * *

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.

²⁶ Agregado sugerido por el Estado de Ecuador en su presentación del 17 de enero de 2023.

²⁷ “Este Tribunal estableció que, frente a daños transfronterizos, se entiende que una persona está bajo la jurisdicción del Estado de origen cuando existe una relación de causalidad entre el proyecto o actividad realizada, o por realizar, en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio (supra párrs. 95 a 103). Por tanto, los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia a las personas potencialmente afectadas por daños transfronterizos originados en su territorio”. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, párr. 238 y ss.

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 óptima 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 secretaría técnica su distribución.

Durante el 100° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, mayo, 2022), el relator del tema, doctor Eric Rudge, presentó el “Primer informe: legislación regional sobre el derecho a la educación primaria obligatoria”, documento CJI/doc.658/22. Explicó que se trata del derecho a la educación obligatoria, y su conexión con otros derechos (desarrollo humano, crimen, trato de niños, desarrollo social).

Esta nueva versión de su informe contiene una sección sobre las normas regionales respecto del derecho a la educación de los niños y adolescentes (hasta la edad de 9 a 12 años), incluyendo el derecho a acceder y que sea de manera obligatoria. En su análisis se ha introducido la jurisprudencia (su impacto e importancia, haciendo una referencia a las decisiones relevantes sobre el tema.) y la normativa en la región. Constató que al presente el derecho a la educación para los niños y adolescentes no se considera como un derecho fundamental sino social, y en este contexto se debería consagrar como una obligación para los Estados.

Instó no solamente a acordar un estatuto constitucional o legal de prioridad a este derecho, pero que sea acordado y válido en todo el territorio nacional, y trabajar en su implementación. Citó el ejemplo de Curazao en que se les obliga a los padres a rendir cuenta de la presencia de sus hijos en el colegio (y que además implique que los niños y adolescentes reciban la educación que les corresponde). Al momento de lamentar no haber recibido un mayor número de respuestas por parte de los Estados, explicó su interés en contar con mayor información de los países del Caribe. De hecho, al constatar la falta de respuestas en otros cuestionarios, instó a reflexionar sobre la metodología.

Reiteró que su motivación responde a su trabajo como profesor de matemáticas, y su sorpresa sobre el número de niños en situación de calle que no asisten a la escuela en tantos Estados.

Al finalizar su presentación, el relator manifestó su interés en integrar los comentarios y recomendaciones que reciba en esta oportunidad.

La doctora Martha Luna explicó que Panamá no ha contestado, y que a pesar de no representar a ningún gobierno, constató que el tema central del gobierno actual es la educación. En Panamá la educación es obligatoria hasta el noveno grado, aunque algunos estudiantes desertan y no regresan al colegio una vez cumplida esa etapa. Constató avances en relación los niños que viven en las calles, y que durante la pandemia COVID-19, se realizó mucha labor social para permitir a todos los niños acceder a la educación virtual. De hecho, hay una beca universal a las familias que tienen necesidades y que incluye la alimentación. Remarcó la existencia de una brecha importante en relación a lo público y lo privado, además de la calidad de los docentes con poca vocación al magisterio. También ilustró sobre la situación que viven los niños en las áreas comarcales donde habitan los pueblos indígenas y en las áreas lejanas de los centros urbanos.

El relator del tema destacó la importancia de la implementación de las promesas políticas y la manera en que los presupuestos de los Estados fluctúan en el tema de la educación.

La doctora Mariana Salazar agradeció el trabajo del relator y resaltó que integrar la jurisprudencia y la situación relativa a los efectos del COVID-19 sobre el derecho a la educación le da un valor agregado a su trabajo. Sugirió explorar la posibilidad de presentar la versión final del informe al relator de la CIDH en la materia. Adicionalmente, solicitó el nombre de los Estados que han respondido al cuestionario.

El relator explicó haber incluido la mayoría de los comentarios de los miembros en la sesión anterior, y dejó constancia de la respuesta recibida a la fecha por parte de los siguientes Estados: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay Santa Lucía and Trinidad and Tobago (lamentó que el gobierno de Surinam no haya respondido).

El doctor José Moreno felicitó al relator por su trabajo. En relación al párrafo 70 sobre las discrepancias entre la norma y la práctica, consultó al relator sobre la forma en que prevé contemplarlas.

Al respecto, el relator se comprometió a revisar dicha situación y presentar una respuesta al respecto.

El doctor José Moreno Guerra felicitó al relator por su sensibilidad social, invitándole a pasar un mensaje a los Estados sobre la importancia de invertir en el ámbito de la educación que, por lo demás, permite a las personas realizarse y ser autosuficientes. En su entender no basta una educación gratuita, sino también subrayar el tema de la calidad y calidez de los profesores (asegurándose sobre las aptitudes de quienes enseñan, para que no representen un riesgo para los niños). Además, se debe tener en cuenta la infraestructura y los recintos de las escuelas. Culminó estimulando al doctor Rudge a continuar con su estudio.

El relator manifestó su pleno acuerdo con lo expresado por el doctor Moreno Guerra y la doctora Luna sobre la importancia de la vocación y calidad de los profesores, algo que debe ser señalado a los Estados.

El doctor George Galindo agradeció al relator por su comprensivo informe, en un tema tan amplio y trascendente para la vida de todos. Se refirió a la distinción entre las obligaciones progresivas,

donde hay importantes derechos civiles que deben ser tenidos en cuenta, tales como el trato igualitario de niños y niñas, el derecho a la nacionalidad, el derecho a no ser torturado. Considerando que dichos derechos civiles están ligados al derecho a la educación, instó al relator a trabajarlo como algo efectivo, que sea capaz de integrar los otros temas que participan del mismo. Al respecto, el relator concordó con la necesidad de incluir en su próximo informe los derechos conexos.

El relator del tema agradeció los comentarios y propuestas que le fueron presentados, explicó que la etapa siguiente incluirá un análisis específico sobre los Estados, a la luz de los cuestionarios recibidos. No se debe limitar a etiquetar el derecho a la educación obligatoria a su aspecto social y cultural, debe ser considerado como una obligación para los Estados (se debe otorgar una oportunidad y que tenga en cuenta el mejor interés de los niños y adolescentes).

El doctor Ramiro Orias observó las brechas históricas que han dejado la pandemia de Covid-19, y la importancia de la vida digital que expone el relator. A su entender, es muy pertinente la pregunta del relator al inicio de su informe sobre el carácter fundamental de la educación, pero cuya respuesta no aparece a lo largo del texto. Entre las recomendaciones, el doctor Orias sugirió incluir políticas públicas que los Estados podrían implementar. Es un documento que abre una nueva discusión en torno al derecho a la educación en el hemisferio.

El doctor Rudge ilustró sobre los obstáculos impuestos por la pandemia de COVID-19, y el rol central que los Estados deben jugar. La naturaleza del derecho a la educación como fundamental no es reconocida por los Estados, pero ha podido constatar que hay mayor aceptación sobre el derecho a la educación obligatoria para niños y adolescentes, en función de la jurisprudencia y de la normativa en ciertos países. En relación a los niños en situación de calle, si bien hay un trabajo de la empresa privada, los gobiernos deben tener una mayor intervención. Ello asociado con la importancia del trabajo de las escuelas y profesores, que deben crear un espacio atrayente para mantener a los niños en la escuela.

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022), el relator del tema, doctor Eric Rudge presentó una nueva versión de su trabajo titulado: “Segundo informe: la educación primaria obligatoria”, documento CJI/doc.670/22. En la ocasión, el relator explicó los antecedentes recordando la motivación principal de su trabajo que tiene como fundamento la situación de los niños en la calle, y el nexo que existe entre pobreza y educación. La primera sección se concentra en el derecho a educación y el desarrollo humano. La segunda parte rinde cuenta de los instrumentos legales, cubriendo los instrumentos regionales. La tercera parte alude a la educación en los Estados miembros de la OEA, mientras que la última presenta conclusiones. La sección tercera reproduce un análisis de las respuestas al cuestionario a la luz de las respuestas de trece Estados: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Santa Lucía y Trinidad y Tobago. Suriname por su parte remitió su respuesta al haber culminado la redacción del informe. El análisis del cuestionario permitió al relator determinar las siguientes reivindicaciones por parte de los Estados:

- asistencia de la parte de organizaciones intergubernamentales.
- estrategias que atiendan a los niños de las zonas rurales y zonas con acceso limitado a la educación.
- asistencia con respecto al acceso a la conectividad y a los dispositivos educativos para todos los niños.

Adicionalmente, el estudio permitió constatar repercusiones importantes de la pandemia de COVID-19 en el Derecho a la educación, junto con observar una división entre los Estados miembros de la OEA en cuanto al reconocimiento del derecho a la educación como un derecho fundamental.

Entre las principales conclusiones se destacaron las siguientes:

- La educación primaria obligatoria debe ser reconocida como un derecho humano fundamental que pertenece a todos los niños y en la región de los países de la OEA (a partir de la edad de tres años) e independientemente del lugar donde vivan en la jurisdicción de cada Estado.

- Dentro de la región de la OEA los Estados deberían dejar de tratar el derecho a la educación primaria obligatoria como un derecho económico, social y cultural.
- Los Estados miembros de la OEA necesitan la asistencia de organizaciones intergubernamentales que garanticen la prestación de servicios de educación primaria obligatoria de calidad y gratuita.
- Los Estados Partes en el Protocolo de San Salvador tienen la obligación legal de la realización progresiva del derecho a otras formas y niveles de educación y la obligación de la realización inmediata del derecho a la educación primaria obligatoria.

Entre las recomendaciones el relator destacó las siguientes:

- Recomendar a la Asamblea General que trate de encontrar formas para prestar la asistencia técnica y financiera para permitir a todos los Estados otorgar una educación primaria obligatoria gratuita para los niños.
- Recomendar a la Asamblea General el establecimiento de un fondo especial para ayudar a los Estados Miembros específicamente en este tema.
- Recomendar a la Asamblea General aprobar una resolución para reconocer el derecho a la educación primaria obligatoria como un derecho humano fundamental.
- Recomendar a la Asamblea General aprobar una resolución para encomendar a los Estados Miembros que aborden el tema de la educación primaria obligatoria y se aseguren de que ese derecho se conceda a todos los niños.
- Recomendar a la Asamblea General aprobar una resolución para encomendar a la OEA que facilite a los Estados Miembros la implementación de la educación primaria obligatoria y garantice que este derecho se conceda a los niños.

El doctor José Moreno Guerra felicitó al relator y solicitó incluir un acápite que refiera al multilingüismo, cuenta tenida que en su país se reconoce la existencia de 18 etnias y en Guatemala habría 22 etnias. Que no se desconozca el valor de cada lengua, de ahí la obligación de proteger y preservar el acervo cultural lingüístico de la lengua materna, inclusive quienes están ubicados en los sitios más remotos. Que los Estados formen profesores en dichas poblaciones de lenguas diferentes a las dominantes.

El relator propuso incluir este tema en su próximo informe. Explicó que en Surinam los primeros tres años la educación se brinda en el idioma materno (pre escolar), y luego a los seis años impera el holandés y el inglés. Para asegurar el patrimonio cultural las familias conservan sus idiomas de origen (los nativos e incluso los extranjeros).

La doctora Mariana Salazar agradeció al relator por su investigación que muestra la dedicación y seriedad. Presentó tres consideraciones en relación con lo dicho en los párrafos 109 a 111 así como 121 y 122 relativos al reconocimiento del derecho a la educación como fundamental ni como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, al tiempo de diferenciar dicho reconocimiento de la cuestión de su implementación que paralelamente impone medidas de carácter inmediato y de realización progresiva entre los Estados. Al finalizar, concordó con el doctor Moreno Guerra sobre la importancia del valor de la educación intercultural bilingüe y compartió la experiencia de su país.

El relator agradeció los comentarios y se comprometió a integrarlos en su informe próximo.

El doctor George Bandeira Galindo expresó su agrado frente al elevado número de respuestas por parte de los Estados al cuestionario. Aseveró que no corresponde al CJI implementar legislaciones de índole simbólico (contexto en que es posible encontrar diferencias entre lo que dice la ley y la realidad) en que se busca incorporar una normativa internacional en la legislación doméstica. Aunque advirtió que es posible inducir a las instituciones que trabajan en la materia a ocuparse de ello. Por otra parte, solicitó modificar la sección del párrafo 116 que alude al carácter vinculante y justiciable del derecho a la educación primaria obligatoria en función del derecho consuetudinario internacional. En su entender,

tampoco incumbe en la instancia hacer depender su carácter obligatorio de la costumbre, puesto que tiene una mayor relación con la codificación. Finalmente, el doctor Bandeira Galindo especificó que la naturaleza social, económica y cultural de la protección no debería ser vista como un obstáculo en su aplicación.

El relator agradeció los comentarios e indicó que hará los cambios que se imponen.

El doctor Ramiro Orias felicitó al relator y le agradeció por incluir referencia al tema de las políticas de los Estados, junto al valioso aparte de la jurisprudencia internacional e interamericana. Se refirió a dos casos importantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que deberían ayudar a aclarar el significado del derecho a la educación en relación con su carácter progresivo y exigibilidad. Un caso sobre Ecuador que trata de la discriminación de una niña con Sida y otro de Paraguay que pone de relieve temas de discriminación.

El relator consultó los detalles de la jurisprudencia mencionada.

La doctora Cecilia Fresnedo se sumó a las felicitaciones. Lamentó que Uruguay no haya respondido al cuestionario. Concordó con la existencia de diferencias importantes en los Estados miembros de la OEA, incluso previo a la etapa de implementación. Subrayó que, en Uruguay, la educación pre escolar y escolar es obligatoria, y su implementación en la práctica es variada. Indicando además que se otorga financiamiento a familias de bajos recursos con la condición de enviar a sus hijos al colegio. Instó al relator a prever la progresividad en su implementación y le recomendó reconocer las diferencias que existen entre los Estados, pero insistiendo en su carácter progresivo.

La doctora Martha Luna agradeció y felicitó al relator por su informe que será de gran utilidad para su país. Hizo eco de la distinción entre lo que dice la norma y la práctica. Al igual que en Uruguay constató incentivos económicos similares en Panamá.

Al respecto, el relator se sorprendió de este tipo de prácticas que proporcionan incentivos económicos pues no existen en su país, en donde la educación es obligatoria y ello está sujeto a sanciones (existe un mecanismo de ejecución). Para el relator esto le abre un campo de visión nuevo en el tema y se comprometió a analizarlo en mayor detalle. Reiteró la importancia de contar con profesores que tengan vocación para el ejercicio de esta labor.

El doctor José Moreno Rodríguez se sumó igualmente a las felicitaciones destacando la contribución significativa del CJI en la materia. Consultó sobre la pertinencia de hacer recomendaciones de orden financiero, considerando la tradición del Comité cuya labor se limita al aporte jurídico.

Al respecto, el doctor Dante Negro, sugirió insertar las recomendaciones de índole económico en el proyecto de resolución a ser aprobado por el Comité y no figurar en el cuerpo del informe. Ello una vez que el CJI considere el documento como maduro.

En otro orden de ideas, el doctor Moreno Rodríguez se refirió a las dos últimas recomendaciones y consultó sobre las diferencias entre ellas.

Al respecto, el relator explicó que el párrafo 127 instruye a los Estados a abordar el tema, mientras que el último párrafo alude a la implementación. El relator se comprometió a presentar un proyecto de resolución en la próxima sesión que tenga como fundamento las recomendaciones de su informe, cuya versión final será sometida en dicha oportunidad.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023) el relator del tema, doctor Eric P. Rudge, explicó fundamentalmente las modificaciones realizadas a la nueva versión del informe, documento CJI/doc.690/23.

En relación a los temas de idiomas, se incorporó la sugerencia de educación de los niños en su lengua materna. Adicionalmente, se incluyen dos decisiones adicionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la educación primaria de calidad al interior de los Estados, fallos Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, y Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.

El relator indicó además haber incluido los comentarios de Suriname en la versión más reciente de su informe puesto que habían llegado cuando su texto ya había sido distribuido entre los miembros. El párrafo 110 se ha reformulado de manera a aclarar el grupo de obligaciones que requieren una realización progresiva de los que requieren una realización inmediata. De igual manera, se hace una distinción entre el carácter obligatorio de la educación primaria del carácter progresivo de la educación secundaria y terciaria. Al culminar su presentación, el relator solicitó aprobar el informe.

El doctor George Galindo Bandeira al momento de felicitar al relator, constató que la versión actual representa un texto maduro que puede ser adoptado. Propuso dos recomendaciones: la primera tiene relación con el primer considerando en donde sugirió referirse a un reconocimiento general en un dominio en donde no hay unanimidad en las constituciones. La segunda sugerencia tiene relación con la traducción del informe que refiere a los derechos humanos fundamentales, y que en inglés debería referir a “*human rights*”. En su entender, el uso al carácter “fundamental” junto a derechos humanos estaría jerarquizando la situación.

En relación al primer tema, el relator del tema se comprometió a redactar una referencia que aluda al carácter general en la resolución. En relación con el carácter fundamental de los derechos humanos, hará una investigación sobre el uso de dicha expresión en los países latinoamericanos.

El doctor Luis García-Corrochano felicitó al relator por su valioso trabajo. En relación, al segundo punto de la intervención del doctor Bandeira Galindo sugirió únicamente pronunciarse sobre los derechos humanos sin aludir a los derechos humanos fundamentales. No es la labor del Comité pronunciarse sobre los derechos internos de los Estados.

El doctor Alejandro Alday retomó el punto relevado por el doctor Bandeira Galindo y propuso como una fórmula alternativa: “derechos humanos y libertades fundamentales”; algo que se utiliza en la OEA y tendría un aspecto más inclusivo. Ello permitiría evitar excluir Estados que no sean partes en la Convención.

El doctor Julio Rojas-Báez felicitó al relator agradeciendo el enfoque de realización inmediata que se debe imponer a la educación básica obligatoria y que se refiere a los derechos humanos únicamente. Recomendó utilizar los conceptos similares en la resolución y para fines de uniformizarla que en el párrafo segundo se aluda a “a cargo de los Estados miembros de la OEA”, propuesta que fue acompañada por el relator.

El doctor Dante Negro explicó que el uso de clasificación varía según las perspectivas y aproximación que se le quiere otorgar. En el sistema interamericano, una variante importante en relación a los derechos humanos fundamentales refiere a aquellos que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia. Al respectivo, consultó al relator sobre la perspectiva que le quiere otorgar al contenido de este derecho.

El relator explicó que la interconectividad de los temas que convergen con el derecho a la educación (pobreza, inequidad, etc.), requieren que el derecho a la educación primaria sea considerado como un derecho fundamental. No se trataría de una obligación progresiva del Estado, correspondería a una obligación inmediata para el Estado considerando además que ello tiene por objeto poner término al ciclo de pobreza e inequidad. Por ende, debe ser considerado como un derecho fundamental.

El doctor Bandeira Galindo indicó que los derechos económicos y sociales al ser de implementación progresiva no se aplicarían a la visión del relator. Aún más, lo esencial aquí es determinar si se trata de derechos de aplicación progresiva o inmediata. Es necesario explicar el carácter fundamental tal vez por medio de una nota de pie de página.

Al respecto el doctor Julio Rojas-Báez explicó que el derecho a la educación no está consignado en la Convención Americana; es un derecho que se enmarca en el Protocolo de San Salvador. Se puede hacer una distinción entre el derecho de realización progresiva y que obligación del Estado en la toma de medidas sea hoy, por ende el concepto de derecho humano sería el correcto, sin el calificativo de fundamental.

El relator apoyó la idea de incluir una nota de pie de página que evite confusiones. En su entender el derecho a la educación por pertenecer al grupo de los derechos económicos y sociales depende la de implementación progresiva de los Estados, pero el derecho a la educación primaria tiene una naturaleza diferente de carácter obligatorio imponiendo una aplicación inmediata a los Estados. Terminología que utiliza la Corte Interamericana de Derechos humanos. Ello implicaría además que los Estados se doten de un sistema eficaz para asegurar su implementación.

El doctor George Galindo Bandeira sugirió que en lugar de aludir a derechos sociales y culturales se explique el significado de derechos humanos fundamentales en el ámbito de este informe.

A la luz de los cambios solicitados, el relator del tema Eric Rudge trabajó en una revisión de su informe, el cual en su versión final incluye, entre otros:

- Cambios en la tabla de materia referidos a ciertas páginas
- La adopción de una nota explicativa en la parte de las conclusiones como una nota de pie de página en torno al entendimiento respecto de la noción de los derechos humanos fundamentales:

“un derecho humano fundamental debe considerarse en el contexto de que el derecho a la educación primaria obligatoria progresó hasta convertirse en una obligación que requiere la realización inmediata por parte de los Estados Miembros de la OEA.”

El Presidente constató que al no haber opiniones adicionales, el informe y su resolución quedaban aprobados.

El 9 de marzo de 2023, el Comité Jurídico Interamericano adoptó el informe sobre "La educación primaria obligatoria", documento CJI/doc. 690/23 rev. 1, por medio del cual se insta a los Estados miembros de la OEA a asegurar el pleno goce de la educación primaria y consolidar el carácter gratuito, obligatorio y universal, de este “derecho humano fundamental”. El informe del CJI fue remitido al Consejo Permanente el 29 de marzo de 2023 y puede ser consultado en la página web del CJI en la sección de temas culminados en el siguiente enlace: [OEA :: Comité Jurídico Interamericano \(CJI\) :: Temario Actual \(oas.org\)](https://www.oas.org)

A continuación, se presenta el informe adoptado por el Comité Jurídico Interamericano en la sesión de marzo de 2023, celebrada en Rio de Janeiro:

CJI/RES. 279 (CII-O/23)

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN PRIMARIA OBLIGATORIA

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

DESTACANDO QUE el derecho a la educación es esencial en la promoción de la igualdad y la mejora de otros derechos y libertades que se relacionan con el mismo;

CONSCIENTE que el derecho a la educación primaria obligatoria se encuentra consagrado en instrumentos regionales y universales y ha sido codificado y reconocido generalmente en las constituciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA);

CONSCIENTE IGUALMENTE que algunos los Estados miembros de la OEA necesitan apoyo para garantizar la prestación de servicios de educación primaria obligatoria, de calidad y gratuita;

CONSIDERANDO la importancia manifestada por los Estados miembros de la OEA al Comité Jurídico Interamericano respecto de la cooperación e intercambio de experiencias en materia de educación, incluyendo material pedagógico y acceso a tecnologías para el cuerpo docente, a la luz de sus respuestas al cuestionario adoptado por este en su 99º período ordinario de sesiones; y

TENIENDO EN CUENTA el documento "La educación primaria obligatoria – Cuarto informe", documento CJI/doc. 690/23 rev.1, presentado por el doctor Eric P. Rudge, a título de relator del tema,

RESUELVE:

1. Reiterar que el derecho de todos a la educación primaria obligatoria es un derecho humano fundamental e instar a los Estados miembros de la OEA a asegurar su pleno goce y consolidar su carácter gratuito, obligatorio y universal.

2. Reconocer que el derecho a la educación primaria obligatoria en los Estados miembros de la OEA se enmarca dentro del grupo de obligaciones de realización inmediata.

3. Recomendar a los Estados miembros de la OEA la búsqueda de alternativas para prestar asistencia técnica y financiera a aquellos Estados que enfrentan problemas para asegurar el pleno goce de dicho derecho, en particular con relación a grupos o categorías de niños y niñas más vulnerables, entre otros, por medio del establecimiento de un fondo especial.

4. Recomendar a los Estados miembros de la OEA una mayor cooperación e intercambio de experiencias, buenas prácticas y tecnologías en diversos ámbitos de la educación primaria que tenga en consideración las necesidades de los niños y niñas, los métodos de enseñanza y un cuerpo docente de supervisión.

5. Agradecer al doctor Eric P. Rudge por su trabajo como relator del tema en el Comité Jurídico Interamericano y por la presentación del citado informe en la materia.

6. Transmitir la presente resolución y el informe “El derecho a la educación primaria obligatoria”, documento CJI/doc.690/23 rev.1, a la Asamblea General de la OEA, para su debido conocimiento y consideración.

7. Solicitar al Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, que les dé a estos documentos la mayor difusión posible entre los diversos actores interesados.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 10 de marzo de 2023, por los siguientes miembros: doctores Eric P. Rudge, George Rodrigo Bandeira Galindo, José Luis Moreno Guerra, Alejandro Alday González, Julio José Rojas Báez, José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Cecilia Fresnedo de Aguirre y Ramiro Gastón Orias Arredondo.

* * *

4. Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica Internacional

Documento

CJI/doc.696/23 rev.1 – Comité Jurídico Interamericano. Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurisdiccional internacional

* * *

Durante el 98º 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 la Asociación latinoamericana de derecho internacional privado (ASADIP), la Conferencia de La Haya, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (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 99º 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 y a 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 respecto, 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.

Durante el 100° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, mayo, 2022), la relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo, presentó un informe de avance en la materia, documento CJI/doc.659/22, que incluye nuevas respuestas por parte de las cancillerías: Argentina, Costa Rica, Panamá, México y Uruguay.

La relatora explicó que el objeto de esta labor es servirse de las herramientas que hoy nos ofrece la tecnología para actualizar instrumentos de *hard law* vigentes, motivados en parte por los desafíos que impone la falta de ratificaciones de las convenciones.

El informe contiene además un borrador de “Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional internacional para las Américas” que consta de tres partes.

La Guía propone soluciones y no pretende imponer, en función de la realidad económica y tecnológica de cada Estado, de manera de “agilizar ciertos actos de cooperación judicial internacional, acortando tiempos, manteniendo todas las garantías de autenticidad y privacidad necesarias”.

La Guía de buenas prácticas se divide en tres partes e incluye 33 reglas:

Parte 1. Objetivos y justificación.

En función de las experiencias exitosas, se proponen nuevas prácticas que pretenden mejorar y agilizar la cooperación jurisdiccional internacional entre los Estados. Se utilizan de forma complementaria los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS).

Parte 2. Reglas generales de interpretación y aplicación de las normas convencionales y autónomas vigentes.

- Regla 1. Interpretación y aplicación de las normas.
- Regla 2. Rapidez y eficiencia de la cooperación.
- Regla 3. Finalidad subjetiva y formalismos legales
- Regla 4. Herramientas y mecanismos desconocidos.
- Regla 5. Utilización de medios tecnológicos
- Regla 6. Herramientas y soportes físicos.
- Regla 7. Medios analógicos y documentos papel.
- Regla 8. Publicidad de los canales oficiales de comunicación e información.
- Regla 9. Utilización de la tecnología en general.
- Regla 10. Correo electrónico.
- Regla 11. Domicilio electrónico.
- Regla 12. Videoconferencia.
- Regla 13. Archivos y documentos electrónicos emitidos por autoridades judiciales y administrativas.
- Regla 14. Comunicaciones judiciales directas.

- Regla 15. Audiencias conjuntas y decisiones coordinadas.
- Regla 16. Firma digital, analógica mecánica, digitalizada o escaneada.
- Regla 17. Sistemas de gestión y soportes informáticos.
- Regla 18. Formularios electrónicos.
- Regla 19. Cuando la norma no distingue no cabe que lo haga el intérprete.
- Regla 20. Interpretación evolutiva o progresiva del Derecho.
- Regla 21. Exhortación.

Parte 3. Reglas para la cooperación jurisdiccional internacional

- Regla 22. Las prácticas más favorables.
- Regla 23. Vías y medios de transmisión de exhortos o cartas rogatorias.
- Regla 24. Soporte en el cual se consigna el exhorto o carta rogatoria.
- Regla 25. Requisitos para el cumplimiento del exhorto.
- Regla 26. Documentos que acompañan al exhorto o carta rogatoria.
- Regla 27. Elaboración de los exhortos o cartas rogatorias.
- Regla 28. Transmisión y diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria.
- Regla 29. Tecnificación de las Autoridades Centrales.
- Regla 30. Evaluar la posible descentralización territorial de las Autoridades Centrales.
- Regla 31. Formalidades y procedimientos especiales en el cumplimiento de medidas de cooperación probatoria.
- Regla 32. Videoconferencias.
- Regla 33. Alcance de la excepción de orden público

El Presidente solicitó a la relatora que la regla sobre capacitación de los funcionarios sea una de las primeras debido a la importancia que ello tiene para consagrar la idoneidad.

El doctor José Moreno Rodríguez comprobó el aspecto útil y oportuno de la propuesta. Como una forma de obtener más respuestas, instó a la Secretaría a organizar encuentros con las autoridades nacionales pertinentes. Pensar en que el documento sea concebido como recomendaciones y buenas prácticas y no reglas. Algo que fue agradecido por la relatora del tema.

La doctora Martha Luna explicó el trabajo que se hace en Panamá, que tiene pendiente una modificación al código de comercio y a los procesos para integrar y adecuar las nuevas tecnologías. Citó ejemplos en el ámbito de los tribunales de comercio y de derecho de autor, además de algunos juzgados civiles.

La relatora le pidió a la doctora Luna revisar la información de que se dispone sobre Panamá, y ver la posibilidad de incluir datos adicionales. Al respecto, la doctora Luna le manifestó todo su apoyo con insumos de su país.

El doctor Ramiro Orias felicitó a la relatora por su informe, que permite aprovechar las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y cuyo enfoque está a tono con el acceso a la justicia digital. Propuso incluir discusiones sobre justicia abierta (que es más comprehensivo que la justicia digital), y que busque ampliar la publicidad de las decisiones. En su experiencia, el mayor avance experimentado en su país ha sido a nivel del ministerio público, en comparación con los tribunales. En este contexto, instó a la relatora a verificar los avances en el ámbito de las fiscalías en lo penal.

La relatora explicó al pleno a que su trabajo se limita por ahora a lo civil.

Al respecto, el doctor Orias solicitó demarcar lo civil, dejando para el futuro la puerta abierta si se desea trabajar lo penal.

El doctor Eric Rudge agradeció a la relatora por su informe, cuya pertinencia fue dejada en evidencia por la pandemia de COVID-19. Explicó que él ha debido confrontar situaciones en su trabajo cotidiano en la judicatura, considerando que la ley no establece una normativa para dirigirse a los testigos o el uso de documentos. Es esencial la capacitación y el conocimiento de herramientas accesibles. Apoyó la idea del doctor Moreno Rodríguez en que se presenten recomendaciones. En su experiencia personal, se refirió al trabajo de China en la incorporación de nuevas tecnologías al trabajo de la judicatura. Algo que podría servir de referencia para los Estados. Adicionalmente, aludió a las experiencias de los Estados del Caribe ligados a Holanda (Aruba y Curazao). Instó a trabajar en estos temas desde ahora, pues su urgencia está ligada a la necesidad de brindar justicia en el presente.

Al respecto, la relatora agradeció los comentarios y las experiencias compartidas, haciendo la aclaración que su informe da a conocer ciertos elementos de su trabajo que aluden a la vía, pero que no abundan en detalles tales como el tipo de transporte.

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022) el tema no fue considerado.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023) el tema no fue considerado.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2023) la relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo, presentó el informe final en la materia, documento CJI/doc.696/23, que contiene una Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional para las Américas que recomienda mecanismos tendientes a hacer más efectivos los procedimientos de cooperación de las convenciones interamericanas vigentes por medio del uso de las tecnologías de la comunicación y de la información. Se trata de un documento no vinculante que tiene en consideración las diferencias sociales y económicas que existen en la región y que se busca identificar las cuestiones técnicamente posibles que se podrían implementar sin que en la práctica sea necesario “modificar o sustituir los textos convencionales vigentes”.

El trabajo incluye normas nacionales y desarrollos de la jurisprudencia en la región. Se espera interpretar la norma de manera evolutiva y no por vía de enmiendas.

Acto seguido pasó en revista a cada una de las 21 reglas generales de interpretación y aplicación.

REGLA 1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS

REGLA 2. RAPIDEZ Y EFICIENCIA DE LA COOPERACIÓN

REGLA 3. FINALIDAD SUBJETIVA Y FORMALISMOS LEGALES

REGLA 4. HERRAMIENTAS Y MECANISMOS DESCONOCIDOS

REGLA 5. UTILIZACIÓN DE MEDIOS TECNOLÓGICOS

REGLA 6. HERRAMIENTAS Y SOPORTES FÍSICOS

REGLA 7. MEDIOS ANALÓGICOS Y DOCUMENTOS PAPEL

REGLA 8. PUBLICIDAD DE LOS CANALES OFICIALES DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

REGLA 10. CORREO ELECTRÓNICO

REGLA 11. DOMICILIO ELECTRÓNICO

REGLA 12. VIDEOCONFERENCIAS

REGLA 13. ARCHIVOS Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS EMITIDOS POR AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS

REGLA 14. COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS

REGLA 15. AUDIENCIAS CONJUNTAS Y DECISIONES COORDINADAS

REGLA 16. FIRMA DIGITAL, ANALÓGICA MECÁNICA, DIGITALIZADA O ESCANEADA

REGLA 17. SISTEMAS DE GESTIÓN Y SOPORTES INFORMÁTICOS

REGLA 18. FORMULARIOS ELECTRÓNICOS

REGLA 19. CUANDO LA NORMA NO DISTINGUE NO CABE QUE LO HAGA EL INTÉRPRETE.

REGLA 20. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA O PROGRESIVA DEL DERECHO

REGLA 21. EXHORTACIÓN

REGLA 22. LAS PRÁCTICAS MÁS FAVORABLES

REGLA 23. VÍAS Y MEDIOS DE TRANSMISIÓN DE EXHORTOS O CARTAS ROGATORIAS

REGLA 24. SOPORTE EN EL CUAL SE CONSIGNA EL EXHORTO O CARTA ROGATORIA.

REGLA 25. REQUISITOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL EXHORTO.

REGLA 26. DOCUMENTOS QUE ACOMPAÑAN AL EXHORTO O CARTA ROGATORIA.

REGLA 27. ELABORACIÓN DE LOS EXHORTOS O CARTAS ROGATORIAS.

REGLA 28. TRANSMISIÓN Y DILIGENCIAMIENTO DEL EXHORTO O CARTA ROGATORIA

REGLA 29. TECNIFICACIÓN DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

REGLA 30. EVALUAR LA POSIBLE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

REGLA 31. FORMALIDADES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE COOPERACIÓN PROBATORIA

REGLA 32. ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

En conclusión, la relatora constató la existencia de instrumentos de *hard law* y *soft law* que permiten o al menos no prohíben la utilización de TICs en su aplicación práctica. Adicionalmente, en respuesta al Presidente, la relatora explicó que esta presentación fue realizada ante las autoridades paraguayas teniendo una muy buena aceptación.

El doctor Eric P. Rudge constató una diferencia en el título entre el inglés y el español que amerita ser revisada, solicitando si sería posible incluir al inicio del informe una lista de abreviaciones. En cuenta a la regla 21 que refiere a la adopción tan pronto sea posible, sugirió que tales enmiendas se realicen de manera progresiva. La relatora agradeció las sugerencias comprometiéndose a incluirlas

El Presidente se refirió a temas en que las jurisdicciones no tengan una norma acorde y que se ataque la falta de adecuación por parte de un Estado que no ha adoptado su marco normativo.

La doctora Martha Luna explicó que la normativa a favor de la digitalización ya se encuentra en el congreso lo cual permitirá a su país respetar la norma y práctica internacionales.

El doctor Ramiro Orias se sumó a las felicitaciones a la relatora, consultó sobre el tema del analogismo funcional que alude a acciones que buscan un objetivo similar a través de diversos medios, instando a la relatora a incorporarlo en su informe. Concepto que la relatora explicó se incluiría en el informe.

El Presidente felicitó a la relatora por la riqueza de su informe e informó que este documento será objeto de una presentación la semana próxima en la ASADIP y que de surgir novedades se integren para su posible adopción después de la sesión. Sin embargo, en su versión actual estaría aprobado.

El viernes, 11 de agosto se aprobó la versión final del informe en materia de cooperación judicial sujeto a los cambios que se incluirían en la versión final a ser sometida ante el Consejo Permanente de la OEA, como un documento del Comité. El 22 de agosto la Secretaría Técnica del Comité remitió al Presidente del Consejo Permanente el documento titulado “Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurisdiccional internacional”, documento CJI/doc. 696/23 rev.1.

A continuación, se presenta el informe adoptado por el Comité Jurídico Interamericano en la sesión de agosto de 2023, celebrada en Rio de Janeiro:

CJI/doc. 696/23 rev.1

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO.**LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU RELEVANCIA PARA LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL****I. ANTECEDENTES**

En su 98º Período Ordinario de Sesiones (5-9 abril, 2021) el Comité Jurídico Interamericano (en adelante, CJI) aprobó para su inclusión en la Agenda el tema “Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica internacional” (OEA/Ser. Q, CJI/doc. 637/21 de 6 de abril de 2021).

El tema propuesto y aprobado encuadra dentro del tema “Promoción y estudio de áreas de las ciencias jurídicas”, contenido en los Mandatos de la Asamblea General al Comité Jurídico Americano (Ver documento enviado “Mandatos.AG.ES.2021.pdf”). En el Resumen de los Párrafos Resolutivos, Nº 8, se expresa: “Solicitar al CJI a 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”.

El objetivo que se propone el CJI es la elaboración de una Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional¹ internacional para las Américas, que sea de utilidad al operador del derecho (jueces, abogados, etc.) para obtener el máximo provecho posible de las herramientas que hoy nos ofrece la tecnología, a la hora de aplicar los instrumentos convencionales y autónomos existentes en la materia.

Como primera medida para comenzar a trabajar en el tema, la suscrita relatora elaboró un cuestionario que, en el marco de cooperación establecido entre el CJI y Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), fue remitido a diversos especialistas de la región, habiéndose recibido seis respuestas. Dichas respuestas se vieron reflejadas en el primer informe de avance.

En el 99º Período Ordinario de Sesiones del CJI, que tuvo lugar en agosto de 2021, el Dr. Moreno Rodríguez enfatizó la necesidad del diálogo con otras organizaciones. Sugirió contactar a Luca Castellani, de UNCITRAL.

El Dr. George Galindo señaló la necesidad de tener en cuenta las diferencias sociales y económicas que existen en los diversos Estados de la región, cuestión que fue tenida en cuenta en la elaboración del Primer Borrador de Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional internacional para las Américas (en adelante, Guía).

En ese sentido, esta relatora considera que la “Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional internacional para las Américas” debería recomendar, proponer, sugerir tener en cuenta, pero no imponer las soluciones que se incluyan en la Guía.

En la reunión del 16 de septiembre entre la OEA, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y los Asesores jurídicos de las Cancillerías, se sugirió invitar a los Estados Miembros de la OEA a responder a los cuestionarios sobre los dos nuevos temas de la agenda del Comité Jurídico Interamericano, entre ellos, el referido a “Las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica internacional”. A la fecha se han recibido respuestas de las cancillerías de

¹ Se utiliza a lo largo de este informe la expresión “jurisdiccional” para referir a la cooperación entre autoridades que desempeñen función jurisdiccional de manera habitual, aunque no pertenezcan al Poder Judicial *strictu sensu*, como es el caso, por ejemplo, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Uruguay. No queda comprendida la cooperación internacional entre autoridades administrativas. Ver en este sentido: Didier Opertti Badán, *Exhortos y Embargos de Bienes Extranjeros. Medios de cooperación judicial internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1976, en especial p. 29, 38 y 41-43.

Argentina; Canadá; Costa Rica (respuesta elaborada por la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, Área de Derecho Internacional); Ecuador; Panamá (Sr. Otto A. Escartín Romero, Director Encargado de Asuntos Jurídicos y Tratados, y Sr. Juan Carlos Arauz Ramos, Presidente del Colegio de Abogados de Panamá); México; y Uruguay (Dr. Lic. Marcos Dotta, Director de Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores).

II. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Tal como planteara en oportunidad de proponer este tema al CJI, creo que todos coincidimos en que la pandemia provocada por el covid-19 nos ha obligado a recurrir a la tecnología para poder seguir operando en los más diversos ámbitos de la vida: familiar, social, profesional, docente, entre muchas otras. La situación ha acelerado la aplicación de la tecnología en la práctica del Derecho, desarrollando algunas que ya se venían utilizando y aplicando a otros ámbitos donde no se había explorado recurrir a la tecnología. Me refiero a notificaciones electrónicas, audiencias judiciales -y arbitrales- vía zoom o mediante la utilización de otras plataformas, comunicaciones electrónicas entre autoridades judiciales, entre muchas otras. Ello ha demostrado que se puede agilizar ciertos actos de cooperación jurisdiccional internacional, acortando tiempos, manteniendo todas las garantías de autenticidad y privacidad necesarias.

Considero que el análisis de este tema permitiría actualizar los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional previstos en varias Convenciones Interamericanas, por ejemplo, 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), entre otros instrumentos interamericanos, los cuales, por razones cronológicas, no hacen referencia a los mecanismos tecnológicos con los que contamos hoy día. No obstante, dichas Convenciones no cierran las puertas a estas innovaciones.

A vía de ejemplo, nótese que el art. 15 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias establece que: “Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, *o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia*” (el destacado es nuestro). La materialización de dichas prácticas puede encontrarse, por ejemplo, en los **Principios de ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)**, que pueden aplicarse “cuando las partes hayan acordado que los aspectos procesales de su relación jurisdiccional se rijan por ellos, a menos que dicho acuerdo se encuentre expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico del foro”, y también “a la interpretación, integración y complementación de reglas que resulten competentes para regir esta materia” (Preámbulo). Claro que estos Principios se aplicarán “siempre que dicha aplicación sea técnicamente viable y que ella no conduzca a resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del ordenamiento jurídico que sea aplicable” (art. 1.3).

La idea es trabajar en identificar qué cuestiones son técnicamente posibles y se podrían implementar en la práctica sin necesidad de modificar o sustituir los textos convencionales vigentes, así como también en los casos en que no existen normas convencionales.

En una primera etapa esta relatora procedió a explorar, a través del cuestionario referido, entre otras herramientas, el estado de situación de los distintos países en cuanto a la utilización que cada uno hace de las herramientas tecnológicas en materia de cooperación jurisdiccional internacional, por analizar qué cuestiones pueden verse beneficiadas por el recurso a la tecnología, mejorando la aplicación práctica de las Convenciones referidas, con miras a la **elaboración de una Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional internacional para las Américas por parte del CJI.**

Dicha Guía de buenas prácticas podría señalar y habilitar mecanismos tecnológicos que permitan priorizar la celeridad procesal sin desmedro de la seguridad, y la efectividad de los derechos sustanciales frente a los formalismos, cuya única razón de ser es garantizar los derechos sustanciales. En el caso de las notificaciones, por ejemplo, no se estaría modificando el contenido del exhorto, lo que cambia es el soporte como medio en el que se asienta la información, que pasa de ser material, en papel, a ser electrónico.

En conclusión, considero que el avance tecnológico es imparable y que no sólo debemos aceptarlo sino utilizarlo con miras a mejorar la cooperación jurisdiccional internacional en todas las materias. Sin perjuicio de avanzar en materia normativa, podemos utilizar mientras –en la medida de lo posible– los instrumentos con que contamos actualmente, como las Convenciones Interamericanas referidas más arriba, aunque actualizándolas en la práctica a través de la Guía de Buenas Prácticas a elaborar por el CJJ.

III. EL CUESTIONARIO

Los países que respondieron el cuestionario han ratificado varios instrumentos convencionales tanto regionales como universales.

En general todos los países que respondieron el cuestionario, cuentan con normas autónomas vigentes en materia de cooperación jurisdiccional internacional.

Todas las respuestas recibidas al cuestionario dan cuenta de la utilización de mecanismos tecnológicos, en mayor o menor medida. Algunos lo hacen en cumplimiento de alguna norma vigente en sus países, en general autónomas, dado que las convencionales por razones cronológicas no prevén expresamente dichos mecanismos, aunque no los prohíben.

A. Legislación

1) Su país, ¿es parte de los instrumentos convencionales que se enumeran a continuación?

a. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (aprobada en CIDIP-I, Panamá, 1975) y su Protocolo Adicional de 1979

Los Estados Parte de esta Convención son 18: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. y los de su Protocolo son quince: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela².

b. Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (aprobada en CIDIP-I, Panamá, 1975) y su Protocolo Adicional de 1984

Los Estados Parte de esta Convención son quince: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela³.

Los Estados Parte de su Protocolo Adicional, en cambio, son sólo cinco: Argentina, Ecuador, México, Uruguay y Venezuela⁴.

c. Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares (aprobada en CIDIP-II, Montevideo, 1979)

Los Estados Parte de esta Convención son siete: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay⁵.

d. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (aprobada en CIDIP-II, Montevideo, 1979)

Los Estados Parte de esta Convención son diez: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela⁶.

e. Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (MERCOSUR, Las Leñas, 1992)

Los Estados Parte de este Protocolo son cuatro: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay⁷.

² <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-46.html> (último acceso: 13 de julio de 2021).

³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-37.html> (último acceso: 13 de julio de 2021).

⁴ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-51.html> (último acceso: 13 de julio de 2021).

⁵ <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html> (último acceso: 13 de julio de 2021).

⁶ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html> (último acceso: 13 de julio de 2021).

f. Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.

Los Estados Parte de este Acuerdo son 3: Argentina, Paraguay, y Uruguay.

g. Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile

Los Estados Parte de este Acuerdo son 6: Argentina, Brasil, Chile Ecuador Paraguay, y Perú

h. *Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos.*

Los Estados Parte de este Acuerdo son 2: Uruguay y Argentina.

i. *Acuerdo de reconocimiento mutuo de certificados de firma digital del MERCOSUR*

Los Estados Parte de este Acuerdo son 2: Argentina, y Uruguay

j. Otros instrumentos, bilaterales o de otro tipo.

Se incluyen aquí algunos Convenios relevantes con respecto al tema a estudio.

• Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros

Varios países de la región son parte de este Convenio⁸.

• Convención de la Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial (1965)

Los siguientes países americanos son parte de este convenio, entre muchos otros de otras regiones: Argentina, Brasil, Canadá, Costa Rica, Estados Unidos, México, Nicaragua y Venezuela⁹.

• Convenio de la Haya para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia (1980)

Sólo dos países americanos son parte de este convenio (Brasil y Costa Rica), entre otros de otras regiones¹⁰.

• Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias

Sólo un país americano es parte de este convenio (Brasil), entre otros de otras regiones¹¹.

• Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial

Los siguientes países americanos son parte de este convenio, entre muchos otros de otras regiones: Argentina, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, México, Nicaragua y Venezuela¹².

• Protocolo del MERCOSUR sobre Medidas Cautelares

Son parte de este Protocolo Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁷ <https://iberred.org/convenios-civil/protocolo-de-las-lenas-de-cooperacion-y-asistencia-jurisdiccional-en-materia-civil>

(último acceso: 13 de julio de 2021)

⁸ Ver listado completo en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=41> (último acceso: 13 de julio de 2021).

⁹ Ver listado completo en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=17> (último acceso: 21 de julio de 2021).

¹⁰ Ver listado completo en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=91> (último acceso: 21 de julio de 2021).

¹¹ Ver listado completo en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=133> (último acceso: 21 de julio de 2021).

¹² Ver listado completo en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=82> (último acceso: 21 de julio de 2021).

Además, existen múltiples convenios bilaterales sobre temas vinculados a la cooperación jurisdiccional internacional que vinculan a Estados de la región.

2) Su país, ¿tiene normas autónomas¹³ vigentes en materia de cooperación jurisdiccional internacional? ¿cuáles?

En general todos los países que respondieron el cuestionario, cuentan con normas autónomas vigentes en materia de cooperación jurisdiccional internacional.

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que las normas autónomas en la materia están contenidas en los arts. 2610, 2611 y 2612 del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015. Además, existen 24 regulaciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires sobre reconocimiento de sentencias extranjeras, diversidad que se apoya en el sistema federal de Argentina. En el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 17.454 de 1967, modificado en 1981 por ley 22.434, la materia está regulada en los arts. 517 a 519.

El CCCN regula cuestiones como la igualdad de trato procesal al litigante foráneo, los casos en que -fuera de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales-, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral, la asistencia procesal internacional, entre otras. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula cuestiones como el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

Cabe destacar que se admite a texto expreso que “los jueces argentinos están facultados para establecer **comunicaciones directas con jueces extranjeros** que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso” (art. 2612 CCCN).

En **Bolivia** destaca José Manuel Canelas el nuevo Código Procesal Civil, promulgado el 2013, que contiene un último capítulo denominado “Cooperación Judicial Internacional”, lo que resulta una importante innovación para la legislación de su país.

En **Brasil**, Valesca Raizer y equipo presentan un muy extenso informe en el cual se establece, sintéticamente, que existe “un conjunto sustancial de normativas vigentes en materia de cooperación jurídica internacional”, y destaca las contenidas en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, la Ley de Introducción a las Reglas de Derecho Brasileño - LINDB (Decreto-Ley n°.4.657 de 04/09/1942, alterado por la Ley n° 12.376 de 30/12/2010), que “recopila diversas normas de Derecho Internacional Privado, incluyendo temas relacionados con la cooperación jurídica internacional, el **Código de Procedimiento Civil CPC/2005** (Ley n° 13.105, de 16 de marzo de 2015) establece “un régimen sistematizado para la cooperación jurídica internacional, previsto en el Título II “De los Límites de la Jurisdicción Nacional y de la Cooperación Jurídica Internacional”. Se establece la primacía de las reglas convencionales previstas en los Tratados Internacionales sobre cooperación jurídica internacional que Brasil sea parte, frente a las normas autónomas infra constitucionales. Mencionan también la Resolución n° 9/2005 del Superior Tribunal de Justiça – STJ, el Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal – STF, y la Portaria Interministerial n° 501, de 21 de marzo de 2012 entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Justicia.

En **Colombia**, José Luis Marín informa que las normas autónomas vigentes en su país en materia de cooperación jurisdiccional internacional se encuentran en el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2021 [Artículos 41].

Además, el informante menciona el Decreto 491 de 2020, que establece que: “A fin de mantener la continuidad en la prestación de los servicios de justicia alternativa, los procesos arbitrales y los trámites de conciliación extrajudicial, amigable composición y procedimientos de insolvencia de persona natural no comerciante se adelantarán mediante el **uso de tecnologías de la comunicación y la información**, de acuerdo con las instrucciones administrativas que impartan los centros de arbitraje y conciliación y las entidades públicas en las que se tramiten, según el caso. Dichas entidades públicas y centros pondrán a disposición de las partes y apoderados, árbitros, conciliadores, amigables componedores los **medios electrónicos y virtuales necesarios para el recibo de documentos y de**

¹³ Entendemos por “normas autónomas” aquellas normas de Derecho Internacional Privado que emanan del Parlamento de un Estado, es decir, que son de fuente interna o nacional, y no internacional, como los tratados y convenciones.

realización de reuniones y audiencias. Podrán habilitar **direcciones electrónicas** para el recibo de demandas arbitrales, solicitudes de conciliación extrajudicial, amigable composición, insolvencia de persona natural no comerciante, y cualquier documento relacionado con los procesos o trámites de éstos; también **enviar por vía electrónica comunicaciones y notificaciones; y adelantar virtualmente todo tipo de reuniones y audiencias** en cualquier etapa del proceso arbitral, del trámite conciliatorio, de amigable composición o de insolvencia de persona natural no comerciante. En caso de no contar con la tecnología suficiente para hacerlo, el centro o entidad pública podrá celebrar convenios con otros centros o entidades para la realización e impulso de las actuaciones, procesos y trámites.” (art. 10)

El art. 11 del Decreto 491 de 2020 establece: “Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con **firma digital**, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio.”

También menciona el Decreto 806 de 2020, que en su art. 1 establece: “Este decreto tiene por objeto **implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales** ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como, las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los **procesos arbitrales**, durante el término de vigencia del presente decreto. (...)”

El art. 2 del Decreto 806 de 2020 refiere específicamente al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y dispone: “**Se deberán utilizar las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales** y asuntos en curso, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, como también proteger a los servidores judiciales, como a los usuarios de este servicio público.

“**Se utilizarán los medios tecnológicos para todas las actuaciones, audiencias y diligencias** y se permitirá a los sujetos procesales actuar en los procesos o trámites a través de los **medios digitales** disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades presenciales o similares, que no sean estrictamente necesarias. Por tanto, las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones adicionales, ni incorporarse o presentarse en medios físicos.

“Las autoridades judiciales darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los **mecanismos tecnológicos** que emplearán.

“En aplicación de los convenios y tratados internacionales se prestará especial atención a las poblaciones rurales y remotas, así como a los grupos étnicos y personas con discapacidad que enfrentan **barreras para el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones**, para **asegurar que se apliquen criterios de accesibilidad** y se establezca si se requiere algún ajuste razonable que garantice el derecho a la administración de justicia en igualdad de condiciones con las demás personas.”

“**PARÁGRAFO 1o.** Se adoptarán todas las medidas para garantizar el debido proceso, la publicidad y el derecho de contradicción en la aplicación de las **tecnologías de la información y de las comunicaciones**. Para el efecto, las autoridades judiciales procurarán la **efectiva comunicación virtual** con los usuarios de la administración de justicia y adoptarán las medidas pertinentes para que puedan conocer las decisiones y ejercer sus derechos.”

“**PARÁGRAFO 2o.** Los municipios, personerías y otras entidades públicas, en la medida de sus posibilidades, facilitarán que los sujetos procesales puedan acceder en sus sedes a las actuaciones virtuales.”

El Dr. Marín también menciona jurisprudencia, en especial la Sentencia C-420 de 2020 Corte Constitucional.

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que las normas autónomas vigentes en su país en materia de cooperación jurisdiccional internacional están contenidas en los cuerpos normativos siguientes:

- Ley No. 7, de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral de 19 agosto de 1977. Gaceta Oficial No. 34 de 20 de agosto de 1977 (Última actualización 6 de abril del 2004), incluido Decreto-Ley 241/2006, que incorpora el Libro Cuarto a la Ley de trámites cubana sobre el Procedimiento de lo Económico en lo adelante LPCALE.

- La ley de Notarías estatales, Ley No. 50 de 28 de diciembre de 1984, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No. 3 de 1 de marzo de 1985.

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que las normas autónomas de México en materia de cooperación jurisdiccional internacional son básicamente “las contenidas en el Libro Cuarto del Código Federal de Procedimientos Civiles, denominado de “Cooperación Procesal Internacional” (arts. 543 a 577). Dichas disposiciones son acordes a las Convenciones interamericanas celebradas por México en la materia y fruto de las reformas iusprivatistas de 1988 logradas en la materia conforme a los esfuerzos de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP). Por su antigüedad, dicha legislación no contiene referencias expresas al uso de ninguna tecnología en particular.”

En **Uruguay**, las normas autónomas sobre cooperación jurisdiccional internacional están contenidas en el Código General del Proceso (1988), en especial, con relación al tema que nos ocupa, en sus arts. 91, 126, 143, y 524-543.

Cabe mencionar también normas autónomas más modernas, que refieren al tema que nos ocupa, como la Ley N° 18.237 de 26/12/2007, que estableció en su artículo único: “Autorízase el uso de **expediente electrónico, de documento electrónico, de clave informática simple, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial**, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Facúltase a la Suprema Corte de Justicia para reglamentar su uso y disponer su gradual implantación.” La Acordada N° 7637 de 16/9/2008 de la Suprema Corte de Justicia sobre notificaciones electrónicas, procedió a reglamentar la referida ley, con el “objetivo fundamental dotar de seguridad al nuevo sistema, frente a posibles dificultades técnicas y prácticas”.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz menciona la Ley de Derecho Internacional Privado, promulgada el 6 de agosto de 1998 (Gaceta Oficial 36.511).

B. La práctica en la Jurisprudencia y en las Autoridades Centrales

3) En el cumplimiento de alguna de las normas convencionales o autónomas vigentes en su país, ¿la jurisprudencia y/o la Autoridad Central de su país utiliza mecanismos tecnológicos? ¿cuáles?

Todas las respuestas recibidas al cuestionario dan cuenta de la utilización de mecanismos tecnológicos, en mayor o menor medida. Algunos lo hacen en cumplimiento de alguna norma vigente en sus países, en general autónomas, dado que las convencionales por razones cronológicas no prevén expresamente dichos mecanismos, aunque no los prohíben.

En **Argentina**, según informa la cancillería de dicho país, “la situación desencadenada como consecuencia de la emergencia sanitaria provocada por el virus Covid-19, impulsó a la Autoridad Central argentina al proceso de despapelización, incorporando la vía digital a los pedidos de asistencia. Esta situación significó un enorme desafío teniendo en consideración el importante caudal de documentación en papel que se recibe diariamente.”

Agrega el informe que: “Afortunadamente, y de acuerdo con las experiencias compartidas en foros internacionales y regionales, el empleo de medios tecnológicos para la cooperación jurisdiccional ha sido receptado positivamente no solo en la República Argentina sino también a nivel global.”

Y por último, informa algo que resulta alentador con respecto a los objetivos de este trabajo:

“...que, en el marco de los últimos encuentros realizados por la Comisión Técnica de Justicia en el ámbito de las reuniones de Ministros de Justicia del Mercosur y Estados

Asociados, las delegaciones han analizado la posibilidad de adoptar un instrumento con recomendaciones para la tramitación electrónica de pedidos, uso de videoconferencia y firma electrónica, implementando medidas que permitan asegurar un margen de seguridad elevado para los intercambios electrónicos.”

Quizás la Guía que está siendo elaborada por el CJI ser el instrumento que se pretende en el ámbito del MERCOSUR, pero con un ámbito de aplicación más amplio, que abarque no sólo los países de dicho espacio de integración económica sino a todos los países miembros de OEA.

En **Bolivia**, según informa José Manuel Canelas, se está empezando a usar la **firma digital**¹⁴.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “el Superior Tribunal de Justicia - STJ, responsable por el exequátur de las Cartas Rogatorias y de la homologación y ejecución de las Sentencias Extranjeras, utiliza tres herramientas de inteligencia artificial: **Sócrates, Athos y E-Juris**. **Sócrates** es la identificación temprana de las controversias jurídicas del recurso especial. Entre las funciones de la herramienta está la de señalar, de forma automática, la permisividad constitucional invocada para la interposición del recurso, las disposiciones legales cuestionadas y los paradigmas citados para justificar la divergencia. A su vez, **Athos** pretende localizar -incluso antes de la distribución a los jueces- los casos que pueden ser objeto de asignación para el juicio en virtud de la norma de los recursos repetitivos. Además, la plataforma vigila los casos con entendimientos convergentes o divergentes entre las divisiones del Superior Tribunal de Justicia - STJ, los casos con asuntos notoriamente relevantes y también las posibles distinciones o anulaciones de precedentes calificados. Por último, **E-juris** es utilizado por la Secretaría de Jurisprudencia del STJ para extraer las referencias legislativas y jurisprudenciales de la sentencia, además de indicar las sentencias principales y sucesivas sobre el mismo tema jurídico. El Superior Tribunal de Justicia está desarrollando una cuarta herramienta, la **Tabela Unificada de Assuntos (TUA)**, que tiene por objeto la identificación automatizada del objeto del asunto a efectos de su distribución a las sesiones del tribunal, según la rama del derecho en la que actúan.”

Agrega que la **Autoridad Central** (Ministerio de Justicia y Seguridad Pública), con el objetivo de facilitar la preparación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional, tiene **formularios electrónicos guiados**, que “proporcionan orientación sobre el correcto cumplimiento de la información obligatoria y los ejemplos. Al final, el solicitante debe guardar e imprimir el formulario, que debe seguir el procedimiento normal de una solicitud de cooperación, con la firma de las autoridades judiciales y la entrega física por correo. Además, utilizan el **Sistema de Información Electrónica**, una herramienta de gestión de documentos y procesos electrónicos, que permite la petición electrónica por parte de un usuario externo.”

En **Costa Rica**, se informa que: “Si bien no existe un impedimento jurídico, en la práctica, el empleo de mecanismos tecnológicos está limitado a algunos despachos judiciales, en algunas materias y para ciertas etapas de los procedimientos de cooperación jurídica internacional, tanto en lo relacionado con el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, como en el auxilio judicial internacional activo y pasivo.”

Agrega el Informe que:

“A lo interno de la mayoría de los despachos judiciales, se utilizan medios electrónicos solamente como soporte y/o respaldo del expediente. En algunos, se usan para la emisión, firma y notificación de resoluciones.”

“También se emplean para comunicación entre oficinas del Poder Judicial y algunas instituciones públicas en la obtención de información (Registro Nacional en lo relativo a registro de bienes muebles e inmuebles, poderes de representación, etc.) y en la ejecución de ciertas decisiones judiciales (por ejemplo, inscripción de hechos vitales y civiles, como divorcios o adopciones, en el Registro Civil).”

“En la mayoría de los casos se exige la presentación de la documentación física original cuando esta se encuentra apostillada o legalizada por la vía diplomática o consular.”

¹⁴ Puede consultarse por ejemplo el sitio web de la apostilla digital:
<https://www.cancilleria.gob.bo/apostilla/node/14>

“En el auxilio judicial internacional activo y pasivo (cartas rogatorias, exhortos, obtención de prueba, etc.) se exige la emisión de documentos físicos, incluso con las copias que señalan algunos instrumentos internacionales, pues deben transmitirse, a través de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a las distintas representaciones diplomáticas y consulares encargadas de hacer llegar la solicitud a la autoridad central o la autoridad competente del otro país, o viceversa.”

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que la jurisprudencia y Autoridad Central de su país utiliza mecanismos tecnológicos para el envío de documentación vía **correo electrónico, llamadas telefónicas**. Las **videollamadas** para notificaciones de iniciación de procedimiento internacional han tenido lugar ahora en tiempo de pandemia.

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que la jurisprudencia y la Autoridad Central de su país **utiliza mecanismos tecnológicos**, pero no en cumplimiento de las normas convencionales o autónomas vigentes en México, sino en base a que éstas no lo prohíben. Básicamente se han desarrollado “**plataformas en donde se puede tener acceso a ciertos expedientes en forma electrónica y suscribir escritos**.” Agregan que: “A partir de la pandemia se aceleró el proceso en algunos Tribunales de entidades federativas como Estado de México, Nuevo León y ahora la Ciudad de México, además de la Federación emitieron acuerdos administrativos que permiten puedan llevarse a cabo la consulta y acceso de expedientes electrónicos, así como el desahogo de audiencias y diligencias. Existen ciertos juicios, por ejemplo, el divorcio voluntario en el Estado de México, que puede solventarse al 100% en la vía electrónica.”

Por último, los informantes brindan ejemplos de servicios electrónicos que ofrecen algunos tribunales a nivel estatal.

El Informe de la Misión Permanente de México ante la OEA reafirma lo antedicho y agrega detalles.

En **Panamá** la jurisprudencia y la Autoridad Central no utilizan, hasta el momento, ningún mecanismo tecnológico en el cumplimiento de alguna de las normas convencionales o autónomas vigentes en el país.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que las autoridades judiciales y la Autoridad Central de su país utilizan el “**correo electrónico y “nubes” institucionales** para la recepción y remisión de cartas rogatorias; la **videoconferencia** como forma de obtener declaraciones en el exterior; ; y la **firma electrónica**”

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que “el uso de **documentos electrónicos y firmas electrónicas** es común en los organismos del Estado”, y refiere a la Ley de Infogobierno que regula el **uso de la tecnología de información** en la Administración Pública y señala en su artículo 26 que *“los archivos y documentos electrónicos que emitan el Poder Público y el Poder Popular, que contengan certificaciones y firmas electrónicas tienen la misma validez jurídica y eficacia probatoria que los archivos y documentos que consten en físico.”*

4) ¿Se utiliza en su país, instrumentos, herramientas o mecanismos tecnológicos, como los señalados en la siguiente lista, u otros?

Todas las respuestas recibidas indican la utilización de alguno de los instrumentos, herramientas o mecanismos tecnológicos enumerados en los literales a) a h) de esta pregunta, aunque algunos más y otros menos, como se reseña a continuación.

En **Argentina**, según informa la cancillería de dicho país que: “La Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto ha logrado adaptarse a las nuevas exigencias de la coyuntura actual, utilizando herramientas informáticas en pos de un eficiente desarrollo de sus actividades como Autoridad Central. Se mencionan a modo de ejemplo la implementación de expedientes electrónicos, la recepción y envío de documentos electrónicos, las comunicaciones electrónicas con Autoridades Centrales y autoridades judiciales locales, la incorporación de firma electrónica, entre otras.”

En **Bolivia**, informa José Manuel Canelas, existe la posibilidad jurídica del uso de instrumentos, herramientas o mecanismos tecnológicos, “a pesar de que en la práctica no necesariamente ocurra aún”.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “la **Ley n° 11.419**, de 19 de diciembre de 2006, estableció la **informatización de los procesos judiciales, comunicación de actos y transmisión de documentos procesales** en el país (art. 1). (...) Además, el **Código de Procedimiento Civil de 2015**, en su art. 193, establece **que los actos procesales podrán ser total o parcialmente electrónicos** y el art. 246, §1 aborda la **posibilidad de que las citaciones y notificaciones se realicen electrónicamente.**”

En **Colombia**, José Luis Marín informa que en su país se utilizan el expediente electrónico, el documento electrónico, la firma electrónica, las comunicaciones electrónicas, las notificaciones e intimaciones de providencias, resoluciones y sentencias (solas o acompañadas de documentos) por medios electrónicos y las intimaciones judiciales electrónicas. No se utiliza ni la firma digital ni el domicilio electrónico constituido.

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que en su país se utiliza el documento electrónico, la firma digital, las comunicaciones electrónicas y las notificaciones e intimaciones de providencias, resoluciones y sentencias (solas o acompañadas de documentos) por medios electrónicos.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país no se utilizan expedientes electrónicos, sino que “siguen siendo físicos, a pesar que se permite el envío de escritos por medio de correo electrónico.” Sí se utilizan documentos electrónicos, firma electrónica, comunicaciones electrónicas, domicilio electrónico constituido (solamente a efectos fiscales. De acuerdo al Código Orgánico Tributario, se puede solicitar la constitución de un domicilio fiscal electrónico), notificaciones e intimaciones de providencias, resoluciones y sentencias (solas o acompañadas de documentos) por medios electrónicos e intimaciones judiciales. No se utiliza la firma digital.

a. el expediente electrónico,

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que en algunas jurisdicciones **se utiliza el expediente electrónico, pero no son la mayoría.** “El Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes, sancionado el 21 de abril de 2021, ley 6556/2021, prevé expediente electrónico y notificaciones electrónicas, pero no es específico para los casos internacionales.”

En **Bolivia**, informa José Manuel Canelas, el Art. 99 del Código Procesal Civil establece: “Con el primer memorial o acta inicial de toda causa, se formará un expediente al que serán incorporadas cronológicamente y sucesivamente las actuaciones posteriores, **pudiendo ser éste electrónico.**”

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “**los expedientes electrónicos se utilizan en procesos electrónicos** y pueden servir como evidencia, audios, fotos, conversaciones en redes sociales, entre otros. En el caso de procesos físicos, estos expedientes también se pueden utilizar, almacenando los archivos en CD o memorias USB”.

En **Costa Rica** se informa que el expediente electrónico se utiliza “en la gran mayoría de los procesos judiciales, en el sistema denominado Gestión en Línea. Es accesible a las partes mediante un usuario y contraseña que se solicita en cualquier oficina judicial y que se vincula con el número de cédula de identidad o de cédula de residencia.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que el expediente electrónico **se utiliza en algunos estados** como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación.

En **Panamá** se está comenzando a utilizar.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que el expediente electrónico se utiliza y que está regulado en la Ley 18.237 y en la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7637. No obstante, en la actualidad, los Juzgados continúan trabajando los expedientes en formato papel, sin perjuicio de llevar un registro digital de los movimientos del mismo.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país **no se utiliza** el expediente electrónico, sino que los expedientes siguen siendo físicos. No obstante, se permite el envío de escritos por medio de correo electrónico.

b. documento electrónico

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que sí se utiliza el documento electrónico.

En **Bolivia**, informa Canelas, el art. 144(II) del Código Procesal Civil señala: “(...) se consideran medios legales de prueba los documentos y firmas digitales y los documentos generados mediante correo electrónico, en las condiciones previstas en la Ley.”¹⁵

El inciso III señala: “Las partes pueden valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la Ley, y que consideren conducentes a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el presente Código, y en su defecto en la forma que disponga la autoridad judicial.”

La Ley 1173 de abreviación procesal penal establece equiparables disposiciones para el procedimiento penal¹⁶. La 164 Ley de Telecomunicaciones de 2011 también señala la plena validez probatoria de documentos en medios electrónicos¹⁷.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “los documentos electrónicos son utilizados por el poder judicial brasileño, especialmente en los procesos electrónicos. Los certificados y trámites realizados principalmente por los secretarios notariales se hacen todos de forma electrónica, a través del sistema adoptado por cada Tribunal, como se indicó anteriormente. En relación a los documentos elaborados por las partes, normalmente se digitalizan para adjuntarlos al proceso electrónico o incluso se producen íntegramente en medios digitales. Desde 2020, los notarios tienen un servicio en línea administrado por el Notarial Central de Autenticación Digital (Cenad) al que los documentos se pueden autenticar digitalmente y luego reenviar por correo electrónico u otra forma de comunicación en línea. Para hacer esto, simplemente se completa el registro en línea en el sitio web <https://cenad-notariado.org.br/>.”

En **Costa Rica** se utiliza el documento electrónico en la gran mayoría de los procesos judiciales.

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que el documento electrónico se utiliza en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación.

En **Panamá** se utiliza el documento electrónico sólo respecto de los que son gubernamentales porque esos tienen su propia normativa. 2Pero debe estar firmado electrónicamente o que la entidad por medio de la Secretaría General del departamento legal haya puesto su rúbrica como fiel copia del original.”

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que el documento electrónico se utiliza y que está regulado por la Ley 18.237.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que sí se utilizan los documentos electrónicos.

c. firma electrónica,

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que sí se utiliza la firma electrónica.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “la firma electrónica tiene validez legal, siendo reconocida por varias leyes. La Medida Provisional nº 2.200-2 / 2001 instituye la Infraestructura de Claves Públicas Brasileñas (ICP-Brasil) y reconoce la firma digital y otros medios electrónicos de prueba de la autoría e integridad de los documentos. La Ley nº14.063 / 2020, por su parte, trata sobre el uso de firmas electrónicas en interacciones con entidades públicas del país. Además, el Decreto nº 10.543 regula el uso de esta herramienta en la administración pública federal. Es importante enfatizar que, en Brasil, los documentos con firma digital o física disfrutaban de la misma validez.”

En **Costa Rica** se utiliza la firma electrónica “por parte de personas juzgadoras del Poder Judicial”.

¹⁵ Ver asimismo el art 150 (IV).

¹⁶ Ver el art 9, y la Disposiciones Transitorias Cuarta y Novena.

¹⁷ Ver, entre otros, el art 6 (IV).

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que la firma electrónica se utiliza en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación.

En **Panamá** se reconoce la firma electrónica del Registro Público.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que la firma electrónica se utiliza y que está regulada por la Ley 18.237. Cada vez es más frecuente que los exhortos internacionales sean librados por los Juzgados uruguayos en formato electrónico, y con firma electrónica. Los mismos cuentan con un código QR que permite acreditar su autenticidad.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país sí se utiliza la firma electrónica.

d. firma digital,

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que sí se utiliza la firma digital.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “la firma digital, también llamada firma electrónica calificada, tiene alta confiabilidad y requiere un certificado digital emitido por una Autoridad de Certificación, de acuerdo con la Medida Provisional n°. 2.200-2. La Ley n°.14.063 / 2020, mencionada anteriormente, establece que la firma digital está permitida en cualquier interacción electrónica con el público”.

En **Costa Rica** se utiliza la firma digital, la cual es accesible a cualquier persona; está regulada por el Gobierno.

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que la firma digital se utiliza en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que la firma digital se utiliza y que está regulada por la Ley 18.237.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país no se utiliza la firma digital.

e. comunicaciones electrónicas,

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que sí se utilizan las comunicaciones electrónicas.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “tanto el Código de Procedimiento Civil como la Ley n°. 11.419 establecen la posibilidad de que tanto la citación como la intimación se realicen electrónicamente. Sin embargo, es necesario que las partes ya estén debidamente registradas en el sistema al que se inserta el proceso electrónico. Por lo tanto, es más común que las partes sean citadas por correo en Brasil, utilizando el Aviso de Recibo (AR). En relación a las intimaciones, estas son más comunes por vía electrónica, dada la necesidad de que los abogados se registren en los sistemas. Otras comunicaciones, como para cualquier aclaración, también se pueden realizar de forma virtual a través de los correos electrónicos institucionales de los servidores, sin excluir también la posibilidad de realizar dicha comunicación de forma presencial o telefónica.”

En **Costa Rica** “se emplean los medios electrónicos regulares para comunicaciones de carácter informativo, envío y recepción de documentos para procesos judiciales.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que las comunicaciones electrónicas se utilizan en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación.

En **Panamá** las comunicaciones electrónicas “pueden ser compulsadas como genuinas ante Notario Público pero la información debe ser gestionada y autenticada por un perito informático idóneo dentro de la República de Panamá”.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que las comunicaciones electrónicas se utilizan y que están reguladas por la Ley 18.237. Sin embargo, a nivel judicial, se limitan a las comunicaciones con organismos públicos y personas que tengan registrado en el expediente, su domicilio electrónico. Cuando se recibe un exhorto extranjero, el destinatario de la medida no se encuentra registrado en el sistema, por lo que toda notificación se continúa realizando en formato papel y en modo personal.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país sí se utilizan las comunicaciones electrónicas.

f. domicilio electrónico constituido,

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que sí se utiliza el domicilio constituido.

En **Bolivia**, informa Canelas, el Art. 72 del Código Procesal Civil señala que las partes “también podrán comunicar a la autoridad judicial el hecho de disponer medios electrónicos (...) como domicilio procesal, a los fines de recibir notificaciones y emplazamientos.”

La Ley 1173 de abreviación procesal penal establece equiparables disposiciones para el procedimiento penal¹⁸.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “todos los magistrados y servidores públicos del Poder Judicial que trabajan con procesos electrónicos cuentan con un registro en el cual pueden realizar sus actividades y trámites inherentes al proceso de manera electrónica, así como comunicarse entre sí. Además, también cuentan con correos electrónicos profesionales que permiten la comunicación con las partes y sus abogados exclusivamente a través de medios digitales, con atención presencial y telefónica. El Ministerio Público, la Defensoría Pública y otros abogados también deben registrarse en el sistema para poder adjuntar a los registros los debidos documentos judiciales, documentos, así como recibir citaciones. Además, el Ministerio Público cuenta con un sistema propio que permite la comunicación entre empleados.”

En **Costa Rica**: “Existe la posibilidad de señalar un correo electrónico como “domicilio electrónico permanente” para todos los procesos judiciales (artículo 3 de la Ley de Notificaciones Judiciales, N°8687 del 4 de diciembre de 2008). No es obligatorio y se puede modificar o revocar.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que el domicilio electrónico constituido se utiliza en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación.

En **Panamá** no se utiliza.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que el domicilio electrónico constituido se utiliza y que está regulado por la Ley 18.237 y por la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7648. Toda vez que un abogado presenta una demanda, o al momento de contestarla, debe constituir su domicilio procesal electrónico. Ese domicilio electrónico es administrado por el Poder Judicial, asignándole uno particular a cada abogado y escribano público.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país sí se utiliza el domicilio electrónico constituido, aunque solamente a efectos fiscales. De acuerdo al Código Orgánico Tributario, se puede solicitar la constitución de un domicilio fiscal electrónico.

g. notificaciones e intimaciones de providencias, resoluciones y sentencias (solas o acompañadas de documentos) por medios electrónicos

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que sí, y agregan:

“El Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes, sancionado el 21 de abril de 2021, ley 6556/2021, contempla notificaciones electrónicas:

Artículo 108. Notificación electrónica. Procederá la notificación de oficio al domicilio electrónico, sólo de las siguientes resoluciones: [...]

Llama la atención que el Código mencionado no contemple medios electrónicos para el caso de notificación a demandado domiciliado en el extranjero.

Artículo 445. Demandado domiciliado en el extranjero. Si el demandado residiese fuera de la República, el juez fijará el modo de notificación y el plazo en que haya de comparecer, atendiendo a las distancias y a la mayor o menor facilidad de las comunicaciones.

El Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco, aprobado por ley 559 de 2016, publicado el 8 de marzo de 2017, contempla el tema:

¹⁸ Ver cita 3.

Artículo 166: Notificación por medios electrónicos. El Superior Tribunal de Justicia dictará la reglamentación que determine a través de qué medios virtuales las partes intervinientes y sus asistentes letrados podrán tomar conocimiento de los diferentes actos procesales que se realicen en el expediente, y podrá ir adecuándolos por la misma vía de acuerdo a los avances tecnológicos que puedan irse produciendo.”

En **Bolivia**, informa Canelas, el art. 82 del Código Procesal Civil señala: “Después de las citaciones con la demanda y la reconvención, las actuaciones judiciales en todas las instancias y fases del proceso deberán ser inmediatamente notificadas a las partes en la secretaria del juzgado o tribunal o por medios electrónicos, conforme a las disposiciones de la presente Sección”¹⁹.

La Ley 1173 de abreviación procesal penal establece equiparables disposiciones para el procedimiento penal²⁰.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “tanto el Código de Procedimiento Civil como la Ley n° 11.419 establece la posibilidad de que tanto la citación como la intimación se realicen electrónicamente. Sin embargo, es necesario que las partes ya estén debidamente registradas en el sistema al que se inserta el proceso electrónico. Por lo tanto, es más común que las partes sean citadas por correo en Brasil, utilizando el Aviso de Recibo (AR). En relación a las intimaciones, estas son más comunes por vía electrónica, dada la necesidad de que los abogados se registren en los sistemas. Sin embargo, existen algunas notificaciones e intimaciones de providencias, resoluciones y sentencias que requieren cumplimiento personal, a través del alguacil, por ejemplo, como en los procesos de ejecución, para que los bienes del deudor estén debidamente registrados.”

En **Costa Rica** se utiliza la vía electrónica para “resoluciones judiciales: providencias, autos y sentencias. En algunos casos (traslado inicial de la demanda, imputación de cargos, entre otros) jurídicamente se exige la notificación personal o en el domicilio físico.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que las notificaciones e intimaciones de providencias, resoluciones y sentencias (solas o acompañadas de documentos) por medios electrónicos se utilizan en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación, mientras no se trate de diligencias de carácter coactivo, como embargos, que siguen diligenciándose en forma personal.

En **Panamá** no se utilizan.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que las notificaciones e intimaciones de providencias, resoluciones y sentencias (solas o acompañadas de documentos) por medios electrónicos se utilizan y que están reguladas por las Acordadas de la Suprema Corte de Justicia N°s 7637, 7644 y 7648. Sin embargo, sólo se utilizan en aquellos casos donde la persona a notificar haya registrado previamente en el expediente, su domicilio procesal electrónico. Ello no sucede en los casos de notificaciones requeridas por exhortos internacionales. En ese caso, sin perjuicio que el exhorto internacional frecuentemente es recibido electrónicamente por la Autoridad Central de Uruguay, y ésta - a su vez - lo deriva al Juzgado competente de la misma forma, el Juzgado luego lo imprime y notifica en forma personal y en formato papel. Posteriormente, en algunos casos el Juzgado remite la constancia de notificación a la Autoridad Central en forma electrónica. Si no lo hiciera, la Autoridad Central procede a su digitalización y posterior devolución a la Autoridad Central extranjera en forma electrónica.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país sí se utilizan las notificaciones e intimaciones de providencias, resoluciones y sentencias (solas o acompañadas de documentos) por medios electrónicos.

h. intimaciones judiciales

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que sí se realizan notificaciones judiciales electrónicas.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “todas estas herramientas se utilizan en cierta medida en el poder judicial. También hay que decir que, debido a la pandemia de Covid-19, el

¹⁹ Ver asimismo el art. 83.

²⁰ Ver cita 3.

uso de estas herramientas se ha intensificado enormemente, haciéndolas accesibles a un mayor número de personas.”

En **Costa Rica**: “En la mayoría de los casos (traslado inicial de la demanda, imputación de cargos, entre otros) jurídicamente se exige la notificación personal o en el domicilio físico.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que las intimaciones judiciales pueden notificarse vía electrónica en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación, mientras no se trate de diligencias de carácter coactivo, como embargos, que siguen diligenciándose en forma personal.

En **Panamá** no se realizan.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que las intimaciones judiciales se utilizan y que están reguladas por la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7644. Sin embargo, al respecto, corresponde realizar las mismas observaciones realizadas al contestar el ítem g.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país sí se utilizan las intimaciones judiciales electrónicas.

5) A los efectos de las comunicaciones, notificaciones, intimaciones y demás,

A los efectos de las comunicaciones, notificaciones, intimaciones y demás, varían las exigencias de un país a otro y lo que admite o no cada uno. La utilización de correos electrónicos personales, institucionales, sistema de correo electrónico exclusivo para las notificaciones electrónicas en los procesos judiciales, WhatsApp. En cuanto al domicilio electrónico y al domicilio contractual electrónico, algunos países lo tienen regulado, pero otros no. En cuanto a los sistemas de gestión y soportes informáticos adecuados para garantizar los requisitos mínimos que permitan validar la notificación, comunicación, intimación y demás, también se observan diferencias entre los países, aunque la mayoría de los países que han enviado información cuentan con sistemas adecuados. La comunicación entre las autoridades judiciales y/o entre las Autoridades Centrales por medios electrónicos opera en general -con excepciones- en todos los países sobre los que se recibió información, aunque en algunos se cubre un ámbito más amplio que en otros. En cuanto a las notificaciones, intimaciones y demás, efectuadas por las autoridades judiciales y/o las Autoridades Centrales a las partes, por medios electrónicos, en general, aunque no en todos los casos, es admitida por los países que enviaron respuestas.

a. ¿se exige que los particulares tengan correos electrónicos especiales, institucionales, o se hacen a sus correos electrónicos personales?

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que se pueden utilizar correos personales.

En **Bolivia**, informa Canelas que la jurisprudencia muestra que se hacen notificaciones por whatsapp o a correos electrónicos personales²¹.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “los miembros del poder judicial deben utilizar el correo institucional para comunicaciones, notificaciones e intimaciones judiciales. Sin embargo, en lo que respecta a los litigantes y los abogados, no se requiere ningún tipo de correo electrónico especial.”

En **Colombia**, José Luis Marín informa que en su país “no se exige un correo electrónico en particular, se puede hacer una notificación al correo personal o institucional, eso depende del interesado quien deberá proveer una cuenta de correo sin importar si es personal o institucional, esto es, todo depende de su elección.”

En **Costa Rica**: “Se puede emplear casi cualquier dirección de correo electrónico, siempre que se encuentre en la lista oficial de direcciones autorizadas para recibir notificaciones judiciales, lo cual se puede autogestionar en la dirección: <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/vcce.userinterface/>”

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que se puede hacer a correos personales.

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que “en algunos estados como Nuevo León o Estado de México el Tribunal proporciona un correo electrónico

²¹ Ver, por ej., las Sentencias Constitucionales 0114/2021-S3, y 0131/2021-S3.

institucional. En la Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación, se hace en los correos electrónicos particulares.”

En **Panamá** no se exige.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que: “Conforme a lo establecido por Acordada SCJ N° 7637, *“toda persona, organismo, o profesional, deberá constituir domicilio electrónico, para los asuntos judiciales que tramite o esté tramitando y para los procedimientos administrativos que se ventilen ante y/o vinculados a la actividad judicial.”* A tal fin, el Poder Judicial instaló un sistema de correo electrónico exclusivo para las notificaciones electrónicas en los procesos judiciales, siendo el único medio admitido a esos efectos.”

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que no se exige que los particulares tengan correos electrónicos especiales, sino que basta con indicar los correos electrónicos personales.

b. ¿está regulado en su país el domicilio electrónico, y en particular el domicilio contractual electrónico?

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “se regula el Domicilio Tributario Electrónico (DTE), que permite el registro de teléfonos celulares y correos electrónicos para recibir avisos, y garantiza total seguridad a los usuarios. Además, en algunos estados, como São Paulo, el Domicilio Electrónico del Contribuyente está regulado en el estado por la Ley n° 15.406 / 2011, que establece la comunicación entre la Secretaría de Hacienda Municipal y el ciudadano. No existe una regulación específica sobre el domicilio contractual electrónico.”

En **Costa Rica**: “En el ámbito judicial, existe la posibilidad de señalar un correo electrónico como “domicilio electrónico permanente” para todos los procesos judiciales (artículo 3 de la Ley de Notificaciones Judiciales, N°8687 del 4 de diciembre de 2008). No es obligatorio y se puede modificar o revocar. A nivel contractual, puede señalarse un domicilio contractual, pero este debe ser una casa de habitación o un domicilio real para las personas físicas, o el domicilio social o real para las personas jurídicas (artículo 22 de la Ley de Notificaciones Judiciales, N°8687 del 4 de diciembre de 2008).”

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que en su país el domicilio electrónico, y en particular el domicilio contractual electrónico, no están regulados.

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que “los tribunales señalados permiten señalar domicilios electrónicos para efectos procesales, pero para realizar diligencias de carácter coactivo requieren de un domicilio físico. En la legislación, se reconocen los medios digitales y correos electrónicos para recibir notificaciones, pero la validez de una notificación trascendente, por ejemplo, un emplazamiento, aún no está debidamente regulado, ni debidamente desarrollado jurisprudencialmente.”

En **Panamá** no está regulado.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que: “El domicilio electrónico constituido para procesos que se ventilan ante el Poder Judicial se encuentra regulado por Ley N° 18.237 y reglamentado por diversas Acordadas de la SCJ, entre ellas, la 7637, 7644 y 7648.”

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país no está regulado el domicilio electrónico. Sin embargo, es perfectamente posible que las partes lo acuerden en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

c. ¿se realizan en el domicilio electrónico contractual constituido en el extranjero?

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que las comunicaciones, notificaciones, intimaciones y demás, se realizan en el domicilio electrónico contractual constituido en el extranjero.

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “no existe regulación del domicilio contractual electrónico, pero, en los contratos entre ausentes, se considera que el lugar de formación es el domicilio del oferente, que es el lugar, en los contratos electrónicos internacionales, por ejemplo, donde su servidor o su homenaje es. Para la judicialización, el foro considerado es el domicilio del demandado.”

En **Costa Rica**: “Pueden realizarse notificaciones judiciales solamente en los medios autorizados en la Ley de Notificaciones Judiciales (N°8687 del 4 de diciembre de 2008), por lo que puede establecerse un domicilio contractual siempre que sea una ubicación física, dentro o fuera del territorio nacional.”

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que las comunicaciones, notificaciones, intimaciones y demás no se realizan en el domicilio electrónico contractual constituido en el extranjero.

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que “Bajo la aplicación de normas mexicanas, se reconocen los medios digitales y correos electrónicos para recibir notificaciones, pero la validez de una notificación trascendente, por ejemplo un emplazamiento, aún no está debidamente regulado, ni debidamente desarrollado jurisprudencialmente.”

En **Panamá** no se realizan.

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que las comunicaciones, notificaciones, intimaciones y demás, no se realizan en el domicilio electrónico contractual constituido en el extranjero.

d. ¿su país cuenta con sistemas de gestión y soportes informáticos adecuados para garantizar los requisitos mínimos que permitan validar la notificación, comunicación, intimación y demás, como la autenticidad de los documentos, la seguridad de que el documento o el exhorto provienen de la autoridad de la que dicen provenir, etc.?

En **Bolivia**, informa Canelas que, si bien no tiene una respuesta clara, le gustaría “resaltar la creación de la Agencia de Gobierno Electrónico y Tecnologías de Información y Comunicación, que da cuenta de los esfuerzos del Estado para modernizar la administración pública. Esta entidad debe “gestionar, articular y actualizar el Plan de Implementación de Gobierno Electrónico”²² propuesto por el Gobierno como una agenda 2017 – 2025²³. Asimismo, puede resaltarse la Ley de Ciudadanía Digital (Ley 1080), aprobada mediante una plataforma web por el Congreso el 2018²⁴, que tiene el fin de profundizar el Gobierno Electrónico, y otorgar credenciales digitales al ciudadano²⁵. Esta norma señala que “[l]os documentos o solicitudes generados a través de ciudadanía digital, o firmados digitalmente, deben ser aceptados o procesados por todas las instituciones públicas y privadas que presten servicios públicos”, bajo apercibimiento de sanciones por “responsabilidad por la función pública.”²⁶

Entre el 2017 y el 2018, se han creado dos portales online para trámites con el Estado, que prometerían una sustancial mejora en la estructura de la inter-operatividad entre entes gubernamentales. Por un lado, se estableció el “Portal de Tramites del Estado”, bajo la dirección de <<https://www.gob.bo/>>; y por otro, la “Plataforma Empresa Digital” <<https://empresadigital.gob.bo/>>, que debería constituirse como punto único de contacto para empresas y otras entidades de índole económico²⁷.

En el 2018, se creó el Archivo Digital²⁸, que debería ser “[un] registro descentralizado de orden cronológico e integridad de datos y documentos digitales. (...)” Los datos en el archivo “tendrán plena validez jurídica respecto a la integridad y temporalidad de los mismos, para asuntos judiciales y administrativos, incluyendo aquellos de ejecución y control gubernamental.”²⁹

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, sí existen los mecanismos referidos en la pregunta. “La tramitación de la solicitud de la cooperación jurídica por parte de la Autoridad Central cuenta con sistema de gestión y soportes informáticos adecuados que permitan garantizar la

²² Ver el art 7 del Decreto Supremo 2514 que crea esta institución.

²³ Ver informe disponible en <https://tinyurl.com/e7h74nac>

²⁴ El Deber. (Diario Nacional). “Diputados aprobaron ley de ciudadanía digital usando plataforma web”. Santa Cruz, 2017, <https://tinyurl.com/y32zx9ua>

²⁵ Ver, por ej., los arts 1 y 8.

²⁶ Art 8(II).

²⁷ Difusión informativa de la AGETIC; <https://tinyurl.com/y23tpsw>

La AGETIC ha señalado que la “Plataforma Empresa Digital” podría incluir tecnología blockchain; <https://tinyurl.com/y23tpsw>

²⁸ Normado mediante Decreto Supremo 3525 de 2018.

²⁹ Art. 16.

autenticidad de los documentos e, incluso, permitir que sea utilizado como medio válido de prueba en procedimientos judiciales. En Brasil, el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional, una agencia del Ministerio de Justicia, es la autoridad central responsable de enviar y recibir solicitudes. A partir del 5 de abril de 2021, este organismo comenzó a recibir solicitudes de cooperación legal internacional mediante el uso del recurso de petición digital en el Sistema Electrónico de Información - SEI.”

“Esta plataforma permite a los usuarios externos enviar sus solicitudes, pudiendo seguir el proceso, petición, firma, protocolo y otras facilidades, haciendo más eficiente la acción. El SEI elimina el procesamiento físico de documentos, aumentando las precauciones relacionadas con la protección de la información y evita riesgos de pérdida, además de eliminar el uso de papel, impresora y electricidad. Las agencias podrán comprobar la recepción inmediata del documento y evitar la incertidumbre de recibir el pedido, contando también con la fácil inclusión de los anexos necesarios. El SEI también traerá un registro del avance del proceso, permitiendo consultas, comprobaciones y auditorías. Además, aumentará la eficiencia del procesamiento, ya que el propio sistema pone automáticamente los documentos y procesos a disposición del área técnica especializada, prescindiendo de los procedimientos de filtrado y reenvío.”

Agrega el informe de Brasil que “el DRCI también coordina la Red Nacional de Laboratorios de Tecnología contra el Blanqueo de Capitales - Rede-Lab.”, y que “Brasil aprobó y promulgó la Convención de la Haya relativa a la supresión de la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros, la convención la apostilla, que es un certificado de autenticidad emitido por los países signatarios del Convenio de La Haya, que se adjunta a un documento público para certificar su origen (firma, cargo de agente sello, precinto o estampilla de la institución).”

En **Colombia**, José Luis Marín informa que su país cuenta con sistemas de gestión y soportes informáticos adecuados a los efectos de la pregunta.

En **Costa Rica** informan afirmativamente.

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que “el tribunal, así como la Corte de arbitraje comercial internacional, cuentan con los soportes necesarios para esto. También para los Registros de sucursales y representaciones extranjeras adscriptos a la Cámara de comercio del país.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que en los estados que han desarrollado el uso de las tecnologías (algunos estados como Nuevo León, Estado de México y Ciudad de México), el Poder Judicial de la Federación y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, cuentan con sistemas de gestión y soportes informáticos adecuados para garantizar los requisitos mínimos que permitan validar la notificación, comunicación, intimación y demás, como la autenticidad de los documentos, la seguridad de que el documento o el exhorto provienen de la autoridad de la que dicen provenir, entre otros.

En **Panamá** sí existe pero “sólo entidades gubernamentales, la Autoridad de Innovación Gubernamental (AIG) apoya en esta materia.”

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que su país cuenta con sistemas de gestión y soportes informáticos adecuados para garantizar los requisitos mínimos que permitan validar la notificación, comunicación, intimación y demás, como la autenticidad de los documentos, la seguridad de que el documento o el exhorto provienen de la autoridad de la que dicen provenir, etc. Agrega que “los jueces emiten sus cartas rogatorias con firmas electrónicas, verificables a través de un código QR”.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que su país no cuenta con tal sistema, a pesar que sí cuenta con una base legal que exhorta a la utilización de la tecnología, No disponen de equipos o sistemas de gestión y soportes informáticos adecuados.

e. ¿cómo opera la comunicación entre las autoridades judiciales y/o entre las Autoridades Centrales por medios electrónicos?

En **Argentina**, informa la cancillería de dicho país que: “La gran mayoría de los exhortos diligenciados por la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto son recibidos a través del correo institucional cooperacion-civil@mrecic.gov.ar. Posteriormente, y en caso de cumplir con los requerimientos de las

normas aplicables, las cartas rogatorias son remitidas -en formato digital- a las autoridades judiciales locales competentes o a las Autoridades Centrales, para sus diligenciamientos de estilo.”

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, la justicia federal “instituyó COOPERA, un programa del Consejo Federal de Justicia, una agencia de la Corte Superior de Justicia que, en asociación con el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional, una agencia del Ministerio de Justicia, permite a los jueces federales enviar y recibir solicitudes de cooperación jurídica internacional a través del acceso garantizado a las mismas por medios digitales. Con base en la solicitud realizada por la autoridad judicial, este convenio entre el Consejo Federal de Justicia - CJF y DRCI permite que la comunicación entre las autoridades judiciales y las autoridades centrales se realice de manera rápida por medios electrónicos.”

En **Colombia**, José Luis Marín informa que este punto está regulado por la Ley 527 de 1999.

En **Costa Rica**: “En las materias de Derecho Privado, la comunicación por medios electrónicos solamente se da entre despachos judiciales, consulados e, indirectamente, con autoridades de otros países, para la preparación de la obtención de pruebas u otras actuaciones procesales; para que se concrete la cooperación, siempre se requiere el envío de la solicitud formal a través de la vía diplomática, como se describe de seguido. En el auxilio judicial internacional activo y pasivo (cartas rogatorias, exhortos, obtención de prueba, etc.) se exige la emisión de documentos físicos, incluso con las copias que señalan algunos instrumentos internacionales, pues deben transmitirse, a través de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a las distintas representaciones diplomáticas y consulares encargadas de hacer llegar la solicitud a la autoridad central o la autoridad competente del otro país, o viceversa.”

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que “Opera por correo electrónico, vía telefónica, también existe comunicación de autoridades judiciales con algunos Registros que están informatizados, como es el caso de Registros de actos de última voluntad, el Registro de antecedentes penales.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que “No se acostumbra todavía el uso de medios electrónicos en México para la transmisión de cartas rogatorias, aunque algunos tribunales como el Estado de México ya las expiden. Al solicitar a la Cancillería mexicana que la diligencie, nos dicen carecer de protocolos internos para hacerlo.”

En Panamá opera por el “Sistema de Gestión Documental provisto por la AIG (Autoridad de Innovación Gubernamental)”.

En **Uruguay**, Daniel Trecca informa que: “La Autoridad Central del Uruguay dispone de casillas electrónicas institucionales, de las cuales remite y recibe las cartas rogatorias. Para cooperación civil, lo hace a través de la casilla cooperacioncivil@mec.gub.uy, para cooperación penal, a través de la casilla cooperacionpenal@mec.gub.uy, para solicitudes de restitución internacional de menores, régimen internacional de visitas y prestación internacional de alimentos, a través de la casilla ” y para los pedidos de traslado de personas condenadas, a través de la casilla traslado@mec.gub.uy.

Esos correos son accesibles para todos los abogados que trabajan en cada sección, evitando el uso de correos electrónicos personales que impiden su acceso, en caso de que su titular no lo pudiera abrir por algún motivo (licencia, renuncia, etc). Todos los Juzgados del país cuentan con una casilla institucional, a la que derivamos todos los exhortos internacionales. Posteriormente, éstos nos los devuelve en su mayoría, por medios electrónicos.

La comunicación entre Autoridades Centrales se realiza preferentemente por medios electrónicos, siempre que la Autoridad Central extranjera así lo permita. A los efectos de enviar los exhortos librados por la Justicia uruguaya al extranjero, o la devolución de los exhortos recibidos del extranjero, si los archivos son muy voluminosos, se cargan en una “nube” institucional, remitiendo un link seguro para su descarga por la Autoridad Central extranjera. Cabe destacar, que a esos efectos se utiliza un servidor propio, lo que garantiza la seguridad y confidencialidad de los documentos allí almacenados.

El Uruguay ha ratificado recientemente el Tratado relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales. De conformidad con su art. 1, este Tratado regula el uso de la plataforma electrónica lbc@ como medio formal y preferente de transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades

Centrales. en el marco de Tratados vigentes entre las partes y que contemplen la comunicación directa entre dichas instituciones. El mismo ha sido ratificado por Andorra, Cuba, España, Portugal y Uruguay, y se encuentra en fase de implementación. Una vez implementado, será una herramienta muy útil para la transmisión de los exhortos en forma electrónica, asegurando la seguridad y confidencialidad en su transmisión.

f. ¿cómo operan las notificaciones, intimaciones y demás, efectuadas por las autoridades judiciales y/o las Autoridades Centrales a las partes, por medios electrónicos?

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que:

“Casos de jurisprudencia en los que se han admitido notificaciones por medios electrónicos

En un caso de divorcio unilateral, el Juzgado ordenó la notificación al cónyuge domiciliado en Inglaterra por correo electrónico, para lo cual incidió la pandemia del COVID 19 y los cierres de frontera dispuesta por el gobierno argentino y de otros países. (Juzg. de Familia N° 1, Tandil (provincia de Buenos Aires) 29/07/2020, G., E. A. c. W., B. s. divorcio por presentación unilateral, publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina y comentado por A. B. Zacur y F. Robledo en RIDII 13, diciembre 2020 y por N. Rubaja y C. Iud en LL 03/12/2020. <http://fallos.diprargentina.com/2020/12/g-e-c-w-b-s-divorcio-por-presentacion.html?m=1>

También se autorizó la notificación de la demanda de divorcio por presentación unilateral por correo electrónico o WhatsApp al demandado domiciliado en España, teniendo en cuenta la crisis sanitaria sin precedentes por el COVID-19 (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón (provincia de Buenos Aires), Sala II, 13/04/2021, MJ-JU-M-132497-AR | MJJ132497 | MJJ132497)

En otro caso en el que se debía notificar la fijación de alimentos provisorios al deudor domiciliado en Canadá, la Cámara Nacional en lo Civil, autorizó que se realizara mediante WhatsApp (CNCiv., sala de Feria, 25/01/21, B. L., V. P. y otros c. D., C. S. s. alimentos: modificación, publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina en:

<http://fallos.diprargentina.com/2021/03/b-l-v-p-y-otros-c-d-c-s-s-alimentos.html?m=1>

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “el artículo 246, V, del Código de Procedimiento Civil, establece que las notificaciones e intimaciones se realizarán por vía electrónica, según lo regula la ley. El artículo 246, párrafo 1º, del CPC/2015, por su parte, establece que, con excepción de las micro y pequeñas empresas, las empresas públicas y privadas están obligadas a llevar un registro en los sistemas en registros electrónicos, con el fin de recibir citaciones, que preferentemente se realizarán por este medio. La **Ley n° 11.419 / 06 es la que regula el proceso electrónico** en Brasil. La comunicación electrónica de actos procesales está prevista en los artículos 4 a 7 de la Ley n°. 11.419/06. Se prevé la creación por los tribunales de Boletines de Justicia electrónicos, disponibles en Internet, para la publicación de sus propios actos judiciales y administrativos, así como para la comunicación en general. El artículo 9 de dicha ley establece que todas las notificaciones e intimaciones, incluso del Tesoro Público, se realizarán por medios electrónicos. En juicios con abogados designados, las notificaciones e intimaciones se realizan mediante la publicación del acto en el Diario electrónico y por correo electrónico previamente informado al tribunal.”

En **Colombia**, José Luis Marín informa que este punto está regulado por la Ley 527 de 1999.

En **Costa Rica**: “Se realizan notificaciones de resoluciones judiciales al correo electrónico señalado por las partes: providencias, autos y sentencias, salvo los casos en los que, jurídicamente, se exige la notificación personal o en el domicilio físico (traslado inicial de la demanda, imputación de cargos, entre otros).”

“También se emplea mensajería instantánea (SMS) al teléfono móvil señalado para envío de recordatorios sobre audiencias judiciales y otras gestiones, lo cual no sustituye la notificación por correo electrónico u otros medios autorizados por la normativa.”

“Las intimaciones de hechos no se realizan por medio de correo electrónico. Ahora bien, la comunicación entre autoridades centrales se realiza una vez se tenga claro cuáles son los destinatarios autoridades por cada Estado.”

En **Cuba**, Taydít Peña Lorenzo informa que “Lo usual es el uso de correos electrónicos, en este caso contamos con una Instrucción No. 207 del Tribunal Supremo Popular del año 2011 que

Autoriza a las Salas de lo Económico de los Tribunales Provinciales Populares para utilizar la vía del correo electrónico para cursar a las partes un “aviso de notificación” de las resoluciones judiciales. Las videollamadas se han autorizado sobre todo en estos tiempos en que ha tenido lugar la Pandemia de la COVID 19. Tuvimos un caso concreto de sustracción internacional en que lo utilizamos.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que “Pueden efectuarse notificaciones vía electrónica en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación. Pero tratándose de diligencias de carácter coactivo, como embargos, que siguen diligenciándose en forma personal.”

En **Panamá** “Las notificaciones se deben hacer personalmente de acuerdo al artículo 1002 del Código Judicial Panameño...”.

En **Uruguay**, Daniel Trecca informa que: “Cada parte, al momento de presentarse en una causa judicial, debe constituir domicilio electrónico, en el domicilio electrónico que dispone su abogado/escribano patrocinante, proporcionado por el Poder Judicial. Desde ese momento, todas las notificaciones se realizan a la referida casilla.

“Si la notificación se acompaña de documentación existente en formato papel, luego de ser notificado electrónicamente, el destinatario dispone de 3 días hábiles para retirar los documentos que se trate. Si el interesado dentro del plazo establecido no concurre a retirar los documentos, la notificación se considerará realizada al vencer esos tres días.”

Sin embargo – como ya se ha manifestado precedentemente - al no encontrarse previamente registrado el destinatario de la medida en el expediente, las mismas se continúan realizando en forma personal y en formato papel, sin perjuicio que su devolución al Estado requirente pueda realizarse luego en forma electrónica.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que en su país las notificaciones, intimaciones y demás, efectuadas por las autoridades judiciales y/o las Autoridades Centrales a las partes, se realizan a través del correo electrónico, mensajes de texto o WhatsApp.

6) Si su país es parte de la Convención Interamericana sobre Exhortos o cartas Rogatorias:

a. Las autoridades judiciales y las Autoridades Centrales, ¿utilizan “las prácticas más favorables”, como las contenidas en los Principios TRANSJUS, conforme al art. 15 de la Convención?

En **Bolivia**, informa Canelas que: “Al menos en materia administrativa, puede resaltarse el art 4(j) que hace referencia al principio de eficacia, y señala que "todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas". Si determinados procedimientos (incluso de derecho privado) pueden llegar a los mismos fines que determinadas actuaciones de la administración pública, cabe entonces cuestionar si no deberían ser igualmente eficaces en términos jurídicos en Bolivia.”

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “entre las prácticas de comunicación procedimental con uso de tecnología previstas en el art. 4.7 de los Principios TRANSJUS están las llamadas telefónicas y videoconferencias, los mensajes electrónicos y cualquier otro medio de comunicación capaz de efectuar la cooperación solicitada.”

En **Costa Rica**: “No se tienen constancia de la aplicación, en la práctica, de los Principios TRANSJUS en vez de los requisitos que dispone la Convención; sin embargo, ellos no son incompatibles con la normativa vigente.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que “Pueden efectuarse notificaciones vía electrónica en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación. Pero tratándose de diligencias de carácter coactivo, como embargos, que siguen diligenciándose en forma personal.”

En **Panamá** no las utilizan.

En **Uruguay**, Daniel Trecca informa que: “La Autoridad Central del Uruguay no tiene registro que los Principios TRANSJUS hayan sido invocados expresamente. No obstante, muchas de las prácticas allí establecidas, son de uso frecuente.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz responde negativamente.

b. ¿Se utilizan medios electrónicos u otras tecnologías en su aplicación, por ejemplo, en la tramitación de los exhortos?

En **Argentina**, según informa la Cancillería de dicho país: “En relación con la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería argentina tramita, -en su calidad de Autoridad Central de dicha Convención por vía electrónica-, la mayoría de las solicitudes de asistencia jurídica. Excepcionalmente, se cumple en informar que las cartas rogatorias destinadas a algunos países de la región deben remitirse en formato papel, pues no aceptan dichos instrumentos por medios digitales.”

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, la justicia federal instituyó COOPERA, como ya se explicó supra, respecto de la pregunta 5) e.

En **Colombia**, José Luis Marín informa que:

“Efectivamente, el Código General del Proceso [Ley 1564 de 2021] en su artículo 103 señala: “USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES. En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

“Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos.

“En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código se aplicará lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos”.

En **Costa Rica**: “En el auxilio judicial internacional activo y pasivo (cartas rogatorias, exhortos, obtención de prueba, etc.) se exige la emisión de documentos físicos, incluso con las copias que señalan algunos instrumentos internacionales, pues deben transmitirse, a través de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a las distintas representaciones diplomáticas y consulares encargadas de hacer llegar la solicitud a la autoridad central o la autoridad competente del otro país, o viceversa.”

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que:

“Sobre la materia, la norma procesal cubana en su inciso segundo del propio artículo 14 regula el curso del trámite por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, adaptando su forma a las disposiciones dictadas por dicho Ministerio. A tales efectos el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular mediante la Instrucción Nro. 214 de 27 de marzo de 2012, aprobó la Metodología para la tramitación de solicitudes de Cooperación, en la cual se ordena el proceso y la intervención de dicho órgano judicial respecto a los distintos trámites que puedan realizarse a través de la Cooperación Jurídica Internacional y Notas Verbales. En su contenido se atribuye al Departamento Independiente de Relaciones Internacionales del Tribunal Supremo Popular, el encargo de recibir, controlar e impulsar todas las Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional y las Notas Verbales, estableciéndose que en todos los casos se tramitarán a través del Ministerio de Relaciones Exteriores o la Autoridad Central designada, con observancia de los acuerdos suscritos o en su defecto, en virtud del principio de reciprocidad internacional.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan que “Pueden efectuarse transmisión de exhortos y practicarse notificaciones vía electrónica en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación. Pero tratándose de diligencias de carácter coactivo, como embargos, que siguen diligenciándose en forma personal.”

En **Panamá** no se utilizan medios electrónicos u otras tecnologías a este respecto, se siguen utilizando documentos tradicionales, “aunque con efecto de la pandemia, se han hecho avances aun no concretos en este tema.”

En **Uruguay**, Daniel Trecca informa que sí se utilizan.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que: “Actualmente el poder judicial está optando por la utilización de la tecnología, sin embargo, por ser una modalidad que se empezó a implementar

en virtud de la pandemia se cuenta con poca información respecto a la tramitación de exhortos por medios electrónicos.”

7) Si su país es parte de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, ¿se utilizan medios electrónicos para la recepción de pruebas en el extranjero, como por ejemplo, la celebración de audiencias virtuales?

En **Argentina**, informan María Blanca Noodt Taquela y Julio C. Córdoba que:

“Sí, se utilizan para recepción de pruebas, en particular para celebración de audiencias. En caso de restitución internacional es relativamente habitual.

El Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes, sancionado el 21 de abril de 2021, ley 6556/2021 dispone:

Artículo 297. Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado. En el ofrecimiento de prueba se indicará si el testigo debe declarar fuera del lugar del proceso. En este caso, se procurará su declaración por el medio técnico más idóneo.

Una noticia periodística recoge un caso de conciliación virtual:

Un joven de nacionalidad colombiana que falleció en Campo Largo los primeros días del año pasado, sin tener parientes en Argentina. El joven alquilaba un departamento en la localidad. Luego de sucesivas comunicaciones, y envío de documentales en forma digital, se celebró audiencia de conciliación virtual (a través de la plataforma de WhatsApp), entre el propietario del inmueble, desde su domicilio en Campo Largo, familiares del joven fallecido, desde Colombia y Brasil, acordándose la entrega de los bienes muebles y pertenencias personales del joven fallecido a una tercera persona, lográndose así desocupar el inmueble para el locador, y los familiares poder tener las pertenencias personales del joven. La sentencia fue dictada por el Juzgado de Paz y Faltas de Campo Largo, a cargo del José Luis Haetel. Nota publicada en <https://www.diariojudicial.com/nota/88828>.

Por su parte, la cancillería argentina informa que: “En referencia a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería argentina tramita, -en su calidad de autoridad Central de dicha Convención- por vía electrónica la mayoría de las solicitudes de medidas probatorias. No obstante, ello, y tal como fue informado precedentemente, las cartas rogatorias destinadas a algunos países de la región deben remitirse en formato papel, pues no aceptan dichos instrumentos por medios digitales.

Por otro lado, en lo concerniente a la celebración de audiencias virtuales, es menester indicar que no todos los tribunales argentinos cuentan con la infraestructura necesaria para llevarlas a cabo. En consecuencia, dependerá de la autoridad judicial competente la posibilidad de proceder a su celebración por dicho medio.”

Según informa Valesca Raizer y equipo, “**Brasil**, a pesar de haber firmado la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero en 1975, no lo ha ratificado hasta ahora.”

En **Colombia**, José Luis Marín informa que:

“El Parágrafo 2º y 3º del artículo 103 del Código General del Proceso indica que: PARÁGRAFO SEGUNDO. No obstante, lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso.

“PARÁGRAFO TERCERO. Cuando este código se refiera al uso de correo electrónico, dirección electrónica, medios magnéticos o medios electrónicos, se entenderá que también podrán utilizarse otros sistemas de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos siempre que garanticen la autenticidad e integridad del intercambio o acceso de información. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecerá los sistemas que cumplen con los anteriores presupuestos y reglamentará su utilización”.

En **Costa Rica** sí se utilizan medios electrónicos para la recepción de prueba en el extranjero, aunque ello “queda sujeto a las exigencias de cada Estado, por cuanto algunas autoridades consideran suficiente el adelanto digital del acta, sin embargo, otros países solicitan el adelanto digital para avanzar con el caso, mientras reciben el documento original.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan: “No tenemos conocimiento de que se realicen aplicando la Convención interamericana, pero se efectúan en procedimientos federales de concursos mercantiles mediante los mecanismos de cooperación procesal internacional contenidos en los artículos 278 a 310 de la Ley de Concursos Mercantiles.”

En **Panamá** no se utilizan medios electrónicos u otras tecnologías a este respecto, se siguen utilizando documentos tradicionales, “aunque con efecto de la pandemia, se han hecho avances aun no concretos en este tema.”

En **Uruguay**, Daniel Trecca informa que sí se utilizan medios electrónicos para la recepción de pruebas en el extranjero. Las Acordadas de la SCJ 7784, 7902 y 7815 le dieron valor de Acordada al Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia.

“Asimismo, el artículo 539 de la ley 19.924 agregó al Código General del Proceso un artículo 64-BIS, que autoriza la utilización de la videoconferencia u otros medios telemáticos idóneos para la realización de cualquier audiencia judicial.”

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que: “Actualmente el poder judicial está optando por la realización de audiencias virtuales, sin embargo, por ser una modalidad que se empezó a implementar en virtud de la pandemia se cuenta con poca información respecto a la recepción de pruebas en el extranjero.”

8) ¿Se utilizan medios electrónicos o tecnologías en la aplicación de otras Convenciones de los que su país sea parte?

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “en el ámbito de la Convención de Haya sobre Cobro Internacional de alimentos en beneficio de los niños y otros miembros de la familia, todas las solicitudes aún deben realizarse por medios físicos, con el envío de documentos impresos, con las respectivas traducciones, a la dirección de la autoridad central (Ministerio de Justicia, a través del Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional - DRCI). El sistema denominado iSuport (Sistema de Comunicación Electrónica de Gestión de Procesos y Seguridad) se encuentra aún en fase de implementación en Brasil, sin una fecha definida para el inicio de su uso y/o en qué medida impactará al ciudadano común, en el reenvío de los necesarios formularios (si existirá la posibilidad de envío de formularios por medios digitales, por ejemplo). Por otro lado, se pone a disposición del ciudadano un correo electrónico que busque información o acceda a los formularios necesarios.”

En **Colombia**, José Luis Marín informa que:

“Ley 527 de 1999 [Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.]

Artículo 5°. RECONOCIMIENTO JURIDICO DE LOS MENSAJES DE DATOS. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Artículo 7°. FIRMA. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Artículo 8°. ORIGINAL. Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;

b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.

Artículo 10. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

Artículo 11. CRITERIO PARA VALORAR PROBATORIAMENTE UN MENSAJE DE DATOS. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Ley 270 de 1996 [Ley Estatutaria de Administración de Justicia]

Artículo 95. Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley.

Ley 962 de 2005

Artículo 25. - Utilización del correo para el envío de información. Modificado por el art. 10, Ley 962 de 2005. Las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado. En ningún caso se podrán inadmitir las solicitudes o informes enviados por personas naturales o jurídicas que se hayan recepcionado por correo certificado a través de la Administración Postal Nacional, salvo que los códigos exijan su presentación personal. Para los efectos de vencimiento de términos, se entenderá que el peticionario presentó la solicitud o dio respuesta al requerimiento de la entidad pública en la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expidió con fecha y hora, el respectivo recibo de envío. Igualmente, los peticionarios podrán solicitar el envío por correo de sus documentos o información requerida a la entidad pública.

Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

En **Costa Rica**: “Los medios de comunicación electrónica son utilizados entre las diferentes autoridades centrales que deban trabajar con Costa Rica, pero teniendo claro que se trata de un canal expedito de comunicación. De manera tal que se aprovechará para enviar consultas, adelantos digitales, respuestas parciales o finales, sujetos a la remisión de los documentos originales. Estas herramientas simplifican y aceleran la cooperación; de igual manera se aclara que Costa Rica aún no es parte del Convenio de Medellín sobre la transmisión electrónica de solicitudes de asistencias penales internacionales.”

En **Panamá** no se utilizan medios electrónicos u otras tecnologías a este respecto, se siguen utilizando documentos tradicionales, “aunque con efecto de la pandemia, se han hecho avances aun no concretos en este tema.”

En **Uruguay**, Daniel Trecca informa, que en aplicación del Convenio de La Haya, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, resulta muy frecuente la intervención del solicitante en audiencia, a través de videoconferencia.

a. ¿Se tiene en cuenta, por ejemplo, el art. 4.7 de los Principios TRANSJUS en cuanto a favorecer el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs)?

En **Bolivia**, informa Canelas, que: “La Constitución, en su artículo 103, señala que el Estado debe asumir políticas para promover nuevas tecnologías de información y comunicación.”

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “aunque los Principios ASADIP de Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS) aún no sean populares en la práctica judicial brasileña, la facilitación del uso de la tecnología para de información y comunicación representa, conforme anteriormente mencionado, una realidad creciente. Diversas herramientas, como las llamadas telefónicas y videoconferencias, los mensajes electrónicos y otros medios de comunicación son fomentadas dentro de los límites legales ya referidos, con el objetivo de promoción de la cooperación jurídica internacional y del acceso transnacional a la justicia por el judiciario brasileño.”

En **Costa Rica**: “No se tienen constancia de la aplicación, en la práctica, de los Principios TRANSJUS; sin embargo, ellos no son incompatibles con la normativa vigente.”

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que: “Lamentablemente no lo suficiente, aunque algo ha impulsado la pandemia a ello, pero aún no contamos con los medios tecnológicos seguros para garantizar la eficacia y seguridad en sus usos. Es válido decir que se está trabajando en función de esto. Como comenté anteriormente, se ha utilizado la videollamada o videoconferencias para notificaciones e intentos de negociación. La vía telefónica también se ha utilizado para la comunicación entre Autoridades centrales, así como entre esta y las autoridades judiciales, además de los correos electrónicos y diplomáticos.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan: “Si bien no se efectúan aplicando especialmente dicho instrumento internacional, pueden efectuarse transmisión de exhortos y practicarse notificaciones vía electrónica en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación. Pero tratándose de diligencias de carácter coactivo, como embargos, se siguen diligenciándose en forma personal.”

Agrega el informe de la Misión Permanente ante la OEA que: “Desafortunadamente, en la actualidad no existe un conocimiento generalizado entre abogados y autoridades jurisdiccionales respecto a los Principios TRANSJUS. Dicho instrumento se ha analizado por la doctrina mexicana especializada en Derecho Internacional Privado, sin embargo, se considera que existe un área de oportunidad para llevar a cabo la difusión de dicho instrumento de *soft law* entre la comunidad jurídica del país.”

En **Panamá** “Sí existe el interés en el país en utilizar la nueva tecnología, aún se utilizan a través de los documentos, aunque con efecto de la pandemia, se han hecho algunos avances significativos y otros aun no concretos en este tema.”

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que, si bien no se tiene registro que se haya invocado dichos Principios, en la práctica, judicial se procura favorecer el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs), tal como se establece en el art. 4.7 de los Principios TRANSJUS.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que no se tienen en cuenta los Principios TRANSJUS.

b. ¿Se tiene en cuenta el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional, aprobado en la Asamblea Plenaria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Chile del 2 al 4 de abril de 2014? En caso afirmativo, ¿cómo y en qué casos?

En **Argentina**, informa la cancillería de dicho país: “Al aplicar las fuentes del MERCOSUR, de la Organización de los Estados Americanos o de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería argentina

utiliza, principalmente, herramientas tecnológicas. Sin perjuicio de ello, se remiten solicitudes de asistencia por medios físicos en los casos en que la opción electrónica no se considere viable.

La implementación de vías electrónicas en la cooperación internacional ha permitido cumplir con mayor celeridad las solicitudes de asistencia, reduciendo -sustancialmente- el tiempo de procesamiento de los pedidos, los costes postales, los riesgos de pérdida y, sobre todo, los impactos ambientales.”

Concluye el informe de cancillería con unas consideraciones finales muy importantes y alentadoras para el trabajo del CJI, por lo que ameritan su transcripción aquí:

“En vista de todo lo expuesto, puede concluirse que, si bien el empleo de la tecnología a la asistencia jurídica internacional ha derivado de una necesidad de adaptación ante un contexto pandémico, puede también vislumbrarse como una oportunidad para maximizar el eficiente desarrollo de las funciones propias de las Autoridades Centrales.

Atento a ello, se considera que la incorporación de la digitalización en la cooperación jurídica internacional es una modalidad que ya se encuentra instalada en la labor cotidiana y que, se estima, permanecerá en el futuro, dado sus resultados positivos.

Por tales razones, la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas para los países americanos constituirá una herramienta de utilidad para recopilar experiencias y recomendaciones en la materia, facilitando el empleo de las tecnologías tanto para las autoridades judiciales como para las Autoridades Centrales.”

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, “así como los principios de la ASADIP, los principios establecidos por el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial aún no son de aplicación recurrente por el judiciario nacional.”

En **Costa Rica**: “No se tienen constancia de la aplicación, en la práctica, del Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional; sin embargo, Costa Rica es parte del Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia y su Protocolo adicional sobre costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes (Cumbre Judicial Iberoamericana, Mar de Plata, 3 de diciembre de 2010), instrumentos mencionados en el primero.”

“En general, las videoconferencias se realizan con el auxilio de la misión consular sin requerir la intervención de autoridades del país anfitrión; sin embargo, en caso de no contar con esa posibilidad, es factible su celebración de conformidad con lo establecido en los dos instrumentos vigentes recién referidos.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan: “Si bien no se efectúan aplicando especialmente dicho instrumento internacional, pueden efectuarse transmisión de exhortos y practicarse notificaciones vía electrónica en algunos estados como Nuevo León, Estado de México, Ciudad de México y el Poder Judicial de la Federación. Pero tratándose de diligencias de carácter coactivo, como embargos, que siguen diligenciándose en forma personal.”

Agrega el informe de la Misión Permanente ante la OEA que: “Se considera que no existe un conocimiento generalizado sobre el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional.”

En **Uruguay**, informa Daniel Trecca que sí se tiene en cuenta el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional. Agrega que “Si bien Uruguay aún no lo ha ratificado, la SCJ lo ha incorporado, dándole valor de Acordada, a través de la Acordada 7815, y es utilizado frecuentemente para el uso de la videoconferencia.”

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que no se tiene en cuenta el referido Protocolo.

C. Doctrina

9) ¿Cuáles son las posiciones doctrinarias en su país con respecto a la temática abordada en este cuestionario?

En **Brasil**, según informa Valesca Raizer y equipo, en opinión de **Fabrizio Polido**, “la realidad de la Internet y las nuevas tecnologías en general choca con los modelos tradicionales de cooperación jurídica internacional entre Estados. Esto se debe, en parte, a que la mayoría de los tratados se

concluyeron antes de la emergencia de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y la difusión de la Internet tal como se la concibe hoy³⁰.”

“Es en este sentido que **Davi Oliveira** y otros académicos afirman que la cooperación internacional no es necesariamente un fenómeno nuevo. Dado que, "Brasil, por ejemplo, es signatario de acuerdos de cooperación vigentes que datan de la década de 1950 (años antes del surgimiento de internet, y aún más antes de su popularización para uso civil)"³¹.

“Aún queda un largo camino por recorrer con respecto al uso de redes y tecnologías en el funcionamiento de los mecanismos existentes de cooperación internacional para asistir a los tribunales y órganos administrativos de los Estados en casos transnacionales. A pesar de los avances en la implementación de nuevas tecnologías, una buena parte de los mecanismos de cooperación jurídica internacional aún está intermediada por medios analógicos e instrumentos notariales.”

“Se entiende que la interacción de estos mecanismos es fundamental para la preservación de las garantías procesales mínimas - como defensa amplia, contradictorio, debido proceso legal- garantizadas en tratados y constituciones. Por ese motivo, las interacciones entre el proceso transnacional y la cooperación jurídica internacional deben ser referenciadas en la consolidación de mecanismos de interoperabilidad jurídica y comunicacional entre Estados, organizaciones y actores de Internet, y también en la observancia de los valores de justicia global y debido proceso transnacional³².”

“Con el objetivo de investigar la influencia de Internet en la realidad y la práctica de la cooperación jurídica internacional en Brasil, el “Instituto de Referência em Internet e Sociedade” (IRIS) realizó un estudio preliminar que evaluó los acuerdos sobre esta materia suscritos por Brasil, teniendo como uno de sus límites los acuerdos que utilizan Internet para dar efecto a medidas de cooperación jurídica internacional en litigios transnacionales.” “Los estudios realizados mostraron que la influencia de esta nueva herramienta se da en al menos 36 de los convenios de cooperación firmados por Brasil. Observando los mayores números, se observa que la mayor parte de los objetos de las medidas de cooperación (48%) tiene que ver con la obtención de pruebas, mientras que la mayoría de los acuerdos prevén reciprocidad (88,2%), en materia penal (66,1%), es bilateral. (58,3%), con 9 de Estados Unidos y 8 de Suiza. Provisionalmente, se puede afirmar que el Poder Judicial brasileño, en materia de cooperación jurídica internacional, aún no se adapta a las nuevas formas de comunicación y posibilidades de interacción que presenta Internet”³³.

“En cuanto a los datos encontrados y sus respectivos análisis, el estudio señala que:

“La Internet se concibe, en estos acuerdos, en convergencia con el propósito de compartir información específica para o sobre un caso dado (obtención de pruebas). Del perfil se puede apreciar que los países que más utilizan internet en los acuerdos (lo que les permite utilizarlo en prácticas de cooperación en los procesos) son países del Norte global, es decir, tienen en común una alta tasa de participación en la industrialización y los activos financieros. Predomina también el interés en materia penal, y esto abre la hipótesis de que quizás la mayoría de los acuerdos firmados en general sean en esta materia, por lo que el uso de internet sería mayor en acuerdos de esta naturaleza. Además, el hecho de que la reciprocidad tenga una alta frecuencia puede verse como un aspecto positivo, ya que hace más efectivo el uso de Internet, una herramienta muy extendida y que permite a todos los involucrados la misma posibilidad técnica de utilizarla. Considerando la fecha de entrada en vigencia, se puede concluir que el año con mayor número de convenios fue 2008, con 6 convenios, y la frecuencia de convenios al respecto disminuye posteriormente; La mayor parte de la entrada en vigencia

³⁰ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito internacional privado nas fronteiras do trabalho e tecnologias: ensaios e narrativas na era digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 76.

³¹ OLIVEIRA, Davi Teófilo Nunes et al. *A Internet e suas repercussões sobre a Cooperação Jurídica Internacional: estudo preliminar sobre o tema no Brasil*. Instituto de Referência em Internet e Sociedade: Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://bit.ly/38Dxpt0>. Acesso em: 09/06/2021. p. 6.

³² POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Op. cit. p. 92.

³³ OLIVEIRA, Davi Teófilo Nunes et al. Op. cit. p. 24.

de los convenios ocurrió antes de ese año, con 24 convenios entre 1960 y 2008. Así, el escenario de cooperación jurídica internacional en cuanto al uso de internet en sus ejecuciones carece de pronósticos más actualizados”³⁴.

“En el mismo sentido, la autora **Carmen Tiburcio**, referencia en el estudio del Derecho Internacional Privado, en Brasil, señala que los instrumentos de cooperación jurídica internacional pueden ser bastante efectivos cuando hacen uso de recursos tecnológicos³⁵. Considerando el caso brasileño, la ley nacional, a pesar de no ser explícita, trae elementos que permiten comprender la posibilidad de utilizar recursos tecnológicos para atender las solicitudes de cooperación jurídica internacional. Esto se debe a que el Código de Procedimiento Civil aprobado en 2015, que entró en vigencia en 2016, en su artículo 26, inciso V, establece como principio aplicable a la cooperación jurídica la espontaneidad en la transmisión de información a autoridades extranjeras. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico brasileño hoy existe un camino abierto para que los operadores legales utilicen herramientas tecnológicas en el cumplimiento de las solicitudes, ya sean activas o pasivas, de cooperación judicial internacional.”

“Disertando sobre las transformaciones en el ámbito de las comunicaciones directas y sus implicaciones para la cooperación jurídica internacional, **Mônica Sifuentes** alude que:

“É assente que um dos maiores, se não o maior, avanço da tecnologia nos últimos anos se deu no âmbito das comunicações. Vivemos hoje em um mundo em rede, de modo que fenômenos como o da globalização e o da flexibilização das fronteiras na maior parte dos países vem tornando um tanto obsoleta as clássicas formas de cooperação internacional por meio do uso das cartas rogatórias. O anacrônico mecanismo em que um juiz encaminhava pelas vias diplomáticas um pedido de auxílio ou cooperação a uma autoridade no estrangeiro, que levava as vezes meses ou anos para ser cumprido, parece com os dias contados. A facilidade das comunicações, a maior transparência e confiança mútua no âmbito da cooperação internacional acabam por propiciar a criação de novos mecanismos e ferramentas, mais ágeis e consentâneos com o nosso novo estado atual de interação”³⁶.

“El artículo de **Inez Lopes** sobre Derecho internacional privado y tecnologías de la información: facilitar la cooperación jurídica internacional aborda la cooperación jurídica internacional en asuntos civiles y comerciales como una de las bases para el acceso internacional a la justicia y para la resolución de controversias transnacionales. Uno de los efectos de la globalización es el aumento de la circulación de personas y bienes más allá de las fronteras de los Estados, lo que favorece la aparición de controversias transfronterizas. Esto aumenta la necesidad de que los Estados colaboren entre sí, en un entorno de confianza mutua, para cumplir con determinados actos judiciales y administrativos.”

“Esta cooperación es una asistencia jurídica recíproca entre los países para la práctica de una serie de medidas necesarias para el desarrollo de procesos que se tramitan en el territorio de un Estado, pero que dependen del cumplimiento de determinados trámites en otro. La cooperación jurídica se basa en tratados bilaterales o multilaterales y, en ausencia de un instrumento internacional, puede ocurrir sobre la base de la reciprocidad de trato. El objeto de la cooperación comprende principalmente el servicio en el extranjero, la ubicación del paradero de una persona o un bien, la obtención de pruebas, la información sobre derecho extranjero, las

³⁴ Ibidem. p. 23.

³⁵ TIBURCIO, Carmen. The current practice of international co-operation in civil matters. *Recueil des cours*. v. 393 (2018). p. 266.

³⁶ SIFUENTES, Mônica. Uso das comunicações judiciais diretas na Convenção da Haia de 1980: nova ferramenta de cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de Carvalho; ARAÚJO, Nadia de (Org.). *A conferência da Haia de direito internacional privado e seus impactos na sociedade: 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 180-181.

medidas cautelares o medidas de emergencia y el reconocimiento de decisiones arbitrales o sentencias extranjeras³⁷.”

“El artículo demuestra cómo el uso de las tecnologías de la información ha contribuido a facilitar y agilizar la comunicación entre las autoridades estatales. Cada vez más, los medios electrónicos como las videoconferencias, el correo electrónico, las redes telefónicas y de Internet (Iber-Red) se utilizan como herramientas para la cooperación jurídica internacional. Estas tecnologías permiten crear bases de datos sobre el perfil de los países en determinados temas del derecho internacional privado, como el secuestro internacional de menores (INCADAT). El artículo también analiza el uso de un sistema de comunicación por Internet a través de una plataforma gubernamental para el intercambio de información entre autoridades centrales (iSupport).”

“En el marco del derecho de familia transnacional, la cooperación jurídica internacional es fundamental para el reconocimiento y la aplicación de los derechos de familia transnacionales. Para ello, la profesora Inez Lopes³⁸ analiza el fenómeno de la migración y su influencia en la formación de familias transnacionales. Demuestra cómo la cooperación jurídica internacional es un principio fundamental que asegura el acceso a la justicia transnacional y facilita la resolución de controversias derivadas de cuestiones relacionadas con el derecho de familia en su propagación en el espacio, como el divorcio o separación y el cobro de pensión alimenticia.”

“Lopes estudia brevemente la importancia de la cooperación internacional para garantizar los derechos de las familias transnacionales y la importancia de armonizar el derecho internacional privado. En materia procesal civil internacional, el texto estudia cuestiones relativas a la jurisdicción internacional en materia de familia y las normas vigentes del Código de Procedimiento Civil. Presenta los principales mecanismos de cooperación jurídica internacional en general y su aplicación en asuntos de familia como son las comisiones rogatorias, la asistencia directa, la ratificación y ejecución de sentencias extranjeras y el amparo urgente. Analiza la cooperación administrativa internacional y el papel de las autoridades centrales, las redes de cooperación internacional entre autoridades y las diferentes técnicas de cooperación internacional en materia de familia, como las técnicas de formas modelo en convenios internacionales, guías de buenas prácticas, el Incadat e iSupport.”

“En este contexto, SIFUENTES describe las facilidades que la comunicación directa entre jueces, con la utilización de mecanismos tecnológicos que facilitan el flujo de información, puede ser efectiva en el contexto de la cooperación jurídica internacional en la Convención de La Haya sobre Sustracción Internacional de Niños y Adolescentes. Es imperativo resaltar que sus reflexiones exponen el estado del arte en el uso de mecanismos de comunicación directa entre órganos judiciales de las más diversas soberanías, sin embargo, demuestra desde la perspectiva doctrinal nacional, una posición de apertura del ordenamiento jurídico brasileño a aceptación de herramientas tecnológicas para el mejoramiento de la práctica cooperativa nacional. En este punto, sobre las bases legales existentes en Brasil para la consecución y promoción de mecanismos tecnológicos en la comunicación directa, la autora formula algunas reflexiones”, disponibles en el informe³⁹.

“Por su parte Valesca Raizer Borges Moschen, en artículo sobre la cooperación jurídica internacional en materia de familias transnacionales, al explicar el sistema procesal brasileño, menciona que el nuevo régimen inaugurado por el Código de Procedimiento Civil responde a los avances en la armonización del derecho procesal civil internacional en materia de cooperación jurídica internacional en lo siguiente:

³⁷ LOPES, Inez. *Direito Internacional Privado e Tecnologias da Informação: Facilitando a Cooperação Jurídica Internacional* In: 5º Congresso de Direito na Lusofonia, 2018, Braga. *Direito e Novas Tecnologias*. Braga: Editora Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018. p. 145 -154.

³⁸ LOPES, Inez. *A Família transnacional e a cooperação jurídica internacional* In: *Cooperação Jurídica Internacional*. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 83-114.

³⁹ *Ibidem*. p. 183-185.

“El nuevo régimen procesal brasileño legitimado por la búsqueda por un acceso a la justicia global acumulativo, basado en las garantías procesales y en los principios de efectividad y presteza de la prestación jurisdiccional, se desarrolla a partir de dos dimensiones: a) de la espontaneidad de actos de cooperación y la mayor actuación de autoridad central en la gestión de la cooperación; y b) de la opción por la promoción del auxilio directo, como instrumento de la vitalización de diligencias de la cooperación. Las características de la espontaneidad de los actos de cooperación y de la mayor actuación de las autoridades centrales, se relacionan con la búsqueda por la celeridad y eficiencia en la prestación jurisdiccional. (...) En cuanto al principio de la espontaneidad propiamente dicho y, con él, de la eficiencia, otras dos temáticas pueden ser incorporadas al debate: a) la de las redes de comunicaciones directas entre jueces y la consecuente utilización de tecnología para la celeridad de los actos de cooperación y b) la promoción del instrumento del auxilio directo⁴⁰.”

“En relación a las fuentes legislativas existentes en el derecho brasileño para las comunicaciones judiciales directas, continua la autora afirmando que:

“Aunque las comunicaciones judiciales directas no encuentren una base legislativa de fuente interna en Brasil, además de la convencional, que autorice y regule su uso, su legalidad se circunscribe en los diversos principios del CPC 2015 como el de *la autoridad del juez* a quien cabe la dirección del procedimiento y coleta de pruebas, art. 13º; el principio de *la colaboración del juez*, art. 6º, caracterizador del nuevo modelo procesal, llamado proceso cooperativo, en que se prevé un mayor activismo en la resolución de la *litis*, así como la falta de necesidad de la observancia estricta de forma; y, claro, al propio principio de la espontaneidad de transmisión de informaciones a autoridades extranjeras, art. 26º v, que además sirve también de base para la legitimidad y legalidad en Brasil de utilización de las herramientas modernas de comunicación, como internet⁴¹.”

“Especialmente en lo que se refiere a la utilización de mecanismos tecnológicos para la consecución del diálogo interjurisdiccional transfronterizo, MOSCHEN expone:

“Como ejemplo de instrumentos facilitadores del acceso a la justicia por la promoción de la celeridad procesal en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, cabe aún citar la técnica de formularios electrónicos modelos, incentivados por la armonización del derecho internacional privado, en particular de la cooperación jurídica en materia de derecho de familia, como ejemplifican el INCADAT y ISUPPORT, ambos instrumentos desarrollados por el sistema de la conferencia de Haya de Derecho Internacional Privado como ejemplos de plataformas digitales, una cooperación ágil, segura y efectiva, destinadas, la primera, a la compilación de datos jurídicos sobre sustracción internacional de niños disponibles a los operadores del derecho ‘para promover una interpretación uniforme sobre el asunto’, el segundo, con el objetivo de facilitar el cobro transfronterizo de obligaciones alimentarias tramitadas en el ámbito de la Convención de Haya de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos⁴².”

Finalmente, la informante destaca informes del Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional (DRCI), sobre el uso de mecanismos electrónicos en el proceso de operacionalización de solicitudes de cooperación.

Agrega el informe que: “En estos términos, cabe resaltar que, en este año de 2021, la 7ª Câmara Cível do Tribunal Justiça do Estado de São Paulo”, en el ámbito de los autos nº 2071616-69.2021.8.26.0000, autorizó la citación, en un procedimiento de cobro de alimentos, de la parte contraria residente en el exterior por el aplicativo de WhatsApp, bajo la justificativa de la mayor demora que de costumbre para las Cartas Rogatorias en virtud de la pandemia de COVID-19. Sin

⁴⁰ MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. El caleidoscopio de la armonización del derecho internacional privado en materia de derecho procesal civil internacional. In: FRESNEDO, Cecília e LORENZO, Gonzalo (Org.) 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889: Legado y Futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual. Montevideo: Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado, 2019. p. 470-471.

⁴¹ Ibidem. p. 472-473.

⁴² Ibidem. p. 473.

embargo, es necesario afirmar que la autorización de citaciones, intimaciones y notificaciones por aplicativo de mensajes instantáneas, debe ser comprendida como excepcional, incluso desde la óptica de la legalidad del sistema jurídico nacional, y contextualizar tal posibilidad a la extrema necesidad, en el caso concreto, de se evitar que la demora en se realizar la citación, intimación y/o notificación a través de la Carta Rogatoria, en virtud de la COVID 19, se genere un daño de difícil o imposible de reparación.”

En **Costa Rica**: “La doctrina en la materia en el ámbito costarricense es aún incipiente. Debe considerarse la gran cantidad de creaciones y reformas legislativas en años recientes, así como la adhesión de varios instrumentos internacionales, lo cual dibuja un marco normativo novedoso y en franca evolución, sobre lo cual apenas se están presentando algunas discusiones académicas.”

“En términos generales, la doctrina no se ha opuesto al empleo de medios tecnológicos para la cooperación jurídica internacional, incluso sin requerir modificaciones de la normativa nacional que no la contempla ni la prohíbe explícitamente.”

“Se hacen las salvedades respecto al valor jurídico de la documentación apostillado o legalizada en medios físicos, cuya autenticidad no se puede corroborar válidamente mediante un documento digitalizado si este no se encuentra en una plataforma oficial de la autoridad competente de su emisión, apostillado o autenticación.”

A continuación, la muy completa respuesta de Costa Rica al cuestionario enviado proporciona una lista de bibliografía de su país.

En **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que: “De manera general, las posiciones doctrinales planteadas consideran que el uso de las nuevas tecnologías de la informática y las comunicaciones ha dejado de ser una opción para convertirse en una necesidad como herramienta clave para que los operadores jurídicos y autoridades vinculadas al quehacer jurídico en general aumenten su eficacia en este ámbito de actuación.

“Dado su propia naturaleza y su constante desarrollo consideramos que resulta insuficiente la situación de leyes nacionales y convenios internacionales adoptados para regular un hecho de alta sensibilidad a escala mundial.

“Actualmente las regulaciones la asistencia y cooperación internacional a través de los medios electrónicos precisa que la legislación nacional se integre y acoja los textos más avanzados, desarrolle la esfera de la informática y las comunicaciones, para otorgar uniformidad y avance a la regulación del nuevo tipo de relaciones desarrollada a escala transnacional.

“Las relaciones jurídicas en los diversos ámbitos de la vida privada, con mayor frecuencia traspasan las fronteras cubanas, situación que les confiera una internacionalidad y el consustancial aumento de la inseguridad propia que provoca la desigualdad jurídica entre los ordenamientos en que despliega sus efectos. Ante esta realidad, es un reclamo latente asegurar la efectividad y garantía de los derechos de las personas en estas relaciones, para lo cual ejerce un rol indispensable la cooperación judicial internacional por medios electrónicos a los efectos de favorecer diversos aspectos claves directamente vinculados a la seguridad y celeridad de estos procesos privados internacionales. Se han alzado voces a los efectos de poner en consideración algunos elementos de análisis que, en nuestra opinión, deben ser tomados en cuenta para replantear y formular soluciones jurídicas que nuestros sistemas requieren.”

En **México**, Carlos E. Odriozola Mariscal y Nuria González Martín informan: “En México existieron reformas constitucionales en el año 2017 que ordenaron al congreso emitir una nueva legislación en materia de procedimientos civiles y familiares, la cual será única y federal derogándose el actual Código Federal de Procedimientos Civiles y los códigos de procedimientos estatales.”

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ordenado que dicha normativa se expida a más tardar el 15 de diciembre de 2021. En la actualidad la Comisión de Justicia del Senado de la República, reanudó los trabajos legislativos tendentes a la construcción de la Legislación Única en Materia Procesal Civil y Familiar. Véase: <http://reformajusticia.senado.gob.mx>”

Puede verse un análisis sobre el tema en:

ODRIOZOLA MARISCAL, Carlos Enrique:

“Apuntes en torno a la regulación de la cooperación procesal internacional en el pretendido Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares”, Hacia un Derecho Judicial Internacional. Ponencias al XLII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado”, Pereznieto Castro, Leonel (Ed.) Poder Judicial del Estado de México y Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., 2019, México, p. 115-131.”

En **Uruguay**, Daniel Trecca menciona una lista de artículos doctrinarios sobre la temática que nos ocupa. También lo hace Marcos Dotta por la cancillería uruguaya.

En **Venezuela**, María Alejandra Ruiz informa que:

“A pesar que desde el año 2001 contamos con un marco jurídico que exhorta al uso de la tecnología, en términos generales, el uso de la tecnología en el Poder Judicial es incipiente. El Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001) fue el primer instrumento que incorporó en el ordenamiento jurídico venezolano las nociones y los principios básicos del Derecho y la Tecnología, puesto que se inspiró en la Ley Modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996). Aunado a ello, se dictó la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado, también conocida como la "Ley de la Interoperabilidad" (2012) y, la Ley de Infogobierno (2014); estas últimas con el objetivo de regular el uso de la tecnología en la Administración Pública. Venezuela parecía estar preparada (normativamente) para afrontar los avances y la aceleración tecnológica que se está viviendo en el mundo, no obstante, en la práctica no hubo algún avance significativo hasta la Pandemia.

“Ello en parte porque no contamos con i) una cultura tecnológica, ii) sistemas y soportes informáticos adecuados. Así, el autor Gabriel Sira Santana (2016) señaló que "estos instrumentos normativos deben ser acompañados de políticas públicas que tiendan a su ejecución pues, de lo contrario, solo servirán como referencias. Es decir, serán "leyes de letra muerta" –carentes de poder coercitivo– pues los derechos y deberes que prevén no le serán exigibles a ninguno de los involucrados por la falta de mecanismos adecuados de ejecución. Supuesto más que común en el derecho venezolano.” En igual sentido, María Alejandra Vásquez Sánchez (2012) concluyó, que existen bases suficientes para que el proceso judicial pueda desarrollarse por la vía telemática, no obstante, deben configurarse dos elementos que permitan el provecho de las herramientas electrónicas en los procesos judiciales en Venezuela, a saber: "En primer lugar, el sistema de firma electrónica digital para los funcionarios judiciales actuantes; y en segundo lugar, un programa que permita practicar las notificaciones electrónicas, garantizando su recepción y lectura por parte del notificado.” (p. 25)

“La Pandemia obligó a las autoridades a crear soluciones que permitieran aplicar las herramientas tecnológicas en el Poder Judicial, sin embargo, se circunscriben a la utilización de los correos electrónicos para el envío y recepción de documentos, tales como diligencias y escritos, así como la celebración de audiencias virtuales. Es importante destacar que aun cuando se puedan enviar y recibir documentos por correo electrónico, de igual forma, se requiere que los escritos sean consignados en físico para que los mismos sean agregados al expediente. Por lo cual, parece ser una solución no muy eficaz. Lo cierto es que nuestros avances han sido muy escasos.

“Por ser cambios que se han aplicado recientemente, es poca la información que se puede encontrar respecto a su eficiente uso en materia de Cooperación Jurídica Internacional, así como, son pocos los autores que han abordado el tema. No obstante, en materia de menores si es mayor la utilización de las herramientas tecnológicas, por la importancia y urgencia requerida.”

* * *

Anexo

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL PARA LAS AMÉRICAS

INTRODUCCIÓN

En su 98º Período Ordinario de Sesiones (5-9 abril, 2021) el Comité Jurídico Interamericano (en adelante, CJI) aprobó para su inclusión en la Agenda el tema “Las nuevas tecnologías y su

relevancia para la cooperación jurídica internacional” (OEA/Ser. Q, CJI/doc. 637/21 de 6 de abril de 2021), cuya relatoría fue encomendada a la Prof. Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, miembro del referido organismo.

El tema encuadra dentro del punto “Promoción y estudio de áreas de las ciencias jurídicas”, contenido en los Mandatos de la Asamblea General al Comité Jurídico Americano (“Mandatos.AG.ES.2021.pdf”). En el Resumen de los Párrafos Resolutivos, N° 8, se expresa: “Solicitar al CJI a 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”.

Como primera medida para comenzar a trabajar en el tema, la relatora elaboró un cuestionario que, en el marco de cooperación establecido entre el CJI y Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), fue remitido a diversos especialistas de la región, habiéndose recibido seis respuestas, reflejadas en el primer informe de avance, presentado en el 99° Período Ordinario de Sesiones del CJI, que tuvo lugar en agosto de 2021. En dicha oportunidad se discutió el tema en el CJI, recibiendo comentarios de algunos de sus miembros.

En la reunión del 16 de septiembre entre la OEA, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y los Asesores jurídicos de las Cancillerías, se sugirió invitar a los Estados Miembros de la OEA a responder al referido cuestionario, habiéndose recibido respuestas de las cancillerías de Argentina; Canadá; Costa Rica (respuesta elaborada por la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, Área de Derecho Internacional); Ecuador; Panamá (Sr. Otto A. Escartín Romero, Director Encargado de Asuntos Jurídicos y Tratados, y Sr. Juan Carlos Arauz Ramos, Presidente del Colegio de Abogados de Panamá); México; y Uruguay (Dr. Lic. Marcos Dotta, Director de Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores).

A lo largo de todo el proceso de investigación, consultas y redacción de esta Guía, la relatora trabajó en estrecha colaboración con el Departamento de Derecho Internacional de la OEA –en adelante DDI– encabezado por el jurista Dante Negro, con la importante colaboración de la jurista Jeannette Tramhel, entre otros.

Posteriormente, la relatora recibió aportes y sugerencias del equipo de colaboradores integrado por los Dres. Daniel Trecca (Director de la Autoridad Central del Uruguay), Manuel Ferreira y María José Rodríguez (abogados asesores de la Autoridad Central del Uruguay).

Parte 1. Objetivos de la Guía y su justificación

1. El objetivo de esta Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional internacional para las Américas, es brindar al operador del derecho (jueces, abogados, etc.) un instrumento de *soft law* que les permita obtener el máximo provecho posible de las herramientas que hoy nos ofrece la tecnología, a la hora de aplicar las convenciones y normas autónomas existentes en la materia. Ello permitirá actualizar, en la práctica y por la vía del *soft law*, los instrumentos de *hard law* vigentes, que por razones cronológicas no prevén el recurso a la tecnología, pero que en general tampoco lo prohíben.

2. Esta Guía no impone soluciones a los Estados y a los diversos operadores jurídicos públicos y privados, sino que propone soluciones para lograr su objetivo: el mejor aprovechamiento de la tecnología disponible en cada país, mejorando y optimizando el funcionamiento de las Convenciones y normas autónomas vigentes en los Estados, sin necesidad de modificar o sustituir, al menos en una primera etapa, la referida normativa. También ofrece soluciones o recomendaciones para los casos en los que no existen convenciones entre los Estados. Ello sin perjuicio de que en un futuro se logre la elaboración de un marco legal adecuado que admita el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TICs)⁴³.

⁴³ Ver en este sentido el excelente trabajo de María Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES, “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 2021, Vol. 17, No. 2, 224–254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>, donde afirman, resumiendo el objetivo del trabajo: “The analysis of international conventions, some soft law instruments and domestic PIL rules supports the argument that an adequate legal framework that accepts the use of ICTs in international

3. Las soluciones sugeridas en la Guía en cuanto al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones podrán ser implementadas en la práctica a medida que la realidad económica y tecnológica de cada Estado lo permita. Ello permitirá concretar sus beneficios sin esperar los largos procesos de codificación, tanto convencionales como autónomos.

4. La pandemia provocada por el covid-19 aceleró la aplicación de la tecnología en la práctica del Derecho, en mayor o menor medida, en todos los países, mostrando que se puede agilizar ciertos actos de cooperación jurisdiccional internacional, acortando tiempos, manteniendo todas las garantías de autenticidad y privacidad necesarias.

5. Esta Guía recoge las experiencias que han resultado exitosas, propone nuevas y sugiere extender su utilización a efectos de mejorar y agilizar la cooperación jurisdiccional internacional entre los Estados americanos, en la aplicación que sus operadores jurídicos realizan de la normativa vigente.

6. Esta Guía se aplicará en forma complementaria a los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS). En caso de soluciones diferentes, primará la más favorable a una mejor y más ágil cooperación jurisdiccional internacional.

7. La Guía también puede resultar de utilidad como modelo para la elaboración de nuevos instrumentos normativos o la modificación de los existentes.

8. Se recomienda la incorporación del Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional, aprobado en la Asamblea Plenaria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Chile del 2 al 4 de abril de 2014, a los ordenamientos jurídicos de los Estados, por los mecanismos constitucionales que cada uno establezca.

9. Se incluye en esta Guía un análisis de algunas soluciones normativas, tanto convencionales como autónomas, vigentes en la región, que pretende detectar en qué medida dichas normas no prohíben, y en algunos casos admiten y hasta imponen preceptivamente, la utilización de medios tecnológicos en materia de cooperación jurisdiccional internacional⁴⁴.

Parte 2. Reglas generales de interpretación y aplicación de las normas convencionales y autónomas vigentes

Regla 1. Interpretación y aplicación de las normas.

La interpretación y aplicación de las normas convencionales y autónomas vigentes en cada Estado en materia de cooperación jurisdiccional internacional se hará de forma amplia y flexible, incorporando en la medida de lo posible las herramientas tecnológicas disponibles en los Estados involucrados y teniendo en cuenta el carácter transnacional de la cooperación y sus consiguientes requerimientos.

Regla 2. Rapidez y eficiencia de la cooperación.

Los Estados procurarán que la cooperación jurisdiccional internacional sea rápida y eficiente.

Regla 3. Finalidad subjetiva y formalismos legales.

En la interpretación y aplicación de las normas convencionales y autónomas vigentes en cada Estado en materia de cooperación, se priorizará la finalidad sustantiva de las mismas frente a los formalismos legales, cuya única razón de ser es garantizar los derechos sustantivos, siempre respetando las garantías del debido proceso.

cooperation is necessary. Indeed, there is no turning back from the use of technologies in this field, where modern and suitable regulation would strengthen legal certainty, of utmost importance for the parties involved in cross-border litigation.”, p. 224.

⁴⁴ Ver, en este sentido, María Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES, en su trabajo “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 2021, Vol. 17, No. 2, 224–254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332> p. 226-227.

Regla 4. Herramientas y mecanismos desconocidos.

Los jueces y demás operadores jurídicos de un Estado admitirán la utilización y eficiencia de herramientas y mecanismos tecnológicos existentes en otro Estado, aunque sean desconocidas o no resulten accesibles en el suyo propio, siempre que las mismas faciliten la cooperación jurisdiccional internacional y no afecten las garantías del debido proceso.

Regla 5. Utilización de medios tecnológicos.

Se utilizarán, en la medida de lo posible, los medios tecnológicos para todas las actuaciones, audiencias y diligencias y se permitirá a las partes, jueces y demás operadores del derecho actuar en los procesos o trámites a través de los medios digitales disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades presenciales o similares, que no sean estrictamente necesarias, en base a la analogía funcional existente entre ambos medios.

Regla 6. Herramientas y soportes físicos.

Se evitará, en la medida en que no se afecten las garantías del debido proceso, requerir firmas manuscritas, presentaciones personales o autenticaciones adicionales, incorporaciones o presentaciones en medios físicos, así como exigir la presentación de la documentación física original, bastando con la digitalizada.

Regla 7. Medios analógicos y documentos papel.

Se tenderá a sustituir los medios analógicos y los instrumentos notariales tradicionales en papel por medios y documentos electrónicos.

Regla 8. Publicidad de los canales oficiales de comunicación e información.

Las autoridades oficiales que participen en la cooperación jurisdiccional internacional procurarán dar a conocer en sus respectivas páginas web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán. Asimismo, los Estados procurarán mantener actualizada la información que proporcionan a organismos internacionales, tales como la OEA, a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y a Naciones Unidas, entre otras.

Regla 9. Utilización de la tecnología en general.

En la medida de lo posible, y a medida que la tecnología de cada país lo permita, se autorizará el uso de expediente electrónico, de documento electrónico, de claves informáticas, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Todo ello manteniendo las condiciones de seguridad técnica y las garantías del debido proceso.

Regla 10. Correo electrónico.

En la medida de lo posible, se utilizará el correo electrónico - preferentemente institucional del organismo y no institucional personal de sus funcionarios - para la recepción y remisión de cartas rogatorias, notificaciones e intimaciones electrónicas, solas o acompañadas de documentos y demás comunicaciones. A esos efectos, y según lo establezca la reglamentación de cada país, los jueces, abogados, litigantes y otros operadores jurídicos deberán constituir el correspondiente correo -o equivalente- para ser utilizado en los asuntos judiciales que tramite o esté tramitando. No obstante, para comunicaciones informales, se podrá utilizar otros medios de comunicación electrónica.

Comentario a la Regla 10: Por ejemplo, esos medios de comunicación electrónica pueden ser los que actualmente se denominan Whatsapp o Telegram. En el futuro podrán aparecer otros que cumplan dicha función.

Regla 11. Domicilio electrónico:

Los Estados impulsarán, en la medida en que les sea técnica y económicamente posible, el uso de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales (¿y administrativos?) que se tramiten ante el

poder judicial, y se le reconocerá idéntica eficacia y valor probatorio que su equivalente convencional (¿o tradicional?). Dispondrán su reglamentación, los mecanismos técnicos que garanticen su seguridad y su gradual implementación.

Regla 12. Videoconferencias.

A los efectos de sortear las dificultades y demoras que plantean las distancias físicas, se recomienda la utilización de videoconferencias para actuaciones probatorias y de otra índole, para contribuir a procesos ágiles, eficientes y eficaces, manteniendo las condiciones de seguridad técnica y las garantías del debido proceso.

Comentarios a la Regla 12:

- **Acordadas de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) de Uruguay**

Esta regla se inspira, entre otras fuentes, en las Acordadas⁴⁵ de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) de Uruguay, N^{os} 7784, 7902 y 7815, que le dieron valor de Acordada al Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia.

De la **Acordada N° 7784**⁴⁶, de 2013, destacamos lo siguiente:

En el numeral I *in fine* afirma: “Las actuaciones por videoconferencia, reafirman los principios de indelegabilidad, intermediación y acceso a la Justicia, al sortear las dificultades que plantean las distancias físicas.”

“II) es una verdad incuestionable que el avance tecnológico puesto al servicio de Justicia, habilita la utilización de nuevas herramientas para contribuir a procesos ágiles, eficientes y eficaces;

III) un Poder Judicial moderno, debe asumir que la colaboración internacional entre tribunales de diferentes Estados es una realidad en aumento, abonada por varias circunstancias. Entre ellas, la importancia de la migración de las personas, la creciente interconexión de las economías y el desarrollo de los medios de comunicación. Se impone pues, abordar la creación y puesta en práctica de soluciones que aprovechen el desarrollo tecnológico los recursos de que dispone el Poder Judicial Uruguayo, de modo de no comprometer el grado de desarrollo de la República en esta materia, evitando quedar en desventaja con otras Naciones;”

V *in fine*:

“Las reglas 34, 35, 42 y 95 de las llamadas Cien Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁴⁷ (Acordada 7647), alientan la posibilidad de utilización de herramientas informáticas para favorecer a quienes tienen centro de vida en alejados lugares, mediante la utilización de tecnologías que alivianen su situación de desventaja. A vía de ejemplo, el desplazamiento de testigos desde pequeñas localidades y pueblos, implica un gasto extraordinario muchas veces imposible de asumir para los más desfavorecidos;”

Claro que el art. 3 de la Acordada dispone: “Los servicios informáticos del Poder Judicial instalarán progresivamente los medios técnicos necesarios en las diversas regiones de la República, incluyendo el de una conexión segura. Se preverá su utilización tanto entre tribunales de la República como su utilización en conexiones internacionales.”

De la **Acordada N° 7902**⁴⁸, de 2017, destacamos lo siguiente:

“III) que a fin de brindar a los justiciables un mejor servicio, se hace necesario aprovechar al máximo el desarrollo tecnológico y los recursos de que dispone el Poder Judicial;”

⁴⁵ **Acordadas:** Son decisiones de la **Suprema Corte de Justicia** en pleno o de algunas de sus Salas, especialmente en materia de Superintendencia. Son verdaderos “Reglamentos Administrativos”.
Resoluciones de Presidencia: Son disposiciones del Presidente de la **Suprema Corte**.

⁴⁶ <https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/70-2013/3007-171-2013-reglamento-de-diligenciamiento-por-videoconferencia.html>

⁴⁷ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

⁴⁸ <https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/66-2017/2169-072-2017-acordada-n-7902-preceptividad-del-interrogatorio-de-peritos-por-videoconferencias.html>

De la **Acordada N° 7815**⁴⁹, de 2014, destacamos lo siguiente:

La Acordada 7815 declara con valor de Acordada al Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional, aprobado en la Asamblea Plenaria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Chile del 2 al 4 de abril de 2014, y establece que el mismo deberá ser seguido como pauta de actuación en cuanto resulte procedente.

En su Considerando II) afirma que el referido Protocolo Iberoamericano "...constituye una valiosa herramienta para promover la colaboración interinstitucional a nivel nacional e internacional y facilitar el cumplimiento a las solicitudes de cooperación efectuadas por los poderes judiciales de los Estados Iberoamericanos;"

- **Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial**

En cuanto al Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, no existiría impedimento en que las actuaciones previstas en sus arts. 7, 8 y 9 se realicen por medios tecnológicos. Es más, el art. 9 inciso 2° muestra apertura en cuanto a los procedimientos a seguir en el cumplimiento de la carta rogatoria:

"Sin embargo, se accederá a la solicitud de la autoridad requirente de que se aplique un procedimiento especial, excepto si este procedimiento es incompatible con la ley del Estado requerido o es imposible su aplicación debido a la práctica judicial del Estado requerido o por sus dificultades prácticas."

- **Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias**

La "audiencia de la parte obligada" prevista en el art. 13 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP-IV, Montevideo, 1989) puede ser por videoconferencia, ya que la norma no especifica nada al respecto, y no exige que sea presencial; la "citación personal" de la parte a dicha audiencia (art. 13) también, por las mismas razones, podría ser por medios informáticos.

- **Principios de ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)**

El art. 4.6 de los principios establece:

"Con el fin de dotar de seguridad y mayor eficacia a las actuaciones procesales interjurisdiccionales, los jueces y demás operadores de justicia pueden establecer comunicaciones judiciales directas y espontáneas, recurriendo a cualquier mecanismo idóneo para lograr dicha certeza y seguridad."

En este sentido, podrán incluso realizar audiencias conjuntas a través de **videoconferencias o cualquier otro medio disponible**, e incluso coordinar sus decisiones para evitar conflictos entre éstas y asegurar su efectividad.

Las partes tendrán acceso a las comunicaciones entre los tribunales y cuando esto no sea procedente, deben ser informadas de las mismas."

- **Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia y su Protocolo Adicional relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes (Mar del Plata, 2010)**

En el preámbulo de este Convenio se reconoce "la importancia de incrementar el uso de las nuevas tecnologías como una herramienta para contribuir a la procuración y administración de justicia ágil, eficiente y eficaz". En su art. 1 establece que el objetivo del convenio es "favorecer el uso de la videoconferencia entre las autoridades competentes de las Partes como un medio concreto para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil, comercial y penal, y en otras materias que las Partes acuerden de manera expresa."

⁴⁹ <https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/69-2014/2864-122-2014-acordada-7815-protocolo-iberoamericano-de-cooperacion-judicial.html>

Regla 13. Archivos y documentos electrónicos emitidos por autoridades judiciales y administrativas.

Los archivos y documentos electrónicos que emitan las autoridades judiciales y administrativas de los Estados, incluyendo las que contengan certificaciones y firmas electrónicas, tendrán la misma validez jurídica y eficacia probatoria que los archivos y documentos que consten en soporte físico.

Regla 14. Comunicaciones judiciales directas.

Sin perjuicio de la transmisión de los exhortos y cartas rogatorias a través de las vías formales establecidas en las normas convencionales y autónomas vigentes en cada Estado en materia de cooperación jurisdiccional internacional, los jueces podrán establecer comunicaciones judiciales directas y espontáneas, recurriendo a cualquier mecanismo idóneo que garantice certeza, seguridad y el debido proceso, con el objetivo de hacer efectiva la cooperación solicitada (TRANSJUS Artículo 4.6-7, art. 2612 CCCN de Argentina y Acordada N° 7885 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay 50, Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya).

Regla 15. Audiencias conjuntas y decisiones coordinadas.

Los jueces y demás operadores de justicia podrán realizar audiencias conjuntas a través de videoconferencias o cualquier otro medio disponible, e incluso coordinar sus decisiones para evitar conflictos entre éstas y asegurar su efectividad. Las partes podrán tener acceso a las comunicaciones entre los tribunales y cuando esto no sea procedente, deberán ser informadas de las mismas.

Regla 16. Firma digital, analógica mecánica, digitalizada o escaneada.

Cuando los jueces y demás operadores no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Los Estados y sus autoridades procurarán adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio.

Regla 17. Sistemas de gestión y soportes informáticos.

Los Estados procurarán contar con sistemas de gestión y soportes informáticos adecuados para garantizar los requisitos mínimos que permitan validar la notificación, comunicación, intimación y demás, como la autenticidad de los documentos, la seguridad de que el documento o el exhorto provienen de la autoridad de la que dicen provenir, entre otros, así como permitir que sea utilizado como medio válido de prueba en procedimientos judiciales.

Regla 18. Formularios electrónicos.

Entre otros instrumentos facilitadores de la celeridad procesal en el ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional, se procurará utilizar la técnica de formularios electrónicos modelos.

⁵⁰ <https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/67-2016/2586-164-2016-acordada-n-7885-designar-juzgados-de-frontera-limitrofes-con-la-republica-argentina.html> . En su Considerando I), la Acordada 7885, de 2016, hace referencia al Convenio Marco de Colaboración entre la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay y la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo plan de trabajo consiste en mejorar las comunicaciones judiciales directas en materia de cooperación internacional. En el Considerando II) afirma: “Que, en el referido convenio, se estableció que los tribunales que se identificarán podrán utilizar, como vía de transmisión de cartas rogatorias, la vía judicial cuando éstas tengan por objeto una solicitud internacional de cooperación de primer grado, referida a actos de mero trámite, de rendición de pruebas y de medidas cautelares. Para ello, podrán enviarse, a través de los correos electrónicos señalados, los referidos exhortos o cartas rogatorias, firmados digitalmente;”

Regla 19. Cuando la norma no distingue no cabe que lo haga el intérprete.

Constituye un principio general de Derecho que cuando la norma no distingue no cabe que lo haga el intérprete. Como veremos al analizar algunos textos convencionales y nacionales en los próximos capítulos, las normas convencionales y legales en general no prohíben la utilización de medios tecnológicos, sino que simplemente no los mencionan, por razones cronológicas. Las normas más modernas en general admiten expresamente dicha utilización. Por lo tanto, como se explicará con más detalle, cuando la norma refiere a “documento”, sin especificar, puede interpretarse que lo hace al documento papel o al digital; cuando refiere a “transmitir”, sin especificar el medio, puede interpretarse que dicha transmisión podrá ser física o electrónica, y así sucesivamente.

Regla 20. Interpretación evolutiva o progresiva del Derecho.

Se recomienda que los instrumentos -tanto de hard law (Convenciones, leyes, reglamentos) como de soft law- que regulen aspectos de la cooperación jurisdiccional internacional sin hacer referencia a las herramientas tecnológicas e informáticas modernas, sean interpretadas de manera evolutiva o progresiva, incluyendo su utilización en la aplicación y funcionamiento de los referidos instrumentos normativos.

Comentarios a la Regla 20:

Como se analiza a lo largo del Informe que antecede a estas reglas, muchas convenciones y leyes relativas a la cooperación jurisdiccional internacional, por razones fundamentalmente cronológicas, no hacen referencia a las distintas herramientas tecnológicas e informáticas disponibles actualmente. Pero tampoco prohíben la utilización de estas nuevas herramientas; más aún, la terminología amplia de la mayoría de ellos permite incluir la tecnología, sin contradecir el texto normativo. La incorporación de la tecnología muchas veces lo que hace es modificar el soporte del exhorto, por ejemplo, pero no su contenido y las garantías de seguridad. Por el contrario, en algunos casos incrementa dichas garantías, y siempre agiliza enormemente los procedimientos.

Cabe agregar que ya se están utilizando en muchos países, como surge del Informe precedente, las herramientas tecnológicas e informáticas disponibles.

El objetivo de la sugerencia plasmada en esta Regla 20 es “remediar, precisamente por vía interpretativa, el envejecimiento de los textos normativos”⁵¹

Cabe agregar que la llamada interpretación “evolutiva” —o también “dinámica”—, es aquella que “atribuye a un texto un significado actual”, (...) “que adscribe a un texto normativo un significado nuevo, diverso del usual o consolidado. La interpretación evolutiva es producto de la adaptación de viejas, o relativamente viejas, leyes (o Constituciones) a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico (o por los padres constituyentes).” (...) “la interpretación de los textos normativos debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que éstos deben ser aplicados.”⁵²

En Colombia, afirma Castro Herrera y otros que “la interpretación evolutiva —haciendo uso especial de las instituciones de la sociología jurídica— logran construir un paradigma de interpretación jurídica adecuado para el contexto del Derecho del siglo veintiuno.”⁵³

Agrega el citado autor: “Este Derecho positivo, que emana naturalmente del componente social, por medio de los procedimientos jurídicamente establecidos, se aplica a una sociedad que es innatamente dinámica y cambiante, que por razones elementales, no puede permanecer estática o inmóvil. Este extremo, que siempre constituyó una problemática, se acentúa y se hace más severo

⁵¹ <https://leyderecho.org/interpretacion-evolutiva/#:~:text=La%20interpretaci%C3%B3n%20evolutiva%20es%20producto,o%20por%20los%20padres%20constituyentes>

⁵² <https://leyderecho.org/interpretacion-evolutiva/#:~:text=La%20interpretaci%C3%B3n%20evolutiva%20es%20producto,o%20por%20los%20padres%20constituyentes>

⁵³ Castro Herrera, L.E., Maiguel Donado, C.A., Barrios Márquez, E.J., & Jaraba Salcedo, A. (2021). Construcción de sentido e interpretación evolutiva aplicada a la praxis legal y constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 12 (23), p. 2.

cuando la sociedad, las instituciones, las costumbres, los valores y las formas de vida, cambian con especial rapidez y profundidad.”⁵⁴

Y concluye:

“...la interpretación evolutiva actúa como una figura que determina el compromiso de los jueces de interpretar las normas jurídicas de manera razonable, es decir, ciñéndose al concepto de justicia; y para obtener la plena consecución de la ejecución y aplicación de la justicia en un lugar y tiempo determinado, el juez deberá interpretar los postulados positivizados con base en las necesidades y circunstancias sociales del contexto y época en la que estos sean aplicados. Como bien asegura Manuel Segura Ortega: “los jueces tienen el deber de acabar con la indeterminación del derecho y, por tanto, ni la oscuridad, la insuficiencia o el silencio de los textos normativos puede aducirse para no dictar una resolución. Por consiguiente, es el propio ordenamiento el que ordena —en positivo— a los jueces que completen la obra del legislador cuando sea necesario”. (Segura Ortega, 2008, p. 222)⁵⁵.

“...la persona que va a realizar el ejercicio de interpretar, debe tener presente y valorar cada uno de los factores independientes al Derecho positivo, pero que bien brindan un soporte para fortalecer la armonización de la actividad interpretativa y producir una solución efectiva a cada caso en concreto. Entonces, es así como la sociología y los datos recogidos de la realidad social se convierten en juicios que determinan y le dan fuerza al Derecho aplicable.”⁵⁶

Por su parte, y en forma coincidente, el reconocido Maestro uruguayo, el Prof. Dr. Héctor Gros Espiell, sostuvo:

“El Derecho es un fenómeno social. Es un elemento de la realidad social. No es sólo normatividad, sino que constituye también una parte de la realidad a la que se aplica, que no puede ser captada si no se conoce el Derecho que la rige. Pero este Derecho positivo, que nace de la sociedad, por medio de los procedimientos jurídicamente establecidos, se aplica a una sociedad dinámica y cambiante, nunca estática ni inmóvil. Este extremo, que siempre constituyó un problema, se acentúa y se hace más crítico cuando la sociedad, las instituciones, las costumbres, los valores y las formas de vida, cambian con especial rapidez y profundidad. Nuestra época, la época en la que vivimos, es uno de los mejores ejemplos que se han dado en el curso de la historia de este fenómeno.”⁵⁷

“...el Derecho vigente hoy no puede, no debe, ser interpretado, necesariamente y siempre, según lo que se pensaba cuando la norma se sancionó. El respeto por el cambio social, el respeto por lo que el cambio significa y significará en una sociedad abierta, tolerante y democrática, impone que el Derecho se interprete y se aplique, dándole a las palabras, los términos y los conceptos que el Derecho emplea su significación y su sentido en el momento en que la interpretación se realiza.”

“Es absurdo estimar que una norma pensada y elaborada, por ejemplo, en el siglo XIX, deba ser interpretada, de manera necesaria y absoluta, usando las ideas que entonces reinaban, dejando de lado las ideas y las realidades, los criterios, los valores y el sentido que hoy tienen esas palabras, esos términos y esos conceptos.”⁵⁸

⁵⁴ Castro Herrera, L.E., Maiguel Donado, C.A., Barrios Márquez, E.J., & Jaraba Salcedo, A. (2021). Construcción de sentido e interpretación evolutiva aplicada a la praxis legal y constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 12 (23), p. 16.

⁵⁵ Castro Herrera, L.E., Maiguel Donado, C.A., Barrios Márquez, E.J., & Jaraba Salcedo, A. (2021). Construcción de sentido e interpretación evolutiva aplicada a la praxis legal y constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 12 (23), p. 16-17.

⁵⁶ Castro Herrera, L.E., Maiguel Donado, C.A., Barrios Márquez, E.J., & Jaraba Salcedo, A. (2021). Construcción de sentido e interpretación evolutiva aplicada a la praxis legal y constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 12 (23), p. 17-18.

⁵⁷ “El cambio social y político, las definiciones jurídicas y la interpretación dinámica y evolutiva del Derecho”, Héctor Gros Espiell, en <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0408/derecho.htm>

⁵⁸ “El cambio social y político, las definiciones jurídicas y la interpretación dinámica y evolutiva del Derecho”, Héctor Gros Espiell, en <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0408/derecho.htm>

“...creo que todos entendemos que al hablar de interpretación evolutiva y dinámica queremos decir interpretación que tenga necesariamente en cuenta el cambio y la evolución producida en el Derecho y considere esos cambios y esa evolución al interpretar la norma en función de su aplicación hoy.”⁵⁹

“Es esta actitud la que funda lo que para mí constituye lo que ha de ser la interpretación evolutiva, dinámica y progresista del Derecho, del Derecho todo, del Público y del Privado. Una interpretación que considera lo que los conceptos significan hoy, con predominio sobre lo que significaron antes y que no cierre los caminos a la futura interpretación que podrá, a su vez, producirse teniendo en cuenta realidades supervinientes a las que existen actualmente.”⁶⁰

A modo de conclusión, cabe destacar que la interpretación evolutiva no significa por cierto cambiar el texto sino adaptarlo a nuevas realidades, derivadas del avance tecnológico.

Además, la interpretación evolutiva es precisamente lo que permite que las normas jurídicas conserven su aplicabilidad y adecuación a pesar del tiempo transcurrido desde su elaboración y entrada en vigencia hasta su aplicación actual⁶¹.

Regla 21. Exhortación.

Se exhorta a aquellos Estados cuya legislación interna impida el cumplimiento de alguna de las reglas enunciadas en esta Guía a que procedan a un desarrollo progresivo de su legislación interna.

Parte 3. Reglas para la cooperación jurisdiccional internacional

Regla 22. Las prácticas más favorables.

Las autoridades de los Estados priorizarán siempre las prácticas más favorables con el fin de lograr una pronta y eficiente cooperación jurisdiccional internacional.

Comentarios a la Regla 22:

- **Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias**

Esta regla se inspira en el art. 15 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias⁶², que establece: “Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, *o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia*” (el destacado es nuestro).

- **Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero**

El art. 14 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (CIDIP-I, Panamá, 1975) hace referencia, al igual que el art. 15 de la Convención de exhortos, a las prácticas más favorables, por lo que nos remitimos a los comentarios allí efectuados.

- **Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares**

El art. 18 de la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares (CIDIP-II, Montevideo, 1979) establece:

*“Esta Convención no restringirá las disposiciones de otras convenciones sobre medidas cautelares que hubieren sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, ni las **prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.**”* (el destacado nos pertenece)

⁵⁹ “El cambio social y político, las definiciones jurídicas y la interpretación dinámica y evolutiva del Derecho”, Héctor Gros Espiell, en <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0408/derecho.htm>

⁶⁰ “El cambio social y político, las definiciones jurídicas y la interpretación dinámica y evolutiva del Derecho”, Héctor Gros Espiell, en <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0408/derecho.htm>

⁶¹ Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, 147. “Public Policy: Common Principles in the American States”, *Recueil des cours*, Vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396, p. 209.

⁶² <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-36.html>

- **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**

El art. 35 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP-IV, Montevideo, 1989) utiliza la expresión “prácticas más favorables”, también utilizada en otras Convenciones

“La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las **prácticas más favorables** que dichos Estados pudieren observar en la materia.”

- **Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias**

Al igual que otras Convenciones Interamericanas, como la de restitución, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP-IV, Montevideo, 1989) reconoce y prioriza las “prácticas más favorables”: “*Artículo 30. La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas, o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, ni las **prácticas más favorables** que dichos Estados pudieren observar en la materia.*”

- **Protocolo del MERCOSUR sobre Medidas Cautelares**

El art. 26 del Protocolo del MERCOSUR sobre Medidas Cautelares, al igual que otras normas ya relevadas, establece: “*Este Protocolo **no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación** contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes.*”

- **Principios de ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)**

La materialización de dichas prácticas puede encontrarse, por ejemplo, en los Principios de ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), que pueden aplicarse “cuando las partes hayan acordado que los aspectos procesales de su relación jurídica se rijan por ellos, a menos que dicho acuerdo se encuentre expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico del foro”, y también “a la interpretación, integración y complementación de reglas que resulten competentes para regir esta materia” (Preámbulo). Claro que estos Principios se aplicarán “siempre que dicha aplicación sea técnicamente viable y que ella no conduzca a resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del ordenamiento jurídico que sea aplicable” (art. 1.3).

Si bien son muy escasos los reportes de aplicación de los Principios TRANSJUS, algunos países informan que, si bien no los aplican, reconocen que no son incompatibles con la normativa vigente (Ej.: Costa Rica). No parece haber dificultad entonces para su aplicación, al igual que esta Guía.

Los Principios TRANSJUS incluyen el principio *in dubio pro cooperationis* (art. 1.2 b), en los siguientes términos: “La cooperación jurídica internacional es un presupuesto necesario para ponderar los derechos de todas las partes. Las dudas que susciten los conflictos normativos persistentes, se resolverán en favor una solución que favorezca la cooperación jurídica internacional.”

- **La doctrina**

Cabe señalar aquí, con Tellechea,

“la posición a la que arribaran las doctrinas de Argentina y Uruguay en ocasión del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Sección de Derecho Internacional Privado, La Plata 26 y 27 de septiembre de 2013, que abordara el tema a partir de valioso relato de la Prof. Dra. María Blanca Noodt Taquela, referido a la “Aplicación de la norma más favorable a la cooperación judicial internacional”, concluyendo por unanimidad: “1.2. En caso de pluralidad de fuentes en principio aplicables y sin perjuicio de las normas de compatibilidad del derecho de los tratados en lo que fueren pertinentes, se deberá aplicar la norma más favorable a la cooperación judicial internacional” y “1.3. En particular la cooperación puede prestarse con el recurso a normas de distintas fuentes con arreglo a los métodos del Derecho Internacional Privado y a principios generales aceptados en la materia”. Conceptos acogidos por los Principios de ASADIP, que en el Capítulo 1, “Disposiciones y principios generales”, art.1.2, consagran el

*aforismo in dubio pro cooperationis, agregando que “los operadores jurídicos deben orientarse al favorecimiento de la cooperación jurídica internacional”.*⁶³

Regla 23. Vías y medios de transmisión de exhortos o cartas rogatorias.

Los Estados tenderán a admitir y utilizar medios electrónicos de transmisión de exhortos, cualquiera sea la vía utilizada para ello (por las partes interesadas, por la vía judicial, diplomática o consular o por la autoridad central), a los efectos de acelerar y hacer más efectiva la cooperación. Se recomienda a los Estados la utilización y el desarrollo de la vía Autoridad Central, así como que en la medida de lo posible vayan removiendo los obstáculos jurídicos y prácticos que impiden o limitan la comunicación directa entre jueces fronterizos.

Comentarios a la Regla 23:

• **Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias**

El art. 4 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1975 establece que: “Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso. (...)”.

• **Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de Las Leñas y su enmienda de Buenos Aires**

El Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (MERCOSUR, Las Leñas, 1992), en su Artículo 5, establece:

“Cada Estado Parte deberá enviar a las autoridades jurisdiccionales del otro Estado, según la vía prevista en el artículo 2, los exhortos en materia civil, comercial, laboral o administrativa, cuando tengan por objetivo: a) diligencias de mero trámite, tales como citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones u otras semejantes; b) recepción u obtención de pruebas.”

La enmienda de Buenos Aires de 2002⁶⁴ agrega a la vía prevista en el art. 2, que es la autoridad central, la vía diplomática o consular y la particular, pero al igual que las normas ya analizadas, ni el Protocolo ni su enmienda hacen referencia al medio utilizado, por lo que los envíos pueden hacerse por vía electrónica sin contravenir la norma.

Las normas referidas establecen las **vías** de transmisión de los exhortos, pero guarda silencio acerca del **medio** a utilizarse para dicha transmisión, por lo que nada impide que para la transmisión del exhorto se utilice el medio digital, independientemente de que la vía utilizada sea la particular, la judicial, la consular o diplomática o la autoridad central. En otras palabras, la norma no prohíbe -y por tanto está permitido- que los exhortos se transmitan por cualquiera de las vías establecidas en el art. 4 de la Convención en forma digital.

• **Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial**

El art. 2 del Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial tampoco prevé los medios a través de los cuales se recibirán y remitirán las cartas rogatorias, por lo que cabe el mismo comentario.

Por su parte, el art. 27 del referido Convenio abre la posibilidad de utilizar otras vías para la remisión de exhortos:

“Las disposiciones del presente Convenio no impedirán que un Estado contratante:

a) declare que se podrán remitir cartas rogatorias a sus autoridades judiciales por vías distintas de las previstas en el artículo 2;

⁶³ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 109.

⁶⁴ <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2019081185-005013625.pdf#page=8>

b) permita, de conformidad con su legislación o costumbres internas, ejecutar en condiciones menos restrictivas los actos a que este Convenio se aplique;

c) permita, de conformidad con su legislación o costumbre internas, métodos de obtención de prueba distintos de los previstos por el presente Convenio.”

- **Guía de Buenas Prácticas sobre el Uso de Video-Link bajo la Convención sobre Pruebas**

La HCCH publicó en noviembre de 2019, luego de años de investigación, la Guía de Buenas Prácticas sobre el Uso de Video-Link bajo la Convención sobre Pruebas. Nos remitimos a ella y recomendamos su aplicación.

- **Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero**

El Art. 3 inciso 2º de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (CIDIP-I, Panamá, 1975) establece:

“Si el órgano jurisdiccional del Estado requerido se declarase incompetente para proceder a la tramitación del exhorto o carta rogatoria, pero estimase que es competente otro órgano jurisdiccional del mismo Estado, le transmitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso por los conductos adecuados.” (el destacado nos pertenece).

La referencia a “los conductos adecuados” para la transmisión deja abierta la puerta a la utilización de los conductos informáticos.

- **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP-IV, Montevideo, 1989) establece en su art. 7 inciso 3º establece:

“Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.”

Es evidente que las herramientas informáticas resultan de suma utilidad para que la cooperación e intercambio de información prevista en la norma referida sea más eficiente y rápida.

El art. 8 establece:

“Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma: a. A través de exhorto o carta rogatoria; o b. Mediante solicitud a la autoridad central, o c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.”

Como es habitual, la norma citada no refiere al soporte del exhorto o solicitud, por lo que el mismo puede ser en papel o digital. Lo mismo corresponde afirmar respecto de los contenidos de dichos instrumentos y de los documentos que deben acompañarse.

El art. 22 establece:

“Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.”

Las vías previstas por la norma para la transmisión de los exhortos y solicitudes no establecen que el medio tenga que ser el documento en papel, por lo que pueden utilizarse documentos digitales.

- **Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece una fórmula amplia en su art. 2º en cuanto a las medidas que podrán adoptar los Estados para cumplir con los objetivos del Convenio:

*“Los Estados contratantes adoptarán **todas las medidas apropiadas** para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”*

El art. 7 establece que:

*“Las Autoridades Centrales **deberán colaborar** entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, **todas las medidas apropiadas que permitan:***

*a) **localizar** al menor trasladado o retenido de manera ilícita; b) **prevenir** que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) **garantizar** la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; d) **intercambiar información** relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; e) **facilitar información** general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) **incoar** o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) **conceder o facilitar**, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; h) **garantizar**, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) **mantenerse mutuamente informadas** sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.”*

Como puede apreciarse, dada la naturaleza de las acciones que deben adoptar las Autoridades Centrales para lograr los objetivos del Convenio, las herramientas tecnológicas son de suma utilidad para actuar con la celeridad requerida. Ello se observa en la práctica de muchos países.

Asimismo, para cumplir con el mandato del art. 9, las vías informáticas para transmitir solicitudes “directamente y sin demora” son mucho más efectivas que las tradicionales. Ordena el art. 9:

*“Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, **transmitirá la solicitud directamente y sin demora** a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante.”*

El art. 28 establece:

“Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante, o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.”

La “autorización por escrito” puede estar plasmada en un documento papel o digital, ya que la norma no distingue.

La HCCH ha generado una serie de instrumentos en apoyo de la Convención y su aplicación práctica, como la Guía de Buenas Prácticas, la Red Internacional de Jueces de La Haya, la Base de datos sobre sustracción internacional (INCADAT), el Sistema electrónico de gestión de casos para el Convenio sobre Sustracción de Menores (iChild), entre otras⁶⁵. Se recomienda su utilización.

En aquellos países en que en la práctica se exige, en el auxilio judicial internacional activo y pasivo (cartas rogatorias, exhortos, obtención de prueba, etc.), la emisión de documentos físicos, incluso con las copias que señalan algunos instrumentos internacionales, para su transmisión por la vía que corresponda⁶⁶, pueden sustituir la transmisión física de los documentos papel por la transmisión electrónica de documentos originalmente digitales, o digitalizados.

La práctica muestra que las autoridades centrales, como organismos especializados en Derecho Internacional Privado y cooperación jurisdiccional internacional, constituyen una vía más eficiente de

⁶⁵ Ver en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/ihnj>

⁶⁶ Por ejemplo, Costa Rica, que lo exige para la transmisión de exhortos y demás a través de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a las distintas representaciones diplomáticas y consulares encargadas de hacer llegar la solicitud a la autoridad central o la autoridad competente del otro país, o viceversa.

transmisión de exhortos que la diplomática o consular, dado que el complejo funcionamiento de esta última “insume usualmente varios meses”.⁶⁷

Por lo tanto, esta Guía recomienda a los Estados la utilización y el desarrollo de la vía Autoridad Central. A los efectos de su mayor eficiencia, coincide Tellechea con lo que venimos sosteniendo:

*“...la transmisión de las rogatorias al ser realizada a través del medio postal, generalmente correo certificado, requiere en los hechos un lapso de varios días para el envío del exhorto desde la autoridad central rogante a la rogada. La celeridad en la realización de la justicia impone analizar la posibilidad del uso de medios electrónicos tanto para la transmisión de los exhortos, cuanto para otras comunicaciones entre las autoridades centrales referidas al cumplimiento de los mismos. Posibilidad que cuando estos organismos fueran creados en los años sesenta y setenta del siglo veinte por las Convenciones de La Haya e Interamericanas no era previsible, pero que hoy constituye una realidad que permite a través de actuales tecnologías una comunicación instantánea y segura, capaz de acreditar la autenticidad del pedido.”*⁶⁸

La vía particular también tiene ventajas, y su funcionamiento puede mejorarse mediante la ratificación, por parte de los Estados que aún no lo han hecho, del Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros. En este sentido, cabe afirmar, con Tellechea, lo siguiente:

*“En esta modalidad el interesado retira la rogatoria de la sede exhortante y la remite a un corresponsal en el Estado rogado que de conformidad con la normativa de éste se encargará de hacerla llegar al tribunal competente para su diligenciamiento, por lo que se trata de un procedimiento que permite una transmisión rápida y reservada de las solicitudes de auxilio judicial. El funcionamiento de esta vía se ve afectado en la práctica en razón de la misma, por su propia naturaleza, exige acreditar la autenticidad del exhorto foráneo. Acreditación que entre Estados no Partes de la Convención de La Haya de 5.10.1961 sobre Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros requiere de la legalización, con todas las demoras que ello supone.²⁴ Por lo que ha de resultar conveniente para un más eficaz funcionamiento de la modalidad, impulsar que los países americanos que aún no lo hubieren hecho, aprueben la Convención y que una futura revisión del marco regulatorio interamericano contemple que entre Estados Partes de convenios que como el de La Haya prevean procedimientos más expeditos de acreditación de la autenticidad de los documentos extranjeros, se estará a los mismos.”*⁶⁹

Respecto a la comunicación directa entre jueces fronterizos, afirma Tellechea:

“Distintos convenios prevén esta vía en relación a la cual es excluido el requisito de la legalización. Tales, las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art.7 y sobre Tráfico Internacional de Menores, art.15 y Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo cuarto. Esta modalidad de comunicación jurisdiccional se adecua a la realidad de las zonas de frontera, en las que el entorno sociológico favorece el surgimiento de relaciones privadas internacionales de todo tipo y de litigios suscitados en

⁶⁷ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 109-110.

⁶⁸ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 110.

⁶⁹ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 112.

torno a las mismas y consecuentemente hace necesario atender un significativo volumen de cooperación internacional entre jueces muy próximos entre sí.

En la frontera argentino - uruguaya sobre el Río Uruguay ha comenzado a tener exitosa aplicación este tipo de comunicación judicial, inclusive en materia cautelar. Situación que no ocurre, lamentablemente, en la frontera con Brasil, país que en base a una interpretación de su jurisprudencia de la exigencia de su Constitución referida a que las rogatorias deben estar sujetas a un contralor centralizado, exequatur, ante el Superior Tribunal de Justicia²⁵, rechaza la posibilidad de remisión directa de exhortos entre jueces de zonas de frontera, aun cuando el tema, en puridad, refiere a la transmisión de las rogatorias y no a su control. Esta posición genera serias demoras que con frecuencia frustran la asistencia jurisdiccional y la propia realización de la justicia, cuanto que, vr. gr., un exhorto librado por un juez uruguayo de la ciudad fronteriza de Rivera a su homólogo de la contigua ciudad de Livramento, tiene que ser remitido a Montevideo para que la autoridad central de Uruguay lo envíe a la autoridad central en Brasilia para que ésta a su vez lo haga llegar al Superior Tribunal de Justicia, que efectuado el control ha de remitirlo al Juzgado de Livramento para su diligenciamiento, que luego lo devolverá a través del mismo camino. Un correcto funcionamiento de esta vía, hasta ahora subutilizada, ha de permitir una eficaz asistencia jurisdiccional en las fronteras. Propuesta que resulta coincidente con las “Recomendaciones a los Estados Americanos para la integración fronteriza o vecinal”, adoptada por el Comité Jurídico Interamericano el 13.3.2014, en su 84 período ordinario de sesiones, CJI/RES.206 (LXXXIV-O/14). Al respecto cabe señalar que por Acordada no. 7885 de 21 de diciembre de 2016, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, resolvió designar “Juzgados de Frontera” a los Juzgados limítrofes con la República Argentina de los Departamentos de Artigas, Salto Paysandú, Río Negro, Soriano y Colonia, entrando a regir la presente Acordada para las comunicaciones cursadas a partir del primero de abril de 2017.”⁷⁰

En materia cautelar, afirma Tellechea:

“Se considera de interés atento a la índole y necesidades de las zonas de frontera incluir la comunicación directa en la materia entre jueces fronterizos, opción no contemplada entre las vías enumeradas por el art. 13 de la Convención y que el Protocolo de Ouro Preto, art. 19, párrafo cuarto, consagró expresamente. A nivel interamericano la comunicación jurisdiccional fronteriza directa sin necesidad de legalización es acogida en relación a la asistencia de mero trámite y probatoria por la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de manera amplia, por la Convención de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15.”⁷¹

Se recomienda la supresión de la legalización como requisito de alcance general.

Reproducimos aquí la fundamentación efectuada al respecto por Tellechea:

“La Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 14.a, trata la condición de manera genérica, no excluyendo expresamente de la misma la transmisión de exhortos vías diplomática, consular y autoridad central, modos que por su calidad de oficiales, doctrina y derecho positivo coinciden en no requerir la exigencia. Tal lo dispuesto por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 respecto a la transmisión de exhortos a través de agentes diplomáticos o consulares, art. 11, parte final, y de modo más amplio, incluyendo la vía autoridad central y la comunicación directa entre jueces de frontera, por la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias arts. 6 y 734. La

⁷⁰ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 112-113.

⁷¹ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 116.

disposición convencional en su redacción actual lleva a que en la práctica algunos países exijan la legalización para acreditar la autenticidad de las solicitudes de auxilio cautelar, cualquiera que fuere la vía empleada, cuando sólo correspondería requerir la condición en los casos de transmisión vía particular y ello, siempre que entre el Estado de origen de la solicitud y el rogado no exista una regulación convencional que como la Convención de la Haya de 5.10.1961 sobre Supresión de la Legalización consagre un procedimiento más expedito a los efectos.”⁷²

• **Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticia**

El art. 1 del Convenio de 2007 establece su objetivo en los siguientes términos:

*“El presente Convenio tiene por objeto **garantizar la eficacia** del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, en particular:*

- a) estableciendo un **sistema completo de cooperación** entre las autoridades de los Estados contratantes;*
- b) permitiendo la **presentación de solicitudes** para la obtención de decisiones en materia de alimentos;*
- c) garantizando el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos; y*
- d) exigiendo **medidas efectivas para la rápida ejecución** de las decisiones en materia de alimentos.”*

Parece incuestionable que la utilización de medios tecnológicos contribuye a lograr el objetivo planteado. Además, el uso de herramientas informáticas no está prohibido por la norma, por lo que no existe impedimento normativo para su utilización.

El Capítulo II del Convenio de 2007 refiere a la Cooperación Administrativa. El art. 5 determina las funciones generales de las Autoridades Centrales en los siguientes términos:

“Las Autoridades Centrales deberán:

- a) cooperar entre sí y promover la cooperación entre las autoridades competentes de sus Estados para alcanzar los objetivos del Convenio;*
- b) buscar, en la medida de lo posible, soluciones a las dificultades que pudieran surgir en la aplicación del Convenio.”*

El art. 6, por su parte, determina las funciones específicas de las Autoridades Centrales:

“1. Las Autoridades Centrales prestarán asistencia con respecto a las solicitudes presentadas conforme al Capítulo III. En particular, deberán:

- a) transmitir y recibir tales solicitudes;*
 - b) iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos con respecto a tales solicitudes.*
- 2. Con respecto a tales solicitudes, tomarán todas las medidas apropiadas para:*
- a) prestar o facilitar la prestación de asistencia jurídica, cuando las circunstancias lo exijan;*
 - b) ayudar a localizar al deudor o al acreedor;*
 - c) facilitar la obtención de información pertinente sobre los ingresos y, en caso necesario, sobre otras circunstancias económicas del deudor o del acreedor, incluida la localización de los bienes;*
 - d) promover la solución amistosa de diferencias a fin de obtener el pago voluntario de alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos;*

⁷² TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 116.

- e) *facilitar la ejecución continuada de las decisiones en materia de alimentos, incluyendo el pago de atrasos;*
 - f) *facilitar el cobro y la transferencia rápida de los pagos de alimentos;*
 - g) *facilitar la obtención de pruebas documentales o de otro tipo;*
 - h) *proporcionar asistencia para la determinación de la filiación cuando sea necesario para el cobro de alimentos;*
 - i) *iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos para obtener las medidas provisionales necesarias de carácter territorial que tengan por finalidad garantizar el resultado de una solicitud de alimentos pendiente;*
 - j) *facilitar la notificación de documentos.*
- (...)"

Resulta evidente que la tecnología en general y la informática son útiles para cumplir de manera más eficiente y rápida todas las funciones –generales y específicas– impuestas por el Convenio a las Autoridades Centrales.

El art. 12 refiere a la “Transmisión, recepción y tramitación de solicitudes y asuntos por intermedio de las Autoridades Centrales”, y en su numeral 7) dispone: “*Las Autoridades Centrales utilizarán los medios de comunicación más rápidos y eficaces de que dispongan.*” Cabe aquí hacer extensivo el comentario anterior.

A continuación, el art. 13 refiere a los “medios de comunicación y dispone:

“Toda solicitud presentada por intermedio de las Autoridades Centrales de los Estados contratantes de conformidad con este Capítulo, o toda documentación o información adjuntada o proporcionada por una Autoridad Central, no podrá ser impugnada por el demandado por la única razón del soporte o de los medios de comunicación utilizados entre las Autoridades Centrales respectivas.”

Esta norma resulta de particular importancia. Debería ser tomada como ejemplo de que, si el Estado requerido todavía no utiliza determinados soportes o medios de comunicación informáticos que el requirente si utiliza, debe admitirlos, porque el soporte y el medio no alteran la sustancia del documento.

El Capítulo V sobre reconocimiento y ejecución de decisiones incluye el art. 29, que establece:

“No se exigirá la presencia física del niño o del solicitante en procedimiento alguno iniciado en el Estado requerido en virtud del presente Capítulo.”

Se trata de un ejemplo más de casos en que no es necesario exigir la presencialidad.

Otra norma del Convenio que merece ser destacada en esta Guía es el art. 52, que consagra la llamada “Regla de la máxima eficacia”, en los siguientes términos:

“1. El presente Convenio no impedirá la aplicación de un acuerdo, arreglo o instrumento internacional en vigor entre el Estado requirente y el Estado requerido, o de un acuerdo de reciprocidad en vigor en el Estado requerido que prevea:

- a) *bases más amplias para el reconocimiento de las decisiones en materia de alimentos, sin perjuicio del artículo 22 f) del Convenio;*
- b) *procedimientos simplificados más expeditivos para una solicitud de reconocimiento o reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos;*
- c) *asistencia jurídica más favorable que la prevista por los artículos 14 a 17; o*
- d) *procedimientos que permitan a un solicitante de un Estado requirente presentar una petición directamente a la Autoridad Central del Estado requerido.*

2. El presente Convenio no impedirá la aplicación de una ley en vigor en el Estado requerido que prevea normas más eficaces que las incluidas en el apartado 1 a) a c). No obstante, por lo que respecta a los procedimientos simplificados más expeditivos indicados en el apartado 1 b), éstos deben ser compatibles con la protección otorgada a las partes en virtud de los artículos 23 y 24, en particular por lo que respecta a los derechos de las partes a ser

debidamente notificadas del procedimiento y a tener la oportunidad adecuada de ser oídas, así como por lo que respecta a los efectos de cualquier recurso o apelación.”

Con respecto a los formularios provistos por este Convenio, cabe reiterar lo dicho anteriormente: nada impide que los mismos se completen en soporte digital y que se transmitan por vías informáticas.

Cabe concluir, con Alborno y Paredes, que este Convenio tiene una fuerte relación con la tecnología y alienta su utilización. Todo su esquema de cooperación fue estructurado con el objetivo del mejor aprovechamiento de las TICs y de las nuevas oportunidades que los futuros avances de las mismas puedan crear. El vínculo entre la Convención de Alimentos y la tecnología es claramente ilustrado por el *iSupport*, un sistema electrónico de gerenciamiento de casos y de comunicaciones seguras para el cobro transfronterizo de alimentos, desarrollado por la HCCH. Esta innovadora plataforma, que utiliza la tecnología de comunicaciones electrónicas e-CODEX, permite a los Estados lograr ahorros considerables y brindar a sus ciudadanos un efectivo acceso a la justicia⁷³.

- **Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros**

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP-II, Montevideo, 1979) tampoco prevé específicamente la utilización de medios tecnológicos para su aplicación en la práctica. No obstante, nada impide cumplir con sus requerimientos recurriendo a las herramientas tecnológicas disponibles hoy día.

- **Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias**

El art. 11 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP-IV, Montevideo, 1989) establece las condiciones que debe revestir una sentencia para tener eficacia extraterritorial. Entre ellas figura “*Que la sentencia y los documentos anexos vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden*” (literal d), sin especificar si la sentencia y los documentos anexos tienen que estar plasmados en papel o pueden ser digitales, por lo que nada impide esto último.

Lo mismo cabe afirmar con respecto a la exigencia del literal e) respecto de la notificación y el emplazamiento: “*Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia deba surtir efecto*” y del requisito del art. 12: “*Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias son los siguientes: a. Copia auténtica de la sentencia; b. Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e y f) del artículo 11, y c. Copia auténtica del auto que declare que la sentencia tiene el carácter de firme o que ha sido apelada.*” Nada obliga a que las “copias auténticas sean en papel, por lo tanto, pueden ser digitales.

- **Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional**

Al igual que en otras convenciones, el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional requiere, para lograr sus objetivos, de comunicaciones efectivas y rápidas entre las Autoridades Centrales, así como con otras autoridades competentes de los Estados Parte. Dicha comunicación es crucial para la correcta implementación de esta Convención. Aunque la Convención no hace referencia expresa a las TICs, su utilización es completamente compatible con el régimen de la Convención y debe promoverse en la práctica, como fuera reconocido en Comisiones Especiales de 2005 y de 2015⁷⁴.

⁷³ María Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES, “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 2021, Vol. 17, No. 2, 224–254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>, p. 232, donde citan el correspondiente sitio de HCCH: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/isupport1/>

⁷⁴ María Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES, “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private*

- **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza (Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law)**

El capítulo IV de la Ley Modelo⁷⁵ refiere a la cooperación con tribunales y representantes extranjeros. El art. 25.2 habilita expresamente a los tribunales a comunicarse directamente con tribunales o representantes extranjeros o a requerirles información o asistencia también en forma directa. En el mismo sentido el art. 26 hace referencia a las comunicaciones directas.

Lo más destacable es el art. 27, que establece que la cooperación referida en los artículos 25 y 26 puede implementarse por **cualquier medio apropiado** (*may be implemented by any appropriate means*). Este enfoque tan flexible estimula sin duda la utilización de las TICs, tales como teléfono, e-mail, video-link u otros en la cooperación internacional, al menos en materia de insolvencia transfronteriza⁷⁶.

- **Principios de ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)**

El art. 5.1, 2º párrafo de los Principios establece:

“En cualquier caso, y en particular cuando no sea posible lograr el emplazamiento, citación o notificación inicial del demandado en forma personal, el demandante puede procurar que se lleve a cabo **a través de los medios tecnológicos disponibles**, en los términos del artículo 4.7 de estos Principios.”

En realidad, la posibilidad del reclamante de solicitar la utilización de medios tecnológicos no se limita a situaciones en que la notificación no se pueda realizar en persona, ya que los Principios Transjus alientan fuertemente el uso de herramientas tecnológicas para fomentar la cooperación en los litigios internacionales⁷⁷.

- **Conferencia de Ministros de Justicia de Países Iberoamericanos (COMJIB)**

El 30 de octubre de 2004, en Cartagena de Indias (Colombia), los Estados Miembros de la COMJIB⁷⁸ crearon la IberRed⁷⁹ (Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional), que “es una herramienta de cooperación, en materia civil y penal, puesta a disposición de los operadores jurídicos de 22 países Iberoamericanos y del Tribunal Supremo de Puerto Rico (incluyendo España, Portugal y Andorra), que beneficia a más de 500 millones de ciudadanos”⁸⁰.

La “IberRed posee una página WEB con un acceso público y otro privado que constituye un sistema de comunicación seguro, denominado Iber@, para los puntos de contacto y autoridades centrales. La seguridad del sistema Iber@ y su fácil uso y accesibilidad permiten un “entorno colaborativo 2.0” por el cual los miembros pueden interactuar para optimizar la gestión del conocimiento con respecto a lo desarrollado por IberRed. Además, Iber@ no requiere de un software, permitiendo su uso desde cualquier PC gracias a su sistema de autenticación, y permitiendo también una comunicación segura y en tiempo real, sin importar dónde se encuentra el punto de contacto.”⁸¹

International Law, 2021, Vol. 17, No. 2, 224–254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>, p. 231-232.

⁷⁵ <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/52/158>

⁷⁶ María Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES, “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 2021, Vol. 17, No. 2, 224–254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>, p. 233.

⁷⁷ María Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES, “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 2021, Vol. 17, No. 2, 224–254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>, p. 235.

⁷⁸ <https://comjib.org/>

⁷⁹ <https://comjib.org/iberred-presenta-su-nueva-plataforma-de-cooperacion-juridica/>

⁸⁰ <https://comjib.org/iberred/>

⁸¹ <https://comjib.org/iberred/>

- **El Tratado de Medellín relativo a la Transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales (2019)**

Resulta de fundamental importancia que los Estados tengan en cuenta las soluciones del Tratado de Medellín, que en su art. 1 establece que su objeto es regular "...el uso de la plataforma electrónica Iber@ como medio formal y preferente de transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales, en el marco de los tratados vigentes entre las partes y que contemplen la comunicación directa entre dichas instituciones."

A los efectos del Tratado, se entiende por "solicitudes de cooperación jurídica internacional", "las solicitudes entre Autoridades Centrales cuya transmisión se llevan a cabo al amparo de un tratado en vigor en materia penal, civil, comercial, laboral, administrativa o cualquier otra materia de derecho, así como las actuaciones posteriores derivadas de las mismas o que se encuentren amparadas por el mismo tratado". Como puede observarse, el ámbito material de aplicación del tratado es amplio.

Asimismo, por "transmisión" de las solicitudes de cooperación jurídica internacional, a los efectos del Tratado, se entiende "...el envío entre Autoridades Centrales, por medio de Iber de todo tipo de solicitud de cooperación jurídica internacional, su respuesta, seguimiento o cualquier comunicación relacionada con las mismas y su ejecución, tales como aclaraciones, ampliaciones, y suspensiones, entre otras. En este sentido se entiende incluida la transmisión espontánea de información de conformidad con los tratados en vigor entre las Partes." Esta norma también denota una amplitud que en la práctica es de gran utilidad.

<p>Regla 24. Soporte en el cual se consigna el exhorto o carta rogatoria.</p>
--

<p>Se recomienda a las autoridades de los Estados la consignación del exhorto en soporte digital.</p>

Comentarios a la Regla 24:

Ni el art. 4 de la Convención de Exhortos ni ningún otro hacen referencia al soporte en que debe consignarse el exhorto, por lo que éste no deberá ser necesariamente el papel, pudiendo ser digital. Nótese que no se estaría modificando el contenido del exhorto, sino que lo que cambia es el soporte como medio en el que se asienta la información, que pasa de ser material, a ser electrónico.

- **Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares**

La Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares de 1979, al igual que la mayoría, utiliza expresiones tales como deducir, comunicar, devolver, interponer, transmitir, acompañar, diligenciar, refiriéndose a exhortos y otros documentos y a su tramitación (en especial, arts. 5, 10, 11, 13, 15 y 16), pero en ninguna parte hace referencia a que dichos exhortos y documentos y su tramitación deba hacerse por medios tradicionales, en persona, plasmados en papel.

- **Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial**

Por su parte, el art. 1 del Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial dispone que los Estados solicitarán la obtención de pruebas u otras medidas, "por carta rogatoria", sin especificar si ella debe plasmarse en papel o en un archivo digital, por lo que esto último no estaría prohibido, sino que simplemente no se menciona por razones cronológicas.

- **Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros**

En cuanto a La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP-II, Montevideo, 1979), nótese que las condiciones que deben cumplir la sentencia o laudo, conforme al art. 2, para que se le reconozca eficacia extraterritorial pueden cumplirse, al menos la mayoría de ellas, en formato digital. Así, por ejemplo, "*las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden*" (lit. a) no tienen por qué estar consignadas en papel, como lo demuestra la apostilla electrónica. Mucho menos las traducciones (lit. b), que perfectamente se pueden hacer y transmitir en

forma digital. En cuanto al requisito de la legalización (lit. c), basta hacer referencia a lo dicho en la Parte 3 sobre cooperación de mero trámite.

El art. 3 enumera los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales:

“a) Copia auténtica de la sentencia o del laudo y resolución jurisdiccional;

“b) Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo anterior;

“c) Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada.”

Nada exige que las copias auténticas requeridas estén plasmadas en papel, por lo que perfectamente pueden ser digitales.

- **Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa**

El Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (MERCOSUR, Las Leñas, 1992) establece, en su art. 19: “*La solicitud de reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos arbitrales por parte de las autoridades jurisdiccionales se tramitará por vía de exhortos y por intermedio de la Autoridad Central.*”

Como puede apreciarse, la norma no exige que el exhorto tenga que plasmarse en papel y que su transmisión sea mediante traslado físico de ese papel, por lo que perfectamente puede confeccionarse el exhorto y transmitirse por medios informáticos.

Respecto de las condiciones para su eficacia extraterritorial, exigidas por el art. 20, corresponde hacer extensivos los comentarios efectuados al art. 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

- **Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia**

Entre las definiciones del art. 3 del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, encontramos que el literal d) establece que “*acuerdo por escrito*” “*significa un acuerdo registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta*”. Es clarísimo que quedan comprendidos en la definición de “acuerdo por escrito” los acuerdos registrados en soporte digital.

- **El Tratado de Medellín relativo a la Transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales (2019)**

Conforme al art. 3.1 del Tratado de Medellín, las Partes acuerdan la utilización de la plataforma electrónica y segura “Iber@” “para la transmisión de las solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales, en el marco de los correspondientes tratados en vigor entre las Partes y con los efectos jurídicos previstos en dichos tratados.” Y en el numeral 3 agrega: “La documentación que sea transmitida entre Autoridades Centrales por medio de Iber@ se tendrá por original y/o auténtica a los efectos previstos en los tratados en vigor entre las partes. Iber@ valida la transmisión electrónica, no obstante, el análisis del contenido corresponderá, en su caso, a las autoridades competentes. La transmisión de solicitudes y su documentación por Iber@ no requerirá envíos físicos posteriores.”

Regla 25. Requisitos para el cumplimiento del exhorto.

Se recomienda a las autoridades de los Estados que admitan el cumplimiento de los requisitos que debe cumplir el exhorto realizado en forma digital.

Comentarios a la Regla 25:

- **Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias**

El Artículo 5 de la Convención establece que: “Los exhortos o cartas rogatorias se cumplirán en los Estados Partes siempre que reúnan los siguientes requisitos:

a. Que el exhorto o carta rogatoria se encuentre legalizado, salvo lo dispuesto en los Artículos 6 y 7 de esta Convención. Se presumirá que el exhorto o carta rogatoria se halla debidamente legalizado en el Estado requirente cuando lo hubiere sido por funcionario consular o agente diplomático competente;

b. Que el exhorto o carta rogatoria y la documentación anexa se encuentren debidamente traducidos al idioma oficial del Estado requerido.”

La norma exige dos requisitos: la legalización y la traducción.

- **Convenio HCCH sobre la Apostilla**

Con respecto a la legalización, cabe destacar que cuando los Estados involucrados sean parte del *Convenio de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (Convenio HCCH sobre la Apostilla de 1961)*⁸², los documentos se autenticarán a través de este mecanismo y no de la legalización.

El Convenio cuenta con más de 120 Estados Parte, y son actualmente muchos los países que han implementado uno o varios componentes del e-APP (Programa de Apostilla Electrónica) o están en vías de hacerlo. Dicho programa “...fue lanzado en 2006 para promover y facilitar la implementación de tecnología en el marco del Convenio de 5 de octubre de 1961 por el que se Suprime la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (Convenio sobre la Apostilla). Está diseñado para garantizar la continuidad del funcionamiento eficaz del Convenio por medio de la emisión de Apostillas electrónicas (e-Apostillas) y la utilización de registros electrónicos de Apostillas a los cuales los destinatarios pueden acceder en línea para verificar el origen de una Apostilla que hayan recibido (e-Registros).”⁸³

Lo anterior ilustra que se puede autenticar documentos –ya sean estos consignados en papel o en formato digital- por medios electrónicos, como lo es la apostilla electrónica. Se podrá reglamentar también, cuando no resulte aplicable el Convenio de la apostilla, la forma de legalizar documentos digitales de forma digital.

Respecto del requisito de la traducción, la norma no impide que la misma sea efectuada de manera digital, incluyendo los mecanismos de firma y autenticación.

Regla 26. Documentos que acompañan al exhorto o carta rogatoria.

Se recomienda a las autoridades de los Estados que admitan que los documentos que acompañan al exhorto sean digitales. Cuando no sea posible su digitalización, se utilizarán las prácticas más eficientes y rápidas posibles.

Comentarios a la Regla 26:

- **Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias**

El Artículo 8 de la Convención establece que: “Los exhortos o cartas rogatorias deberán ir acompañados de los documentos que se entregarán al citado, notificado o emplazado, y que serán:

a. Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada;

b. Información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar, y las advertencias que le hiciere dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad;

c. En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente.”

La expresión “los documentos que se entregarán al citado, notificado o emplazado” no hace referencia a que el documento tenga que ser en papel, por lo que puede ser en formato digital. Tampoco exige que la entrega deba ser física o en persona, por lo que puede ser realizada en forma electrónica, cuando ello resulte posible.

⁸² <https://assets.hcch.net/docs/52558144-9886-451b-8a54-8ec253fba7ff.pdf>

⁸³ <https://assets.hcch.net/docs/f71e22ca-3bc4-4aca-a57f-426b011b3e33.pdf>

En cuanto a los documentos referidos en el literal a: “Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada”, si los mismos fueran originalmente digitales, su entrega por medios electrónicos no presentará dificultades. De lo contrario, si el documento original fuera en papel, existen medios técnicos para digitalizarlo, como por ejemplo, el escaneo del mismo.

Si la digitalización de documentos originalmente emitidos en papel fuera dificultosa por razones de tiempo y/o costo, por ser los mismos muy voluminosos, o cualquier otra razón, existen vías alternativas que permitan sortear el problema. Así, por **ejemplo**, en Uruguay “Si la notificación se acompaña de documentación existente en formato papel, luego de ser notificado electrónicamente, el destinatario dispone de 3 días hábiles para retirar los documentos que se trate. Si el interesado dentro del plazo establecido no concurriera a retirar los documentos, la notificación se considerará realizada al vencer esos tres días.” (Informe del Dr. Daniel Trecca)

Regla 27. Elaboración de los exhortos o cartas rogatorias.

Los Estados Parte del Protocolo Adicional de 1979 a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1975 y/o del Protocolo adicional de 1984 a la Convención sobre recepción de prueba de 1975 elaborarán los exhortos completando en forma digital los formularios provistos por dichos Protocolo y sus Anexos. La copia que debe quedar en poder del Estado requerido y demás documentos pueden ser digitales. Los Estados no parte de los referidos Protocolo procurarán elaborar y proveer a sus autoridades formularios que puedan completarse y tramitarse en forma digital.

Comentarios a la Regla 27:

• **Protocolo Adicional de 1979 a la Convención de exhortos**

El Artículo 3 del Protocolo Adicional de 1979 a la Convención de exhortos establece que:

“Los exhortos o cartas rogatorias se elaborarán en formularios impresos en los cuatro idiomas oficiales de la Organización de los Estados Americanos o en los idiomas de los Estados requiriente y requerido, según el formulario A del Anexo de este Protocolo.”

Nada impide que, mediante la interpretación evolutiva o progresiva referida en la **Regla 20**, se elaboren en formularios creados en formato digital, en los idiomas requeridos.

“Los exhortos o cartas rogatorias deberán ir acompañados de:

a. Copia de la demanda o de la petición con la cual se inicia el procedimiento en el que se libra el exhorto o carta rogatoria, así como su traducción al idioma del Estado Parte requerido;”

• **Protocolo adicional de 1984 a la Convención sobre recepción de prueba de 1975**

El Protocolo adicional de 1984 a la Convención sobre recepción de prueba de 1975 proporciona, al igual que el Protocolo adicional de 1979 a la Convención de exhortos, formularios anexos donde se elaborarán los exhortos o cartas rogatorias en que se solicite la obtención de pruebas (art. 2) e instrucciones acerca de su transmisión y diligenciamiento (art. 3). Nos remitimos aquí a los comentarios efectuados respecto de los formularios y normas sobre el tema del Protocolo de 1979.

Nada impide que, sin contrariar el tenor literal gramatical de la norma, el exhorto digital sea acompañado por los documentos indicados en la norma, digitalizados, si el original era en soporte papel. A los efectos de evitar a la autoridad judicial u otra la carga de digitalizar los documentos referidos, se puede solicitar a la parte que presente versión digital de la demanda o petición en cuestión. De hecho, la demanda o petición original se elabora en una computadora, y luego se imprime para ser presentada ante el juzgado o autoridad que corresponda.

“b. Copia no traducida de los documentos que se hayan adjuntado a la demanda o petición.”

Mismo comentario que respecto del literal a). Se puede solicitar a las partes que presenten esta documentación digitalizada.

“c. Copia no traducida de las resoluciones jurisdiccionales que ordenen el libramiento del exhorto o carta rogatoria;”

Mismo comentario que respecto del literal a). Nótese que el original de las referidas resoluciones jurisdiccionales se tecléa en una computadora, por lo que el documento digital ya existe, y también puede ser firmado y autenticado digitalmente.

“d. Un formulario elaborado según el texto B del Anexo a este Protocolo, que contenga la información esencial para la persona o la autoridad a quien deban ser entregados o transmitidos los documentos, y”

Nada impide que el Anexo B sea completado en la computadora, en su versión digital, y luego transmitido por vía electrónica.

“e. Un formulario elaborado según el texto C del Anexo a este Protocolo en el que la autoridad central deberá certificar si se cumplió o no el exhorto o carta rogatoria.”

Nada impide que el Anexo B sea completado en la computadora, en su versión digital, y luego transmitido por vía electrónica.

“Las copias se considerarán autenticadas, a los efectos del artículo 8 (a) de la Convención, cuando tengan el sello del órgano jurisdiccional que libre el exhorto o carta rogatoria.”

La incorporación del sello del órgano jurisdiccional en los documentos referidos es una cuestión informática a solucionar por los técnicos respectivos, lo que sin duda es factible técnicamente.

“Una copia del exhorto o carta rogatoria acompañada del Formulario B, así como de las copias de que tratan los literales a), b) y c) de este artículo, se entregará a la persona notificada o se transmitirá a la autoridad a la que se dirija la solicitud. Una de las copias del exhorto o carta rogatoria con sus anexos quedará en poder del Estado requerido; y el original no traducido, así como el certificado de cumplimiento con sus respectivos anexos, serán devueltos a la autoridad central requirente por los conductos adecuados.”

La entrega a la persona notificada y la transmisión a la autoridad a la que se dirija la solicitud pueden hacerse en forma digital. La copia que debe quedar en poder del Estado requerido puede ser digital, así como los demás documentos mencionados en este párrafo del art. 3 del Protocolo.

“Si un Estado Parte tiene más de un idioma oficial, deberá declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión a este Protocolo, cuál o cuáles idiomas considera oficiales para los efectos de la Convención y de este Protocolo. Si un Estado Parte comprende unidades territoriales con distintos idiomas, deberá declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión de este Protocolo, cuál o cuáles han de considerarse oficiales en cada unidad territorial para los efectos de la Convención y de este Protocolo. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos distribuirá entre los Estados Partes en este Protocolo la información contenida en tales declaraciones.”

- **Convenio de la Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial**

Conforme al art. 3 del Convenio de la Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial (1965), Las peticiones de notificación o traslado deben hacerse en formularios modelo anexos al convenio.

- **Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares**

El Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares (Montevideo, 1997)⁸⁴ aprueba 7 formularios, a dos columnas, una en español y la otra en portugués, para evitar la traducción –que insume costos y demoras–, a los que simplemente se les ingresan los datos en los espacios dejados en blanco.

Los formularios 1 a 3 refieren a los exhortos solicitando medidas cautelares; el formulario 4, a los exhortos comunicando contracautela; el formulario 5, a los exhortos comunicando el cumplimiento de la medida solicitada; el formulario 6, a los exhortos comunicando la interposición de la demanda en el proceso principal; y el formulario 7, a los exhortos comunicando el levantamiento de la medida cautelar.

⁸⁴ <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC997.asp> y <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/e19971215%20AC%20PROTOCOLO%20MEDIDAS%20CAUTELARES.pdf>

El Acuerdo no hace ninguna referencia a que los formularios deban imprimirse ni que la información que requieren deba incorporarse en el papel; resulta evidente que su utilización en formato digital es perfectamente factible, no contradice ninguna norma, y agiliza enormemente su elaboración y transmisión, por lo que se exhorta a los Estados a hacer uso de los recursos que ofrece la tecnología.

En suma: las normas referidas no mencionan herramientas digitales pero tampoco las prohíben, por lo que nada impide su utilización para cumplir con la forma de elaboración de los exhortos indicada y la utilización de los formularios anexos en formato digital.

Regla 28. Transmisión y diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria.

Se sugiere a las autoridades de los Estados que la transmisión y diligenciamiento de los exhortos se realice en forma digital.

Comentarios a la Regla 28:

• **Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias**

El Artículo 4 del Protocolo de 1979 a la Convención de Exhortos de 1975 establece:

“Cuando la autoridad central de un Estado Parte reciba de la autoridad central de otro Estado Parte un exhorto o carta rogatoria, lo transmitirá al órgano jurisdiccional competente para su diligenciamiento, conforme a la ley interna, que sea aplicable.”

“Una vez cumplido el exhorto o carta rogatoria, el órgano u órganos jurisdiccionales que lo hayan diligenciado, dejarán constancia de su cumplimiento del modo previsto en su ley interna, y lo remitirá a su autoridad central con los documentos pertinentes. La autoridad central del Estado Parte requerido certificará el cumplimiento del exhorto o carta rogatoria a la autoridad central del Estado Parte requirente según el Formulario C del Anexo, el que no necesitará legalización. Asimismo, la autoridad central requerida enviará la correspondiente documentación a la requirente para que ésta la remita junto con el exhorto o carta rogatoria al órgano jurisdiccional que haya librado este último.”

Si la ley interna aplicable no lo prohíbe a texto expreso sino que simplemente no lo menciona, y por supuesto si lo autoriza expresamente, dichas transmisiones, constancias, remisiones, certificaciones y envíos podrán hacerse en forma digital.

Si en algún país existiere una norma que expresamente prohíba realizar estas operaciones en forma digital, cosa que no hemos podido constatar, sería deseable que semejante normativa fuera modificada en el sentido de las recomendaciones de esta Guía y de los requerimientos de la época actual.

Se recomienda muy especialmente la admisión y puesta en práctica de las comunicaciones directas entre las autoridades centrales y los tribunales del Estado al que pertenezcan “en todo lo relativo a la recepción, transmisión de los pedidos de auxilio internacional y diligenciamiento de los mismos, (...) eliminando la intermediación de otros organismos, lo que habrá de permitir un significativo acortamiento del tiempo que insume la tramitación de la asistencia. En lo referido a evitar posibles interferencias de la administración en la prestación del acto cooperativo, resulta de interés lo dispuesto en el sistema judicial uruguayo por la Acordada 7134/92 de la Suprema Corte de Justicia, que a efectos de la determinación del turno de las sedes intervinientes en los trámites de los exhortos recibidos del extranjero toma en consideración la fecha de libramiento de éstos, evitando así toda manipulación al respecto y con tal finalidad la Suprema Corte aprueba anualmente una Planilla de Turnos referida al diligenciamiento de las rogatorias extranjeras. Con propósitos similares en cuanto a evitar injerencias en la tramitación de los exhortos, la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional recomendó en el XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Conclusión 2.3: “Asegurar en el mayor grado posible la independencia técnica de la autoridad central”.⁸⁵

⁸⁵ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito

• **Convenio de la Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial**

El art. 5 del Convenio de la Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial (1965) dispone que:

“La Autoridad Central del Estado requerido procederá u ordenará proceder a la notificación o traslado del documento:

a) ya según las formas prescritas por la legislación del Estado requerido para la notificación o traslado de los documentos otorgados en este país y que se destinen a personas que se encuentren en su territorio,

b) ya según la forma particular solicitada por el requirente, siempre que no resulte incompatible con la ley del Estado requerido....”

Si la legislación del Estado requerido admite la utilización de los medios y vías electrónicas, no existirá impedimento alguno; en principio, tampoco lo habrá si dicha legislación no lo prohíbe. Si el requirente lo solicita, tampoco debería haber inconveniente en la utilización de las herramientas tecnológicas, a menos que la legislación del Estado requerido lo prohibiera expresamente.

Por su parte, los arts. 10, 11 y 19 muestran la apertura a otras formas de remisión de documentos, que habilita el recurso a las herramientas tecnológicas:

Artículo 10:

“Salvo que el Estado de destino declare oponerse a ello, el presente Convenio no impide:

a) la facultad de remitir directamente por vía postal, los documentos judiciales a las personas que se encuentren en el extranjero,

b) la facultad, respecto de funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del Estado de origen, de proceder a las notificaciones o traslados de documentos judiciales directamente a través de funcionarios ministeriales o judiciales u otras personas competentes del Estado de destino,

c) la facultad, respecto de cualquier persona interesada en un procedimiento judicial, de proceder a las notificaciones o traslados de documentos judiciales directamente a través de funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del Estado de destino.”

Artículo 11:

“El presente Convenio no se opone a que los Estados contratantes acuerden admitir, a los fines de notificación o traslado de documentos judiciales, otras vías de transmisión distintas a las previstas en los artículos precedentes y, en particular, la comunicación directa entre sus autoridades respectivas.”

Si bien, obviamente por razones cronológicas, las normas referidas no mencionan las herramientas tecnológicas digitales, nada impide que las mismas se puedan utilizar en cumplimiento de este convenio, dada la redacción amplia: “...otras vías de transmisión distintas a las previstas en los artículos precedentes...”

Como reafirmación a lo anterior, cabe recordar que la Conferencia de La Haya (HCCH) ha afirmado expresamente que el e-mail es funcionalmente equivalente a las vías postales de comunicación⁸⁶.

Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 111.

⁸⁶ María Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES, “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 2021, Vol. 17, No. 2, 224–254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>, p. 228, donde citan en nota al pie: “Eg, the 1999 Geneva Round Table and the 2003 and 2009 Meetings of the Special Commission on the Practical Operation of the Service Convention. See HCCH, *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention* (HCCH, 4th ed., 2016) 169.”

Art. 19:

“El presente Convenio no se opone a que la ley interna de un Estado contratante permita otras formas de transmisión no previstas en los artículos precedentes, a efectos de notificación o traslado dentro de su territorio de documentos procedentes del extranjero.”

En conclusión, cabe afirmar, con Alborno y Paredes, que no existe en esta Convención ningún obstáculo legal para que las Autoridades Centrales o el personal diplomático o consular utilice medios electrónicos para transmitir solicitudes de cooperación y los subsecuentes certificados informando si los documentos fueron notificados o no. Por lo tanto, puede concluirse que la Convención acepta implícitamente el uso de TICs, lo que sin duda es muy beneficioso para la implementación de la cooperación y resulta congruente con el espíritu de la Convención⁸⁷.

- **Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares**

El art. 17 de la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares (CIDIP-II, Montevideo, 1979) establece que:

“Los Estados Partes que pertenezcan a sistemas de integración económica o que sean fronterizos, podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites especiales más expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las Partes.” (el destacado nos pertenece)

- **Protocolo del MERCOSUR sobre Medidas Cautelares**

El Protocolo del MERCOSUR sobre Medidas Cautelares (Ouro Preto, 1994) contiene disposiciones que van en la misma línea que las anteriormente comentadas.

El art. 2 establece: *“Las medidas cautelares podrán ser **solicitadas**...”*

El art. 4 menciona las acciones de **decretar** medidas cautelares y de **adoptar** providencias.

El art. 11 hace referencia a *“**disponer** las medidas cautelares”*.

El art. 14 establece: *“El Juez o Tribunal del Estado requirente **comunicará** al del Estado requerido: a) al **transmitir** la rogatoria, el plazo -contado a partir del cumplimiento de la medida cautelar- en el cual la demanda en el proceso principal deberá ser **presentada** o **interpuesta**; b) a la mayor brevedad posible, la fecha de **presentación** o la no presentación de la demanda en el proceso principal.”*

El art. 15 establece: *“El Juez o Tribunal del Estado requerido **comunicará** inmediatamente al del Estado requirente, la fecha en que se dio cumplimiento a la medida cautelar solicitada o las razones por las cuales no fue cumplida.”*

El art. 19 refiere a las vías de transmisión de las cartas rogatorias: *“vía diplomática o consular, por intermedio de la respectiva Autoridad Central o por las partes interesadas.”*

Como ocurre en otras Convenciones ya analizadas, esta tampoco establece si las solicitudes, decretos, adopción de providencias, comunicaciones, transmisiones y demás deben plasmarse en papel o pueden realizarse en formato digital.

<p>Regla 29. Tecnificación de las Autoridades Centrales.</p> <p>Se recomienda a los Estados que capaciten y mantengan actualizados a los funcionarios de sus autoridades centrales.</p>
--

Comentarios a la Regla 29:

Como afirma el Prof. Tellechea, “La compleja actividad a cargo de las autoridades centrales hace necesario capacitar a sus funcionarios en los distintos niveles y modalidades de la asistencia

⁸⁷ María Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES, “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 2021, Vol. 17, No. 2, p. 224–254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>, p. 228.

jurisdiccional internacional. A tales efectos habrá de resultar conveniente al prever su funcionamiento en futuros textos atender la realización de encuentros periódicos entre autoridades centrales del continente con tal finalidad, así como para intentar homogeneizar sus actuaciones a través de la elaboración de guías de buenas prácticas.”⁸⁸

Regla 30. Evaluar la posible descentralización territorial de las Autoridades Centrales.

Se recomienda a los Estados en que fuera necesario por razones de extensión, la posible descentralización territorial de las Autoridades Centrales.

Comentario a la Regla 30:

“Se persigue a través de esta iniciativa dotar al funcionamiento de las autoridades centrales de mayor agilidad y vinculación con el medio en el que actúan y con las necesidades de los justiciables y los operadores de la justicia. En coincidencia, Conclusión 2.2, emanada de la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en el antes mencionado XXV Congreso.”⁸⁹

Regla 31. Formalidades y procedimientos especiales en el cumplimiento de medidas de cooperación probatoria.

El Estado requirente podrá solicitar y el Estado requerido procurará cumplir con formalidades y procedimientos especiales, como la utilización de tecnología informática, al dar cumplimiento a la medida de cooperación probatoria solicitada.

Comentarios a la Regla 31:

• **Convención Interamericana sobre recepción de prueba en el extranjero**

El Art. 6 de la Convención sobre recepción de prueba establece:

“A solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste.”

Esta norma habilita al Estado requirente a solicitar la utilización de tecnología informática, y el Estado está facultado –y esta Guía lo exhorta a que lo haga- a cumplir con dicha solicitud.

Las dos excepciones que prevé la norma para dicho cumplimiento son: primero, que las solicitudes *“sean incompatibles con la legislación del Estado requerido”*, lo cual, como se analizó antes, es infrecuente; y segundo, que la solicitud sea *“de imposible cumplimiento”* por el Estado requerido. En este último caso, esta Guía promueve y recomienda a los Estados la incorporación de la tecnología necesaria.

(Ver Comentarios a la Regla N°12)

Regla 32. Alcance de la excepción de orden público

Se recomienda muy especialmente que en materia de cooperación jurisdiccional internacional las autoridades de los Estados tengan claro que la utilización de herramientas tecnológicas no contraviene principios fundamentales de orden público internacional, aunque no esté previsto en sus derechos internos su utilización.

⁸⁸ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 111.

⁸⁹ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia Una Necesaria Profundización De La Cooperación Jurisdiccional Internacional Y El Reconocimiento De Los Fallos Extranjeros En El Ámbito Interamericano”, *Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo* — Número 32 — Año 2017, p. 103-124, p. 111-112.

Esas herramientas son meramente instrumentales, y no afectan los aspectos sustantivos, siempre que se garantice la seguridad del medio utilizado y se respeten las garantías del debido proceso.

Comentarios a la Regla 32:

El orden público internacional constituye una excepción a la aplicación del derecho extranjero que, de otro modo, aplicaría un juez de conformidad con las normas en materia de conflicto de leyes. La excepción a la aplicación del derecho extranjero funciona sólo cuando se contraviene el orden público **internacional**, constituido por aquellos **principios fundamentales que hacen a la esencia y a la individualidad jurídica de un Estado**. Estos principios pueden estar contenidos en normas positivas o no⁹⁰.

No basta que el derecho extranjero aplicable contravenga formalmente las normas que desarrollan los principios de orden público; debe contravenir los principios fundamentales en sí mismos. En palabras de BOGGIANO, la incompatibilidad del derecho extranjero debe ser con el espíritu del derecho del juez⁹¹.

El orden público **interno** lo conforman todas aquellas normas del orden jurídico del Estado que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. El orden público internacional es mucho más restringido que el interno⁹².

En general los Estados contratantes incluyen en los tratados una cláusula de reserva del orden público, lo que hace indubitablemente lícito recurrir a la excepción de orden público internacional cuando se está aplicando un tratado, aunque dentro de los límites conceptuales en que puede operar dicha excepción. Al discutirse el tema en CIDIP-I, en Panamá, 1975, se acordó incluir la fórmula del art. 17 de la Convención sobre Exhortos, que se transcribe más adelante, aunque reconociendo “el necesario carácter excepcional de su aplicación”⁹³.

- **Principios de ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)**

Con respecto a la “**seguridad del medio utilizado**”, cabe señalar que los Principios ASADIP-TRANSJUS establecen, en su art. 4.7:

“Siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones, los jueces y demás operadores de justicia procurarán y favorecerán el uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias, mensajes electrónicos, y cualquier otro medio de comunicación apto para hacer efectiva la cooperación solicitada.”

- **Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado**

En ocasión de la CIDIP-II (Montevideo, 1979) se resolvió aceptar básicamente el texto aprobado en Panamá, aunque se introdujo, a propuesta de GOLDSCHMIDT, una cláusula según la cual para que opere la excepción de orden público internacional, la aplicación del derecho extranjero debía contravenir en forma manifiesta a los “principios” de orden público de la ley del foro. El texto del art. 5 de la Convención sobre Normas Generales establece:

“La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

La fórmula aprobada en Montevideo recoge la idea ya admitida en Panamá de que la violación ha de ser manifiesta, lo cual tiene por objeto excluir el posible funcionamiento de la excepción en casos de duda; pero la perfecciona en el sentido de precisar que debe recaer sobre los principios del

⁹⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2004, p. 268 y ss.

⁹¹ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, T. 1, 2ª Ed., Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 291.

⁹² FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Montevideo, FCU, 204, p. 272.

⁹³ PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *“La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)”*, p. 178, Nº 23.

propio derecho, “sin permitir su intervención cuando sólo se vean afectadas las normas que desarrollan dichos principios”⁹⁴. La inclusión en el art. 5 de la expresión “manifiestamente”, destaca el carácter completamente excepcional del orden público internacional⁹⁵.

Valladão ⁹⁶ había destacado la importancia de incluir la expresión “*manifiestamente*”, con la finalidad de restringir la natural tendencia de extender las hipótesis del funcionamiento de la excepción.

Veamos algunos ejemplos de normas sobre la excepción de orden público, contenidas en convenciones formuladas, en general, en términos similares.

Veamos algunos ejemplos.

- **Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias**

Art. 17 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (CIDIP-I, Panamá, 1975): “*El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea **manifiestamente contrario al orden público.***”

- **Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero**

El art. 16 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (CIDIP-I, Panamá, 1975): “*El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea **manifiestamente contrario a su orden público.***”

- **Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias**

Art. 22 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP-IV, Montevideo, 1989): “*Podrá rehusarse el cumplimiento de sentencias extranjeras o la aplicación del derecho extranjero previstos en esta Convención cuando el Estado Parte del cumplimiento o de la aplicación, según sea el caso, lo considerare **manifiestamente contrario a los principios fundamentales de su orden público.***”

- **Protocolo del MERCOSUR sobre Medidas Cautelares**

El art. 17 del Protocolo del MERCOSUR sobre Medidas Cautelares (Ouro Preto, 1994) y su Acuerdo Complementario (Montevideo, 1997) establece: “*La autoridad jurisdiccional del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de una carta rogatoria referente a medidas cautelares, cuando éstas sean **manifiestamente contrarias a su orden público.***”

Sin perjuicio de la inclusión o no de una norma expresa sobre la excepción de orden público internacional en las convenciones temáticas, la referida excepción es un instituto de la teoría general del derecho internacional privado, que opera siempre. Está consagrada además en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979) en su art. 5, ya referido.

- **Declaración de Uruguay respecto del alcance que la República le otorga al orden público**

En cuanto al alcance restringido que debe darse a la excepción de orden público internacional, resulta útil señalar aquí la Declaración que efectuó la delegación de Uruguay al firmar la Convención de Normas Generales, afirmando en esencia que:

*“...la República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula del orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al **orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no***

⁹⁴ PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)", *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, OEA Consultoría Jurídica, 1979, p. 157-186, p. 177, N° 22.

⁹⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, "Normas Generales de la CIDIP-II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano", p. 152, N° 5.

⁹⁶ PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)", *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, OEA Consultoría Jurídica, 1979, p. 157-186, p. 177, N° 22.

identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado. Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.”⁹⁷

De esta declaración surge claramente la distinción entre orden público interno e internacional, conceptos que no deben confundirse, y el carácter excepcional que tiene la excepción de orden público internacional.

CONCLUSIONES

Lo investigado y plasmado en este documento muestra que existen instrumentos -tanto de *hard law* como de *soft law*- que permiten, o al menos no prohíben, la utilización de las TICs en su aplicación práctica. Lo que estaría siendo necesario entonces es el conocimiento de dichos instrumentos y su aplicación efectiva por las autoridades de los Estados.

5. Contrato entre comerciantes con parte contractualmente débil

Documentos

CJI/RES. 286 (IV-E/23) La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas

CJI/683/23 rev.3 Informe del Comité Jurídico Interamericano. La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas

* * *

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.

⁹⁷ <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>

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 99º 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, Canadá, 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 la 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 adenda 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.

Durante el 100º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Lima, mayo, 2022), la relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo, presentó un informe de avance en la materia, documento CJI/doc.660/22, que incluye nuevas respuestas por parte de Canadá, México y Panamá, así como un borrador de guía sujeto a definición de formato. La guía prioriza las cláusulas de elección de foro y ley aplicable a los contratos y en su primera parte establece sus objetivos y justificación. Considerando que se espera complementar mecanismos ya existentes que no son suficientes, la guía pretende ofrecer reglas claras con respecto a cláusulas de elección de la ley y contratos comerciales asimétricos con condiciones generales preestablecidas. Se parte de la base que la “admisión de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos de adhesión en los mismos términos que en los contratos paritarios o de libre discusión es injusta”.

Desde el punto de vista normativo, se proponen nueve reglas que tienen por objeto dotar al Comité de una base sobre la cual trabajar:

- 1.- Existencia de consentimiento;
- 2.- Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o del juez;
- 3.- Constatación de la existencia de consentimiento tácito;
- 4.- Validez del consentimiento;
- 5.- Interpretación de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes;
- 6.- Aceptación de la cláusula de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes por la parte que adhiere;
7. Interpretación de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes;
8. Orden público internacional;
9. Leyes de policía, de aplicación inmediata o necesaria.

El doctor José Moreno Rodríguez agradeció a la relatora, y manifestó su acuerdo con este estudio en torno a un tema en que hay situaciones de injusticia en contra de partes débiles. Al mismo tiempo, expresó ciertas dudas sobre la naturaleza del documento, principalmente con relación a que no puede ser una guía en materia de contratos internacionales, porque el informe del Comité ya recoge consensos generados a través de los años que remontan a 1984, reflejando soluciones a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México). Esta propuesta generaliza cuestiones aplicables a ciertos contratos, pero no al grueso de las vinculaciones contractuales. Estimó que no se debería entrar al dominio de las jurisdicciones nacionales por medio de

una norma que ingresa en la esfera de lo imperativo, y que toda organización internacional respeta, ya que se trata de algo que podría generar reticencia en los Estados. Es un trabajo que puede ser muy relevante y valioso, pero debería tomar la forma de un informe y no de una guía. Un informe que sea útil para los actores relevantes, que detecte prácticas abusivas que se insertan en lo imperativo de cada país (como, por ejemplo, contratos de transportes en Uruguay, contratos de distribución en Paraguay). Se debería continuar evaluando el tipo de producto que se desea presentar. Se debe, además, instar a mantener un diálogo con las organizaciones internacionales especializadas en la materia, que permitan medir el tipo de consenso que esto podría tener con el objeto de abrir la región al mundo. Además, debería ser realizado en coordinación con lo que se hace a nivel global.

En concreto, el doctor Moreno Rodríguez propuso evaluar la naturaleza de lo que se debería elaborar, que podría tomar la forma de un informe o una guía de buenas prácticas). No se requiere una regulación normativa, habida cuenta de la existencia de instrumentos en relación a temas imperativos en que los jueces y árbitros pueden actuar. Sugirió trabajar un conjunto de buenas prácticas y situaciones fácticas donde haya problemas con el objeto de encarar situaciones abusivas.

El doctor George Bandeira felicitó a la relatora por su informe, que demuestra su conocimiento de cuestiones técnicas. Más allá de la cuestión del acceso a la justicia y la referencia a los derechos humanos, le consultó si se debería investigar la aplicación de la doctrina del *Drittwirkung* sobre la oponibilidad de derechos fundamentales a individuos. Constató además que se debería estar abiertas a diferentes posibilidades frente a la naturaleza de lo que se quiere presentar a los Estados, teniendo en cuenta la rigurosidad y calidad del material que se posee.

El Presidente constató que se trata de un tema polémico, incluyendo la situación de desamparo del individuo frente a las empresas que ofrecen servicios. De ahí la importancia de la perspectiva del consumidor o usuario. Respecto de la existencia de la validez del consentimiento, se debería incluir el aspecto práctico del mismo (suficiente y vinculante) en el vínculo contractual.

La relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo, agradeció los aportes presentados por su utilidad.

En relación a lo propuesto por el doctor José Moreno, la relatora está dispuesta a modificar la naturaleza del informe. En cuanto a las observaciones de fondo, aclaró que se descartaría toda idea de evitar crear un anexo al informe del Comité sobre contratos comerciales internacionales, y por ende, trabajaría en la redacción de un informe que contenga una guía de buenas prácticas. Al mismo tiempo, constató la existencia de temas que son de índole esencialmente internacionales, tal es el caso en el ámbito de transporte, donde los usuarios están completamente desprotegidos. En este sentido, la Guía de contratos comerciales internacionales no recoge la protección a las partes débiles y ello se agrava con la oferta monopólica. Aún más, en los contratos entre comerciantes existen también situaciones de abuso, en los cuales se ven oponer condiciones generales a las cuales no se ha consentido. Asimismo, manifestó su incredulidad a la existencia de consenso a la luz de la falta de ratificaciones a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (Convención de México). Finalmente, expresó su sorpresa frente a la falta de desarrollos doctrinarios relativos a los abusos, puesto que el interés de los países que venden, organizados en poderosos lobbies mundiales, se contraponen al interés de aquellos que los compran (que consumen los servicios). Si bien existen normas, alguien debe informar a los operadores de los abusos, puesto que ello estaría contenido en normas convencionales autónomas. Se debe instar a enmendar las injusticias. En relación con la propuesta del doctor Galindo, la relatora explicó que el tema del acceso a la justicia es fundamental.

El doctor José Moreno Rodríguez invitó a los miembros a apoyar a sus respectivas cancillerías a dar respuesta al cuestionario, y consultó a la Secretaría sobre la respuesta de Paraguay, que a su entender ha remitido la respuesta. En relación a su explicación sobre el consenso creado por la Convención de México aceptó que no hay ratificaciones, pero aclaró que su razonamiento se basa en la influencia que dicho instrumento regional ha tenido, tanto en la regulación mundial como en nuestros países. En su entender, la Guía de la OEA sirvió para ayudar a poner en sintonía a los Estados con la Convención de

México, tal es el caso de Canadá, México, Panamá, Paraguay, así como los proyectos que se trabajan en Brasil, Chile, Colombia y Uruguay.

La relatora manifestó no poder comprender la falta de ratificaciones a la Convención de México y agradeció al doctor José Moreno, quien podrá proveer mayores contactos de expertos para dar respuesta a su informe.

Durante el 101º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2022) el tema no fue considerado.

Durante el 102º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2023) la relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo, presentó un nuevo informe, documento CJI/doc.683/23, y dio a conocer las novedades incorporadas a esta nueva versión. Se decidió modificar el título original: “Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil” por algo más indicativo: “La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones”.

Explicó haber ampliado el ámbito geográfico cubierto por el informe, habiendo incorporado instrumentos convencionales universales, regionales y subregionales vigentes en la región y la situación en Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá (provincias con sistema de *common law* y de *civil law*), Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América (incluso Puerto Rico), Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, es decir, 19 de los 35 Estados Miembros de la OEA. También se investigó e incorporó doctrina y jurisprudencia de la región y de fuera de ella. Hubo comentarios de la Barra Americana de Derecho Internacional Privado. El objetivo del informe es profundizar sobre un tema en general desatendido tanto por los instrumentos de *hard law* como de *soft law*; inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen esta problemática:

- Se busca complementar los mecanismos generales ya existentes para evitar abusos de la parte contractualmente fuerte sobre la débil y las escasas normas especiales sobre el tema, por entender que se trata de protecciones insuficientes.
- El informe ofrece recomendaciones y sugerencias con respecto a las cláusulas de elección de ley y juez en los contratos de adhesión o cualquier otra forma de contrato asimétrico. La relatora constata la existencia de escasas normas específicas existentes en un contexto en que los contratos comerciales internacionales son asimétricos.
- Se parte de la base que las normas de derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, y no para los contratos de adhesión.
- En su entender, en los contratos comerciales internacionales de adhesión, el comerciante que adhiere se encuentra en una situación equivalente a la del consumidor que adhiere; no puede negociar las condiciones unilaterales establecidas por la otra parte.

Acto seguido, la relatora pasó en revista las recomendaciones.

El doctor Rudge agradeció a la relatora por su informe, sugirió incluir una tabla de contenido. En su país hay un proceso de revisión del Código Civil y este tema es muy importante para el legislador de su país. Recomendó revisar la ley de la Comunidad Europea sobre la protección del Consumidor, lo cual podría dar además una idea de los fallos sobre la protección para la parte débil.

El doctor Rojas-Báez agradeció el rigor del documento que contiene múltiples fuentes. Explicó haber participado en un litigio en su país en donde las partes pretendían objetos distintos. En relación a la propuesta, sugirió en la recomendación siete que la noción de “injusticia sustancial” se enfocase dentro de parámetros objetivos.

El doctor Galindo felicitó a la doctora Fresnedo por su impresionante trabajo, que tendrá un impacto práctico en la región. Sugirió reformular algunas recomendaciones para fines de uniformidad. En

la recomendación 1: que se modifique por “deberían”. En la recomendación 9 (11) no se debería hacer recomendación expresa a instrumentos particulares, para darle mayor resonancia considerando que no todos los países son partes en la Convención de México. Que la protección a los consumidores tomase un lenguaje dentro del marco del ordenamiento jurídico de los derechos humanos para dotarse de una mayor protección para las partes débiles.

La relatora manifestó su apoyo a todas las sugerencias, pero aclarando que al tratarse de persona jurídicas se deberá ser cuidadosos al momento de encuadrarlo en el ámbito de los derechos humanos. La redacción del tiempo verbal en la recomendación 9 era para que estuviera acorde con la Guía de contratos internacionales, pero señaló que si la mayoría lo quiere pasar a la parte sustantiva no se opondría.

El doctor José Luis Moreno Guerra consultó sobre la situación en que el Estado resulta ser una parte débil frente a un conglomerado internacional. Citó al respecto un caso entre Ecuador y Texaco.

La relatora concordó con la importancia de tener en cuenta el rol de los Estados en su calidad de negociantes, en particular los Estados pequeños, junto con constatar que la motivación de las discusiones es de índole económica, en donde se priman intereses particulares.

El doctor Luis García-Corrochano constató la multiplicidad de elementos que aplicarían en esta materia. En relación con la primera recomendación propuso dejar constancia de los elementos de la validez en el consentimiento. En lo que respecta a la carga de la prueba, al tratarse de una relación asimétrica, dicha carga debe recaer en la parte fuerte. En la recomendación tercera sobre los criterios de interpretación se debería promover mejores normas nacionales sobre la contratación por adhesión (definirla de mejor manera). En la recomendación siete, en caso de rechazo de la cláusula de elección se estaría inhibiendo, y por ende nos envía a otra jurisdicción. Ello podría resultar a una injusticia equivalente a un prejuizamiento. Finalmente, la incompatibilidad en cláusulas de elección de fórum o de la ley en caso de silencio pareciera dejar a entender como si fuera supletoria.

La relatora concordó con la propuesta de ajustar la terminología, y la necesidad de hacer una distinción entre los contratos de libre discusión, los contratos paritarios y los contratos de cláusulas estándares que son centrales a su estudio. En cuanto a la recomendación 11 (9) puede ser objeto de críticas de los autonomistas. La relatora lamentó que instituciones de la teoría internacional de los derechos quedan en manos del juez que pueden actuar con sesgos nacionalistas al analizar los contratos. Ello sin contar los intereses económicos de los contratos en manos del particular que tiene el poder final. El problema con el vicio de consentimiento no se presenta en este tipo de contrataos, porque una de las partes se ve imponer el contrato, por tal razón se trata de partes negociablemente débil.

El Presidente agradeció el documento de la relatora. Se refirió a un caso muy conocido en Paraguay en un contrato de adhesión en donde se alegó el acceso a la justicia y la violación de normas imperativas en su país (Caso Bunder), decisión que sirvió de base en la Opinión consultiva del tribunal permanente del MERCOSUR, habiendo incluso sido abordada por tribunales en Bélgica respecto a situaciones de abusos. En su entender, hay dos formas de proteger a las partes débiles:

- Que el legislador declare ciertos contratos como abusivos. Tal es el caso de los contratos de distribución.
- Que exista un consenso general en que se deje claramente establecido que existe una presunción de abuso, tales como los contratos de trabajo y de consumo y que deben ser objeto de protección. En otros temas no existe consenso, y lo que se ha hecho es dejar válvulas de escape para los “contratos con cláusulas estándar”, tales como contratos de seguros, distribución y transporte. En todos los caos, siempre existen protecciones que prevé el orden público, tal como se explica en la Guía de contratos internacional del CJI.

En su entender no se puede considerar todos los tipos de contratos internacionales como equivalente a los contratos de consumos. No se debe aislar, pero ayudar a que el comercio fluya de manera mejor, por tal razón solicitó en la parte sustantiva aclarar un poco más que no es el interés del Comité alejarse de la visión de otras instituciones internacionales. Para el Presidente, las recomendaciones finales están en sintonía con lo que hacen otras organizaciones internacionales. Apoyó

la propuesta de lenguaje del doctor George Galindo de la recomendación 11 (9). En la recomendación 6 se debería guardar únicamente en “caso de dudas”, que no sea siempre. En la recomendación 5 sobre la selección de foro, le solicitó a la relatora explicar de dónde proviene. Finalmente, propuso a la relatora someter el informe a un período de consultas antes de aprobarlo que permita afinarlo.

El doctor Alejandro Alday explicó que en el seno de la ONU se lleva adelante la negociación de un tratado sobre empresas y derechos humanos, en donde existe una tendencia a subirle el estándar de conducta a las empresas respecto de los efectos que pueden tener en lo relativo a la negociación de condiciones contractuales y los derechos humanos. En este contexto, se comprometió a remitir a la relatora insumos en la materia.

La relatora agradeció las sugerencias y se comprometió a realizar los cambios sugeridos. Reiteró que el tratamiento que se le otorga a la autonomía de la voluntad está expresamente regulado en ciertos ámbitos, pero que no se regula en la mayoría de los casos. Por tal razón, su informe busca abarcar el problema general. Finalmente, concordó en someter el documento a consultas dentro de un plazo breve, a principios de julio, para permitir la adopción final del documento en la sesión de agosto del Comité.

Al finalizar la discusión, el Presidente solicitó a la relatora realizar los ajustes para determinar el curso de acción a seguir. Desde un punto sustantivo propuso hacer una alusión general en las recomendaciones a la Guía del Comité sobre los contratos internacionales.

Dos días más tarde, la doctora Cecilia Fresnedo explicó las modificaciones realizadas a su informe sobre Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil, documento CJI/doc.683/23 rev.1, dando a conocer las principales revisiones:

- Se incluyó una tabla de materias;
- Se agregaron referencias a normas de derechos humanos;
- Una referencia a la convención interamericana sobre contratos internacional fue integrada en los comentarios;
- Se aclaró la concordancia de temas con la Guía sobre contratos internacionales;
- Se suavizaron algunas expresiones.
- Se mantuvo la recomendación 1; mientras que en la recomendación 6 se eliminó “expresamente”.

Al culminar su presentación sugirió que se hable de derecho aplicable en lugar de ley aplicable.

El Presidente le agradeció la presentación a la relatora. Hizo notar que la Conferencia de La Haya ha incorporado al español como uno de sus tres idiomas oficiales. Apoyó la última explicación sobre el uso de derecho aplicable en español (*aplicable law* en inglés) que por lo demás está en armonía con otros instrumentos. Consideró pertinente remitir esta versión a la revisión de expertos y Estados.

La relatora concordó con la idea de remitir el documento a una revisión. En relación a la manera de operar se remitiría el texto a una lista de personas, previo al encuentro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) en Rio de Janeiro.

El doctor Ramiro Orias subrayó lo valioso y actual del informe con sus recomendaciones. Sugirió incorporar alguna referencia al comercio electrónico, en particular cuando se visualizan contratos de adhesión.

La relatora explicó que este trabajo refiere a contratos comerciales y no de consumidor, pero que lo relativo al contrato comercial electrónico ameritaría otro trabajo.

Durante el 103º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (agosto, 2023), el tema no fue objeto de análisis en el seno del Comité, sin embargo, la relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre realizó una presentación ante los miembros del ASADIP en las XVI JORNADAS DE LA ASADIP, organizadas en agosto de 2023, evento al que acudieron todos los miembros del Comité.

Durante el período extraordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual del 12 de diciembre de 2023), la relatora del tema, doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre dio a conocer los elementos enmendados del informe titulado la “Autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas”, documento CJI/doc.683/23 rev.2.

Explicó que las modificaciones finales responden a los comentarios recibidos en la sesión de ASADIP de agosto en Rio de Janeiro, habiendo remitido la versión final del mismo en octubre a la Secretaría Técnica del Comité, el Departamento de Derecho Internacional. Entre los nuevos elementos, mencionó los siguientes:

1. Se integró un párrafo sobre el evento de agosto en Rio de Janeiro con los planteamientos ofrecidos dicha oportunidad, no habiendo recibido ningún elemento adicional.
2. En la parte inicial del informe se incluyen referencias a indicadores de “debilidad contractual” y a modalidades contractuales (distribución, agencia, seguros, entre otras). Además, se proponen herramientas a jueces y operadores jurídicos tendientes a “evitar abusos de derecho”.
3. Se detallan desarrollos adicionales en relación con la práctica jurisprudencial en Estados Unidos y el actuar de los tribunales en dicho país, al momento de analizar el foro conveniente, detallando el enfoque del objeto del informe.
4. Se promueven sugerencias a los Estados en la sección dedicada a las respuestas al cuestionario: en el caso de Uruguay se destaca el carácter útil del trabajo del Comité para legisladores nacionales, jueces y operadores. En el caso de Estados Unidos, se propone utilizar el Restatement on conflicts of laws como fuente para otros países de la región.
5. En la sección sobre “contratos desequilibrados” se definen las leyes sobre abuso de posición dominante, especificando que no se configuran en el informe bajo examen.
6. En la primera recomendación se precisa la validez de las cláusulas de elección de juez y/o de ley frente a terceros. En la quinta recomendación se restringe la oposabilidad frente a cláusulas de elección de foro en contratos de adhesión. Finalmente se integra una nueva recomendación dirigida a los legisladores al momento de elaborar normas sobre contratos internacionales.

El Presidente agradeció a la relatora por la exposición en un tema que ha despertado gran interés.

El doctor George Bandeira Galindo también expresó su agradecimiento al trabajo de la relatora y la transparencia de su actuar al dar a conocer las modificaciones realizadas. Planteó dos observaciones de forma: que en la primera y novena recomendaciones el texto comience por la expresión “se recomienda”. En relación con la recomendación sexta añadir el tiempo verbal en condicional “las cláusulas deberían”.

El doctor Eric P. Rudge agradeció a la relatora por su informe, solicitando una clarificación sobre las “soluciones clásicas” desarrolladas en la página 6, y en particular si han sido integradas como parte de las recomendaciones. Asimismo, solicitó introducir una lista de abreviaturas o acrónimos al inicio del texto. Finalmente, sugirió formatear las recomendaciones al final del texto en la medida de lo posible.

El doctor Ramiro Orias invitó a la relatora a actualizar la referencia a la legislación de Bolivia en la página 11 con el fin de incluir el texto más reciente, correspondiente a la ley 708 (del 25 de junio de 2015) que contiene elementos más modernos que se ajustan a los temas de referencia y.

El doctor José Luis Moreno Guerra manifestó su complacencia con la calidad del trabajo de la relatora. Se refirió a aspectos gramaticales sobre la opción de elegir o la discrecionalidad de elegir el foro y la ley invitando a la relatora a evitar introducir símbolos entre las letras, como y/o. Planteó modificar la estructura en torno a la recomendación 1 con el objeto de evitar verbos seguidos aludiendo únicamente a la manifestación de voluntad. En referencia a la misma frase sugirió aludir “a las partes” en lugar de “ambas” puesto que puede haber más de dos partes. Consultó si la expresión “acceso a la justicia efectiva” tiene relación con acceso o con justicia. En la recomendación cuarta, sugirió que la referencia a

la eliminación de la pobreza fuera enmendada por un objeto más realista tal como la reducción de las causas que generan pobreza.

La relatora del tema agradeció los comentarios, confirmando la posibilidad de realizar la mayoría de los cambios sugeridos sujeto a la revisión de algunos de ellos. Dijo que el uso del y/o es una fórmula que permite incluir todas las opciones posibles, no únicamente una o la otra o una y la otra. En cuanto a la “justicia efectiva” aclaró que es una expresión utilizada para referir a temas que van más allá del acceso a la justicia (no se trataría únicamente de contar con un juez, sino que además se impone el debido proceso y una sentencia que sea ejecutada, entre otros).

Al finalizar la discusión, el Presidente declaró el informe como aprobado y solicitó a la Secretaría dar lectura al proyecto de resolución para consignar su aprobación unánime.

A continuación, se presenta la resolución y el informe adoptados por el Comité Jurídico Interamericano en la sesión extraordinaria de diciembre de 2024, celebrada en forma virtual:

CJI/RES. 286 (IV-E/23)

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES. INFORME Y RECOMENDACIONES DE BUENAS PRÁCTICAS

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSCIENTE de la necesidad y conveniencia de elaborar recomendaciones sobre posibles buenas prácticas en materia de contratos internacionales entre comerciantes con parte contractualmente débil;

TENIENDO EN CUENTA el documento "La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas", presentado por la doctora Cecilia Fresnedo de Aguirre, a título de relatora del tema,

RESUELVE:

5. Adoptar el informe titulado “La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas”, documento CJI/doc.683/23 rev.3.

8. Agradecer a la doctora Cecilia Fresnedo por su trabajo como relatora del tema y por la presentación del citado informe en la materia.

6. Instar a los Estados miembros de la OEA a dar a este informe y a sus recomendaciones la debida consideración y al Departamento de Derecho Internacional proporcionar la mayor difusión posible.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en el período extraordinario de sesiones celebrado el 12 de diciembre de 2023, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ramiro Gastón Orias Arredondo, Eric P. Rudge, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Alejandro Alday González, José Antonio Moreno Rodríguez, Martha del Carmen Luna Véliz, José Luis Moreno Guerra y Julio José Rojas-Báez.

* * *

INFORME DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES. INFORME Y RECOMENDACIONES DE BUENAS PRÁCTICAS

I. ANTECEDENTES

En su 98º Período Ordinario de Sesiones (5-9 abril, 2021) el Comité Jurídico Interamericano (en adelante, CJI) aprobó para su inclusión en la Agenda el tema “Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil” (OEA/Ser. Q, CJI/doc. 636/21 de 6 de abril de 2021). El objetivo que se propone el CJI es la elaboración de un Informe sobre la problemática que plantean los contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil y recomendaciones sobre posibles buenas prácticas.

Como primera medida para comenzar a trabajar en el tema, la suscrita relatora elaboró un cuestionario que, en el marco de cooperación establecido entre el CJI y Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), fue remitido a diversos especialistas de la región, habiéndose recibido inicialmente seis respuestas.

En la reunión del 16 de septiembre de 2021 entre la OEA, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y los Asesores jurídicos de las Cancillerías, se sugirió invitar a los Estados Miembros de la OEA a responder a los cuestionarios sobre los dos nuevos temas de la agenda del Comité Jurídico Interamericano, entre ellos, el referido a “Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil”. Se han recibido respuestas de las cancillerías de **Argentina**, **Canadá** (respuesta enviada por Isabel Mainville, Deputy Director – Inter-American Relations | Directrice adjointe – Relations Interaméricaines, Global Affairs Canada | Affaires mondiales Canada, Government of Canada | Gouvernement du Canada), **Paraguay** (Misión Permanente de la República del Paraguay ante la OEA), **México** (respuesta enviada por la Misión Permanente de México ante la OEA), **Panamá** (respuesta enviada por Otto A. Escartín Romero, Director Encargado de Asuntos Jurídicos y Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, y elaborada por Juan Carlos Arauz Ramos, Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá).

Con fecha 15 de julio de 2022 se recibieron comentarios sobre el Segundo Informe de Avance de este documento por parte de la **International Law Section of the American Bar Association**, los que, al igual que todo el material recibido, es incorporado y tenido en cuenta en este trabajo.

Los días 26 y 27 de setiembre de 2022 se celebró una Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos en Derecho Internacional Privado de las Cancillerías de los Estados miembros de la OEA. En dicha oportunidad esta relatora presentó el Segundo Informe de avance de este documento y posteriormente se recogieron comentarios de los Asesores Jurídicos, los que son volcados en este Informe.

Con fecha 30 de noviembre de 2022 se recibieron respuestas al cuestionario de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador.

Con fecha 5 de diciembre de 2022 se recibieron comentarios adicionales enviados por Alexis Damián Elías Am, Representante Alterno de la República Argentina ante la OEA.

También se han recibido aportes de especialistas, como el Profesor Alejandro Garro.

El 10 de agosto de 2023 se presentó el tema en las XVI Jornadas ASADIP, celebradas en Río de Janeiro, recibiendo comentarios y sugerencias por parte de la Dra. Carolina Iud, de Argentina, y del Dr. Marcos Dotta, de Uruguay, que fueron tenidos en cuenta en este documento. A los demás participantes en las Jornadas que quisieran enviar comentarios y sugerencias sobre el documento de referencia, se les concedió plazo hasta el 30 de setiembre del corriente 2023 para hacerlo.

Con respecto a algunos de los países miembros de la OEA -y de otras regiones- que no respondieron el cuestionario, y también de algunos que sí respondieron, la relatora investigó y plasmó

en este Informe las soluciones normativas y/o jurisprudenciales así como también referencias doctrinarias relativas al tema objeto del mismo, citando las fuentes correspondientes. En especial, se mencionan algunas de Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Estados Unidos de América, Perú, República Dominicana y Venezuela.

En suma, a los efectos de elaborar este Informe y sus recomendaciones sobre posibles buenas prácticas en materia de contratos internacionales entre comerciantes con parte contractualmente débil, se han tenido en cuenta los instrumentos convencionales universales, regionales y subregionales vigentes en la región, así como el Derecho Internacional Privado autónomo de los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá (provincias con sistema de *common law* y de *civil law*), Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador¹, Estados Unidos de América, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, es decir, 20 de los 35 Estados Miembros de la OEA.

Por último, para la elaboración de este Informe la relatora contó con el apoyo incondicional del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en especial a través de los Dres. Dante Negro y Jeannette Tramhel, a quienes agradece.

II. PRESENTACIÓN DEL TEMA

1) Distinción entre contratos comerciales internacionales de libre discusión y contratos comerciales internacionales con cláusulas estándar. Indicadores de debilidad contractual

Hace muchos años que la doctrina y los foros de codificación, en la elaboración de instrumentos tanto de *hard law* como de *soft law*, se ocupan de la autonomía de la voluntad en contratos comerciales internacionales, focalizándose en aquellos en que ambas partes negocian las cláusulas del contrato (*free discussion contracts*), incluyendo la cláusula de elección de la ley aplicable al contrato y también la de la jurisdicción o de la inclusión de una cláusula arbitral.

En general se excluyen del régimen autonomista a los contratos con consumidores, con trabajadores, y a veces, los contratos con asegurados, pero rara vez se presta atención a aquellos contratos cuyas partes, aun siendo comerciantes, se encuentran en situación de grave desigualdad, porque una de las partes carece totalmente de poder de negociación. Ello ocurre en general con los contratos con cláusulas estándar en todas sus variantes, contratos de adhesión, contratos con condiciones generales unilaterales impresas, contratos formularios, contratos asimétricos (que son lo opuesto a los contratos “de libre discusión” o “*free discussion contracts*”, es decir, son aquellos en los cuales las partes no tienen igual o equivalente poder de negociación²), *B2b contracts* y demás denominaciones. Utilizaremos de aquí en más la expresión contratos con cláusulas estándar, que es el utilizado en instrumentos tales como los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, dándole aquí el sentido amplio y comprensivo que se desarrolla a continuación.

Los contratos con cláusulas estándar de los que nos ocuparemos en este Informe son básicamente los de adhesión –tanto domésticos como internacionales–, que son aquellos redactados unilateralmente por la parte que ofrece el servicio o el producto, sin que exista posibilidad de que la parte que adhiere, aun siendo comerciante, negocie las cláusulas del contrato, plasmadas habitualmente en condiciones generales impresas o en formularios. Quedan incluidas en este Informe todas las modalidades contractuales que encuadran en el concepto antedicho, sin perjuicio de hacer, a lo largo del documento, referencias específicas a alguna modalidad contractual en concreto. En otras palabras, el Informe refiere a todos aquellos contratos comerciales internacionales, cualquiera sea la

¹ A pesar de las investigaciones realizadas, no se han podido detectar normas de conflicto en materia de contratos internacionales, aunque sí de derecho sustantivo en el Código Civil de la República de El Salvador, en <https://www.fao.org/faolex/results/details/es/c/LEX-FAOC211293/>. El Código Civil es la única referencia normativa que figura en Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 360.

² Definición tomada del art. 25 del Proyecto de Ley General de Derecho internacional privado, en el cual trabaja el Instituto Antioqueño de Derecho internacional privado trabaja, mencionado en la respuesta al cuestionario de la Dra. Claudia Madrid Martínez, al que se hará referencia más adelante.

modalidad específica -distribución, agencia, transporte, seguros, contratos bancarios, entre otros- en que una de las partes carece de poder de negociación, en particular respecto de las cláusulas de elección de ley y/o juez.

Se ha sostenido que esta forma de contratar es indispensable para que funcione el comercio internacional, dado que sería imposible y muy costoso negociar individualmente cada contrato, especialmente cuando la oferta es masiva. La veracidad de dicha afirmación no se discute, pero ello no puede legitimar la eventual inclusión de cláusulas abusivas en ese tipo de contratos. Precisamente este Informe y sus Recomendaciones apunta a brindar a los jueces y demás operadores jurídicos herramientas que les permitan evitar abusos de Derecho, derivados del superior poder de negociación de una de las partes y materializado en la inclusión de cláusulas abusivas en materia de elección de juez y/o ley -entre otras- insertas en contratos de adhesión, formulario y demás variantes.

Este informe se focaliza en las **cláusulas de elección de ley y/o de juez (o árbitro) incluidas habitualmente en las condiciones generales de los contratos internacionales de adhesión celebrados entre comerciantes**. No obstante, se incluyen referencias a contratos domésticos, a contratos con consumidores, trabajadores y asegurados, entre otros, así como a otras cláusulas generalmente incluidas en los contratos de adhesión, como las de limitación o exoneración de responsabilidad. Ello se debe a que el desequilibrio en el poder de negociación existente en los contratos de adhesión existe no sólo en los contratos internacionales comerciales, sino también en los domésticos, así como en los civiles.

La característica principal de estos contratos, cualquiera sea su denominación, es que una de las partes tiene un poder contractual mucho mayor, desde que puede establecer unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o arbitraje). La otra parte, aun siendo comerciante, con experiencia y con asesoramiento profesional, no tiene otra opción más que adherir a las condiciones que se le presentan o no contratar. Es lo que en la doctrina estadounidense se conoce como “*take-it-or-leave-it contracts*”. Una de las partes del contrato sólo lo toma o lo deja.

La situación descrita en el párrafo anterior se ve agravada cuando las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen, lo que deriva del control dominante del mercado por parte de algunos sectores³. En esos casos, el comerciante al que se le presentan esas condiciones sólo puede tomarlas, o no contratar, lo que implica no comerciar, porque no tiene condiciones generales alternativas para elegir, ni posibilidad alguna de negociar y discutir las cláusulas unilaterales. Excedería los límites de este trabajo profundizar en el problema de la naturaleza anticompetitiva del dominio del mercado y los monopolios. A los efectos de este informe y sus recomendaciones, baste señalar que las condiciones generales monopólicas utilizadas en determinados sectores del comercio internacional son habitualmente ofrecidas en el mercado a través de contratos con cláusulas estándar o de adhesión. Nos enfocaremos aquí en analizar cómo se podría neutralizar o minimizar los efectos nocivos e injustos derivados de los desequilibrios propios de los contratos de adhesión.

Todas las circunstancias descritas en este epígrafe constituyen indicadores de debilidad contractual de la parte que adhiere a los contratos con cláusulas estándar, aunque se trate de un comerciante informado y debidamente asesorado. Dichas circunstancias podrían sintetizarse, en esa primera aproximación al tema y sin perjuicio de posteriores desarrollos como la existencia de condiciones generales unilaterales preimpresas y no negociables y que dichas condiciones sean de oferta monopólica, careciendo quien adhiere de opciones.

2) Argumentos a favor y en contra de la admisión de la autonomía conflictual en los contratos de adhesión

La autonomía de la voluntad conflictual es la facultad que el legislador -nacional o internacional- otorga a las partes de pactar la ley aplicable a su contrato y/o el juez competente para dirimir las controversias que pudieran surgir con relación a su contrato. Ese pacto de elección de ley

³ Afirma la ABA-SIL en la página 7 de sus Comentarios al segundo informe de avance de esta relatora: “When the stronger bargaining party enjoys dominant market control, that can have monopolistic consequences. However, there is an argument that market dominance is the issue in that case, rather than the contract of adhesion. Focusing on the unequal bargaining party runs the risk of shifting focus from the anticompetitive nature of market dominance.”

y/o juez constituye un acuerdo entre ambas partes del contrato, de dos o más voluntades, por lo que queda excluida la elección unilateral por una de las partes no consentida por la otra. Lo que se cuestiona en los contratos con cláusulas estándar, de adhesión y modalidades análogas es la existencia misma del consentimiento, en particular respecto de las cláusulas de elección de ley y/o juez, incorporadas en sus condiciones generales, formulario o medio análogo.

Se ha sostenido que los comerciantes contractualmente débiles pueden estar a veces deseosos de aceptar los términos de los contratos de adhesión porque ello implica menores costos y mayor celeridad en la contratación, porque hacen que las transacciones comerciales internacionales sean mucho más eficientes en términos de tiempo y dinero. Ello puede ocurrir en algunos casos, en especial en aquellos en que las condiciones generales no contienen cláusulas abusivas o claramente perjudiciales para los intereses de quién adhiere. En esos casos, las cláusulas de elección de juez y/o ley no van a generar problemas, porque de surgir un diferendo el comerciante que adhirió recurrirá a la jurisdicción establecida en las condiciones generales, y no discutirá la ley allí establecida como aplicable al contrato. El problema se plantea cuando surgido el diferendo, el comerciante que adhirió se enfrenta a una cláusula que le impone litigar en un foro que le resulta inaccesible o muy perjudicial, ya sea porque el costo de litigar en él supera el monto a reclamar o no amerita el gasto, o por otros motivos. Así, por ejemplo, no creo que ningún comerciante con establecimiento en Uruguay que importó mercadería de Argentina, la cual le llega dañada o con faltante por un monto total de unas pocas decenas de miles de dólares, o menos, acepte de buena gana una cláusula incluida en las condiciones generales del conocimiento de embarque que diga que ante cualquier reclamo, los jueces competentes son los de Reino Unido.

Con respecto a la ley, se ha dicho que en general la parte que redacta el contrato elige su propia ley, lo que en general es así, porque es la que mejor conocen los abogados de dicha parte. Pero la razón fundamental de la elección de la ley es que esta sea la más conveniente a los intereses de quien la elige. Aquí también se inclina la balanza a favor de quien redacta las condiciones generales.

Nótese que el solo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley (o de juez); para que ello ocurra, la cláusula debe ir en detrimento de la parte más débil⁴. Es al legislador primero, y al juez o árbitro cuando se llega a la etapa contenciosa, a quienes corresponde evitar abusos a este respecto.

El legislador, ya sea este internacional, a través de normas de DIPr convencionales, o nacional mediante normas de DIPr autónomas o nacionales, y también quienes elaboran instrumentos de *soft law*, como el presente, deben actuar con anterioridad a que se plantee el conflicto. Es al juez o árbitro a quien corresponde actuar una vez planteado el mismo.

De esta forma, una vez que se plantea la acción ante el tribunal, este deberá resolver si asume o no jurisdicción, para luego determinar cuál es la ley aplicable al contrato que ha dado lugar al conflicto. Para ambas cuestiones, deberá analizar si la parte contractualmente débil tuvo realmente “autonomía” o “libertad” para elegir el juez competente y la ley aplicable al contrato, o si en realidad no hubo elección efectiva de ambas partes. Estas decisiones varían de un país a otro, conforme lo que establezcan sus respectivos ordenamientos jurídicos. Si el juez determina que el contrato, y en especial las cláusulas de elección de foro y de ley, fueron libremente celebrados, las cláusulas serán confirmadas. De lo contrario, si el juez determina que el contrato y las cláusulas no fueron libremente celebrados o que la elección de ley y juez no fue válida, el juez recurrirá a sus propias normas de DIPr para determinar tanto su competencia como la ley aplicable al contrato.

Si se pusiera en pie de igualdad al comerciante que tiene el poder contractual suficiente como para establecer unilateralmente las condiciones generales del contrato, incluyendo la determinación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, con el comerciante que no tiene otra opción más que adherir o no contratar, considerando que el supuesto “consentimiento” de ambas partes vale lo mismo, se estaría tratando igual a desiguales. En otras palabras, no se le puede dar el mismo tratamiento a las cláusulas de un contrato libremente negociado por las partes (*free discussion contracts*) que a las cláusulas estándar de un contrato asimétrico, como es el de adhesión en todas sus variantes.

⁴ Eugene F. SCOLES & Peter HAY, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 640-641.

3) La solución clásica

La forma clásica y tradicional de evitar ese tipo de problemas, es estableciendo por parte del legislador, uno o más foros razonables al que ambas partes puedan acceder, en vez de permitirle al comerciante contractualmente fuerte imponer unilateralmente al comerciante que adhiere una jurisdicción altamente inconveniente para este último, jurisdicción que además es exclusiva, porque la elección válida del foro excluye otras posibles jurisdicciones concurrentes.

En cuanto a la ley aplicable, el legislador ha establecido a veces soluciones preceptivas a través de un punto de conexión como puede ser el lugar de cumplimiento del contrato, o el de celebración, por ejemplo, y otras determinando un marco regulador que impida abusos de la parte más fuerte sobre la más débil. Se ha criticado esta solución en base a que serían las partes las que mejor saben cuál es la ley más adecuada para regular su contrato. Esta afirmación puede ser cierta cuando ambas partes negocian y analizan las posibilidades en materia de ley aplicable al contrato. Pero cuando la elección es unilateral, lo que ocurre es que la parte que elige opta por la ley más conveniente para sus intereses, no para el contrato en abstracto, y mucho menos para el comerciante que adhiere.

4) La situación actual

La situación actual es que en general las normas de Derecho Internacional Privado, tanto convencionales como autónomas sobre contratos internacionales, así como las de *soft law*, le prestan poca o ninguna atención a la temática específica de los contratos de adhesión, que comprende un porcentaje importante de la contratación comercial internacional. Ello demuestra la relevancia del tema propuesto. **La mayoría de las respuestas recibidas reconocen la necesidad o conveniencia de atender esta situación.**

Los contratos comerciales internacionales con una parte contractualmente débil dan lugar a frecuentes conflictos donde se discute la validez o no de las cláusulas incluidas en condiciones generales.

Todo lo anterior justifica el análisis del tema, partiendo de lo que tenemos y concluyendo con recomendaciones sobre posibles buenas prácticas que permitan subsanar algunos de los problemas actuales, o al menos mejorar las situaciones no deseadas y a veces francamente injustas que se plantean en esta materia. Este nuevo instrumento elaborado en el ámbito del CJI vendrá a complementar lo que tenemos: los instrumentos de *hard law* (Convenciones y leyes nacionales) y de *soft law* (la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios de La Haya sobre los contratos internacionales, entre otros) con que contamos actualmente. El Informe sobre la problemática que plantean los contratos internacionales entre comerciantes con parte contractualmente débil y recomendaciones sobre posibles buenas prácticas será un documento novedoso, dado que refiere a un tema poco o nada desarrollado por los instrumentos existentes, que creemos será de utilidad práctica para los diversos operadores del Derecho.

III. EL CUESTIONARIO

A. Legislación

1) ¿Existe en su país legislación autónoma⁵ o convencional de Derecho Internacional Privado (DIPr) sobre la autonomía de la voluntad conflictual, especialmente sobre elección de ley y/o foro (juez o árbitro) en los contratos comerciales internacionales?

Se sistematizan a continuación –de forma no exhaustiva- los instrumentos convencionales y las leyes nacionales o autónomas vigentes en la región en materia de autonomía de la voluntad conflictual, especialmente sobre elección de ley y/o foro (juez o árbitro) en los contratos comerciales internacionales. Se indican los Estados parte de cada uno de los textos convencionales o la fuente donde consultar la lista respectiva.

⁵ Entendemos por normas o legislación “autónoma” aquellas normas de Derecho Internacional Privado que emanan del Parlamento de un Estado, es decir, que son de fuente interna o nacional, y no internacional, como los tratados y convenciones.

a. Instrumentos convencionales sobre autonomía de la voluntad conflictual relativos a la elección de foro:

- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 56 y ss), que vincula a Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay (TDCIM de 1889).
- Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), La Habana, 20 de febrero de 1928, que vincula a Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, El Salvador y Venezuela⁶.
- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 56 y ss), que vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay (TDCIM de 1940).
- Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 (art. 5), que vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay.
- Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94, que vincula a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
- Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, del que México es el único Estado americano que es parte. Entrada en vigor el 1-X-2015⁷.

En suma:

- En el ámbito de la OEA coexisten diversos instrumentos convencionales que regulan la autonomía de la voluntad conflictual en materia de foro, todos con ámbitos de aplicación espacial diferente, sin perjuicio de algunas superposiciones⁸.
- Alguno de esos instrumentos prohíbe la autonomía conflictual en materia de foro, como el TDCIM de 1889, que establece soluciones preceptivas (art 56 y ss).
- Otros, como el TDCIM de 1940 y su Protocolo Adicional la prohíben, aunque con algunas excepciones en que sí se admite (arts. 56 y 5 respectivamente).
- Otros la admiten, aunque siempre dentro de un marco regulador, que establece limitaciones y requisitos para que ella sea posible. Respecto de estos últimos, el Código Bustamante (arts. 318-339), el Protocolo de Buenos Aires y el Convenio de La Haya de 2005.
- Por consiguiente, no puede afirmarse sin más que en el ámbito de la OEA se admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de foro porque sería muy simplista. Se admite en algunos casos y en otros no, siempre bajo ciertas condiciones y con algunas exclusiones.
- Ninguno de los textos comentados hace referencia a los contratos comerciales con parte débil.

b. Instrumentos convencionales sobre autonomía de la voluntad conflictual relativos a la elección de ley:

- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 33 y ss), que vincula a Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. No admite la autonomía de la voluntad conflictual, sino que establece soluciones preceptivas en cuanto a la ley aplicable al contrato. No obstante, al no prohibirla a texto expreso, como sí lo hace el art. 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, algunos autores argentinos han interpretado -equivocadamente en

⁶ Argentina, México, Paraguay y Uruguay firmaron, pero no ratificaron, por lo que no los vincula. Ver información actualizada en:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-31_codigo_bustamante_firmas.asp (último acceso: 13/6/2021).

⁷ <https://assets.hcch.net/docs/8084dc52-44b5-4a0d-8326-0109d9902435.pdf> (último acceso: 13/6/2021).

⁸ Las cuestiones que se plantean cuando dos o más Estados son parte de dos o más Tratados sobre la misma materia, se regulan por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en especial su art. 30.

mi opinión y en general en la de toda la doctrina uruguaya- que al no prohibirla expresamente la autonomía conflictual estaría permitida⁹.

- Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), La Habana, 20 de febrero de 1928 (arts. 184-186), que vincula a Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, El Salvador y Venezuela, no admite claramente la autonomía de la voluntad conflictual en cuanto a la ley, aunque la doctrina ha interpretado que la misma se presume¹⁰.
- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 37 y ss), que vinculan a Argentina, Paraguay y Uruguay. No admite la autonomía de la voluntad conflictual, sino que establece soluciones preceptivas.
- Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 (art. 5), que vinculan a Argentina, Paraguay y Uruguay. Prohíbe expresamente la autonomía de la voluntad conflictual.
- Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, La Haya, 1978, que trata sobre la autonomía de la voluntad conflictual. El carácter universal de la Convención (art. 4) la torna aplicable también con relación a Estados que no sean parte. Sólo un país miembro de la OEA (Argentina) es parte de esta Convención, del que además son parte sólo Francia, Países Bajos y Portugal.
- Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980, que admite la autonomía de la voluntad (art. 6).
- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V, México, 1994), que vincula solamente a México y Venezuela, y admite la autonomía de la voluntad conflictual.

En suma:

- En el ámbito de la OEA coexisten diversos instrumentos convencionales que regulan la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, todos con ámbitos de aplicación espacial diferente, sin perjuicio de algunas superposiciones¹¹.
- Alguno de esos instrumentos prohíbe la autonomía conflictual en materia de ley, como el TDCIM de 1889, que establece soluciones preceptivas (arts. 33 y ss), o no la admiten claramente, como el Código Bustamante.
- Otros, como el TDCIM de 1940 y su Protocolo Adicional la prohíben, aunque con algunas excepciones (arts. 37 y ss, y 5 respectivamente).
- Otros la admiten, aunque siempre dentro de un marco regulador, que establece limitaciones y requisitos para que ella sea posible, como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.
- Algunos la admiten, pero refieren sólo a algunas modalidades contractuales puntuales, como es el caso de la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, La Haya, 1978 y la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980.

⁹ Ver sobre este tema: Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, en especial p. 51-55 y “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en *Curso de Derecho Internacional*, XXXI, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, p. 323-390

¹⁰ Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 609, con cita de Tatiana Mackelt. Agrega Boutin en la p. 614 que el art. 185 del Código Bustamante “...señala por vía oblicua y de manera ínsita la presencia de la autonomía de la voluntad de las partes...”.

¹¹ Las cuestiones que se plantean cuando dos o más Estados son parte de dos o más Tratados sobre la misma materia, se regulan por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en especial su art. 30.

- Por consiguiente, no puede afirmarse sin más que en el ámbito de la OEA se admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de ley porque sería muy simplista. Se admite en algunos casos y en otros no, siempre bajo ciertas condiciones y con algunas exclusiones.

- **Ninguno de los textos comentados hace referencia a los contratos comerciales con parte débil.** Solamente el Código Bustamante hace referencia, en su art. 185, a los contratos de adhesión.

c. Instrumentos convencionales sobre autonomía de la voluntad conflictual relativos al arbitraje:

- Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958. A la fecha 168 países son parte de esta Convención, incluyendo la mayoría de los Estados parte de la OEA¹².

- Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. Panamá, 30 de enero de 1975. CIDIP-I. A la fecha tiene 19 Estados Parte¹³.

- Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, Buenos Aires, 23 de julio de 1998. CMC/Dec. 3/98, que vincula a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

- Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional entre el MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile. Buenos Aires, 23 de julio de 1998. CMC/Dec. 4/98. (No vigente).

- Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de abril de 1961, de la que es parte Cuba, además de varios Estados europeos.

En suma:

En el ámbito de la OEA el arbitraje, basado en la autonomía de la voluntad, es ampliamente admitido, dentro del marco regulador establecido por los varios instrumentos internacionales que coexisten en la región.

d. Regulaciones autónomas sobre autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de foro

- **Argentina** regula el punto en los arts. 2605-2607 CCCN¹⁴;

- **Bolivia** tiene pocas normas estatales dispersas sobre temas de DIPr, y las que hay son de escasa aplicación. Dichas normas tienen “falencias y limitaciones, tanto de sistema como de contenido”, las cuales “no se ven colmadas por el insuficiente número de convenios ratificados por el Estado Plurinacional”¹⁵. Entre las normas de DIPr de origen estatal cabe mencionar, con relación al tema que nos ocupa, las que se encuentran en el Código de Procedimiento Civil (Ley n° 1760, de 28 de febrero de 1997), en la Ley del Órgano Judicial (Ley n°. n° 25, de 24 junio 2010), en el Código

¹² https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 (última visita: 7 de julio de 2021)

¹³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> (última visita: 7 de julio de 2021).

¹⁴ ARTICULO 2605 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviere prohibida por ley.

ARTICULO 2606 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Carácter exclusivo de la elección de foro. El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario.

ARTICULO 2607 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Prórroga expresa o tácita. La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

¹⁵ Carlos ESPLUGUES MOTA, “Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia de 2013”, *Rev. Boliv. De derecho* n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, p.16-63, <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a02.pdf>, p. 22-23.

Civil (Ley n° 1367, de 9 de noviembre de 1992), en el Código de Comercio (Decreto Ley n° 14379, de 25 de febrero de 1977) y en la Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje de 25 de junio de 2015, estas últimas recogidas en el nuevo Código de Procedimiento Civil de 2013¹⁶.

- **Brasil** (art. 25 CPC, excepto en los casos de jurisdicción exclusiva de los tribunales brasileños, establecidos en el art. 23 CPC. El art. 63(1) CPC requiere que el acuerdo sea escrito, y el art. 63(3) permite a los tribunales dejar de lado *ex officio* la cláusula de elección de foro considerada abusiva¹⁷);

- **Canadá** (Código Civil de Quebec, arts. 3148 (4), 3149-50; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, SBC 2003, c 28, s. 10(e)(ii), entre otras¹⁸);

- **Colombia** no tiene normas en materia de competencia procesal internacional, por lo que los jueces colombianos deben recurrir al sistema de competencia territorial interna, lo cual genera no pocos problemas. Existen distintas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

- **Cuba** (Código Civil y Ley No. 7, de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral y actualizaciones, arts. 2 a 4¹⁹);

- **Ecuador**, si bien no tiene normas específicas claras respecto de la autonomía de la voluntad, a partir de ciertas reformas legislativas y decisiones judiciales se entiende que admite la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro y de ley. Ley de Arbitraje y Mediación, RO N° 145, 4 de setiembre de 1997, art. 1505 del CC, enmendado por la Ley referida, rechazando que la elección de una jurisdicción extranjera fuera ilícita, decisión de la Suprema Corte estableciendo que a partir de la reforma de 1997 la elección de foro no era ilícita (Decisión de la Suprema Corte, Primera Cámara Civil y Mercantil, *Teresa García Franco v. Società Italiana per Condotte D'Acqua Spa*, Sentencia N° 217), entre otras²⁰.

- **Estados Unidos de América**, admite la autonomía conflictual en materia de elección de foro desde 1972, a partir del caso *The Bremen vs. Zapata Off-Shore Co.*²¹, aunque dentro de ciertas limitaciones, como se verá más adelante. Cabe señalar que, como afirma Silberman, en EE.UU. la jurisdicción (judicial) tiene una base estatutaria (estadual o federal) y también limitaciones de dimensión constitucional. En la mayoría de los Estados de la Unión, los principios básicos sobre conflicto de leyes se desarrollan a nivel jurisprudencial, y se aplican en el ámbito estadual y federal. Los dos *Restatements on Conflict of Laws* (el primero, de 1934, y el segundo de 1971) han tenido una influencia sustancial en materia de conflicto de leyes. Oregon y Louisiana han codificado algunas áreas del conflicto de leyes²².

¹⁶ Ibidem, p. 23.

¹⁷ Claudia LIMA MARQUES, Lucas LIXINSKI y Pablo Marcello BAQUERO, “Brazil”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 1928-1939, p. 1932-1933.

¹⁸ Joost BLOM, “Canada”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1950-1959, p. 1953, afirma que las acciones basadas en contratos están usualmente suficientemente conectadas con la provincia si el contrato se regula expresamente por la ley de la provincia (s. 10(e)(i) y (ii), de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, lo que muy factiblemente refleja lo que serían los factores de conexión presuntivos del *common law* (*Club Resorts Ltd v. Van Breda* (2012) SCC 17).

¹⁹ <https://cuba.vlex.com/vid/ley-no-7-procedimiento-631841493> Ver sobre el tema: José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “Cuba”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2002-2008.

²⁰ Hernán PÉREZ LOOSE, “Ecuador”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2043-2053, p. 2045-2046.

²¹ United States Supreme Court 407 U.S.1 (1972). Ver Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional* (Tesis *cum laude*), Montevideo, FCU, 1991, pp. 25-27. Ver texto del fallo en Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws, Cases and Material Series*, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, p. 289-298.

²² Linda SILBERMAN, “USA”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2637-2647, p. 2637.

- **Guatemala**, admite la autonomía conflictual en el art. 34 del Decreto 2-89, que decreta la Ley del Organismo Judicial²³.

- **México** admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de foro (el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), al igual que el Código de Comercio y muchos de los códigos de procedimientos civiles de las distintas entidades federativas mexicanas, permiten la prórroga expresa y la prórroga tácita de competencia territorial);

- **Paraguay** (Ley 5393/2015 “sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” del 14 de enero de 2015),

- **Perú** (Libro X del Código Civil de 1984, arts. 2057-2067, y Ley de arbitraje -Decreto Real 1071 de 27 de junio de 2008)²⁴;

- **República Dominicana** (art. 12 de la Ley N° 544-14 sobre derecho internacional privado de la República Dominicana, publicada el 18 de diciembre de 2014)²⁵;

- **Venezuela** (art. 40 LDIPV);

- **Uruguay** (art. 60 LGDIPr).

En suma: La mayoría, o al menos varios de los países de la OEA, admite los acuerdos de elección de foro, aunque siempre dentro de un marco regulador cuya amplitud varía de un Estado a otro.

e. Regulaciones autónomas sobre autonomía de la voluntad conflictual en materia de elección de ley

- **Argentina** (arts. 2651 CCCN²⁶);

²³ https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_gtm_org.pdf ; Referencia en Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 362. El art. 34 establece: “De la jurisdicción. Los tribunales guatemaltecos son competentes para emplazar a personas extranjeras o guatemaltecas que se encuentren fuera del país, en los siguientes casos: (...) c) Cuando se trate de actos o negocios jurídicos en que se haya estipulado que las partes se someten a la competencia de los tribunales de Guatemala.”

²⁴ <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2410-2420, p. 2410

²⁵ <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2017/02/Ley-544-14-sobre-Derecho-Internacional-Privado-de-la-Republica-Dominicana.pdf>

²⁶ ARTICULO 2651 del CODIGO CIVIL y COMERCIAL.- Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

- a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;
- b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;
- c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;
- d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;
- e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al

- **Bolivia** (por vía interpretativa de normas contenidas en la Constitución y en el Código Civil, a pesar del art. 804 del C. Comercio que parece claro en contra);
- **Canadá:** en Québec la regla es que se aplica la ley elegida por las partes (Código Civil de Quebec, arts. 3111, 3117-19); en las provincias con sistema *common law*, se aplica el criterio de la autonomía de la voluntad, reconociéndole eficacia a la elección de la ley por las partes siempre que esta haya sido hecha de buena fe, en forma legal y sin contravenir el orden público (*Vita Food Products Inc v. Unus Shipping Co*, 1939, AC277, 290 PC)²⁷;
- **Colombia** con limitaciones y por vía interpretativa no unánime (Código Civil, art. 20, y Código de Comercio, arts. 869 y 1328), aunque no dice nada respecto de la contratación no bilateralmente negociada;
- **Ecuador**, en cuanto a la ley aplicable al contrato, según la Suprema Corte la reforma del art. 1505 CC no sólo habilitó la elección de foro sino también la de ley. Dicha libertad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato internacional es el resultado de la reforma legislativa que eliminó lo que era considerado un obstáculo insuperable (la reforma del art. 1505 CC), más que de la adopción de una norma expresa que permitiera a las partes elegir la ley (y la jurisdicción) aplicable a su contrato internacional²⁸.
- **Estados Unidos** (§ 186-188 Restatement (Second) on Conflict of Laws) y Uniform Commercial Code (§ —105).
- **Guatemala**, (art. 31 del Decreto 2-89, que decreta la Ley del Organismo Judicial)²⁹.
- **México** (Código Civil Federal, en el Código Civil para el Distrito Federal (Ciudad de México) y en muchos Códigos Civiles de las restantes entidades federativas);
- **Paraguay** (Ley 5393/2015 “sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” del 14 de enero de 2015),
- **Perú** (Libro X del Código Civil de 1984, arts. 2068-2101³⁰);
- **Puerto Rico** (Código Civil, 2020, art. 54)³¹.

contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;

f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;

g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.

²⁷ Joost BLOM, “Canada”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1950-1959, p. 1955.

²⁸ Hernán PÉREZ LOOSE, “Ecuador”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2043-2053, p. 2050.

²⁹ https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_gtm_org.pdf ; Referencia en Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 362. El art. 31 establece: “Los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público.”

³⁰ <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2410-2420, p. 2410.

³¹ “Artículo 54. — Autonomía de la voluntad. (31 L.P.R.A. § 5421) El contenido de los contratos y de los negocios jurídicos se rige, en todo o en parte, por la ley, en el foro y conforme al procedimiento que acuerden los interesados, a no ser que la ley disponga algo distinto. En ausencia de pacto las obligaciones se rigen, en orden de prelación: (a) por las presunciones establecidas en el artículo siguiente; (b) por la ley del Estado de común domicilio de las partes; (c) por la ley del Estado en que se celebró el acuerdo; y (d) por la ley del Estado que guarda una mayor conexión con el acuerdo.” Ver en:

- **Uruguay** (art. 45, LGDIPr, de 2021);
- **Venezuela** (Ley de Derecho Internacional Privado (LDIPV) de 1998, art. 29).

Otros países tienen soluciones más restrictivas. Así, por ejemplo, en **Panamá** el art. 6 ordinal 3º del Código Civil establece que: “Pero los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Panamá, se arreglarán a las leyes panameñas.” En otras palabras, la norma referida consagra el principio de la *lex loci solutionis*³². No obstante, el art. 6 del Código de Comercio establece: “Los actos de comercio se regirán: (1) En cuanto a la esencia y efectos mediatos o inmediatos de las obligaciones que de ellos resulten y salvo pacto en contrario o clara advertencia, por las leyes de la República de Panamá. (2) En cuanto al modo de cumplirse, por las leyes de la República, a menos que otra cosa se hubiera estipulado, o que la parte proponente ofreciera expresamente en el territorio nacional a otra parte que tenga la condición de consumidor, en cuyo caso solo aplicarán las leyes y regulaciones de la República. (...)”. Esta norma consagra la autonomía de la voluntad respecto de las cuestiones establecidas en ella. La admisión de la autonomía de la voluntad se funda también en el art. 1106 del Código Civil, en cuanto establece que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público.”³³

En **Estados Unidos** la mayor parte del derecho de los contratos es derecho estatal, no nacional, por lo que varía de un Estado a otro de los 50 Estados y de los territorios de los EE.UU. que componen la Unión. Los Estados han regulado estos temas mediante leyes estatales (*state statutes*), adoptando el Código de Comercio Uniforme, el cual regula, por ejemplo, la compraventa de mercaderías. Otras modalidades contractuales son reguladas mediante derecho jurisprudencial (*judge-made common law*). No obstante, hay principios de derecho contractual que en general se aplica en todas las jurisdicciones de los EE.UU.³⁴.

Brasil no admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable a los contratos, sino que establece una solución legal preceptiva en el art. 9 de su *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Introductory Act to the Norms of Brazilian Law)*, de 1942. Dicha norma establece que los contratos internacionales se rigen por la ley del lugar de su celebración (*locus contractus*) y así lo interpreta la mayoría de la doctrina, aunque una minoría de académicos consideran que la norma debe interpretarse como refiriendo a la ley del lugar donde el contrato debe ser cumplido. Se trata de un punto de conexión rígido, que según ha interpretado la jurisprudencia, constituye un impedimento para que las partes puedan realizar una elección válida de la ley aplicable al contrato³⁵.

En suma: La mayoría, o al menos varios de los países de la OEA, admite los acuerdos de elección de ley, aunque siempre dentro de un marco regulador cuya amplitud varía de un Estado a otro.

<https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf> . Ver sobre el tema: Tomás ORTÍZ DE LA TORRE, “El nuevo Derecho internacional privado de Puerto Rico: breve nota acerca del sistema conflictual del Título preliminar del Código Civil, 1 de junio de 2020”, en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*. Volumen 5, número 2 – 2020, p. 261-278.

³² Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 611 y 635.

³³ *Ibidem*, p. 613 y 633.

³⁴ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

³⁵ Claudia LIMA MARQUES, Lucas LIXINSKI y Pablo Marcello BAQUERO, “Brazil”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 1928-1939, p. 1935. Agregan los autores que la elección de la ley por las partes puede ser válida cuando está contenida en una cláusula arbitral.

f. *Regulaciones autónomas sobre autonomía de la voluntad conflictual en materia de arbitraje*

- **Argentina** (Ley 27.449, que regula el acuerdo arbitral en sus arts. 14 a 18³⁶);
- **Canadá** (Código Civil de Quebec, art. 3121);
- **Colombia** (artículo 2 de la derogada Ley 315 de 1996, actualmente contenido en el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012);
- **Cuba** (Decreto-Ley No. 250/07 Gaceta Oficial No. 037 Extraordinaria de 31 de julio de 2007 Consejo de Estado que rige el Arbitraje Comercial Internacional en Cuba);
- **Ecuador** cuenta con una ley de Mediación y Arbitraje (Publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006);
- **México** (el Código de Comercio regula, además, el arbitraje comercial, habiendo incorporado a la fuente interna la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje);
- **Paraguay** (Ley N° 1879/2002 “sobre arbitraje y mediación” del 24 de abril de 2002). En su art. 2, dicha ley refiere al objeto del arbitraje y en su art. 10 a la forma del acuerdo de arbitraje);
- **Uruguay** (Ley 19.636);
- **Venezuela** (Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art. 5).

En suma: muchos de los países de la región cuentan con una ley de Arbitraje Comercial Internacional, en general basada en la Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI.

2) ¿Existe un marco regulador para el ejercicio de dicha autonomía por las partes?

¿condiciones de validez de la cláusula de elección de ley, juez o árbitro?

¿condiciones especiales (por ejemplo: que la cláusula sea escrita) y/o condiciones generales (por ejemplo, que no contravenga el orden público internacional)? ¿otras?

a. *Lo que surge de la investigación y de la información recibida de los países*

Puede afirmarse que en general el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, tanto respecto de foro como de ley, está sujeto a un cierto marco regulador, a veces más laxo y otras más estrecho.

Así, en **Argentina** el CCCN exige que las cláusulas de elección de foro sean **escritas**, aunque también admite la elección tácita. También se admite “...todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria. (art. 2607 CCCN, segundo párrafo)³⁷.”

³⁶ Art. 7°- A los efectos de la presente ley:

(...)

d) Cuando una disposición de la presente ley, excepto el Capítulo 1 del Título VII, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;

(...)

e) Cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;

³⁷ ARTICULO 2605 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL- Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

ARTICULO 2607 del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Prórroga expresa o tácita. La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga,

En otros países la situación es menos clara, como ocurre por ejemplo en **Bolivia**, donde el sistema legal carece de disposiciones especiales ni generales directamente relacionadas a la autonomía de la voluntad.

Con respecto a Bolivia, afirma Esplugues Mota: "Lamentablemente la lectura del CPC boliviano parece poner de manifiesto una falta de conciencia del legislador nacional al respecto. El nuevo Código reproduce así la situación de falta de soluciones al respecto que ya se hacía patente en el anterior CPC. El nuevo texto, como ya hacía el anterior, se limita a diseñar normas de competencia judicial interna, sin aportar un modelo armonizado de normas de competencia judicial internacional. Asumiendo aparentemente que los tribunales bolivianos pueden conocer de todas las disputas planteadas ante ellos respecto de todo tipo de materias y litigios, independientemente de donde se hayan suscitado y el nivel de vinculación que mantengan con Bolivia."³⁸ En suma: el nuevo CPC boliviano no contiene normas de competencia judicial internacional, sino solamente normas sobre competencia interna.

En **Canadá**, según informa la Dra. Saumier, no existen reglas específicas que establezcan condiciones de validez de las cláusulas de elección de foro y ley, por lo que cabría inferir que se aplican las normas generales referidas a la validez de las cláusulas de los contratos.

En **Chile**, no parece haber normas específicas de fuente interna o autónoma que regulen el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual. No obstante, se interpretan algunas normas más generales en el sentido de que validan las cláusulas de elección de ley y de juez (arts. 16.2 y 1545 del CC, art. 113 in fine del C. Comercio), entre otras³⁹. Señala Picand que antes de 1999, la Suprema Corte interpretaba que conforme al art. 1462 del Código Civil⁴⁰ las cláusulas de elección de foro eran nulas. No obstante, a partir de esa fecha la Corte cambió su posición, reconociéndole validez a los acuerdos de elección de foro⁴¹. En materia de ley aplicable, el principio general es la libertad de las partes para elegir la ley reguladora del contrato⁴².

para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

ARTICULO 2651 del CODIGO CIVIL y COMERCIAL.- Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato

³⁸ Carlos ESPLUGUES MOTA, "Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia de 2013", *Rev. Boliv. De derecho* n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, p.16-63, <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a02.pdf>, p. 27 y 29.

³⁹ Eduardo PICAND ALBÓNICO, "Chile", *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1959-1969, p. 1961.

⁴⁰ Art. 1462: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto."

⁴¹ Eduardo PICAND ALBÓNICO, "Chile", *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 1959-1969, p. 1962. Ver jurisprudencia allí citada.

⁴² *Ibidem*, pp. 1959-1969, p. 1963. El autor cita los arts. 1545 y 16(2) CC, el art. 113 del C. Comercio, entre otros. Art. 1545: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales." Art. 16 CC: "Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño. Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas." Art. 113 C. Com.: "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del Código Civil. Así la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse

En **Colombia** no existe una ley de DIPr sino algunas normas dispersas en sus códigos y leyes especiales. Según explica Zapata Giraldo, en materia contractual, el demandante podría elegir entre el foro del lugar de cumplimiento del contrato y el del domicilio del demandado⁴³. Nótese que esta solución es idéntica a la establecida en el art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, del cual Colombia es parte. En cuanto a la ley aplicable a los contratos comerciales, el art. 869 del C.Com. establece que la ejecución de los contratos que hayan sido celebrados en el extranjero pero que deban cumplirse en Colombia, se rige por la ley colombiana. No establece por qué ley se rigen otros aspectos del contrato. En cuanto a la doctrina, algunos interpretan que estas disposiciones son perentorias, otros sugieren que es posible realizar un análisis sistemático, argumentando que cuando se opta por el arbitraje, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, y que la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de la cual Colombia es parte, admite la autonomía en su art. 6.⁴⁴

No existen normas específicas que establezcan las condiciones de validez de las cláusulas de elección de foro y de ley debido a lo precario de la regulación sobre el tema, afirma la Dra. Madrid Martínez. En cuanto a los acuerdos de elección de foro, cabe señalar que en Colombia no se reconocerán sentencias extranjeras que hubieren decidido sobre temas con respecto a los cuales los tribunales colombianos tuviesen jurisdicción exclusiva (art. 606 del Código General del Proceso de Colombia).

En **Ecuador**, según se informa en la respuesta del cuestionario, “en general el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, está sujeto a un cierto marco regulador, a veces más flexible y otras más estrecho. El Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, en su Art. 318 admite la elección expresa o tácita, pero exige que al menos una de las partes sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio, salvo que el derecho local establezca lo contrario. Refiere al orden público en varios artículos.”

Estados Unidos de América, no es parte de ningún tratado sobre jurisdicción (judicial), por lo que se aplican los principios del *common law* o las normas estatales y federales. Una característica única del sistema jurisdiccional estadounidense es que la jurisdicción está sometida a los límites constitucionales de la “*Due Process Clause*”, cuyo estándar fuera establecido por la Suprema Corte en el caso *International Shoe Co v. Washington*⁴⁵: se requiere que el demandado tenga “contactos mínimos” con el Estado del foro, “de naturaleza tal que el mantenimiento de la demanda no ofenda nociones tradicionales de juego limpio y justicia sustantiva”⁴⁶. A esos efectos, la Suprema Corte ha requerido que el ejercicio de la jurisdicción sea “razonable” (*Asahi Metal Industry Co v. Superior Court*, 480 U.S. 102, 112 (1987)⁴⁷ y ha instruido a los jueces a evaluar la carga sobre el demandado, los intereses del Estado del foro, el interés del demandante de obtener “alivio”, el interés del sistema judicial interestatal en obtener la solución de controversias más eficiente y el interés compartido de varios Estados en realizar las políticas sociales sustantivas fundamentales⁴⁸.

a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.”

⁴³ Adriana ZAPATA GIRALDO, “Colombia”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp.1981-1990, p. 1985.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1986-1987.

⁴⁵ 326 U.S. 310, 316 (1945)

⁴⁶ Linda SILBERMAN, “USA”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2637-2647, p. 2641; Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 22. Ver texto del fallo en Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws, Cases and Material Series*, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, p. 464-470.

⁴⁷ Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 23-24.

⁴⁸ Linda SILBERMAN, “USA”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2637-2647, p. 2641-2642.

Como se dijo antes, Estados Unidos de América, admite la autonomía conflictual en materia de elección de foro desde 1972, a partir del caso *The Bremen vs. Zapata Off-Shore Co.*⁴⁹, aunque dentro de ciertas limitaciones. El juez Burger, al fallar en el caso, sostuvo que la prórroga era válida a menos que la parte que se opusiera a su cumplimiento pudiera demostrar que la misma era injusta, o inválida por fraude o por haber explotado una de las partes su posición dominante sobre la otra⁵⁰. En el caso, se había consentido libremente la cláusula de prórroga, porque si bien las partes no tenían el mismo poder económico (Unterweser era una empresa alemana más pequeña que la compañía estadounidense Zapata), la firma del contrato había estado precedida por negociaciones libres y serias entre las partes. Burger reconoció, no obstante, que la autonomía de la voluntad tiene límites, y que los tribunales deberían rechazar una cláusula de prórroga que estuviera impuesta unilateralmente por una parte poderosa sobre otra más débil. La Corte aceptó que la cláusula podría ser dejada sin efecto si la parte que pretendía eludir sus efectos podía demostrar que litigar en el foro contractual sería tan difícil e inconveniente, que le implicaría en la práctica verse privado de su “day in court”. La posición manifestada por la Corte en *The Bremen vs Zapata Off-Shore Co.* fue reiterada, en 1974, en el caso *Scherk v. Alberto Culver Co.*⁵¹

Afirman Scoles & Hay respecto de las cláusulas de elección del foro, cuya validez está regulada por el fallo de la Suprema Corte en *The Bremen vs Zapata Off-Shore Co.*, que la cláusula será válida siempre que no se trate de contratos con consumidores, cuando sea el resultado de una negociación libre entre partes económicamente iguales, cuando no esté afectada por fraude o por existir un poder de negociación superior y cuando no se demuestre que la validación de la cláusula privaría a una parte de la oportunidad de ser oída y de entablar su demanda⁵².

El solo hecho de que una cláusula de elección de ley y/o de juez esté inserta en un contrato de adhesión u otra forma de contrato no negociado no sería suficiente para considerarlas abusivas y por tanto nulas. No obstante, la tendencia en Estados Unidos parecería ser exigir a los jueces que realicen un “escrutinio” para determinar si la cláusula es justa. Para ello, el juez puede analizar si la cláusula de elección de foro establece un foro inconveniente, que es aquel que no tiene conexión real con las partes del contrato y/o es designado para desalentar a la parte que carece de poder de negociación de presentar una demanda⁵³.

En cuanto a la validación o no de las cláusulas de elección de foro (y de ley) incluidas en contratos formulario y análogos, existen casos de jurisprudencia en ambos sentidos, según las circunstancias. Así, por ejemplo, en el caso *Future Industries of America v. Advanced UV Light* (2011)⁵⁴, la corte confirmó la validez de la cláusula de elección de foro, y también la de ley ya que ambas favorecían al demandado⁵⁵. No obstante, los tribunales son selectivos en cuanto a validar o no las cláusulas de elección de foro. Así, el mismo tribunal que validó la cláusula en *Future Industries*, la invalidó en *Global Seafood Inc. v. Bantry Bay* (2011)⁵⁶, debido a que el lenguaje utilizado para redactar la misma era muy amplio⁵⁷.

⁴⁹ United States Supreme Court 407 U.S.1 (1972). Ver texto completo del fallo en Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws*, Cases and Material Series, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, pp. 289-298. Ver Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional* (Tesis *cum laude*), Montevideo, FCU, 1991, p. 25-27.

⁵⁰ Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws*, Cases and Material Series, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, p. 295.

⁵¹ 417 U.S.506, 94 S. Ct. 2449 (1974). Ver texto del fallo en Andreas F. LOWENFELD, *Conflict of Laws*, Cases and Material Series, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986, p. 312-320.

⁵² Eugene F. SCOLES & Peter HAY, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 360

⁵³ https://www.law.cornell.edu/wex/forum_selection_clause, con referencia a *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/>

⁵⁴ <https://casetext.com/case/future-industries-v-light-gmbh>

⁵⁵ https://www.law.cornell.edu/wex/forum_selection_clause

⁵⁶ <https://casetext.com/case/global-seafood-inc-v-bantry-bay-mussels-ltd>

⁵⁷ https://www.law.cornell.edu/wex/forum_selection_clause

Cabe mencionar también el caso *Phillips v. Audio Active Ltd.* (2007)⁵⁸, donde se establece una “prueba de equilibrio” de cuatro partes: 1) Si la cláusula fue razonablemente comunicada a la parte que se opone a su ejecución. 2) Si la cláusula es imperativa o permisiva, para que la corte pueda determinar si las partes están obligadas a plantear su disputa en el foro designado o si simplemente están autorizadas a hacerlo. 3) Si los reclamos y las partes involucradas en el juicio están sujetas a la cláusula de elección de foro. Si la cláusula de elección de foro fue comunicada a la parte que se opone a su ejecución, tiene fuerza obligatoria y cubre los reclamos y las partes involucradas en la disputa, será “presuntamente”⁵⁹ ejecutable. 4) Cuando la parte que se opone a la ejecución de la cláusula haya rebatido la presunción de ejecutabilidad demostrando suficientemente que “la ejecución sería irrazonable o injusta, o que la cláusula no era válida por razones tales como fraude o extralimitación”⁶⁰.

Por otra parte, cabe aclarar que este documento pone el foco principal en los casos en que el demandado -invocando básicamente que él no negoció ni consintió la cláusula- se opone a la ejecución de la cláusula de elección de foro, interponiendo una excepción de incompetencia, invocando la nulidad o la inoponibilidad de la cláusula o situaciones similares. Sin perjuicio de ello, nótese que se plantean también casos en que el demandante plantea su pretensión en un foro distinto al elegido en la cláusula, y el demandado pretende ejecutarla⁶¹.

Como se afirma en los Comentarios de la *American Bar Association International Law Section* al segundo informe de avance sobre el tema que nos ocupa, la autonomía de la voluntad es un principio generalmente reconocido en la tradición jurídica estadounidense. Ello surge del U.C.C. § 1-302(a)⁶². Los contratos de adhesión no son *per se* inválidos y habitualmente se cumplen. No obstante, **el concepto de parte contractualmente débil (*contractually weaker party*) ha sido aceptado en Estados Unidos en contextos específicos como la franquicia (*franchising*)⁶³ y los concesionarios de autos (*auto dealerships*)⁶⁴. La autonomía de la voluntad tiene límites, ya que ciertas obligaciones**

⁵⁸ <https://casetext.com/case/phillips-v-audio-active>

⁵⁹ Nótese que la expresión “presuntamente” no implica certeza, sino solamente presunción, es decir, que aun cuando se cumplan todas las circunstancias mencionadas, la corte podrá dejar de lado la cláusula de elección de foro.

⁶⁰ https://www.law.cornell.edu/wex/forum_selection_clause

⁶¹ Ver con respecto a esta hipótesis: *Atlantic Marine Construction Co. v. United States District Court for the Western District of Texas* (___ S.Ct. ___, 2013 WL 6231157 (Dec. 3, 2013)), https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2014-january/keeping-current-u-s-supreme-court/ ;

<https://www.casebriefs.com/blog/law/civil-procedure/civil-procedure-keyed-to-friedenthal/atlantic-marine-construction-co-inc-v-u-s-district-court-for-the-western-district-of-texas/> **Nótese que en este caso se trató de un contrato libremente negociado por ambas partes, por lo que está fuera del objeto de análisis de este documento.**

⁶² U.C.C. § 1-302(a) (“Except as otherwise provided in subsection (b) or elsewhere in [the Uniform Commercial Code], the effect of provisions of [the Uniform Commercial Code] may be varied by agreement.”). COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

⁶³ Ver sobre este tema, también, Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 168.

⁶⁴ En los COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022, se citan los siguientes documentos: See, e.g., Albert A. Foer, Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What Can We Learn from Our Trading Partners? (Aug. 20, 2018), available at www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0054-d-0007-151038.pdf; Yee Wah Chin, What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws?, N.Y.L.J. (July 6, 2016), available at <https://ssrn.com/abstract=2806417>. For a comparative law perspective, see, e.g., ICN TASK FORCE FOR ABUSE OF SUPERIOR BARGAINING POSITION, REPORT ON ABUSE OF SUPERIOR BARGAINING POSITION (2008) (“ICN ASBP Report”),

no pueden ser alteradas mediante un acuerdo entre las partes. Así lo establece el U.C.C. § 1-302(b)⁶⁵. Además, el ejercicio de la autonomía de la voluntad está a veces limitado por requisitos de forma, incluyendo que se consigne por escrito (U.C.C. § 2-201), o requisitos de notoriedad (U.C.C. § 2-316(2), entre otros. Sin embargo, dichas obligaciones y requisitos de forma son bastante limitados, especialmente con respecto a contratos entre comerciantes, ya sean estos contratos de adhesión o negociados.

Las **normas sobre elección de ley y sus límites**, así como los principios en materia de conflicto de leyes varían de un Estado a otro. No obstante, la mayoría de los Estados de los EE.UU., siguen alguna de las versiones del enfoque establecido en el Segundo Restatement sobre Conflicto de Leyes (*Restatement (Second) of Conflict of Laws*), más que ningún otro. Según dicho enfoque, los tribunales en general hacen cumplir la elección de las partes, especialmente cuando la ley elegida se limita a establecer un término predeterminado que las partes podrían haber incluido en su acuerdo escrito. En ese caso, la ley elegida opera como un mecanismo para llenar un vacío⁶⁶.

No obstante, los tribunales de EE.UU. podrían rechazar el cumplimiento de una cláusula de elección de ley cuando la ley elegida va más allá del rol de llenar un vacío. Incluso en ese caso, el tribunal dejaría de hacer cumplir la cláusula sólo en dos limitadas circunstancias: la primera, cuando no existe una base razonable para la elección de las partes; la segunda, cuando la aplicación de la ley elegida violara un principio fundamental de orden público (*a fundamental public policy*) de otra jurisdicción con un interés material superior en la disputa. Esas circunstancias son muy limitadas⁶⁷.

En otras palabras, la § 187 (2) del *Restatement (Second) of Conflict of Laws* requiere que la ley elegida para regular el contrato tenga una “relación sustantiva” (*substantive relationship*) con las

available at <https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/abuse-of-superiorbargaining-position-2008.pdf>; FABIANA DI PORTO & RUPPRECHT PODSZUN, ABUSIVE PRACTICES IN COMPETITION LAW (2018). See also, concerning the food-supply chain, Ioannis Lianos & Claudio Lombardi, Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain. The Wuthering Heights of Holistic Competition Law? (Jan. 1, 2016), available at <https://ssrn.com/abstract=2773455>; ANNA PISZCZ & ADAM JASSER, LEGISLATION COVERING BUSINESS-TO-BUSINESS UNFAIR TRADING PRACTICES IN THE FOOD SUPPLY CHAIN IN CENTRAL AND EASTERN EUROPEAN COUNTRIES (2019).

⁶⁵ U.C.C. § 1-302(b): (“The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care provided by [the Uniform Commercial Code] may not be disclaimed by agreement.”). COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

⁶⁶ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187(1) (Am. L. Inst. 1981) (“The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.”).

⁶⁷ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187(2) The Second Restatement provides in relevant part as follows: (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties’ choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

partes o con el contrato, o que exista alguna otra base razonable para la elección de las partes. Además, no se le reconocerá eficacia a la elección expresa de la ley por las partes si la aplicación de esa ley fuera contraria a una política fundamental del Estado cuya ley hubiera resultado aplicable en base al *Restatement (Second) of Conflict of Laws*⁶⁸.

Con respecto a la **compraventa de mercaderías**, el art. 2 del UCC también respeta, en general, el derecho de las partes a elegir la ley que regulará su contrato, siempre que exista una relación razonable con la jurisdicción elegida⁶⁹. La referencia a una “relación razonable” y la aparente limitación que ella crea es a veces llamada “*nexus requirement*” o “requisito de nexa”. Así, en ausencia de nexa con la jurisdicción elegida, la elección será ineficaz⁷⁰. Algunos Estados como Nueva York y Florida han aprobado normas que expresamente rechazan el requisito de nexa. Esos Estados establecen que las partes en una controversia por un monto no menor a USD 250.000, pueden elegir la ley de un Estado con el cual el contrato no tenga una relación razonable⁷¹.

En cuanto a la **elección de foro**, el encare es similar al referido a la elección de ley. En general las partes son libres de elegir el foro; algunos Estados de EE.UU. limitan dicha elección a jurisdicciones con las cuales las partes o la transacción tengan algún tipo de nexa o relación razonable. En el contexto del comercio internacional, algunas de las decisiones de los tribunales de EE.UU. han sugerido que no se debe dar peso al requisito de nexa, sino que debe respetarse la elección de las partes, como por ejemplo en *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 15 (1972)⁷², ya mencionado *supra*.

⁶⁸ “s 187. LAW OF THE STATE CHOSEN BY THE PARTIES. TEXT. (1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue. (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties. (3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.”

⁶⁹ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. U.C.C. § 1-301(a) (“Except as otherwise provided in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties.”).

⁷⁰ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

⁷¹ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. N.Y. Gen. Oblig. Law § 5-1401(1) (2018). Paragraph 1 of the New York statute provides in relevant part as follows: The parties to any contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than two hundred fifty thousand [U.S.] dollars . . . may agree that the law of this state shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract, agreement or undertaking bears a reasonable relation to this state. Id.; Fla. Stat. §§ 685.101.

⁷² COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES,

La autonomía de la voluntad en materia de elección de foro no es ilimitada. En la tradición jurídica estadounidense, la doctrina del *forum non conveniens* puede ser la causa de que un tribunal se niegue a hacer cumplir una cláusula de elección de foro cuando el foro elegido es “seriamente inconveniente”. No obstante, esto no es muy común en el campo de las reclamaciones contractuales, como sí lo es en casos de responsabilidad extracontractual⁷³.

En suma, concluye el Informe de la ILS-ABA afirmando que las partes contratantes gozan en general de una amplia autonomía de la voluntad -tanto en materia de elección de ley como de foro- en la tradición jurídica estadounidense, aunque esta no es ilimitada. Ello incluye los contratos entre comerciantes, incluidos los de adhesión. En consecuencia, los tribunales estadounidenses en general harán cumplir los acuerdos de las partes⁷⁴.

En **Panamá**, según informa su cancillería, se admite la elección de la ley por las partes, pero el acuerdo debe ser escrito, aunque ello depende de la naturaleza de la causa, del domicilio del demandado o de la materia. “No pueden disponerse la competencia, por elementos no reseñados en la norma”.

En **Paraguay**, según informe de su Misión Permanente ante la OEA, la Ley 5393/2015 establece en su art. 6: “Elección expresa o tácita. La elección del derecho, o cualquier modificación de la elección de derecho, debe efectuarse de manera expresa o desprenderse claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. Un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal nacional o arbitral para resolver conflictos vinculados al contrato no es equivalente de por sí a una elección de derecho aplicable.” Por su parte, el art. 7 dispone: “Validez formal de la elección de derecho. La elección de derecho no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes dispongan expresamente lo contrario.” La ley 1879/2002 establece en su art. 10: “Forma del acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo; o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo y sus términos, sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.” También se menciona el art. 17 de la Ley 5393/2015 referido a las leyes de policía y orden público.

En **Perú**, el art. 2057 del CC establece como regla general la jurisdicción del domicilio del demandado, sin perjuicio de una serie de reglas especiales para situaciones concretas⁷⁵. También se admite la elección expresa o tácita del foro por las partes (art. 2058.3); el art. 2059 establece qué se entiende por sumisión tácita⁷⁶. En ausencia de condiciones de validez establecidas en las referidas

July 15, 2022. Ver sobre el tema: Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 25-26.

⁷³ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 84 (“A state will not exercise jurisdiction if it is a seriously inconvenient forum for the trial of the action provided that a more appropriate forum is available to the plaintiff.”)

⁷⁴ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

⁷⁵ <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2410-2420, p. 2411.

⁷⁶ “Artículo 2059.- Se somete tácitamente a una jurisdicción quien se apersona en el juicio sin hacer reserva. No implican sumisión ni prórroga en favor de un tribunal los actos procesales encaminados a oponerse a dicha jurisdicción, o realizados bajo la amenaza o la imposición de medidas coercitivas sobre la persona o sobre sus derechos o bienes.”

normas, la doctrina ha interpretado que existe una considerable flexibilidad con respecto a los acuerdos de elección de foro. Sólo habría dos hipótesis en las que el acuerdo no sería ejecutable: cuando el caso refiere a bienes inmuebles situados fuera de Perú (art. 2067.1 CC) y cuando el caso refiere a cuestiones relativas al estatuto personal y no tiene vínculos suficientes con el territorio peruano (art. 2062.2 CC)⁷⁷.

Por su parte, el art. 2060 del CC peruano establece las condiciones de validez de la cláusula de prórroga o elección de tribunal extranjero en asuntos de competencia nacional: “La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público del Perú.”

En suma, como explica López-Tarruella, en materia de obligaciones contractuales, los tribunales peruanos tienen jurisdicción cuando el contrato se haya celebrado en territorio peruano (*forum celebrationis*), lo que no es una buena solución, y cuando el contrato deba ejecutarse en territorio peruano (art. 2058.2). En general se interpreta, en base al art. 2095 CC sobre ley aplicable, que es la obligación principal del contrato la que debe cumplirse en Perú. Los tribunales peruanos declinarán competencia jurisdiccional cuando las partes hayan elegido un foro extranjero excepto que (a) el caso sea de la jurisdicción exclusiva de los tribunales peruanos, (b) la elección del foro sea vista como un abuso de derecho, como podría ser el caso de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos con consumidores, a favor del domicilio extranjero del profesional, y (c) cuando el acuerdo de elección de foro contravenga el orden público⁷⁸.

Respecto de la ley aplicable, el art. 2095 admite la autonomía de la voluntad, pero esta debe ser expresa, no se admite la elección tácita. Conforme al art. 2096, los límites a la autonomía de la voluntad son los establecidos por la ley competente conforme al art. 2095, es decir, la ley válidamente elegida por las partes o en su defecto, la ley del lugar de cumplimiento del contrato. Los tribunales deben aplicar las normas imperativas o de aplicación inmediata tanto del derecho elegido por las partes como del derecho peruano.

En **República Dominicana**, el art. 12 de la Ley N° 544-14 admite que las partes puedan elegir expresa o tácitamente los tribunales dominicanos, a menos que se trate de una de las materias de jurisdicción exclusiva de los tribunales dominicanos (arts. 11 y 16). En cuanto a las obligaciones contractuales, los tribunales dominicanos son competentes cuando dichas obligaciones deban cumplirse en la República Dominicana (art. 16.1). En cuanto al acuerdo de elección de foro, el art. 18 establece: “El acuerdo de elección de foro es aquél por el cual las partes deciden someter a los tribunales dominicanos ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Párrafo I. El acuerdo de elección podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en el contrato o la forma de un acuerdo independiente. Párrafo II. El acuerdo de elección de foro deberá ser por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo o esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y defensa dentro del proceso iniciado en la República Dominicana, en los cuales la existencia del acuerdo venga afirmada por una parte y no negado por la otra.” El art. 21 consagra el foro de necesidad.

En materia de ley aplicable, el art. 58 de la Ley N° 544-14 establece que el contrato se rige por la ley elegida por las partes. En cuanto a los requisitos de validez del acuerdo, el párrafo I de la referida norma establece: “El acuerdo de las partes sobre la elección de la ley aplicable debe ser

⁷⁷ <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2410-2420, p. 2412.

⁷⁸ <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> - Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2410-2420, p. 2414.

expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.”⁷⁹

En Uruguay, la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 (LGDIPr) establece en su art. 45, inciso 4, que el acuerdo de elección de ley “debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto”. En cuanto a la elección de foro, el art. 60 establece que debe existir un acuerdo escrito, y debe controlarse “que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma claramente abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto”⁸⁰.

La LGDIPr refleja así el reconocimiento de la autonomía de la voluntad por parte de la doctrina internacional privatista uruguaya, “expresando sin embargo con plena conciencia de la necesidad de fijarle a su ejercicio aquellos límites que demanda la protección del orden público internacional del Estado del foro y de los intereses políticos, económicos y sociales fundamentales de ese mismo Estado, pero también del Estado de la *lex contractus* y de otros con los que la relación tenga vínculos significativos, intereses protegidos por normas absolutamente imperativas (normas de aplicación inmediata)”⁸¹. Esta aseveración del profesor Talice, plenamente compartible, en opinión de esta relatora, resulta de la mayor importancia y deberá guiar el accionar de los jueces y demás aplicadores del derecho⁸².

b. Algunas consideraciones doctrinarias

Para que la elección de ley y/o juez por las partes pueda ser válida, primero tiene que existir, y ello supone un acuerdo bilateral, un acuerdo entre las dos (o más) partes del contrato; no alcanza con que exista una cláusula unilateral para hablar de autonomía de la voluntad de las partes⁸³. Ello ha sido así desde hace mucho tiempo. De Cores en su magnífica tesis sobre los contratos hace referencia en este sentido a la obra del siglo XVII de Petro de Oñate, quien afirmaba que “... el contrato debe ser un pacto; y definimos el pacto, según la sentencia de Labeón (...) ser el consenso de dos o más en la misma cosa; de lo cual se sigue evidentemente que el contrato no puede existir entre menos de dos personas, y que **el consentimiento libre requiere por lo menos dos voluntades**”. Y agrega: “el hombre libre debe contratar libremente”. Oñate, afirma de Cores, no sólo analiza los vicios del consentimiento tradicionalmente aceptados en el derecho, sino que “se focaliza en la cuestión del *grado de deliberación y de libertad que se requiere para que se entienda otorgado el consentimiento contractual*”⁸⁴.

Por su parte, la **Guía del Comité Jurídico Interamericano sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas**, establece con meridiana claridad y en

⁷⁹ Ver sobre este tema: José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “Dominican Republic”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2036-2043.

⁸⁰ Ver sobre la regulación de los contratos internacionales en la Ley General de DIPr, N° 19.920 de Uruguay: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial Civil y Comercial*, Tomo III, 1ª edición, Montevideo, FCU, 2022, pp. 256-325, en especial, en materia de ley aplicable y jurisdicción competente, p. 286, 294-305, 310-312.

⁸¹ TALICE, Jorge, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU (copatrocinado por la OEA), p. 527-562, p. 537.

⁸² FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 222.

⁸³ NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 46, afirma que deben haber al menos dos restricciones para que opere la autonomía de la voluntad: la primera, que el contrato sea internacional, y la segunda, “**que la elección sea libre y voluntaria, porque de lo contrario no podemos hablar de un acuerdo**”.

⁸⁴ DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 410 y ss., y p. 439, cita la obra de Oñate titulada *De contractibus*, ex typographia Francisci Caballi, Romae, 1646. El destacado nos pertenece.

forma muy gráfica: “La autonomía de la voluntad presupone que las partes han ejercido su deseo de efectuar tal elección”⁸⁵. Ambas partes, no una sola. Es clarísimo⁸⁶.

En el mismo sentido, Boggiano -tradicional defensor de la autonomía conflictual-, reconoce que: **“In a matter as important as the election by the parties of the applicable law due process of choice by both parties should be guaranteed”**⁸⁷.

El inciso 4° del art. 45 de la LGDIPr uruguaya busca garantizar que respecto de la elección de la ley existió un acuerdo válido entre ambas partes del contrato, que hubo consentimiento válido de ambas partes, lo cual se desprende claramente del tenor literal gramatical de la norma, en especial del plural utilizado al referir a las partes⁸⁸.

c. Algunas fuentes convencionales

El **Código Bustamante**, en su art. 318 admite la elección expresa o tácita, pero exige que al menos una de las partes sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio, salvo que el derecho local establezca lo contrario. Refiere al orden público en varios artículos.

La **Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994)**, establece en su art. 7 que el acuerdo de las partes sobre elección de ley “debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”.

El **Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005)**, en su art. 3.c) establece que el acuerdo “...debe ser celebrado o documentado: i) por escrito; o ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta;” Nótese que el literal a) define al “acuerdo exclusivo de elección de foro” como “un acuerdo celebrado por dos o más partes”, lo que en mi opinión excluye las cláusulas redactadas unilateralmente por una de las partes e incluidas en condiciones generales pre impresas. El literal d) reafirma dicha interpretación, desde que establece la independencia del acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato, de las demás cláusulas del mismo. Por tanto, quien adhiere al contrato con condiciones generales o equivalente debería consentir no sólo el contrato, sino también la cláusula de elección de foro.

El **Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia de contratos** exige en su art. 4 que “los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva.”

En suma: como se adelantó antes, esta sección 2, muestra que en general el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, tanto respecto de foro como de ley, está sujeto a un cierto marco regulador, a veces más laxo y otras más estrecho.

3) ¿Se excluyen del campo de la autonomía de la voluntad algunas categorías de contratos internacionales y/o de sujetos? Los contratos excluidos del régimen autonomista, ¿tienen regulación especial?

En general todos los sistemas tanto autónomos como convencionales excluyen algunas categorías de contratos internacionales de la facultad de las partes de elegir foro y/o ley, o la limitan.

⁸⁵ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA/Ser.Q, ISBN 978-0-8270-6926-8, 2019, p. 137, N° 255.

⁸⁶ MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 19, en este sentido, afirma: “Party Autonomy is concerned with the agreed wishes of the parties, as expressed in a contractual clause. It is not concerned with the presumed wishes or the expectations of the parties”.

⁸⁷ BOGGIANO, Antonio, “International Standard Contracts, A Comparative Study”, *Recueil des Cours*, 1981-I, p. 41 (destacado en el original) y BOGGIANO, Antonio, *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

⁸⁸ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 224.

a. Argentina

(i) Contratos internacionales de consumo

En Argentina se excluye la autonomía conflictual de los contratos internacionales de consumo tanto en materia de ley aplicable (artículo 2651 del CCCN) como de jurisdicción (artículo 2654 del CCCN)⁸⁹. Estos contratos tienen un régimen regulatorio específico en el TÍTULO III del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL (arts 1092 a 1122).

(ii) Contratos internacionales de seguros

En materia de seguros, el art. 57 de la Ley 17.418, en términos expresos, declara nulas las cláusulas compromisorias incluidas en las pólizas.

Los contratos de seguros, incluso cuando el asegurado es un comerciante, son excluidos del sistema autonomista en Argentina, aunque no existe norma específica al respecto⁹⁰, sino sólo la norma genérica del art. 16 de la Ley de Seguros N° 17.418, que establece que “Es admisible la prórroga de la jurisdicción dentro del país”, de lo cual se podría inferir que no sería válida fuera de él. Se agrega en el Informe de Cancillería que: “Los contratos de seguros, incluso cuando el asegurado es un comerciante, son excluidos del sistema autonomista en y por aplicación de la Ley de Seguros, es un contrato de consumo, reglando la relación entre asegurado y Aseguradora, por cuanto el asegurado pasa a ser “usuario o consumidor de seguros”.

(iii) Contratos internacionales de transporte de mercaderías

En el Informe del Representante argentino ante la OEA se afirma: “Los contratos de transporte marítimo, aéreo o terrestre de mercaderías, se excluyen del sistema autonomista, aunque las interpretaciones doctrinales han sido disímiles al respecto.”⁹¹

En materia de contratos de **transporte marítimo**,⁹² la problemática de las cláusulas atributivas de jurisdicción ha sido muy debatida, con las consiguientes fluctuaciones de la jurisprudencia. Con anterioridad a 1936 (fecha del *leading case Compte c/Ibarra*), se admitía en general la validez de estas cláusulas⁹³, aunque la cuestión era muy controvertida. En el caso *Frendelburg Schats y Cia. c/barca*

⁸⁹ ARTICULO 1094 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

ARTICULO 1095.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

⁹⁰ Según respuesta al cuestionario de María Blanca Noodt Taquela e Informe de la Cancillería argentina.

⁹¹ Cabe señalar que, en cuanto a la responsabilidad del transportista en los contratos de transporte de pasajeros, art. 604 de la ley 20.094, que establece: “Las disposiciones de esta ley que regulan la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje, se aplican a todo contrato de transporte de personas por agua celebrado en la República o cuyo cumplimiento se inicie o termine en puerto argentino, sea el buque nacional o extranjero, o cuando sean competentes para entender en la causa los tribunales de la República”. Ello es conteste con la calidad de consumidor del pasajero en los contratos de transporte de pasajeros, ya sean estos internacionales o domésticos.

⁹² Ver sobre este tema: Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 56-64.

⁹³ José Domingo RAY, “La cláusula atributiva de jurisdicción”, (Separata de Lecciones y Ensayos No.15), Bs.As., 1960., p.4. Ej.: en el caso “*G. Sáenz vs. Mala Real*”, la Cámara Federal de la Capital, el 6 de junio de 1906, admitió la validez de la cláusula de jurisdicción. Pero la jurisprudencia era oscilante en este punto (Cfr., Alberto C. CAPPAGLI, “A medio siglo de ‘Compte c/Ibarra’”, en *Revista del Colegio de Abogados de Bs.As.*, año 1986, T.XLVI, No.3, p.88). Así, el mismo tribunal falló el 8 de junio de 1916 declarando la competencia de los tribunales argentinos, en el caso “*Regie Generale vs. Hamburgo Sudamerican*” (RAY, op.cit., p.6). En el caso “*Monte Pagano vs. Eriksen*”, la Suprema Corte admitió la validez de la referida cláusula, en fallo del 21 de mayo de 1923.

Scotland", el 5 de noviembre de 1870, la Corte declaró la competencia local en un reclamo de los consignatarios contra el buque⁹⁴. En el caso *Monte Pagano vs. Eriksen*, la Suprema Corte falló admitiendo la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción, argumentando que el único límite de la autonomía de la voluntad lo constituye la "prohibición de renunciar o dejar sin efecto por medio de convenciones las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres", y que las relativas a jurisdicción no lo son, aunque son de interés público⁹⁵.

En la Conferencia de la *International Law Association* celebrada en Buenos Aires en 1922, se discutió este problema, aprobándose la moción de los delegados argentinos, en el sentido de que debían considerarse inválidas las cláusulas atributivas de jurisdicción, fórmula que se conoce como "Regla de Buenos Aires"⁹⁶. Pero esto dio lugar a una interesante polémica entre los delegados argentinos y los europeos⁹⁷:

Los delegados argentinos Melo, Vico, Chedufau, y González Gowland sostuvieron la necesidad de considerar nulas las cláusulas de jurisdicción insertas en los conocimientos de embarque, aunque admitiendo que los destinatarios de la carga podrían siempre elegir otra jurisdicción (propuesta de Chedufau, compartida por Vico). Lo que resulta inadmisibles es la cláusula de renuncia a la jurisdicción del puerto de destino, aun cuando sea expresa, y debería ser considerada nula, porque dicha cláusula importa de hecho "la irresponsabilidad de los navieros por las pérdidas y deterioros de las mercaderías"⁹⁸.

Se fundaron, en palabras de Melo, en que **"el principio de que los contratos son la expresión de la voluntad de las partes, no es lo real en este contrato. El cargador se encuentra siempre delante de una fórmula impresa de póliza, igual en todas las compañías, y no tiene otro remedio que inclinarse ante esa fórmula y aceptarla para poder transportar sus mercaderías."**⁹⁹

Agrega Merlo: "Frente a esos robos" que aunque en realidad no son más que tales, escapan a la esfera penal y son, además, amparados por cláusulas de limitación de responsabilidad, que se fundan en los peligros del mar (sic), "se produce de hecho la irresponsabilidad de los transportadores, porque los gastos de la reclamación en el puerto de embarque, cuando allí se plantea, resultan mayores que el importe reclamado. El cargador se resigna pues a la pérdida en los casos sucesivos ante tan desgraciada experiencia." "La única manera de defenderlo eficazmente es impidiendo la inserción de las cláusulas que lo obliguen a llevar sus reclamaciones al puerto de embarque."¹⁰⁰

Los delegados europeos, como el profesor alemán Sieveking, el delegado noruego Friedericksen y el delegado inglés Temperley fueron todos contrarios a la posición argentina, alegando que se trataba de una posición "peligrosa"¹⁰¹, que sin duda lo era para sus intereses, porque no se trata aquí de los supuestos intereses del comercio internacional (abstractos e indeterminados) sino de los intereses contrapuestos de transportistas, por un lado, y propietarios de la carga por otro. Es al Derecho al que le corresponde lograr un equilibrio razonable entre las partes, en base a criterios de justicia y equidad, porque de lo contrario, pesarán las cláusulas favorables a la parte más fuerte.

Reconociendo la validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción, Atilio MALVAGNI, *Contratos de Transporte por Agua*, Ed. De Palma, Bs.As., 1956, p. 651, cita varios casos.

⁹⁴ CAPPAGLI, op. cit., p. 90.

⁹⁵ RAY, op. cit., p. 7.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 9-14.

⁹⁸ MELO, citado en RAY, op. cit., p. 9, quien agrega: "He tenido la oportunidad de constatar las injusticias a que da lugar la cláusula atributiva de jurisdicción que se inserta en todos los conocimientos y pólizas de fletamento. Esa cláusula importa en el hecho la irresponsabilidad de los navieros por las pérdidas y deterioros de las mercaderías."

⁹⁹ Agrega MERLO: "Llegan las mercaderías a los puertos de América y hay faltas, faltas que casi siempre se producen por un hecho que conocen especialmente los navieros, por hurtos y raterías, que según estadísticas publicadas en el "Times" en 1920 han aumentado en estos últimos años en más de un 70% y que han llegado a alarmar a los aseguradores, quienes en varias ocasiones se han reunido en congresos internacionales para tratar la cuestión; y en los Estados Unidos en 1921 se ha llevado el asunto al Congreso, según un estudio del profesor Huebner."

¹⁰⁰ RAY, op. cit., p.11.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.10-13.

Expresa el Dr. Melo a determinada altura de la discusión que comentamos: "nosotros buscamos (refiriéndose a la posición argentina) amparo eficaz para los intereses del comercio de las naciones de América que no tienen navíos para servir ese comercio. Eso es todo lo que pedimos y nos basamos en lo que ha sido aceptado en Europa como expresión de concordancia entre encontrados intereses. Los destinatarios de mercaderías no deben permanecer atados por cláusulas atributivas de jurisdicción que los obliguen a buscar justicia en los puertos de Europa."¹⁰² Esta afirmación conserva plena vigencia para aquellos países americanos, como Uruguay, que carecen de flota mercante.

Este análisis de la Conferencia de Buenos Aires de 1922 de la *International Law Association* parece útil aquí, porque muestra qué es lo que ocurre cuando se discuten aspectos relacionados con la libertad de contratación, desde el punto de vista de aquellos que tienen la posibilidad de incidir en dicha contratación y de los que no la tienen. Deja en claro cuáles son las razones (fácticas, y no jurídicas) por las cuales se adoptan muchas veces esas posiciones a favor y en contra de la autonomía de la voluntad respectivamente.

A partir del *leading case* *Compte c. Ibarra*, de 1936, la tendencia ha sido contraria a la admisión de la validez de las cláusulas de elección de foro y a favor de la nulidad de las mismas¹⁰³.

Resulta imprescindible hacer referencia aquí a la realidad denunciada por la Suprema Corte de la Nación Argentina en el considerando 8 del fallo *Compte c. Ibarra*, de que existe muchas veces "un mal disimulado menosprecio o desconfianza por las leyes y jueces del país". En aquella ocasión la Corte se estaba refiriendo a Argentina, pero esta actitud es frecuente hacia los países en desarrollo. Así, Juenger afirmaba que litigar en tribunales de países en desarrollo implica riesgos contra los cuales hay que protegerse, incluyendo cláusulas de elección de la ley y del foro, porque sólo con la primera no es suficiente, en todos los contratos¹⁰⁴.

La sentencia del caso *Compte c. Ibarra*, afirma Cappagli¹⁰⁵, "junto a sólidos argumentos jurídicos, muestra claramente la posición de nuestro país en el tráfico marítimo y enfoca con toda claridad la cuestión desde el punto de vista de la política económica". Malvagni, por su parte, considera que "el verdadero fundamento de la tesis de la Corte Suprema no es de orden jurídico, sino político"¹⁰⁶, y agrega que "el argumento político sigue en pie, pues si bien es cierto que actualmente poseemos una marina mercante apreciable en tonelaje, continuamos siendo un país de cargadores, dado que las marinas extranjeras siguen sirviendo más o menos el 85% del comercio exterior del país"¹⁰⁷. Este razonamiento no sólo mantiene plenamente su vigencia en Argentina, porque los fundamentos y las razones invocadas en la misma no han cambiado, y por tanto la jurisprudencia continúa en la misma línea¹⁰⁸, sino que además es igualmente válido para Uruguay y para muchos otros países en vías de desarrollo.

La Corte fundó también la sentencia en la facultad del Congreso Nacional de reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art.67, inc.12, de la Constitución Argentina) y en que las leyes reglamentarias de tal precepto constitucional, atribuyen jurisdicción privativa, excluyente e improrrogable, a los tribunales nacionales en materia de fletamento y, en general, sobre todo hecho o contrato concerniente a la navegación y al comercio marítimo (ley 48, art.2, inc.10 y arts.2 y 12)¹⁰⁹, entre otros argumentos.

¹⁰² *Ibidem*, p. 13-14.

¹⁰³ RAY, op. cit., p.4 y CAPPAGLI, op. cit., p. 88.

¹⁰⁴ Supreme Court Validation of Forum Selection Clauses, 19 Wayne L.Rev.49,50(1972), citado en Symposium - Conflicts of Law in Contracts between Developed and Developing Nations, in 11 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Fall'81, p. 698.

¹⁰⁵ CAPPAGLI, op. cit., p. 89.

¹⁰⁶ MALVAGNI, op. cit., p. 653.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 654.

¹⁰⁸ Dice CAPPAGLI (op. cit., p. 123) que "el transcurso de medio siglo nos muestra que los principios sentados por nuestra Corte Suprema el 16 de noviembre de 1936, al fallar el caso *Compte c. Ibarra*, mantiene plena vigencia."

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.93. En el mismo sentido, el art. 85 de la Constitución uruguaya da competencia a la Asamblea General para "establecer los Tribunales y arreglar la Administración de la Justicia" y "expedir leyes relativas a ...(el) comercio exterior e interior".

La solución de la Corte Suprema en el caso *Compte c. Ibarra* fue lo que el Dr. Malvagni posteriormente recogió en su Proyecto de Ley, que constituyó la fuente de la Ley de la Navegación N° 20.094 de Argentina.

En cuanto a la ley aplicable a los contratos de fletamento y transporte, el art. 603 de la referida Ley de la Navegación¹¹⁰, vigente desde 1973, confirma la solución de la "ley del lugar donde han de ejecutarse" dichos contratos. Al respecto dice Cappagli¹¹¹: "no hemos hallado precedentes judiciales sobre el tema, dictados sobre la base de la actual Ley de la Navegación ..., lo que nos hace pensar que la cuestión de la ley aplicable ya no se discute, ante lo pacífico de la solución" a partir del caso *Compte c/ Ibarra*.

En cuanto a la jurisdicción en materia de contratos de transporte, el Proyecto Malvagni estableció que correspondía a los jueces del lugar donde se ejecuta el contrato, es decir donde se entrega la mercadería. "La solución en favor de los tribunales del país del puerto de destino tal cual se decidió en *Compte c/Ibarra* es hoy la generalmente admitida"¹¹², con la alternativa de que el actor puede optar por los tribunales del país del domicilio del demandado, siendo además la solución adoptada por la referida Ley de la Navegación, art.614¹¹³.

b. Bolivia

En Bolivia, aunque no de manera directa, se excluyen los contratos de **consumidores**, que estarían sujetos al derecho boliviano (Ley 453 de 2013), y los contratos **laborales**, sujetos a un sistema fuertemente protector hacia el trabajador (art 4 del decreto supremo 28699 de 2006 que reglamenta parcialmente la Ley General del Trabajo). En materia de seguros, el art. 1039 del C. Com establece limitaciones a la autonomía de la voluntad: "Art. 1039. - (JURISDICCION Y COMPETENCIA). El conocimiento de las acciones judiciales emergentes del contrato de seguro, es de competencia y jurisdicción del juez del domicilio del asegurado o del lugar donde se encuentren los intereses asegurados. Es nula toda convención en contrario."¹¹⁴

En cuanto a los contratos internacionales de **transporte**, afirma el Dr. Canelas, si bien no existe una exclusión específica en el Código de Comercio, los contratos de transporte están sujetos a normas imperativas. El Código de Comercio contiene un acápite sobre los contratos de transporte (arts. 927 y sgtes.) abarcando "[e] transporte comercial por tierra, agua y aire", que en concordancia con el art 14 (V) de la Constitución, señala que "[e]l transporte puede iniciarse o concluir fuera de la República y los transportadores se hallan sometidos a las leyes nacionales y tribunales bolivianos por hechos que comprometan su responsabilidad dentro del territorio nacional."

c. Canadá

En Canadá el art. 3149 CCQ establece que los **consumidores** y **empleados** con residencia o domicilio en Quebec pueden presentar sus reclamos contractuales en Quebec y no estarán obligados por ninguna cláusula de elección de foro que designe a un tribunal extranjero ni por ninguna cláusula arbitral. Con respecto a las cláusulas de elección de ley contenidas en contratos con consumidores o con trabajadores, existen disposiciones que admiten la autonomía de la voluntad, pero limitan sus

¹¹⁰ El art.603 dice: "Las obligaciones inherentes al contrato de fletamento total o parcial para el transporte de mercaderías, o el transporte de carga general o de bultos aislados en cualquier buque y, en general a todo contrato en que el transporte asume la obligación de entregar la carga en destino, se rigen por la ley del lugar donde han de ejecutarse".

¹¹¹ CAPPAGLI, op. cit., p. 113.

¹¹² *Ibidem*, p.114.

¹¹³ El art.614 de la Ley de la Navegación dice: "Los tribunales nacionales son competentes para conocer en los juicios derivados de los contratos de utilización de los buques, cuando las obligaciones respectivas deban cumplirse en la República, salvo la opción que tiene el demandante por los tribunales del domicilio del demandado. En los contratos de fletamento total o parcial, o de transporte de carga general o de bultos aislados en un buque cualquiera, o de personas y, en general, en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda otra cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos."

¹¹⁴ <http://www.aidaargentina.com/wp-content/uploads/Bolivia-Codigo-Comercio.pdf> (último acceso: 12 de enero de 2023).

efectos si la ley elegida es menos protectora que la ley de la residencia del consumidor o empleado, en los casos en que el contrato esté vinculado a esa residencia (art. 3117-18 CCQ).

Existen normas similares para los contratos de **seguros** suscritos por personas residentes en Quebec. El art. 3119 del CCQ establece que cuando se configuran las condiciones establecidas en dicho artículo, se aplica la ley de Québec¹¹⁵; el *Insurance Act*, RSO 1990, c I.8, s. 123 establece que si se configuran las condiciones establecidas en esa sección, se aplica la ley de Ontario al contrato de seguros¹¹⁶.

En cuanto al contrato internacional de **transporte**, la *Marine Liability Act*, SC 2001, c 6, s. 46. Section 46 establece que cuando no resultan aplicables las Reglas de Hamburgo al contrato de transporte de mercaderías por agua, el reclamante puede iniciar procedimientos judiciales o arbitrales en Canadá si se dan las condiciones establecidas en la referida sección, a menos que las partes en la disputa hayan designado, mediante acuerdo posterior al surgimiento del reclamo, el lugar donde el reclamante puede instituir los procedimientos judiciales o arbitrales (sería lo que se denomina *prórroga post litem*)¹¹⁷.

d. Colombia

(i) Contrato internacional de agencia comercial

En Colombia, la única exclusión expresa al sistema autonomista refiere a los contratos de agencia; el art. 1.328, somete el contrato de agencia comercial que haya de ejecutarse en Colombia al Derecho colombiano, y añade que “[t]oda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. Dicha norma es considerada internacionalmente imperativa.

(ii) Contratos internacionales laborales

En materia laboral, si bien no hay propiamente una exclusión, conviene considerar que el artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que “[e]l presente Código rige en todo el

¹¹⁵ Establece el art. 3119: “Notwithstanding any agreement to the contrary, a contract of insurance covering property or an interest situated in Québec, or that is subscribed in Québec by a person resident in Québec, is governed by the law of Québec if the policyholder applies for the insurance in Québec or the insurer signs or delivers the policy in Québec. Similarly, a contract of group insurance of persons is governed by the law of Québec where the participant has his residence in Québec at the time he becomes a participant. Any sum due under a contract of insurance governed by the law of Québec is payable in Québec. Ver en: <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/CCQ-1991> (último acceso: 12 de enero de 2023).

¹¹⁶ “Contracts deemed made in Ontario. 123 Where the subject-matter of a contract of insurance is property in Ontario or an insurable interest of a person resident in Ontario, the contract of insurance, if signed, countersigned, issued or delivered in Ontario or committed to the post office or to any carrier, messenger or agent to be delivered or handed over to the insured or the insured’s assign or agent in Ontario shall be deemed to evidence a contract made therein, and the contract shall be construed according to the law thereof, and all money payable under the contract shall be paid at the office of the chief officer or agent in Ontario of the insurer in lawful money of Canada. R.S.O. 1990, c. I.8, s. 123.” Ver en: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90i08#BK115> (último acceso: 12 de enero de 2023).

¹¹⁷ “Claims not subject to Hamburg Rules. 46 (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where (a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada; (b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or (c) the contract was made in Canada. Marginal note: Agreement to designate (2) Notwithstanding subsection (1), the parties to a contract referred to in that subsection may, after a claim arises under the contract, designate by agreement the place where the claimant may institute judicial or arbitral proceedings.” Ver en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/m-0.7/page-3.html#docCont> (último acceso: 12 de enero de 2023).

territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”, norma que ha sido vista por la doctrina como una manifestación del principio de territorialidad absoluta, pero que, sin embargo, no excluiría la posibilidad de las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato de trabajo, en casos puntuales que han sido señalados por la jurisprudencia. Así, afirma la Dra. Madrid Martínez, “podría haber elección del Derecho aplicable si “la expresión de la voluntad de los sujetos contractuales puede resultar decisiva en la dilucidación de los casos dudosos”¹¹⁸; si el Derecho colombiano no es formalmente aplicable pero las partes deciden que lo sea, cuando el contrato se ha ejecutado parcialmente en el territorio¹¹⁹; cuando no se produzca contradicción o transgresión de las normas vigentes, principios o preceptos propios del Derecho colombiano¹²⁰; cuando ello se acuerde de buena fe y, cuando el Derecho elegido mejore las condiciones de los trabajadores, conforme el principio de favorabilidad”.

e. Cuba

En **Cuba** existe **limitación** a la autonomía de la voluntad a través de autorizaciones administrativas, y en la práctica, los órganos encargados de su aprobación exigen la aplicación de la ley cubana si esta fuera la del **asegurado o trabajador**, lo mismo con el foro competente.

En materia de **seguro**, el DL 177 del año 1997 establece que para que se apruebe el contrato tiene que estar autorizado por la Superintendencia de Seguro de Cuba. Además de lo anterior existen foros exclusivos de competencia en el marco de la inversión extranjera. Ley No. 118 de la Inversión Extranjera de 2014, que en su artículo 60 plantea, en principio, la competencia de los tribunales cubanos. Afirma la Dra. Peña que el “Decreto Ley 263 del año 2008 en materia de seguro, dispone en su artículo 60 que la autoridad competente para conocer y dirimir cualquier acción derivada de un contrato de seguro será la del domicilio del asegurado, salvo pacto en contrario”.

También se excluyen del sistema autonomista los contratos de **transporte marítimo de mercaderías**, en cuanto al foro competente.

f. Ecuador

En Ecuador se excluyen del régimen autonomista a los contratos **laborales**, los que se rigen por la ley ecuatoriana. Asimismo, los contratos con **consumidores** se rigen por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley N° 2000-21)¹²¹, que contiene normas materiales que regulan los diversos aspectos del contrato y las obligaciones de las partes. El Capítulo VII refiere a la protección contractual, al contrato de adhesión, a las cláusulas prohibidas, entre otras cuestiones.

El informe recibido establece: “En los casos de transporte internacional no hay más que un contrato, regido por la ley que le corresponda según su naturaleza. DE LOS CONTRATOS ESPECIALES DEL COMERCIO MARITIMO Y AEREO.- El fletamento, si no fuere un contrato de adhesión, se regirá por la ley del lugar de salida de las mercancías. Los actos de ejecución del contrato se ajustarán a la ley del lugar en que se realicen.

En suma, los contratos excluidos de la autonomía de la voluntad tienen un régimen regulatorio específico; “según su naturaleza estos se rigen por el Código de Trabajo, Código Civil, Código de Comercio, mediante la jurisdicción y competencia.”

g. Estados Unidos

En Estados Unidos, todos o casi todos los Estados tienen **leyes de protección al consumidor, las cuales pueden ser aplicadas también a los comerciantes**.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 10461, 22 de noviembre de 1998.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 15468. 28 de junio de 2001.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 10661. 28 de mayo de 1998.

¹²¹ <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpetransparencia2012/literal/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/LeyOrganicadelConsumidor.pdf>

También se excluyen del ámbito de la autonomía conflictual los **contratos de seguros** (por ej. en Nevada), los **contratos de franquicia, de distribución y de agencia** (por ej., en Iowa), y los **contratos de construcción** (por ej. en Louisiana)¹²².

h. Panamá

En el informe presentado por la cancillería de Panamá se afirma que **los contratos de adhesión y análogos en los que ambas partes sean comerciantes se excluyen del régimen autonomista**. No obstante, al analizar el Código panameño de DIPr se observan algunos matices, como veremos a continuación.

La Ley N° 61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la ley N° 7 de 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado¹²³ refiere en el capítulo V a los “Foros de Competencia Judicial Internacional”. El art. 11 establece que: “Los tribunales panameños son competentes para conocer de acciones derivadas de relaciones jurídicas internacionales cuando: (...) 4. Se trate de demandas derivadas de contratos internacionales conforme se definen en el art. 68. 5. Derive de prórroga expresa o tácita, y la materia objeto de prórroga sea de carácter dispositivo. (...)”. El art. 68 establece: “Los contratos se reputan internacionales cuando las partes se encuentren domiciliadas en Estados diferentes y cuando: 1. El contrato contenga una prestación u obligación que recaiga sobre servicios, bienes o capital que produzcan sus efectos en el territorio de la República de Panamá, o 2. Los servicios, bienes o capital o su causa jurídica se hayan perfeccionado en el territorio de la República de Panamá, o 3. Las partes hayan incluido una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de los tribunales panameños.”

El art. 69 admite la autonomía de la voluntad de las partes como primer criterio para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales¹²⁴. El art. 91 regula específicamente los contratos de compraventa internacional conforme a la regla general autonomista establecida en el art. 69. De igual forma lo hacen el art. 92 respecto de los contratos de factoraje internacional, el art. 93 respecto de los contratos de préstamo internacional, e art. 94 respecto de los contratos de cesión de créditos, y el art. 95 respecto de los contratos internacionales de arrendamiento financiero.

El art. 72 agrega: “La autonomía de la voluntad de las partes estará limitada únicamente por el orden público y el fraude a la ley.”

En cuanto a los **contratos de seguros**, el art. 78 establece que se regirán por “la ley de la sede social de la compañía de seguro, salvo pacto en contrario. Los asegurados nacionales o domiciliados en la República de Panamá podrán incoar su reclamación ante los tribunales panameños o ante los tribunales de la sede de la compañía de seguro.”

El art. 82 establece: “Los **contratos de representación y franquicia internacional** se rigen por la autonomía de las partes, pero, en cuanto a la indemnización por ruptura o incumplimiento del contrato, por la ley de ejecución del contrato o la de mayor protección al concesionario o franqueado a elección de este último.” Y en cuanto a la jurisdicción, el art. 83 establece: “Los tribunales panameños conocerán privativamente de las demandas derivadas de los contratos de representación y franquicia cuando dichos contratos se ejecuten dentro de la República de Panamá.”

El Código de DIPr contiene disposiciones específicas sobre “**contratos desiguales**”. El art. 84 los define de la siguiente manera: “Se entiende por contratos desiguales los contratos que no sean entre comerciantes en los que la parte más débil no tiene facultad para negociar las cláusulas esenciales de dichos contratos. Se entenderá como cláusulas esenciales las cláusulas que fijan el precio, las condiciones de ejecución del contrato y las cláusulas de solución de conflictos. La

¹²² Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014.

¹²³ https://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2010/2015/2015_620_0734.pdf (último acceso: 12 de enero de 2023).

¹²⁴ Dice la referida norma: “Los contratos internacionales están sujetos a la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes. En ausencia de esta, el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación, y cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional, y en su defecto, la ley del foro.”

imposición de una de esas cláusulas se entenderá como el medio de comprobación de un contrato desigual.”

El referido art. 84 parece excluir del concepto de “contratos desiguales” a los contratos entre comerciantes, aun cuando exista en ellos una parte más débil que no tiene facultad para negociar las cláusulas esenciales de dichos contratos, entre las cuales se incluye expresamente las de solución de conflictos, es decir, las de elección de ley y juez.

Pero luego, el art. 85 establece: “Son contratos desiguales los contratos de trabajo y los contratos de consumidor. Bajo ningún concepto esta enumeración debe ser interpretada taxativamente.” Esta última frase habilita la extensión del concepto de contratos desiguales a otras modalidades contractuales, además de los mencionados los contratos de trabajo y los contratos de consumidor. No obstante, no resulta claro si dicha extensión podría abarcar contratos entre comerciantes, dada su exclusión en el art. 84.

Lo anterior no quita que cuando en un contrato comercial internacional, entre dos comerciantes, una de las partes carece de poder de negociación, estamos frente a un contrato “desigual”, de conformidad con la siguiente definición de la RAE: “Que no es igual. Diverso, variable (...)”¹²⁵.

Los **contratos de trabajo** y los **de consumidores** están regulados expresamente en los arts. 86 a 90 del Código de DIPr.

En cuanto al **contrato internacional de fideicomiso**, el art. 96 establece: “El contrato internacional de fideicomiso se regirá por la ley elegida por el constituyente. La elección tendrá que ser expresa o resultar de las disposiciones del instrumento por el que se crea el fideicomiso internacional o se prueba su existencia, interpretada, cuando sea necesario, a la luz de las circunstancias del caso. Cuando en la ley elegida en aplicación del párrafo anterior no se conozca la institución del fideicomiso o la categoría de fideicomiso de que se trate, esa elección no surtirá efecto y se aplicará la ley indicada en el artículo siguiente.”

La norma admite la elección de la ley aplicable en forma unilateral por el constituyente del fideicomiso, pero dentro del marco regulador establecido en el propio art. 96.

El art. 98 excluye del sistema autonomista al **convenio internacional de donación** y establece que “se rige por la ley del estatuto personal del donante.”

i. Paraguay

En Paraguay la Ley Nº 5393/2015 regula solamente “la elección de derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión”, y excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los **contratos de consumo, de trabajo, de franquicia, representación, agencia y distribución** (art. 1). Además, el art. 3 establece: “Esta Ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; e) los procedimientos de insolvencia; y, f) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar.” Por su parte, la Ley 1879/2002 excluye del arbitraje (y de las disposiciones sobre autonomía de la voluntad) a las cuestiones en las cuales “se requiera la intervención del Ministerio Público” (art. 2).

Por su parte, los acuerdos de arbitraje poseen un régimen regulatorio específico en la Ley Nº 1879/2002 de Arbitraje y Mediación.

En cuanto a las demás materias excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 5393/2015 (capacidad de las personas físicas, sociedades, asociaciones y fideicomisos, procedimientos de insolvencia y cuestiones referidas a los representantes), las mismas cuentan con regulación específica en los Códigos y leyes correspondientes.

j. Perú

En **Perú**, Luz Monge Talavera considera “lamentable” que no se hayan exceptuado del régimen general autonomista a algunos contratos como los de consumo, de seguros o de trabajo, contratos que menciona a modo de ejemplo y no en forma taxativa, por tratarse de contratos con parte

¹²⁵ dle.rae.es/desigual (último acceso: 12 de enero de 2023).

débil. Agrega la autora que “dentro de la perspectiva de la legislación peruana, no estamos frente a una libertad todopoderosa ni del todo ilimitada. La elección será válida siempre que sea compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres.” (art. 2042 CC) (...) “El legislador busca de este modo levantar tibias barreras para evitar el abuso de derecho o el fraude a la ley”. La elección de la ley por las partes debe ser expresa, no admitiéndose la voluntad tácita¹²⁶.

k. México

En **México** se excluyen los contratos con **consumidores** y los contratos con **trabajadores**. Afirma la Dra. Albornoz que la “Ley Federal de Protección al Consumidor se declara “de orden público e interés social y de observancia en toda la República” (artículo 1°). Establece que en los contratos de adhesión no serán válidas y se tendrán por no escritas, por lo que no se podrán registrar en el Registro Público de Contratos de Adhesión, las cláusulas que “obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros” (artículo 90, fracción VI).” Con respecto a los contratos laborales, la “Ley Federal del Trabajo es “de observancia general en toda la República” (artículo 1°) y en algunos supuestos prevé su aplicación extraterritorial¹²⁷. Sin embargo, ni la Ley Federal de Protección al Consumidor ni la Ley Federal del Trabajo se refieren expresamente a la autonomía de la voluntad en sentido conflictual”.

l. Uruguay

En **Uruguay** la LGDIPr N° 19.920 de 2020 en su **art. 50** excluye del régimen autonomista en cuanto a la elección de ley a los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales, los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en Uruguay, las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, las obligaciones derivadas de títulos valores y de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, los contratos otorgados en relaciones de consumo, los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia (excepto los de trabajo a distancia), los contratos de seguros y los de transporte por agua. Todos ellos se rigen por las leyes establecidas por el legislador en dicho art. 50. Por su parte, el art. 60.2 establece que no se admitirá el acuerdo de partes para la determinación de la jurisdicción internacional en los contratos que versen sobre las materias relacionadas en el art. 50.

El literal G establece: “*Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros N° 19.678, de 26 de octubre de 2018*”. Esta ley tiene normas específicas sobre ley aplicable y jurisdicción competente para los contratos de seguros y de reaseguros¹²⁸. Los arts. 117 a 119 de la ley

¹²⁶ Luz MONGE TALAVERA, “Ley aplicable a los contratos internacionales en el derecho peruano”, Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, p. 944-969, p. 950-951.

¹²⁷ Ver Carlos Alberto Puig Hernández, “Las normas internacionales de la Ley Federal del Trabajo”, en Patricia Kurczyn Villalobos y Rafael Tena Suck (coordinadores), *Tema selectos de derecho laboral. Liber amicorum: homenaje a Hugo Ítalo Morales Saldaña*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, p. 425-462.
https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Transport/Archiv_Risikogebiete/Risikogebiete_aktuell_en.pdf?__blob=publicationFile.

¹²⁸ Ley N° 19.678 Artículo 117. (Ley aplicable a los contratos de seguros).- Los contratos de seguros se rigen por la ley del Estado del lugar de cumplimiento de la prestación característica. Se entiende por tal el lugar del domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la empresa aseguradora que haya celebrado el contrato y emitido la póliza. Esta norma incluye todos los seguros de transporte sea este marítimo, aéreo, terrestre o multimodal y también los contratos de seguro de vida, pensiones, retiro en todas sus variedades, los seguros de responsabilidad civil, cauciones, crédito a la exportación y similares.

Los contratos de seguros de daños sobre bienes materiales inmuebles o accesorios a un inmueble se rigen por la ley del Estado donde están situados los bienes objeto del seguro en la época de su celebración. Esta norma incluye los seguros de incendio, robo, explosión, caída de rayo, temporal, granizo, cristales y similares. Salvo pacto en contrario, los contratos de reaseguros se rigen por la ley del lugar de localización del riesgo cedido, entendiéndose por tal el del domicilio del asegurador cedente. En caso de existir varios reaseguros en escala se entenderá por lugar de localización del riesgo el del domicilio del primer asegurador reasegurado.

de seguros remitida por la LGDIPr excluye la autonomía de la voluntad conflictual y establece soluciones legales preceptivas tanto en materia de ley aplicable como de jurisdicción competente. Nótese que las disposiciones referidas no sólo comprenden a los contratos de seguros con consumidores, sino **también los contratos de seguros entre comerciantes**, como es el caso típico del transporte internacional, cualquiera sea el modo. Por consiguiente, la ley de seguros impide que las empresas aseguradoras establezcan unilateralmente en las condiciones generales de sus pólizas cláusulas de ley y juez, protegiendo así de eventuales abusos no solo al asegurado consumidor, sino también al asegurado comerciante. Y la razón para ello es muy simple: no importa si el asegurado es un individuo consumidor o un comerciante (persona física o jurídica), en ambos casos el asegurado no negocia las condiciones generales de las pólizas de seguros, sino que adhiere o no, es decir, no existe negociación ni acuerdo expreso -o que se desprenda inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto- entre las partes respecto de la elección de ley y juez¹²⁹.

Lo mismo sucede en el transporte documentado en carta de porte, conocimiento de embarque o documento análogo: no importa si quien adhiere al contrato de adhesión es un individuo consumidor que contrató el transporte de efectos que compró para su uso personal, o si se trata de un comerciante que contrató el transporte de determinada mercadería, en ninguno de los dos casos tienen chance -ni el particular ni el comerciante- de negociar o cambiar u optar por otras condiciones generales. Es por eso que en esos casos es conveniente establecer soluciones legales que garanticen un mínimo equilibrio contractual y eviten abusos¹³⁰.

El literal H) del art. 50 establece: “Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo N° 19.246, de 15 de agosto de 2014”¹³¹. Y la misma se remite al Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940¹³². Este a su vez regula el contrato de transporte por agua en los artículos 25 a 27 y establece que la ley aplicable y jurisdicción competente en los contratos de transporte por agua es la del Estado del lugar de cumplimiento de la obligación,

Artículo 118. (Jurisdicción competente en los contratos de seguros).- La jurisdicción competente para conocer en los litigios sobre contratos de seguro será la del Estado cuya ley es aplicable al contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la presente ley. También serán competentes los tribunales del Estado del domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la empresa aseguradora que haya celebrado el contrato y emitido la póliza, a opción del actor.

Artículo 119. (Carácter imperativo).- Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este capítulo son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 117 de esta ley.

¹²⁹ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 243-244.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 219-266, p. 243-244.

¹³¹ Ley N° 19.246 “art. 7° Normas de Derecho Internacional Privado. 7.1.- Cuando no exista tratado vinculante que regule la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de derecho marítimo, éstas se determinarán conforme a las normas del Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940. 7.2.- Estas normas regirán el abordaje, la asistencia y salvamento, las averías particulares y gruesas, el contrato de ajuste, el fletamento de buques, el transporte de mercaderías y personas, los seguros marítimos, la hipoteca naval y todo otro tema de derecho marítimo internacional. 7.3.- (Prórroga post-litem) Cualquiera sea la jurisdicción competente de acuerdo a las reglas anteriores, después de ocurrido el hecho litigioso, las partes podrán acordar que el litigio sea sometido a otra jurisdicción, sea en sede judicial o arbitral.”

¹³² Ver con respecto al art. 7 de la Ley N° 19.246: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Normas de Derecho Internacional Privado en las Leyes N° 18.803 y 19.246 de Derecho Marítimo”, *Reforma del Derecho Marítimo Uruguayo*, Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo, Fernando Aguirre Ramírez (coordinador), Montevideo, FCU, 2015, p. 127-168.

entendiéndose por tal “el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”^{133, 134}.

Los contratos de transporte terrestre de mercadería tampoco pueden considerarse comprendidos en art. 45 de la LGDIPr. Está claro, en función de la realidad de este tipo de contratos de transporte documentados en cartas de porte y documentos análogos, que no cabe admitir en ellos la autonomía de la voluntad conflictual, porque las cláusulas -incluida la de ley y juez- contenidas en las condiciones generales preimpresas reflejan la voluntad de una sola de las partes del contrato -la del transportista-, y no la del cargador ni la del destinatario de la mercadería¹³⁵.

En Uruguay también están excluidos del sistema autonomista los contratos de transporte aéreo de mercaderías, en virtud del art. 62.2 de la ley 19.920, que establece que la ley deroga todas las disposiciones que se opongan a la presente ley, pero no las normas especiales vigentes sobre relaciones jurídicas, en lo que respecta a cuestiones no contempladas en esta ley¹³⁶. Los contratos de transporte terrestre (carretero o ferroviario) de mercaderías también están excluidos en virtud del referido art. 62.2 de la ley 19.920 con respecto de aquellos países vinculados por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (Argentina, Paraguay y Uruguay con Bolivia, Colombia y Perú) o Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 (Argentina, Paraguay y Uruguay). También lo están en cuanto a los países no vinculados por los referidos Tratados, en base a diversas interpretaciones doctrinarias con base legal¹³⁷.

Además, el **art. 19 del Código de Minería** de Uruguay excluye la autonomía de la voluntad conflictual en todos los **contratos relativos a la actividad minera**, a través de una fórmula detallada y categórica: “(...) La actividad minera, cualquiera sea su modalidad, y todas las controversias, reclamaciones y peticiones, referidas a la misma, quedan sometidas, sin excepción alguna, a la legislación y jurisdicción de la República Oriental del Uruguay. Todo pacto o convenio en contrario es nulo. Esta disposición es de orden público y será incluida obligatoriamente en todos los contratos que otorguen derechos mineros.” (inciso final del art. 19). Se trata de una norma imperativa, de aplicación inmediata.

¹³³ Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940: “Art. 25. – Los contratos de fletamento y de transporte de mercaderías o de personas que tengan por objeto esos transportes, entre puertos de un mismo Estado, se rigen por sus leyes, cualquiera que sea la nacionalidad del buque. El conocimiento de las acciones que se originen queda sometido a la jurisdicción de los jueces o tribunales del mismo.” “Art. 26. – Cuando los mismos contratos deban tener su ejecución en alguno de los Estados, se rigen por la ley vigente en dicho Estado, sean cuales fueren el lugar de su celebración y la nacionalidad del buque. Se entiende por lugar de ejecución el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas.” “Art. 27. – En el caso del artículo anterior, serán competentes para conocer de los respectivos juicios, los jueces o tribunales del lugar de la ejecución, o, a opción del demandante, los del domicilio del demandado, siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario.”

¹³⁴ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 245-246.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 219-266, p. 248; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., *Texto y Contexto de la Ley General de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, abril 2021, p. 211-213, entre otros trabajos.

¹³⁶ En Uruguay el transporte aéreo internacional de mercaderías se rige por el sistema de Varsovia y particularmente por la Convención de Montreal de 1999 (Ley N.º 19.169) la que regula con normas materiales todo lo referido al transporte aéreo de carga o pasajeros y tiene reglas específicas sobre jurisdicción competente, las cuales además son de orden público.

¹³⁷ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020*, Montevideo, FCU, 2021 y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., *Texto y Contexto de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920*, Montevideo, FCU, 2021, p. 206-213.

En cuanto a los contratos excluidos del régimen autonomista, el art. 50 de la ley 19.920 establece que:

- los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales y los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en Uruguay, se rigen por la ley uruguaya;
- las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, se rigen por la ley que regula la respectiva categoría;
- las obligaciones derivadas de títulos valores, se rigen por la ley del lugar donde son contraídas, la forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto del título de crédito, se rige por la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice. Cuando el título no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación, esta se regirá por la ley del lugar donde la misma deba ser pagada, y si tal lugar no constare, por la del lugar de su emisión.
- Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, se rigen por la ley del Estado de su emisión, sin perjuicio de la elegida por las partes cuando esta fuese reconocida por dicha ley, y de lo establecido en leyes especiales (art. 50, incisos A) a D).
- “E) Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen: 1) Por la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor. 2) En caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha ley, se regirán por la ley del lugar del domicilio del consumidor. 3) En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.”
- “F) Los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia -excepto los de trabajo a distancia- se rigen por la ley del lugar donde se presta el trabajo o por la ley del domicilio del trabajador o por la ley del domicilio del empleador, a elección del trabajador. Pero una vez determinada la misma, regirá todos los aspectos de la relación laboral.”
- Respecto de los contratos de seguros y de transporte por agua, se establece el régimen aplicable a los mismos por remisión: “G) Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros N.º 19.678, de 26 de octubre de 2018. H) Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo N.º 19.246, de 15 de agosto de 2014.”

En cuanto a la jurisdicción, el art. 59 de la ley 19.920 establece soluciones especiales, para ciertas modalidades contractuales (entre otras cuestiones), además de las soluciones generales en materia de jurisdicción previstas en el art. 57:

- “D) En materia de relaciones de consumo, si el consumidor es el demandante en tanto en la República se hubiere celebrado el contrato; o se hubiere efectuado en la República la prestación del servicio o la entrega de los bienes objeto de la relación de consumo.”
- “E) En materia de contratos de trabajo, cuando el reclamante es el trabajador y se domicilia en la República.”

II. Venezuela

Respecto de los contratos de **seguros** y de **transporte marítimo**, se establece la inderogabilidad convencional de la jurisdicción, es decir, que las partes no pueden pactar una jurisdicción diferente a la establecida por la ley. Por lo demás, las normas de DIPr en materia de contratos no establecen expresamente exclusiones.

Por ello, como afirma la Dra. Madrid Martínez, “con respecto a la Convención de México –lo cual es aplicable a la Ley venezolana– se ha afirmado que **hubiera sido deseable excluir los contratos asimétricos de su ámbito de aplicación**¹³⁸, sobre todo considerando el éxito de la

¹³⁸ Tal fue la propuesta de Siqueiros. Ver: SIQUEIROS, José Luis, Ley aplicable en materia de contratación internacional, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en*

normativa especial respecto de ciertos contratos contenida en el entonces vigente Convenio de Roma, modelo seguido por el codificador interamericano¹³⁹.” (el destacado es nuestro)

Los sistemas autonomistas están evidentemente diseñados, como afirma la Dra. Madrid Martínez “para regular los contratos paritarios o de libre discusión”. Es por ello que cuando no se limita la autonomía de la voluntad conflictual y esta resulta aplicable a contratos concluidos “entre partes con diferente poder de negociación”, se generan consecuencias peligrosas. Afirma la citada profesora que la única protección existente sería la “establecida por vía de las normas internacionalmente imperativas”. Concluye que si bien esta herramienta no es lo ideal, “contribuiría a atemperar los rigores de la voluntad conflictual en los contratos con partes débiles”, lo cual es compartible. No obstante, la idea de este trabajo es complementar esa protección insuficiente.

Afirma la Dra. Madrid Martínez que “en la única materia que podría hablarse de un régimen específico es en **materia laboral**. En efecto, en caso de contratos de trabajo, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras¹⁴⁰ dispone, en su artículo 3, que las normas de la Ley se aplicarán “con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares”. Esta disposición ha sido calificada por la doctrina como una norma de extensión, de manera que si el trabajo ha sido prestado o convenido en Venezuela se aplicará necesariamente el Derecho venezolano y, fuera de estos casos, el contrato de trabajo queda expuesto a las soluciones generales, entre ellas, la fundamental: la autonomía conflictual.”

En cuanto a los **contratos con consumidores**, afirma la Dra. Madrid Martínez, la protección “se da por vía de las normas internacionalmente imperativas que se impondrían al Derecho aplicable al contrato. Sin embargo, en la actualidad esta salida resulta algo complicada debido a la derogatoria de las normas sobre protección de los consumidores en el Derecho interno. En efecto, en 2014 la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios¹⁴¹ fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos¹⁴², que se limita a establecer un catálogo de derechos de los consumidores en su artículo 7. En estos casos, corresponderá al juez construir la protección de los consumidores a partir de ese artículo 7 y atender al mandato constitucional desoído por el legislador de garantizar el derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno (art. 117 Constitución).”

Señala la Dra. Madrid Martínez el interés del artículo 7.10 de la Ley Orgánica de Precios Justos, que reconoce el derecho del **consumidor** a “la protección en los **contratos de adhesión** que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses”, pues en algunos casos, las cláusulas de elección de Derecho aplicable o de un foro determinados incluidas en contratos de adhesión podrían lesionar los derechos o intereses del consumidor. En materia de contratos con consumidores, esta

Materia de Contratación Internacional, OEA/Ser. Q./CJI/RES.II-6/9, Washington, OEA, 1991, p. 10, 18 y 37.

¹³⁹ “...la Convención de México no contiene una regulación expresa sobre la protección a consumidores y empleados. Este resguardo queda comprendido dentro de la prevalencia que da el instrumento interamericano a las disposiciones imperativas del foro, según interpretación prevaleciente. Algunos han criticado la omisión; sin embargo, debe considerarse acertado que en su momento no se haya seguido el modelo europeo, cuya solución resulta insatisfactoria y ha merecido, en particular, sugerencias para que en estos temas se cuente con una regulación específica, tal cual debería ocurrir también, eventualmente, en el continente americano”. Ver: Moreno Rodríguez, José Antonio, La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en:

<http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf>

¹⁴⁰ Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario, 7 de mayo de 2012.

¹⁴¹ Gaceta Oficial No. 39.358, 1 de febrero de 2010.

¹⁴² Esta Ley se publicó originalmente en la Gaceta Oficial No. 40.340 de 23 de enero de 2014, luego fue reformada y publicada en la Gaceta Oficial No. 6.156 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014. En 2015 la Ley fue objeto de una nueva reforma, publicada en la Gaceta Oficial No 6.202 Extraordinario, 8 de noviembre de 2015 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la Gaceta Oficial No. 40.787, 12 de noviembre de 2015.

norma constituye la única protección del sistema para garantizar que el consumidor haya realmente querido someterse a arbitraje.”

Agrega la Dra. Madrid Martínez: “La posibilidad de considerar al acuerdo de arbitraje como una cláusula abusiva que vulnera los derechos del consumidor débil jurídico, está presente en las Normas relativas a la Protección de los Usuarios y Usuarías de los Servicios Financieros¹⁴³, pues el artículo 25.d de este instrumento considera nula la cláusula que “...imponga la utilización obligatoria del arbitraje”.”

En suma, surge de lo expuesto en esta sección 3 que todos los sistemas jurídicos excluyen la autonomía de la voluntad respecto de algunos contratos internacionales específicos. Lo hacen a través de normas incluidas en sus leyes de derecho internacional privado (por ejemplo, el art. 50.G) y H) de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay, los arts. 2651 y 2654 del CCCN de Argentina, el art. 98 del Código de DIPr de Panamá), o mediante leyes especiales (por ejemplo, el art. 57 de la Ley 17.418 de Seguros de Argentina).

De los distintos ordenamientos jurídicos analizados, podemos extraer que los contratos internacionales excluidos -total o parcialmente- del régimen autonomista son, dependiendo de cada jurisdicción, los siguientes: contratos internacionales de consumo, de trabajo, de transporte de mercaderías (los de transporte de pasajeros son contratos con consumidores), de seguros, de agencia, de franquicia, de distribución, de construcción, de representación, de fideicomiso, de donación y relativos a la actividad minera. Es interesante destacar la regulación panameña de los “contratos desiguales”, aunque su alcance no es claro.

En cuanto a **otros contratos de adhesión o análogos, en los que ambas partes sean comerciantes**, no he encontrado por el momento normas genéricas que refieran a ellos, y que establezcan en qué condiciones es admisible la cláusula de elección de foro y/o ley y en cuáles no. Parecería que la clave está en determinar cuándo existe libre consentimiento de ambas partes, es decir, cuándo existe un verdadero acuerdo de voluntades con relación a la cláusula de elección de foro y/o ley, que como vimos, es independiente del resto del contrato. Nótese que en general todos los sistemas, tanto convencionales como autónomos, hacen referencia al acuerdo de las partes, en plural, lo que de por sí excluye las cláusulas unilaterales no consentidas por la parte que adhiere al contrato.

Por último, cabe afirmar que así como la gran mayoría de los sistemas jurídicos admiten la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, ninguno lo hace de forma irrestricta e ilimitada. Todos los ordenamientos jurídicos establecen un marco regulador más o menos amplio, así como exclusiones de algunos contratos.

4) Los contratos comerciales internacionales de adhesión en todas y cualquiera de sus variantes, en que ambas partes son comerciantes (contratos con condiciones generales, contratos formulario, contratos con cláusulas estándar, con cláusulas predispuestas), ¿tienen alguna regulación especial? En caso afirmativo, ¿Cuál? ¿Considera Usted que la regulación existente es adecuada o sugeriría algún ajuste o agregado a la misma?

Ante el interrogante de si los contratos comerciales internacionales de adhesión en todas y cualquiera de sus variantes, en que ambas partes son comerciantes (contratos con condiciones generales, contratos formulario, contratos con cláusulas estándar, con cláusulas predispuestas), tienen alguna regulación especial, las situaciones varían en los distintos derechos convencionales y autónomos, así como en los instrumentos de *soft law*.

Si bien muchas de las normas que se analizan en esta sección refieren a contratos de adhesión nacionales o domésticos, las mismas son también aplicables, por analogía, a los contratos de adhesión internacionales, ya que la problemática de unos es transponible a la de los otros.

Veamos ahora las respuestas de los distintos países al interrogante planteado en esta sección. En **Argentina** los contratos internacionales de adhesión no tienen regulación especial.

En **Bolivia**, en cambio, el Dr. Canelas explica que el art. 817 del Código de Comercio hace referencia a los “**contratos mediante formularios**”, señalando algunas reglas básicas: “Los contratos celebrados mediante formulario, se rigen por las siguientes reglas: 1) En caso de duda, se entiende en el sentido menos favorable para quien hubiera preparado el formulario; 2) Cualquier renuncia de

¹⁴³ Gaceta Oficial No. 40.809, 14 de diciembre de 2015.

derechos sólo será válida si apareciere expresa, clara y concretamente, y 3) Las cláusulas mecanografiadas prevalecerán en relación a las impresadas, aun cuando éstas no hubieran sido dejadas sin efecto.”

Asimismo, afirma el Dr. Canelas, “los artículos 455 y sgtes. del Código Civil -sobre la oferta y la aceptación en los contratos – junto con el artículo 815 del Código de Comercio – sobre los contratos por correspondencia – pueden resultar útiles para dilucidar cuestiones planteadas en este tipo de contratos.”

Menciona también el Dr. Canelas que existe regulación específica en materia de transportes y seguros que podría resultar relevante, a partir de la Ley General de Transporte de 2011, y la Ley 1883 de Seguros de 1998.

La Ley General de Transporte de 2011 establece en su art. 109 que los seguros a que están obligados los operadores y los administradores de infraestructura para cubrir los daños previstos en la presente Ley, deberán ser contratados de acuerdo a la legislación nacional vigente en la materia.

En **Canadá** afirma la Dra. Geneviève Saumier que no existe regulación específica respecto de los contratos de adhesión.

En **Colombia**, afirma la Dra. Claudia Madrid Martínez que no existe en el Derecho internacional privado colombiano regulación respecto de los contratos de adhesión. Considera que “El sistema colombiano, no solo en lo que respecta a la contratación internacional, sino en general, necesita una renovación, pues sus normas principales, de corte unilateral y estatutario son las mismas que vienen del Código Civil chileno redactado por don Andrés Bello y que, con alguna modificación menor, fue adoptado por Colombia en 1873.” Agrega que: “Con esta idea en mente, el Instituto Antioqueño de Derecho internacional privado trabaja en un **Proyecto de Ley General de Derecho internacional privado**, en el cual se han incluido soluciones conflictuales y procesales **distinguiendo entre los contratos de libre discusión y los contratos asimétricos**, estos últimos “entendidos como aquellos en los cuales las partes no tengan igual o equivalente poder de negociación” (art. 25). En tales casos se permite la elección de un tribunal siempre que la elección se verifique después de planteada la controversia (art. 25.3). También se permite la elección del Derecho aplicable, pero, en el caso de los trabajadores, siempre que el Derecho elegido no los prive “de la protección concedida por las disposiciones obligatorias contenidas en el Derecho aplicable en ausencia de elección” (art. 82) y, en el caso de los consumidores, “siempre que este no suponga una desmejora de los derechos del consumidor reconocidos por el Derecho de su domicilio” (art. 83).

En **Ecuador**, se informa que: “En vista de que en los contratos de adhesión existe una parte que se encuentra en una mejor situación, la cual predispone las cláusulas y condiciones, **se ha considerado oportuno proteger al adherente** para evitar cualquier tipo de abuso proveniente de la parte que se encuentra en una mejor situación. En los contratos de adhesión las partes no están en igualdad de condiciones, pues una de ellas se encuentra en una mejor situación, por esta razón la ley le otorga protecciones especiales a la parte que está en inferioridad de condiciones, es decir al adherente, para tratar de igualar las condiciones de las partes.”

En **Estados Unidos**, una de las maneras en que las leyes abordan la ejecutabilidad de un contrato de adhesión es analizando si es desmesurado (*unconscionable*), (excesivo o desmedido, diríamos en español, más que “desmesurado”) ya sea desde el punto de vista procesal o sustantivo. En esos casos el tribunal determina si el contrato o una parte de él no debería ser ejecutado¹⁴⁴.

¹⁴⁴ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022: Section 208 of the Restatement (Second) of Contracts provides: “If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.” Comment (a) to that section of the Restatement explains: The determination that a contract or term is or is not unconscionable is made in the light of its setting, purpose and effect. Relevant factors include weaknesses in the contracting process like those involved in more specific rules as to contractual capacity, fraud, and other invalidating causes; the policy also overlaps with rules which render

En **Paraguay** dichos contratos no han sido objeto de regulación especial. No obstante, según se establece en el Informe de la Misión Permanente de Paraguay ante la OEA, “los **contratos de adhesión**, es decir, aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda discutir, alterar o modificar substancialmente su contenido, poseen ciertas normas en la Ley N° 1334/98 de defensa del consumidor y del usuario”. Por su parte, el art. 8 de la Ley 5393/2015, establece: “Acuerdo sobre la elección de derecho. 1. Para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes. 2. Si las partes utilizaron cláusulas estándar o de adhesión que indican diferentes derechos y bajo ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, entonces no habrá elección del derecho. 3. El derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo.”

Con respecto a los **contratos de representación, agencia y distribución**, Esteban Burt explica que la Ley 194/93 del 17 de junio de 1993, “reglamenta los contratos de representación, agencia y distribución de productos o servicios entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas en el Paraguay. Agrega que: “Notoriamente, la generalidad de los Contratos de Representación, son simples modelos de adhesión, preparados por la Firma Extranjera, muchas veces con cláusulas arbitrarias, como por ejemplo: que la relación se regía invariablemente por las leyes del país extranjero y que eran competentes, únicamente los jueces de tal lugar; que la relación contractual podía cancelarse a voluntad mediante aviso de tres o menos meses dado por la Firma Extranjera; que en caso de rescisión, el Representante no tenía derecho a compensación alguna y otras más, tanto imaginativas como lesivas. Ante los abusos, se hizo imperativo el amparo de los tribunales paraguayos, cuando hubo diferendos sobre la validez de los contratos, a pesar de que en ellos se establecía la ley y jurisdicción extranjeras.”¹⁴⁵

Además de las normas sustantivas sobre invalidez de las cláusulas leoninas, prohibición de rescisión del contrato en plazos breves y demás, la referida Ley 194/93 establece que las partes deben someterse a la competencia territorial de los jueces de Paraguay o a los tribunales arbitrales constituidos en el Paraguay. Agrega Burt que: “Para los Contratos de Representación que se ejecutan en el territorio del Paraguay, es razonable que el fabricante extranjero o empresa multinacional concorra ante nuestros tribunales en caso de pleito (C.P.C. 3; C.O.J. 17/19). Resultaría desproporcionado y oneroso pretender, por ejemplo, que un Representante en el Paraguay de perfumes

particular bargains or terms unenforceable on grounds of public policy. Policing against unconscionable contracts or terms has sometimes been accomplished “by adverse construction of language, by manipulation of the rules of offer and acceptance or by determinations that the clause is contrary to public policy or to the dominant purpose of the contract.” **Uniform Commercial Code § 2-302 Comment 1. Particularly in the case of standardized agreements**, the rule of this Section permits the court to pass directly on the unconscionability of the contract or clause rather than to avoid unconscionable results by interpretation. Compare § 211. Comment (d) specifically addresses unconscionability and weakness in the bargaining process: **A bargain is not unconscionable merely because the parties to it are unequal in bargaining position, nor even because the inequality results in an allocation of risks to the weaker party. But gross inequality of bargaining power, together with terms unreasonably favorable to the stronger party, may confirm indications that the transaction involved elements of deception or compulsion, or may show that the weaker party had no meaningful choice, no real alternative, or did not in fact assent or appear to assent to the unfair terms.** Factors which may contribute to a finding of unconscionability in the bargaining process include the following: belief by the stronger party that there is no reasonable probability that the weaker party will fully perform the contract; knowledge of the stronger party that the weaker party will be unable to receive substantial benefits from the contract; knowledge of the stronger party that the weaker party is unable reasonably to protect his interests by reason of physical or mental infirmities, ignorance, illiteracy or inability to understand the language of the agreement, or similar factors. See Uniform Consumer Credit Code § 6.111.

¹⁴⁵ Esteban BURT, “Ley de representación, agencias y distribución”, LLP 1999, p. 381, PY/DOC/381/2007.

franceses o automóviles rusos en caso de desavenencia, deba litigar en los tribunales de París o Moscú para hacer valer sus derechos. No es la intención de la Ley 194/93, privar arbitrariamente a la Firma Extranjera de los beneficios de su propia jurisdicción. Previene, sin embargo, que cuando el negocio está situado en nuestro país; cuando se obtiene beneficios económicos por el comercio a través de Paraguay, la Firma Extranjera debe estar dispuesta a litigar o a arbitrar su disputa aquí”¹⁴⁶.

En **Venezuela**, afirma la Dra. Claudia Madrid Martínez que “no existe regulación especial, por lo que quedan sujetos a las reglas generales de Derecho internacional privado en materia contractual”.

En cuanto a las normas de fuente convencional, cabe mencionar que el **Código Bustamante** contiene una disposición especial respecto de los contratos de adhesión, en su art. 185, que dispone: “Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en adelante se consignent para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara.”

5) Frente al interrogante planteado en el cuestionario de si considera que la regulación existente –en el respectivo país- es adecuada o sugeriría algún ajuste o agregado a la misma, se recibieron las siguientes respuestas:

a. Respuestas al cuestionario

El **Dr. José Manuel Canelas, de Bolivia**, manifestó que la legislación existente en su país es insuficiente, empezando por la carencia de un tratamiento básico de las reglas de derecho internacional privado”.

En **Uruguay** no hay normas especiales de Derecho internacional privado relativas a los contratos de adhesión, contratos asimétricos o equivalentes. Si bien se pueden extraer del marco normativo existente mecanismos que impidan los abusos en los contratos asimétricos (orden público internacional, fraude a la ley, normas de aplicación inmediata), ello siempre estará sujeto a las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales divergentes. Por consiguiente, considero que sería muy conveniente contar con reglas claras al respecto. Este documento del CJI podría ser tomado en cuenta por el legislador nacional a los efectos de su elaboración. Mientras tanto, será de utilidad para jueces y demás operadores jurídicos.

Respecto de **Venezuela**, afirma la **Dra. Claudia Madrid Martínez** que “...el sistema venezolano se ajusta a los estándares modernos para la regulación del Derecho aplicable a los contratos de libre discusión, pero **en el caso de contratos asimétricos no hay una respuesta adecuada**. En estos casos, la admisión de una autonomía conflictual absoluta puede traer más problemas que beneficios. En primer término, cuando una de las partes es estructuralmente más fuerte o cuando tiene al menos el poder de proponer el contenido contractual –si pensamos en un contrato entre iguales– es muy probable que al elegir el Derecho aplicable considere solo sus intereses y deje de lado los de la otra parte. El silencio del sistema venezolano, no solo al momento de establecer reglas especiales para los contratos asimétricos, sino también en cuanto a excluirlos del ámbito de las reglas generales. Esto hace aún más necesaria una regulación especial para los contratos asimétricos.”

b. Consideraciones de la relatora

En opinión de esta relatora, coincidiendo con la Dra. Madrid Martínez, en general las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, contratos en que ambas partes tienen poder de negociación equivalente, aunque no sea idéntico, que tienen la posibilidad de negociar las cláusulas del contrato, y no para los contratos asimétricos, de adhesión, o equivalentes, en que una parte establece las condiciones y la otra adhiere o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas pre establecidas unilateralmente.

Es evidente que en los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (en plural) no existe como tal, porque no existe un acuerdo entre dos o más voluntades respecto de la elección del foro y/o la ley aplicable. En estos casos, como bien afirma la Dra. Madrid Martínez, “la admisión de una autonomía conflictual absoluta puede traer más problemas que beneficios”, pero por sobre todo, es injusta, porque permite que la parte contractualmente más fuerte –la que tiene el poder de establecer las condiciones del contrato, incluyendo ley aplicable y juez competente- elija

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 381, PY/DOC/381/2007.

unilateralmente el foro y la ley más conveniente a sus intereses. Esto ocurre en los contratos entre comerciantes, y no sólo en los contratos con consumidores, trabajadores y asegurados. Amparar estas situaciones no parece estar en la base de la autonomía de la voluntad conflictual ni en la opinión de sus defensores. Por el contrario, desnaturaliza el concepto mismo de autonomía de la voluntad conflictual, que es la facultad que el legislador –nacional o internacional- otorga a las partes de un contrato internacional de elegir la ley que regulará su contrato y/o el juez (o árbitro) competente para entender en cualquier diferendo que surja respecto de dicho contrato. Se trata, en esencia, de un acuerdo entre dos partes, no de una decisión unilateral.

Lo que se observa en la realidad práctica es que la parte que emite unilateralmente las condiciones generales en los contratos de adhesión elige la ley y el juez más conveniente para sus intereses, que suelen ser inconvenientes para la otra parte. Por ejemplo, a quien ofrece el bien o servicio, le será más conveniente, por ejemplo, la ley con límites de responsabilidad más bajos, con plazos de prescripción más breves para entablar reclamos, mientras que para el comerciante que adquiere el bien o servicio en modalidad de contrato de adhesión le convendrá exactamente lo contrario, es decir, una ley que no establezca límites de responsabilidad, o los fije en montos altos, y que establezca plazos de prescripción extensos.

En cuanto a la jurisdicción, a quien ofrece el servicio o el bien le convendrá elegir un foro cercano a su domicilio o establecimiento, y a la vez lo más lejano posible del domicilio o establecimiento de su contraparte, para desalentar posibles reclamos. Nótese que si bien en los contratos internacionales donde se manejan cifras enormes esto puede resultar irrelevante, en un gran número de contratos internacionales los reclamos por incumplimiento –total o parcial- del contrato son por montos que no ameritan litigar en foros lejanos, lo que genera para el comerciante que compró el bien o servicio una denegación de justicia lisa y llana, por resultarle imposible en la práctica acceder a su “*day in court*”.

La inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen la problemática descrita, que se constata en la mayoría de los países y sistemas convencionales referidos en este Informe, hace necesario su regulación. He ahí la razón de ser de este documento.

6) Las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes, ¿son válidas conforme a la legislación de su país?

Frente a la interrogante de si las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes, son válidas o no conforme a la legislación de los respectivos países, las respuestas obtenidas varían.

En **Canadá**, afirma la Dra. Geneviève Saumier, el Código Civil de Quebec contiene disposiciones sustantivas que protegen a la parte que adhiere al contrato de cláusulas externas, ilegibles, incomprensibles o abusivas (art. 1435-37). No obstante, dado que las normas sobre jurisdicción y elección de la ley sólo protegen a los consumidores, empleados y asegurados, los tribunales no le han concedido similar protección a las partes que adhieren en otros contratos de adhesión fuera de los tres mencionados.

En **Cuba**, afirma la Dra. Peña Lorenzo, dichas cláusulas se admiten como válidas. Incluso, afirma que no varía su tratamiento dependiendo de si las condiciones generales están firmadas o no por quien adhiere. En cuanto a los criterios para determinar si existe consentimiento válido de ambas partes o no, sostiene que no hay diferencia con el resto de los contratos: se tiene en cuenta “la aceptación o, en su caso, aprobación del contrato por autoridad competente.”

No obstante, agrega la especialista, si bien en teoría se les da el mismo tratamiento a los contratos comerciales internacionales negociados y consentidos por ambas partes que a los contratos comerciales internacionales de adhesión y análogos, en los que no existió ni negociación ni consentimiento del adherente a las cláusulas de elección de ley y/o juez o árbitro, “luego para los contratos en los que existe un sistema de aprobación, el control administrativo depura estas situaciones, procediendo a su aprobación o denegación.”

En **Ecuador**, se informa que: “en los contratos de adhesión, debido a la protección que la ley le otorga al adherente, prima el formalismo. Las distintas protecciones que la ley establece constituyen una imposición de formas que deben ser observadas. En el caso ecuatoriano, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también impone ciertas formas a los contratos de adhesión, convirtiéndolos en contratos formales y dejando de lado el consensualismo.”

En **Estados Unidos de América**, El comentario b) a la § 187 del *Restatement (Second) on Conflict of Laws* establece que una cláusula de elección de ley, como cualquier otra cláusula contractual, carecerá de eficacia si el consentimiento de una de las partes a su inclusión en el contrato fue obtenido por medios impropios, tales como tergiversación, coacción, influencia indebida o por error¹⁴⁷. Agrega luego que un factor que el foro debe considerar es si la cláusula de elección de la ley está contenida en un contrato de adhesión, a saber, uno redactado unilateralmente por la parte dominante y luego presentado como “tómalo o déjalo” a la parte más débil, que no tiene ninguna oportunidad real de negociar esos términos. Esos contratos son usualmente preparados de forma impresa, y frecuentemente al menos algunas de sus disposiciones en un tamaño de letra extremadamente pequeño. Las cláusulas de elección de ley contenidas en esos contratos son en general respetadas. No obstante, el foro escudriñará esos contratos con cuidado y rechazará la aplicación de cualquier cláusula de elección de ley que puedan contener, si validarlas resultara en una injusticia sustantiva para el adherente¹⁴⁸.

Con respecto a los contratos de adhesión, señalan Scoles & Hay que algunos tribunales y comentaristas ven a los contratos redactados unilateralmente e impuestos sobre una parte por otra económicamente más fuerte como de adhesión, mientras que otros lo hacen sólo cuando el contrato contiene términos injustos o desmesurados. El *Restatement (Second) on Conflict of Laws* opta por el primer concepto, pero no invalida, por ese sólo motivo (ser de adhesión) la cláusula de elección de ley; sólo lo hace cuando su aplicación iría en detrimento de la parte más débil. En otras palabras, el sólo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley, la cláusula debe ir en detrimento de la parte más débil¹⁴⁹. Se trata de una solución muy razonable, que podría ser tomada como fuente de inspiración en otros países de la región.

En **Panamá**, según informe de la cancillería de dicho país, las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes,

¹⁴⁷ Traducción libre del texto original: “A choice-of-law provision, like any other contractual provision, will not be given effect if the consent of one of the parties to its inclusion in the contract was obtained by improper means, such as misrepresentation, duress, or undue influence, or by mistake”. (<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>)

¹⁴⁸ Traducción libre del texto original: “A choice-of-law provision, like any other contractual provision, will not be given effect if the consent of one of the parties to its inclusion in the contract was obtained by improper means, such as by misrepresentation, duress, or undue influence, or by mistake. Whether such consent was in fact obtained by improper means or by mistake will be determined by the forum in accordance with its own legal principles. A factor which the forum may consider is whether the choice-of-law provision is contained in an "adhesion" contract, namely one that is drafted unilaterally by the dominant party and then presented on a "take-it-or-leave-it" basis to the weaker party who has no real opportunity to bargain about its terms. Such contracts are usually prepared in printed form, and frequently at least some of their provisions are in extremely small print. Common examples are tickets of various kinds and insurance policies. Choice-of-law provisions contained in such contracts are usually respected. Nevertheless, the forum will scrutinize such contracts with care and will refuse to apply any choice-of-law provision they may contain if to do so would result in substantial injustice to the adherent.”

(<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>)

¹⁴⁹ Eugene F. SCOLES & Peter HAY, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 640-641.

son válidas conforme a la legislación de su país, aunque no existe norma especial al respecto. Invoca el art. 195 de su Código de Comercio¹⁵⁰.

En **Paraguay**, según informe de la Misión Permanente ante la OEA, las referidas cláusulas son válidas, entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad, “al no contemplarse impedimentos expresos en el marco legal, salvo las exclusiones previstas, como las ya referidos, en especial los previstos en el art. 8 de la Ley 5393/2015”. Concluye el Informe afirmando que: “No existe norma especial sobre cláusulas de elección de ley y/o foro incluidas unilateralmente en condiciones generales pre-impresas, formularios o documentos análogos, en contratos comerciales internacionales en que ambas partes son comerciantes. La Ley N° 1334/98 contempla normas sobre los contratos de adhesión (artículo 24 y ss.) y la Ley N° 5393/2015 prevé situaciones de elección de derecho en casos de utilización de cláusulas estándar o de adhesión (artículo 8°).”

Frente al interrogante de si se les da el mismo tratamiento a los contratos comerciales internacionales negociados y consentidos por ambas partes que a los contratos comerciales internacionales de adhesión y análogos, en los que no existió ni negociación ni consentimiento del adherente a las cláusulas de elección de ley y/o juez o árbitro, el Informe referido establece: “No, no se les da el mismo tratamiento en el marco normativo. La Ley N° 1334/1998 distingue como ‘contrato de adhesión’ a ‘aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda discutir, alterar o modificar substancialmente su contenido (artículo 4°, h) y contempla normas especiales en su capítulo V.” Esta afirmación es armónica con la definición de “consumidor y usuario” que da el art. 4°, a) de la Ley N° 1334: “A los efectos de la presente ley, se entenderán por: a) CONSUMIDOR Y USUARIO: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza;”, que no distingue si la persona física o jurídica es comerciante o no. En este sentido, afirma Manuel Dos Santos Miranda¹⁵¹ que la Ley N° 1334/1998 “no crea nuevos tipos de contrato, sino un esquema normativo protector que se aplica a las relaciones comerciales –de darse los presupuestos– y se integra a las normas de derecho común.” No obstante, más adelante el autor señala que se excluye de la ley referida al consumo intermediario, “entendiendo como tal a aquél cuyo producto retorna o reingresa a las cadenas de producción y distribución, pasando a formar parte del costo (y por tanto, del precio final) de un nuevo bien o servicio.”

En **Venezuela**, afirma la Dra. Claudia Madrid Martínez, la única referencia en cuanto a los contratos de adhesión, “que aplica tanto a contratos comerciales como a contratos con parte débil tiene que ver con la imposición de un requisito adicional para la sumisión a arbitraje. En efecto, el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial dispone que en el caso de contratos de adhesión “la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse **en forma expresa e independiente**”. Esto debido a que el legislador quiere asegurarse de la verdadera voluntad de las partes de ir a arbitraje y que tal “voluntad” no resulte de una imposición por parte de quien redacta el contrato.” Agrega que esta norma ha sido aplicada a los casos de acuerdos de elección de foro.

Agrega la Dra. Claudia Madrid Martínez que “el sistema venezolano no excluye contrato alguno del ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad, sea para elegir un foro, arbitraje o el Derecho aplicable. El sistema se aplica independientemente del poder de negociación de las partes y de si ha habido o no negociación entre ellas antes de la celebración del contrato.”

Es curioso, en opinión de esta relatora, observar que en general en ningún sistema –ni autónomo ni convencional– se le da relevancia a la circunstancia de que las condiciones generales utilizadas sean de oferta monopólica y que por tanto quien adhiere no tenga posibilidad de elegir otras condiciones generales más acordes a sus intereses. Se trata de un elemento claro, que explica por qué a veces los comerciantes terminan adhiriendo a contratos asimétricos, aún sin estar de acuerdo con las

¹⁵⁰ El referido artículo establece: “Artículo 195. Los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formas especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Exceptuáse de esta disposición los contratos que, con arreglo a este Código o a leyes especiales, deban reducirse a escritura pública o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.”

¹⁵¹ Manuel DOS SANTOS MIRANDA, “La Protección Legal de los Consumidores en Paraguay”, disponible en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Manuel-Dos-Santos-M-Proteccion-Legal-Consumidores-Py.pdf>, p. 9 y 12 (último acceso: 22/11/2022).

condiciones generales incluidas en ellos porque no tienen otra opción. La única “opción” sería no contratar, no comerciar, lo cual obviamente no es una opción realista.

Que el legislador quiera asegurarse de la verdadera voluntad de las partes, no sólo de ir a arbitraje, sino también en cuanto a la elección de un tribunal judicial y de la ley, y que tal “voluntad” no resulte de una imposición por parte de quien redacta el contrato, debería ser la regla general, aplicable a todos los contratos en cuanto a la autonomía de la voluntad conflictual.

En general los especialistas consultados han admitido que la legislación existente en este punto es insuficiente y que debería adecuarse, lo que respalda la inclusión de este tema en la Agenda del CJI y la elaboración de este documento.

B. Jurisprudencia

7) La jurisprudencia de su país, ¿válida o no las cláusulas de elección de ley y/o foro (juez o árbitro) incluidas unilateralmente en condiciones generales preimpresas, formularios o documentos análogos? ¿en base a qué fundamento (normativo, doctrinario, otro)? En particular, las válidas o no en los siguientes contratos:

- ¿de seguros, cuando el asegurado es un comerciante?
- ¿de transporte marítimo de mercaderías)
- ¿de transporte aéreo de mercaderías?
- ¿de transporte terrestre (carretero o ferroviario) de mercaderías?
- ¿de otros contratos de adhesión y análogos, en los que ambas partes sean comerciantes?

Respecto de **Argentina**, el Representante ante la OEA menciona el siguiente caso: SENTENCIA del 24 de junio de 2011, Nro. 59310/07, CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Magistrados: Uzal - Míguez. In re: “*REPOC SA c/ LIEBHERR ARGENTINA SA Y OTROS s/ ORDINARIO*”, y transcribe, en lo pertinente, lo siguiente: “El hecho de que la prórroga se halle incorporada en un convenio con cláusulas predispuestas, no inhabilita prima facie su eficacia. Es frecuente que las cláusulas generales predispuestas de contratación o las condiciones generales tipo de los contratos de adhesión incluyan, como ocurre en la especie, cláusulas de prórroga de jurisdicción que, muchas veces, son el reflejo de la relación de poder existente entre las partes, donde la contraposición entre estipulante y adherente expresa aquella otra entre “contrayente en posición económica superior” y “contrayente en posición de sujeción”.- Se ha señalado que estas manifestaciones de dispar poder negociador suelen exteriorizarse con claridad a través de las denominadas “cláusulas asimétricas”, en las que, por ejemplo, la elección del foro puede, incluso, adquirir carácter exclusivo para una de las partes, pero la otra puede elegir entre varios tribunales acordados.- En este marco, cabe concluir que, para determinar la exigibilidad de una cláusula de elección del tribunal competente, habrá de analizarse si, para admitirla, pudiera mediar algún obstáculo o denegación de derecho de orden sustancial o procesal, si se da algún supuesto de fraude, circunvención o abuso del desconocimiento de algunas de las partes o si se produjese alguna violación de principios de orden público (Véase, Uzal, María Elsa, Soluciones Jurisdiccionales en el Ámbito Internacional” en Highton E. y Areán B. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, 1ª ed., 2004, p. 197/198). En otras palabras, deberá atenderse, con especial cuidado, si se da una irrazonable disparidad de poder negociador que permita, en el caso, invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades. Es que aunque la prórroga de jurisdicción, mediante cláusula predispuesta, se trata de una facultad excepcional, que debe siempre ser interpretada con carácter restrictivo, solo ante la duda, es preciso estar a la regla de la improrrogabilidad, de lo contrario se asestaría un duro golpe a las reglas del comercio en general.”

Respecto de **Bolivia**, José Manuel Canelas afirma que no se identifica jurisprudencia al respecto, aunque señala “que la sistematización y publicidad de la jurisprudencia en Bolivia es muy deficiente.”

Respecto de **Canadá**, Geneviève Saumier informa que estos contratos son considerados válidos en base a las normas del Código Civil de Quebec, que permiten la autonomía de la voluntad conflictual (art. 3111 para la elección de ley y art. 3148 para la elección de foro).

En **Cuba**, afirma Taydit Peña que, si en su momento se aceptó o aprobó el contrato, la jurisprudencia lo valida.

Respecto de **Colombia**, afirma Claudia Madrid Martínez que no ha localizado decisiones respecto de estos contratos.

En **Ecuador**, se informa que “la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor otorga una protección general a todas las cláusulas de los contratos de adhesión (...); la protección contractual beneficia a todas las partes que se adhieren a un contrato. Esta protección contractual es definitivamente más avanzada que aquella que protege a un grupo restringido de personas. Más aun, en determinados sistemas no se admite que las personas jurídicas se beneficien de esta protección, sin embargo, en Ecuador la protección contractual beneficia también a las personas jurídicas.”

En **Panamá**, en general la jurisprudencia valida las cláusulas de elección de ley y juez.

En **Paraguay**, según se afirma en el Informe de la Misión Permanente ante la OEA, la escasa jurisprudencia existente “ha validado las cláusulas de elección de ley y/o fuero que hayan decidido las partes, en base a la autonomía de la voluntad y libertad de las partes que se consagra como principio general dentro del Código Civil y la Ley N° 5393/2015”. Menciona como ejemplos de dicha jurisprudencia, entre otros, una sentencia de la **Corte Suprema de Justicia**, Sala Civil y Comercial, 15/09/2014, juicio “Los Trigales S.A. c/ ASUR Aseguradora del Sur S.A. de Seguros Generales s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Acuerdo y Sentencia N° 833), que establece que **la normativa sobre seguros “...debe ser interpretada a favor del asegurado ya que es sabido que los contratos de seguros son, normalmente, contratos de adhesión, en los cuales el asegurado se encuentra en una situación de desventaja al tener que adherirse enteramente a este tipo de contratos”**. Cabe destacar que en el caso mencionado el asegurado es una sociedad anónima, es decir, que se trata de un contrato de seguros entre dos comerciantes. (el destacado pertenece a la relatora)

La sentencia de la **Corte Suprema de Justicia**, Sala Civil y Comercial, 21/03/2013, “Reconstitución del Expte. Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato” (Acuerdo y Sentencia N° 82), establece que “... la elección del derecho aplicable hecha por las partes en el contrato, vale como contenido normativo del acuerdo en cuestión, para reglar los derechos de las partes en tanto y en cuanto no afecte disposiciones imperativas del derecho nacional.”

Respecto de **Venezuela**, Claudia Madrid Martínez informa que no ha localizado decisiones respecto de contratos de seguros en que el asegurado es un comerciante.

Con respecto a los contratos de transporte marítimo de mercaderías, afirma que sobre la base del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, “la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia **ha rechazado, en varias oportunidades, acuerdos de arbitraje contenidos en contratos mercantiles de adhesión**. Así, al **calificar los conocimientos de embarque como contratos de adhesión**, la Sala ha aplicado el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, entendiendo que en estos, el acuerdo arbitral “deberá hacerse en forma expresa e independiente”, de manera que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no de uno solo de ellos. Por ello, la Sala ha declarado la jurisdicción de los tribunales venezolanos, desatendiendo la cláusula arbitral contenida en el contrato.”

“Al respecto, la Sala ha afirmado que: “[d]e la simple lectura de la cláusula anterior, se colige que la misma no está referida a la sumisión a autoridad judicial alguna, sino al sometimiento de las disputas acerca del aludido Conocimiento de Embarque a arbitraje, entendido este último en su acepción restringida, es decir, como forma de solución de conflictos entre partes, distinta a la actuación por vía judicial... Para esta Sala, no resulta válida la cláusula invocada por la representación del demandado a los fines de la derogación de la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos para conocer del asunto de autos, ya que la misma, como se dijo, no contiene acuerdo alguno de las partes de someter el conocimiento de las acciones que deriven del citado Conocimiento de Embarque, en forma exclusiva y excluyente, a los órganos jurisdiccionales de Londres, Inglaterra... Más aún, estima esta Sala, que la demanda ha sido incoada en contra del Capitán de la nave que transportó el trigo y no en contra de la sociedad mercantil que emitió el Contrato de Fletamento a que se refieren estos autos; razón por la cual se desecha la falta de jurisdicción alegada. Así se declara”¹⁵².

¹⁵² Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01359, 13 de junio de 2000.

Y continúa Madrid Martínez:

“Este razonamiento ha sido admitido por la propia Sala para rechazar acuerdos de elección de foro. Al respecto, la propia Sala ha afirmado **“...aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, esta solo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas pre redactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos...** En el presente caso, tratándose el Conocimiento de Embarque B/L N° GEOFF411 de un contrato de adhesión, la Cláusula 25 mediante la cual se excluye la jurisdicción de cualesquiera otros tribunales que no sean los de Rotterdam, Holanda, no tiene la fuerza suficiente para derogar la jurisdicción que corresponde a Venezuela, tal como se expuso en párrafos precedentes; por tal razón debe descartarse el argumento de falta de jurisdicción expuesto por el a quo en la decisión consultada”¹⁵³.” (los destacados nos pertenecen)

Claudia Madrid Martínez informa que no ha localizado decisiones respecto de contratos de transporte aéreo de mercaderías ni de transporte terrestre (carretero o ferroviario) de mercaderías.

En **México**, María Mercedes Albornoz afirma que la “información localizada se refiere a contratos con un consumidor, es decir, con una parte débil.” Transcribe luego un criterio (tesis aislada) tomado de la página web de la Suprema Corte de Justicia de México¹⁵⁴, en el que la Corte decide que “no es válido el pacto de prórroga de jurisdicción territorial cuando consta en un contrato de adhesión regulado por la ley federal de protección al consumidor, al hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia (...).” Afirma la Corte que “...de acuerdo con los postulados previstos en los artículos 1o. y 17 de la Constitución General y lo establecido en el artículo 1 de la ley federal citada, específicamente, en sus párrafos primero y último, se concluye que las razones que llevaron a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 1/2019 (10a.), de título y subtítulo: **"COMPETENCIA POR SUMISIÓN EXPRESA. LA REGLA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 1093 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO RESULTA APLICABLE A LAS CLÁUSULAS ESTIPULADAS EN CONTRATOS BANCARIOS DE ADHESIÓN CUANDO SE ADVIERTA VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA."**, y en la contradicción de tesis 192/2018 de la que deriva, a establecer que el pacto de sumisión expresa en el que las partes prorrogan jurisdicción por razón de territorio, **en los contratos de adhesión celebrados con instituciones financieras, cuando se vede el acceso a la justicia del público usuario, son claramente aplicables a los contratos de prestación de servicios regulados por la Ley Federal de Protección al Consumidor.** Ello es así, en razón de que en ambos supuestos –contratos financieros y contratos regulados por la Ley Federal de Protección al Consumidor–, se busca salvaguardar los derechos del público usuario y consumidor, y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Ahora bien, con base en las premisas anteriores, no es válida la prórroga de jurisdicción territorial pactada en un contrato de prestación de servicios, para el caso de controversia, si el lugar donde se deba llevar a cabo el juicio es distinto a aquel donde tiene su residencia habitual el consumidor. Lo anterior es así, debido a que al tratarse de un contrato de adhesión, sus términos no son negociables, y si bien el consumidor puede optar por no celebrarlo si no quiere obligarse en los términos estipulados, ello implicaría que no podría disfrutar del servicio que desea contratar, lo que evidencia que si el consumidor quiere gozar del referido servicio, se ve precisado a suscribir el contrato de adhesión en los términos en que se encuentra redactado y con las condiciones impuestas por el proveedor del servicio; lo que demuestra que el consumidor no puede oponerse a lo previamente estipulado en el referido contrato y, por ello, no consta que el consumidor haya expresado su voluntad para pactar el lugar donde se llevaría a cabo el juicio que pudiera derivar del contrato de prestación de servicios. Además, y como la propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo refirió en la citada jurisprudencia, el pacto de competencia territorial se encuentra limitado a las hipótesis previstas en el artículo 1093 del Código de Comercio; empero, cuando en el contrato de adhesión se pacta como

¹⁵³ Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01252, 30 de mayo de 2000.

¹⁵⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 2022770, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Civil, Tesis: I.11o.C.134 C (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 84, marzo de 2021, Tomo IV, p. 2758, Tipo: Aislada.

lugar del juicio uno distinto a aquel donde el consumidor tiene su residencia habitual, ello hace presumir que se impone a éste una carga económica que, eventualmente, puede dificultar o hacer nugatorio su derecho de acceso a la justicia. Lo anterior, porque lo que se está salvaguardando es que el consumidor no sólo cuente con la oportunidad necesaria de enterarse de la demanda instaurada en su contra, sino que tenga la posibilidad de poder trasladarse al órgano jurisdiccional que conozca de ese asunto y, ello se logra, precisamente, cuando el juzgado respectivo se ubique en la misma localidad donde resida el consumidor demandado. De ahí que no sea válido el pacto de prórroga de jurisdicción territorial cuando conste en un contrato de adhesión regulado por la Ley Federal de Protección al Consumidor, al hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia.”

8) ¿Considera Usted que la forma en que la jurisprudencia resuelve los problemas que plantean los contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas variantes es adecuada?

El Representante Alterno de Argentina ante la OEA, Alexis Damián Elías Am, responde: “No, al momento presente, la forma en que la jurisprudencia resuelve los problemas que plantean los contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas variantes no es adecuada debido a la vacuidad legislativa interna, y el problema que a veces representa el impacto de las normas de origen convencional.”

Taydit Peña Lorenzo, de Cuba, considera que las soluciones jurisprudenciales en su país no son del todo adecuadas, pues se le otorga a los contratos comerciales internacionales de adhesión “el tratamiento común o general de los contratos, sin tener en cuenta sus riesgos. Al no contar con disposiciones normativas que informen las soluciones posibles ante estos contratos, no existe una jurisprudencia destacable, protectora de los posibles abusos de posición dominante que puedan implicar estos contratos en el orden internacional.”

Claudia Madrid Martínez afirma respecto de **Venezuela** que: “Con tan pocas decisiones, limitadas a cuestiones vinculadas a acuerdos de elección de foro y de arbitraje y silentes respecto de las cláusulas de elección del Derecho aplicable en contratos de adhesión o de contratos asimétricos, es difícil hacer una valoración de la jurisprudencia respecto del tema.”

Geneviève Saumier, de Canadá, considera que la forma en que la jurisprudencia de su país resuelve los problemas que plantean los contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas variantes no es adecuada, pero que es desafiante idear una regla especial para los contratos de adhesión dada la diversidad de situaciones que deberían ser cubiertas.

El Informe de **Ecuador** establece que “...por expresa disposición del artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor las cláusulas abusivas se consideran nulas de pleno derecho y no surten efecto alguno. Evidentemente, es necesario que una autoridad competente declare como abusivas a las cláusulas, lo que les hará ser consideradas como no escritas. Por otro lado, podría discutirse si luego de que una o varias cláusulas son declaradas abusivas el contrato seguiría vigente. Al respecto la doctrina ha interpretado esta situación afirmando que si luego de que determinadas cláusulas son declaradas como abusivas, el contrato de adhesión sigue teniendo algún sentido, este subsistirá, pero si en virtud del tipo de cláusulas que son declaradas abusivas el contrato pierde su sentido o se torna inaplicable, este quedará sin efecto.”

El Informe elaborado por la Misión Permanente de **Paraguay** ante la OEA se afirma que se considera “que la forma en que la jurisprudencia resuelve los problemas que plantean los contratos internacionales de adhesión en sus diversas variantes es adecuada en razón de que se apoya en los principios generales que rigen la materia y las normativas vigentes.”

C. Doctrina

9) ¿Cuáles son las posiciones doctrinarias en su país con respecto a la temática abordada en este cuestionario?

Respecto de **Argentina**, Alexis Damián Elías Am informa lo siguiente:

“Como consecuencia de lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del CPCCN, los acuerdos de prórroga de jurisdicción a favor de árbitros o jueces que actúan en el extranjero presuponen la conformidad de partes y se encuentran sujetos a tres recaudos de admisibilidad: a) carácter exclusivamente patrimonial del asunto; b) índole internacional del asunto; c) ausencia de jurisdicción argentina exclusiva o prohibición legal de prórroga.

“La tendencia doctrinaria y jurisprudencial predominante a la hora de evaluar las cláusulas de **prórroga de jurisdicción internacional en contratos de adhesión a condiciones generales predispuestas afirma que tal circunstancia por sí sola no resulta invalidante del consentimiento contractual salvo que se constate la existencia de una irrazonable disparidad del poder negociador o una lesión al derecho de debido proceso al colocar al adherente en situación de grave dificultad de acceso a la justicia** y propone evaluar la conformidad de partes de acuerdo a las reglas de la moderna contratación, tomando en consideración la persona del adherente y la excusabilidad del error, estimando de utilidad la regla del art. 929 del CCC. Aunque con flexibilidad, lo cierto es que tales soluciones enfocan la cuestión desde la óptica del derecho argentino y han tenido en miras tales contratos pero no en tanto los mismos fueran concluidos por consumidores. Aun cuando tales circunstancias aparecerían casi como evidentes como consecuencia de la posición de debilidad estructural en que se encuentra el consumidor, no puede dejarse de tener en cuenta que la validez o nulidad de la cláusula se encuentra en definitiva sujeta a la apreciación judicial, con la consiguiente incerteza jurisdiccional y la incidencia en los costes de transacción que ello implica.

“En efecto, se entiende que, el sistema queda ordenado de la siguiente manera

“A-Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada.

“B-Contratos celebrados por adhesión o cláusulas generales predispuestas –arts. 984 a 989-. El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. La definición del contrato por adhesión la da el art. 984. **Suministra al contrato por adhesión un tratamiento pleno y diferenciándolo de los contratos de consumo, pero se identifica con el contrato de consumo cuando este se perfecciona por adhesión a cláusulas predispuestas.**

“C-Contratos de consumo: Cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento que no tipifica por sí mismo al contrato. Los arts. 1092 a 1095, se refieren a la relación de consumo; los arts. 1096 a 1099 a prácticas abusivas; arts. 1100 a 1103, información y publicidad dirigida a los consumidores; arts. 1104 a 1116, modalidades especiales y arts. 1117 a 1122, a cláusulas abusivas.

“En palabras del Dr. Ricardo Lorenzetti: "Uno de los grandes paradigmas que incorpora este Código es el de considerar que hay un sujeto que puede actuar en condiciones igualitarias con otro, y también otras personas que son débiles y precisan de mayor tutela; igualdad de los iguales y desigualdad con normas de protección para quienes se encuentran en inferioridad de condiciones. Por esta razón, se define el contrato de consumo (arts.1092-1093); se incluye una amplia regulación de las prácticas abusivas (arts. 1096 y ss.); de las modalidades especiales (arts.1104 y ss.); incluyendo los medios electrónicos (arts.1106 y ss.) y de las cláusulas abusivas (arts.1117 y ss).

“En los últimos tiempos se ha convertido en un lugar común hablar de una novedosa constitucionalización del derecho privado. Se trata de una noción que, en definitiva, representa una mayor intervención del Estado en las relaciones jurídicas privadas. Ricardo Lorenzetti, uno de los protagonistas centrales de esta vanguardia académica, señala algunos rasgos característicos de este concepto.

“**La cercanía entre lo público y lo privado que destaca Lorenzetti, no puede implicar otra cosa que no sea una mayor intervención oficial en el ámbito de la contratación privada que, a su vez, determina una mayor restricción de la autonomía de la voluntad.** El contraste entre la injerencia estatal y el retroceso del individualismo resalta el interés que este tema tiene para nuestro trabajo. El citado autor refuerza la idea y sostiene que: El ámbito público se ha contractualizado, ya que se han impuesto los análisis de Rawls en el derecho político y la base contractualista en las decisiones colectivas.

“**El nuevo Código Civil y Comercial, nos muestra que la intervención del Estado en la contratación privada es mucho más activa que en el pasado y, asimismo, se remarca que esa injerencia se consolida hacia el futuro.** Como bien señalan Julio César Rivera y Daniel Covi: En el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales, **una cierta intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos.**

“Como concluye Carolina IUD, aunque el derecho argentino de fuente interna no contenga normas expresas reguladoras de los acuerdos de prórroga de jurisdicción en contratos internacionales

concluidos por consumidores, entendemos que existen algunos mecanismos que por vía interpretativa permiten brindarle un marco de protección.”

Respecto de **Bolivia**, José Manuel Canelas Schutt informa que la doctrina es muy limitada. Agrega que “el abogado boliviano Fernando Salazar Paredes escribió, con el apoyo de la profesora Nahid Cuomo, un proyecto de ley de derecho internacional privado el año 2004¹⁵⁵, que no ha llegado a consolidarse como ley, donde se propusieron **“soluciones especiales para el caso de los contratos sobre inmuebles, de transporte de cosas o personas, consumidores y trabajadores, en especial, buscando la protección de la parte más débil”**¹⁵⁶.” (el destacado nos pertenece)

En cuanto a **Canadá**, Genviève Saumier afirma que existe doctrina respecto de la cuestión específica de la autonomía de la voluntad y los contratos internacionales de adhesión entre comerciantes.

En cuanto a **Cuba**, Taydit Peña Lorenzo informa que “la doctrina ha planteado y defendido la **importancia de que se adopten criterios que favorezcan las partes débiles de la relación jurídica, tanto en lo relativo a los criterios de jurisdicción internacional, como los de ley aplicable**. De igual forma, se han adoptado mecanismos que evitan la validez de las cláusulas abusivas que estas puedan tener.” (el destacado nos pertenece)

Agrega la especialista que: “Cuba cuenta con foros exorbitantes de competencia (la nacionalidad cubana de una de las partes. Art. 2.1 Ley de procedimiento), y en la práctica, es muy protectora de los intereses económicos estatales. Pero lo anterior no indica que esto tenga un reflejo en las normas que comprenden el DIPr, aunque en la práctica existan, como sucede, un régimen de autorizaciones administrativas (para el caso de los contratos en el marco de la inversión extranjera, de seguro, sobre bienes de interés económico sensible, en algunos contratos de trabajo, etc). En cualquier caso, estamos distantes del deseado sistema que añoramos alcanzar de armonización de la legislación y jurisprudencia interna con los avances en estos contratos.”

En **Colombia**, informa Claudia Madrid Martínez, “la mayoría de los estudios doctrinarios referidos a la contratación internacional giran en torno a la Convención de Viena. Los análisis desde el punto de vista conflictual se centran en el análisis de los artículos 20 del Código Civil y 869 y 1.328 del Código de Comercio. Con escasas excepciones¹⁵⁷, **los estudios suelen hacer hincapié en los contratos de libre discusión**. Es posible que la falta de claridad en relación con la admisión de la autonomía de las partes en materia contractual haya hecho que se pase por alto este necesario análisis.” (el destacado nos pertenece)

En el informe de **Ecuador**, se establece que “revisada la bibliografía de la Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia, no se ha encontrado doctrina específica sobre el tema de la libertad contractual privada para elegir foro o procedimiento.”

Respecto de **México**, informa María Mercedes Albornoz que “no ha sido posible localizar doctrina que aborde específicamente el tema de la autonomía conflictual ni el tema de la autonomía para la elección de foro en contratos internacionales entre comerciantes cuando uno de ellos es parte débil.”

En **Panamá**, Gilberto Boutin reconoce que la solución del art. 185 del Código Bustamante, que establece que “Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignent para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”, “es totalmente incongruente, ya que los contratos de adhesión no permiten la negociación...”¹⁵⁸

¹⁵⁵ Proyecto publicado en: Fernando Salazar Paredes, *Derecho Internacional Privado Boliviano* (CERID 2004), último capítulo.

¹⁵⁶ Exposición de Motivos del proyecto de ley, para 6.23.

¹⁵⁷ Aristizábal-Johnson, Cristina, Falta de protección del consumidor internacional como situación que desfavorece el desarrollo económico global, en: *EAFIT Journal of International Law*, 2014, Vol. 5, 01, pp. 101 ss.; Madrid Martínez, *La contratación internacional en el Derecho internacional privado colombiano...*, ob. cit., p. 273-276 y 401-403.

¹⁵⁸ Gilberto BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006, p. 625.

Agrega el especialista que “La autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta, ella no constituye una panacea, tampoco, ni es una entelequia. Ella responde a un marco propio de la comunidad económica internacional de intercambio de bienes, servicios y capital.” En cuanto a los límites a la libertad contractual, refiere a las leyes de policía, al orden público y al fraude a la ley.¹⁵⁹

En **Paraguay**, Roberto Ruíz Díaz Labrano afirma: “La segunda parte del art. 8º de la ley nº 5393/15, siempre en torno a la determinación de la existencia de elección de derecho por las partes, se refiere a la situación en la cual las partes han utilizado cláusulas estándar o de adhesión que indican o conducen a la aplicación de diferentes derechos. Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte. Las cláusulas estándar por lo general tienen regulación especial en las legislaciones nacionales, de allí que la referencia o inclusión de las citadas cláusulas, pueden tener efectos diferentes según sean consideradas frente a derechos nacionales diferentes.”¹⁶⁰

En **Perú**, Luz Monge Talavera afirma que “la legislación nacional, diseñada para regular los intercambios transfronterizos del siglo pasado, presenta imperfecciones, “imprecisiones y omisiones” que no condicen con las exigencias del comercio internacional, actualmente globalizado”. Agrega que “diversos aspectos quedan sin respuesta o sujetos a disposiciones ambiguas cuya interpretación no siempre es la más adecuada”. Entre los ejemplos que menciona, cabe citar la no designación de la ley aplicable al consentimiento contractual y los vicios que podrían afectarla y la ausencia de disposición que precise el ámbito de la ley reguladora del contrato¹⁶¹.

Agrega la autora que el principio de la autonomía de la voluntad, que rige en Perú desde 1984, “ha desembocado, en ocasiones, en la nulidad de la cláusula”¹⁶²

En **Uruguay**¹⁶³, sostiene Macarena Fariña¹⁶⁴: «En la sustancia de la LGDIP, la autonomía de la voluntad conflictual descansa sobre la libertad y autonomía de las partes en la negociación. En efecto,

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 640.

¹⁶⁰ Ver desarrollo del párrafo transcrito en Roberto Ruíz Díaz Labrano, “Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley Nº 5393/2015 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay”, en *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Biblioteca de Derecho de la Globalización, (Directores: Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez), p. 277-306.

¹⁶¹ Luz MONGE TALAVERA, “Ley aplicable a los contratos internacionales en el derecho peruano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, p. 944-969, p. 960.

¹⁶² *Ibidem*, p. 962.

¹⁶³ En cuanto a las opiniones doctrinarias de la relatora de este Informe, las mismas se reflejan y citan en el mismo. Pueden verse desarrolladas en las siguientes obras, por orden cronológico, los siguientes libros: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991; *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, *Parte Especial*, Volumen 2, Montevideo, FCU, 2009; *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado Nº 19.920 de noviembre 2020*, Montevideo, FCU, 2021; *Derecho Internacional Privado. Parte Especial Civil y Comercial*, Tomo III, 1ª edición, Montevideo, FCU, 2022; y los siguientes artículos de doctrina de la autora: “Las cláusulas abusivas y la cláusula de jurisdicción en los contratos internacionales de adhesión”, en *Revista Judicatura* (Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay), Diciembre/1992, No. 32, pp. 273-298; “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en *Curso de Derecho Internacional*, XXXI, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, p. 323-390; “La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco?”, en *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Diego P. Fernández Arroyo / Juan José Obando Peralta (Coordinadores), Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP / Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 67-92; “La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco? Los Principios de la Conferencia de La Haya”, en *Suplemento Especial de La Ley Uruguay* T. 146, dic. 2012, p. 183-195 (versión actualizada de “La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco?”, en *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Diego P. Fernández Arroyo / Juan José Obando Peralta (Coordinadores), Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP / Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 67-92); “Party autonomy, a blank cheque?”, en *Uniform Law Review-Revue de Droit Uniforme* 2012-4, p.

es válido el pacto, en tanto y cuanto, ambas partes presenten un consentimiento real, efectivo, no impuesto.”

Por su parte, Gonzalo Lorenzo expresó ante la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de senadores, en 2020, en cuanto a que “en este proyecto (refiere a la hoy LGDIPr N° 19.920) no existe disposición alguna que pueda decirse que genera, promueve o siquiera soslaya ningún tipo de abuso de una parte sobre la otra”¹⁶⁵.

En **Venezuela**, informa Claudia Madrid Martínez, “Los **estudios suelen enfocarse en los contratos de libre discusión y en la admisión del principio de autonomía conflictual**. Poco se ha escrito en Venezuela respecto de los contratos asimétricos, destacándose algunos trabajos en materia

655-679 (versión actualizada de “La autonomía de la voluntad, ¿un cheque en blanco?”, en *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Diego P. Fernández Arroyo / Juan José Obando Peralta (Coordinadores), Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP / Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 67-92); “Determinación de la jurisdicción y acceso a la justicia”, *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP-ASADIP-Ed. Mizrachi&Pujol S.A., 2015, p. 147-174; “El acceso a la justicia como derecho humano a ser garantido por el derecho internacional privado”, *El Derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, T. I, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 113-156; “Public Policy: Common Principles in the American States”, *Recueil des cours*, Vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 73-396, en especial capítulo V; “El rol del Derecho internacional privado como garante del derecho humano fundamental de acceso a la justicia efectiva”, *Hacia un Derecho Judicial Internacional. Ponencias al XLII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Escuela Judicial del Estado de México-AMEDIP, 2019. p. 3-35; “Private International Law in Uruguay: Present and Future”, National, International, Transnational: *Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift Fur Herbert Kronke Zum 70 Geburtstag*, Herausgegeben von Christoph Benicke, Stefan Huber, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, 2020, p. 87-107; “Ley aplicable y jurisdicción competente en el transporte marítimo de mercaderías: problemas y soluciones”, *Estudios de Derecho Marítimo*, UCAB 2020-2022, Gustavo Adolfo Omaña Parés (Coordinador), Caracas, 2022, p. 167-180; “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266. También pueden verse las opiniones de OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997, en “The latest trends in Latin American Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 11 (2009), © sellier, European law publishers & The Swiss Institute of Comparative Law Yearbook of Private International Law, Printed in Germany, p. 305-337 y en “El derecho comercial internacional en la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay. Una primera aproximación”, en *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 385-411, y en *Foro de Derecho Mercantil*, Revista Internacional N° 26, enero-marzo 2010, Bogotá, Colombia, p. 7-39.

¹⁶⁴ FARIÑA, Macarena, “El nuevo régimen en materia de relaciones de consumo internacionales: ¿una solución suficiente para los reclamos de los cyberconsumidores?”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 367-390, p. 382.

¹⁶⁵ Versión taquigráfica de la sesión del día 30 de junio de 2020 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, a la que concurrieron en representación de la Comisión Redactora del Proyecto de LGDIPr los Dres. D. Opertti y J. Talice, y en representación del IUDIPr, los Dres. C. Fresnedo y G. Lorenzo. FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020*, Montevideo, FCU, 2021, p. 76.

laboral¹⁶⁶ y de protección al consumidor¹⁶⁷ en Derecho internacional privado. Además, **se ha admitido que mediante la inclusión de las personas jurídicas en el concepto de consumidor puede lograrse una más amplia protección con respecto a contratos no bilateralmente negociados**, en el caso venezolano, potenciando la aplicación de normas internacionalmente imperativas que limiten el amplio campo reconocido a la autonomía de las partes¹⁶⁸. Nada se ha dicho de los contratos de adhesión, más allá de aquellos que se celebran con consumidores.”

El **Informe de la ILS-ABA** (EE.UU.) contiene las consideraciones que se resumen a continuación¹⁶⁹: afirma que los comerciantes de por sí son más sofisticados que el promedio de los consumidores y de los empleados, y como tales, están en mejores condiciones de protegerse a sí

¹⁶⁶ Carrasquero Stolk, Andrés, Trabajadores con elevado poder de negociación, en: Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado, UCV, 2021, No. 3, p. 373 ss.; Dos Santos, Olga María, Jurisdicción y el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en: *Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, Tomo II, p. 3 ss.; Felce R., Carlos, La legislación aplicable al contrato internacional de trabajo en el Derecho del trabajo venezolano, bajo la Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Addendum, pp. 3 ss.; Guerra, Víctor Hugo, Un caso práctico de “trabajador internacional” resuelto a través del Derecho Internacional Privado, en: *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, Tomo II, p. 345 ss.; Pró-Rísquez, Juan Carlos, El trabajador internacional, la jurisdicción no exclusiva de los tribunales laborales venezolanos y el recurso de interpretación de la Ley Orgánica del Trabajo: Comentarios a recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en: *Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II. p. 151 ss.; Pró-Rísquez, Juan Carlos, Comentarios a una sentencia: El lugar de contratación como factor determinante para la aplicación de la legislación venezolana, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2007, No. 127, p. 214 ss.

¹⁶⁷ Madrid Martínez, Claudia, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018; Madrid Martínez, Claudia, Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho internacional privado venezolano, en: I. Canfora e A. Genovese (cur.) *Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato*, Bari, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 239 ss.; Madrid Martínez, Claudia y Luciane Klein Vieira, Los desafíos de la actuación internacional de la empresa: el impacto de las “buenas prácticas comerciales” en la protección del consumidor, en: P. All, J. Oviedo y E. Vescovi (Dir.), *La actividad internacional de la empresa* (Bogotá, Ibañez, ASADIP, 2017, p. 163 ss.; Madrid Martínez, Claudia, La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho internacional privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios, en: A. do Amaral Junior y L. Klein Vieira (coords.), *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Edit. Ibañez, 2016, p. 155 ss.; Madrid Martínez, Claudia, Prestación de servicios bancarios a consumidores y determinación de la jurisdicción. Una mirada desde el sistema venezolano de derecho internacional privado, en: *Revista de Direito do Consumidor*, 2015, No. 97, p. 17 ss.; Madrid Martínez, Claudia, Determinación del régimen de los contratos de consumo: perspectiva interamericana y venezolana, en: F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho de internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, REDPREA, 2015 p. 147 ss.; Madrid Martínez, Claudia, *Responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

¹⁶⁸ Madrid Martínez, Claudia, Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor, En: D. Fernández y J.A. Moreno (Dir.), *Contratos internacionales*, Buenos Aires, ASADIP, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2016, p. 437 ss.

¹⁶⁹ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

mismos. Aún en los casos en que el comerciante no tenga ningún poder de negociación, el comerciante que adhiere tiene el conocimiento y sofisticación propio de su condición de comerciante que le permite tomar medidas ajenas al contrato que lo protejan. El Informe menciona como ejemplo el seguro, las medidas de control de calidad, entre otras (no refiere a ninguna medida que lo proteja de las consecuencias de una cláusula de elección de ley y/o juez que le sean perjudiciales, inserta en las condiciones generales de un contrato de adhesión no negociado). Además, se argumenta en el Informe que el comerciante elige dedicarse a una actividad comercial por un beneficio económico, lo que, según el informe, lo distingue de los empleados y consumidores individuales. **En opinión de esta relatora**, aun aceptando que esto sea así, no parece ser razón suficiente para someter a ese comerciante a cláusulas unilaterales abusivas (en especial en materia de elección de ley y juez), establecidas por quien redacta las condiciones generales.

Agrega el Informe de la ILS-ABA (EE.UU.) que, si se implementara una mayor supervisión de los contratos entre comerciantes, podría haber consecuencias no deseadas, como por ejemplo, que la parte con mayor poder de negociación decidiera no contratar, o que subiera los precios, aumentando los costos para la parte que adhiere. La parte que adhiere podría preferir correr el riesgo del contrato de adhesión antes que el aumento del costo derivado de una supervisión mayor del contrato. **En opinión de esta relatora**, los riesgos relatados no justifican permitir que una de las partes establezca la ley y el juez que más le convienen, en detrimento del interés de la parte que adhiere, por más comerciante que sea este último.

El Informe de la ILS-ABA (EE.UU.) reconoce que es cierto que un comerciante sin poder de negociación se verá forzado a aceptar los términos emitidos por la parte con mayor poder de negociación, sobre la base de “tómalo o déjalo”. Cuando la parte con mayor poder de negociación ejerce un control dominante del mercado, ello tiene características monopólicas. No obstante, se argumenta que en ese caso la cuestión es el dominio del mercado, más que el contrato de adhesión. Enfocarse en el desigual poder de negociación de las partes corre el riesgo de cambiar el foco de la naturaleza anticompetitiva al dominio del mercado¹⁷⁰.

En suma: como bien se afirma en el Informe: “Striking the right balance between ensuring party autonomy while also ensuring fairness is a challenging task.”¹⁷¹ No obstante, esta relatora y el CJI no renunciamos a encarar tan desafiante tarea.

IV. OTRAS CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS RELEVANTES PARA ESTE INFORME

1. El DIPr no puede ignorar el imperativo de proteger a la parte débil

Si bien la protección de la parte débil en DIPr es un tema relativamente reciente, ha sido objeto de importantes estudios, incluso en el ámbito de la Academia de La Haya de Derecho Internacional¹⁷².

Mohamed Salah, en su curso de la Academia de La Haya de 2005, advierte acerca de “la indiferencia tradicional del principio de la autonomía de la voluntad a las consideraciones vinculadas a la debilidad de una de las partes en el contrato”¹⁷³ y sobre “la imposibilidad para el derecho internacional privado de ignorar, a pesar de su neutralidad, el imperativo de proteger a la parte débil”¹⁷⁴. Las recomendaciones sugeridas en este Informe pretenden mitigar en la mayor medida posible esa indiferencia y asumir la obligación de proteger a la parte contractualmente débil.

¹⁷⁰ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022, p. 7.

¹⁷¹ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022, p. 2.

¹⁷² MOHAMED SALAH, MAHMOUD, “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005, p. 141-264, p. 151.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 141-264, p. 153.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 141-264, p. 164.

Afirma Mohamed Salah que **en la mayoría de las situaciones contractuales existe una gran disparidad en poder entre los contratantes (no distingue si son comerciantes o no), y que adherir a la ley de la autonomía es en realidad aceptar darle eficacia a la voluntad de una sola de las partes: la más fuerte.** Y agrega que cuando una de las partes está en posición de dictar la elección de la ley aplicable y de la jurisdicción competente a la otra parte, y esa elección está motivada por la voluntad de sustraer el contrato de las disposiciones de un derecho protector, la referencia a la autonomía de la voluntad deviene una pura ficción. **“Ignorar esta realidad es aceptar la consagración de la ley del más fuerte”.** Agrega que eso significa, además, llevar al extremo la idea según la cual la función del DIPr es exclusivamente una función de distribución, indiferente al contenido de las reglas de derecho sustantivo¹⁷⁵. El autor hace referencia luego a que el DIPr tiene una nueva función de regular las relaciones contractuales que relativiza la famosa distinción entre la justicia del DIPr y la justicia del derecho material¹⁷⁶. Y agrega más adelante que la evolución del DIPr positivo ha mostrado, por ejemplo, a través de las reglas de conflicto con puntos de conexión múltiple, una gran sensibilidad hacia los imperativos de la justicia material¹⁷⁷.

Afirma Mohamed Salah, que la determinación del ámbito de la autonomía de la voluntad y los diversos procedimientos de protección de la parte débil debe obedecer a un equilibrio del cual se especifiquen claramente los términos. Reconoce, no obstante, que el DIPr sigue reacio a tener en cuenta la debilidad en las relaciones entre profesionales¹⁷⁸.

Más adelante, Mohamed Salah enumera diversas situaciones de debilidad: las inherentes a la persona de uno de los contratantes por razones de edad o discapacidad, las derivadas de la posición económica y social de uno de los contratantes, del estado de ignorancia, de la necesidad en que se encuentra una parte frente a la otra. Refiere luego a los contratos de adhesión, la sociedad de consumo en masa y a los asalariados, entre otros¹⁷⁹.

Pasa luego el autor a analizar la debilidad en las relaciones entre profesionales. Señala que tradicionalmente se afirma que se presume que el profesional defiende sus intereses, y por tanto no puede considerarse parte débil. No obstante, afirma que **cada vez que la aplicación de la ley de la autonomía conduce a la expresión de una voluntad unilateral, el DIPr debe prever una protección específica.** El DIPr, agrega, no puede tener en cuenta solamente la satisfacción de las necesidades del comercio internacional, sino que debe poder hacerse eco de otros valores dignos de protección¹⁸⁰.

Es interesante destacar que Mohamed Salah es partidario de que la autonomía de la voluntad conserve su lugar, ciertamente variable, dentro del sistema de protección de la parte débil. Lo esencial es que su intervención no puede traducirse en el desplazamiento de las reglas que garantizan a esa parte la protección que su situación requiere¹⁸¹. En opinión de esta relatora, es acertada la posición del autor citado: no se trata de prohibir la autonomía de la voluntad. Pero cuando una de las partes se enfrenta a la imposibilidad de negociar la cláusula de elección de ley y/o juez elegida por la otra parte, debe ser protegida por el DIPr en la medida en que su situación lo requiere.

El autor analiza luego en profundidad la protección de los asalariados y de los consumidores, entre otros, por el DIPr en el derecho europeo. Con respecto al **contrato de distribución**, afirma que, desde la perspectiva de una mejor protección de la parte débil, se debería establecer como principio que la elección por las partes de una ley aplicable al contrato no podrá privar al distribuidor de la

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 141-264. P. 164-165. El autor cita a F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux. Etude de conflit des lois*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 127, cuando afirma: « puisque l'autonomie de la volonté se fonde sur l'intérêt des parties, et plus spécialement celui de voir compétence donnée à la loi la plus avantageuse, n'est-il pas à craindre que la règle de conflit ne serve que les intérêts de celui qui dirige l'opération contractuelle, et que soient par conséquent négligés ceux de l'autre partie ? »

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 141-264, p. 165.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 141-264, p. 177, con cita de Pocar.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 141-264, p. 166.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 141-264, p. 168-169.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 141-264, p. 173, 175-176.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 141-264, p. 178.

protección que le otorgan las disposiciones imperativas del derecho del Estado donde tiene su establecimiento¹⁸².

2. Necesidad de regular la autonomía de la voluntad

Giesela RÜHL¹⁸³, afirma que el reconocimiento y generalizada aceptación de que goza la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado europeo se corresponde con una apreciación de que el principio requiere regulación, en especial cuando opera en detrimento de una de las partes del acuerdo de elección de ley o de elección de foro. A esos efectos, el legislador europeo ha adoptado disposiciones específicas para proteger a las llamadas partes “débiles” de los peligros de la autonomía de la voluntad¹⁸⁴. Menciona como ejemplo paradigmático de parte débil a los consumidores, pero agrega que también se consideran tales en el DIPr europeo los pasajeros, los titulares de pólizas de seguros, los empleados, los franquiciados y los distribuidores (art. 4 (1) lit e) y f), arts. 5, 7 y 8 del Reglamento Roma I). Agrega que los niveles de protección varían, y que, salvo con respecto a los consumidores, no se exigen requisitos adicionales con relación a la formación del contrato para que se apliquen las normas sobre protección de la parte débil¹⁸⁵.

La autora no refiere específicamente a los abusos que pueden derivar de las cláusulas de elección de ley y juez insertas en contratos comerciales internacionales, entre comerciantes, pero en los que una de las partes carece de poder de negociación.

Con respecto a la elección de foro, señala RÜHL que los arts. 15 y 23 del Reglamento Bruselas I limitan la libertad de elegir la jurisdicción competente para proteger a los tenedores de pólizas de seguros y los empleados.

RÜHL plantea que el hecho de que los consumidores, pasajeros, empleados, tenedores de pólizas de seguros y acreedores alimentarios necesitan protección parece indiscutible para los doctrinos europeos. No obstante, no está nada claro por qué la protección beneficia a esas personas y no a otras, que en otros contextos son consideradas partes débiles, como los inquilinos, los franquiciados o los agentes comerciales¹⁸⁶. Incluso se pregunta la autora los motivos para proteger a las partes generalmente reconocidas como débiles. Identifica tres motivos: la información asimétrica o desinformación respecto del contenido y calidad de la ley aplicable y del tribunal competente. La parte contractualmente fuerte puede utilizar la información con que cuenta en detrimento de los intereses de la parte débil.

En opinión de esta relatora, en los contratos que nos ocupan, que son los contratos comerciales internacionales entre dos comerciantes, donde se supone que ambos están informados de manera equivalente, pero uno de ellos carece de poder de negociación, en especial respecto a las cláusulas de elección de ley y juez, el conocimiento que pueda tener la parte a la que sólo le cabe adherir o no contratar, no cambia su situación de parte contractualmente débil.

Como segundo motivo para proteger a determinadas personas, RÜHL señala la dependencia económica o social, como por ejemplo la de los empleados, lo que los hace sentirse obligados a

¹⁸² *Ibidem*, p. 141-264, p. 211.

¹⁸³ RÜHL, Giesela, “The Protection of Weaker Parties in the Private international law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy” (2014) 10 J Priv Int L, pp. 335-358, Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2632115> (en la versión digital no figuran los números de páginas)

¹⁸⁴ “The recognition and wide-spread acceptance enjoyed by party autonomy in European private international law is matched by an appreciation that the principle requires regulation, notably when it works to the detriment of one of the parties to the choice-of-law or choice-of-court agreement. The European legislator, therefore, has adopted a number of provisions specifically designed to protect so-called “weaker” parties from the dangers of party autonomy.”

¹⁸⁵ “There are no additional requirements relating to the way of contract formation that need to be met in order to trigger the protection of the pertaining rules and regulations.”

¹⁸⁶ “That consumers, passengers, employees, insurance policy holders and maintenance creditors are in need of protection seems to be largely undisputed in European scholarship. However, it is largely unclear why protection is afforded to these persons – and not others who in other contexts are viewed as weaker parties, notably tenants, franchisees or commercial agents.”

aceptar las cláusulas de elección de ley y juez incluidas en contratos internacionales de trabajo, aunque no les sean favorables¹⁸⁷.

Como tercer motivo, la citada autora señala la desventaja mental o intelectual de una de las partes, aunque refiere, a estos efectos, a la responsabilidad extracontractual y a los acreedores alimentarios, lo que está fuera del objeto de este estudio.

3. Formas de proteger a las partes débiles

Giesela RÜHL¹⁸⁸, identifica al menos tres enfoques para proteger a la parte débil, aunque, afirma, lamentablemente no está claro por qué y cuándo se aplica cada uno de esos enfoques¹⁸⁹.

La autora señala que la primera forma de proteger a las partes débiles que aplican los legisladores europeos es la exclusión de la autonomía de la voluntad, tanto en materia de ley como de juez. Señala el caso de la responsabilidad extracontractual (arts. 6(4), 8(3) y 14(1) del Reglamento Roma II, entre otros).

En segundo lugar, la autora señala como forma de proteger a las partes débiles, la limitación sustantiva de la autonomía de la voluntad, tanto en materia de ley como de juez. En cuanto a la elección de la ley, esta medida se aplica a los pasajeros y a algunos tenedores de pólizas de seguros. El art. 5(2) del Reglamento Roma I establece que las partes de un contrato de transporte de pasajeros pueden elegir como ley aplicable sólo la del país donde el pasajero o el transportista tienen su residencia habitual, donde el transportista tiene el lugar central de su administración, o la del lugar de partida o de destino¹⁹⁰. Las limitaciones a la autonomía de la voluntad en cuanto a los tenedores de pólizas de seguros están establecidas en el art. 7(3) del Reglamento Roma I, y a qué leyes se restringe la posibilidad de elegir la ley aplicable. Similares restricciones se observan en cuanto a la posibilidad de elegir juez.

En cuanto a la tercera forma de proteger a la parte débil, RÜHL señala el análisis de la forma de ejercer la autonomía de la voluntad, incorporado en los arts. 6(2), referido a consumidores, y 8(1), referido a contratos individuales de trabajo, del Reglamento Roma I. Básicamente dichas normas limitan el efecto de la elección de ley, estableciendo que ella no puede privar al consumidor o al trabajador de la protección que le brindan las normas imperativas que serían aplicables en defecto de elección de la ley¹⁹¹. La autora menciona otras variantes y matices respecto de este tema.

Concluye RÜHL señalando que la forma de regular la autonomía de la voluntad en el DIPr europeo apenas cumple con los requisitos de transparencia y de coherencia. Agrega que en el futuro los legisladores y académicos europeos deberían dejar de lado las regulaciones individuales y encarar los problemas subyacentes desde una perspectiva más holística y basada en principios¹⁹².

¹⁸⁷ “This can leave an employee feeling compelled to accept choice-of-law and choice-of-court terms in a cross-border employment contract which in fact are not to his benefit.”

¹⁸⁸ RÜHL, Giesela, “The Protection of Weaker Parties in the Private international law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy” (2014) 10 J Priv Int L, p. 335-358, Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2632115> (en la versión digital no figuran los números de páginas).

¹⁸⁹ “There are at least three different approaches that find application both in choice of law and in international civil procedure. Unfortunately, it remains unclear why and when each of these approaches applies.”

¹⁹⁰ “According to Article 5(2) second sentence of the Rome I Regulation the parties to a carriage contract may choose as the applicable law only the law of the country where the passenger or the carrier has his habitual residence, where the carrier has his place of central administration or where the place of departure or arrival is situated.”

¹⁹¹ “It serves to protect consumers and employees and limits the effect of a choice of law by stipulating that a choice of law cannot deprive a consumer or employee of the protection of mandatory law which would be applicable in the absence of a choice of law.”

¹⁹² “For the future this finding requires us – European scholars and European lawmakers – to leave the confines of individual regulations and individual legal fields and to look at the underlying problems from a more principled, holistic perspective.”

Como formas de proteger a las partes débiles, Mohamed Salah hace referencia a las **normas de policía** (de aplicación necesaria o inmediata) y al orden público¹⁹³. Se pregunta luego cómo articular la norma de policía con la ley del contrato. Afirma que en los contratos comerciales que exijan la protección de una parte débil, la norma de policía es el único mecanismo que permite dar respuesta a esa necesidad. No obstante, ello no siempre implicaría que la norma de policía ocupe todo el espacio que la *lex contractus* debería ocupar. La coordinación entre ambas normas parece justificada en los contratos comerciales que involucran a personas con desigual poder económico, en los que la necesidad de protección es muy variable según los aspectos de la relación contractual. A veces, uno solo de esos aspectos requiere la intervención de la ley imperativa¹⁹⁴.

En cuanto a la aplicación de las **normas de policía extranjeras**, es reconocida en varios textos de DIPr. Mohamed Salah¹⁹⁵ menciona las siguientes:

- la Convención de la Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación¹⁹⁶, cuyo art. 16 prevé la posibilidad de aplicar las normas imperativas "de todo Estado con el que la situación presente un vínculo efectivo y en la medida en que, según el Derecho de dicho Estado, estas disposiciones sean aplicables cualquiera que sea la ley designada por sus normas de conflicto".

- La Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada)¹⁹⁷, cuyo art. 7.1 establece: "Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente en vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rijan el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación."

- La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales¹⁹⁸, cuyo art. 11.2 establece: "Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos."

Cabe agregar en cuanto a las normas de DIPr nacionales o autónomas, que la **Ley General de DIPr N° 19.920 de 2020 de Uruguay**¹⁹⁹ establece en su art. 6.2: "Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes."

Otras leyes nacionales de DIPr establecen la aplicación de las normas de aplicación inmediata de terceros Estados en ciertas circunstancias. Así, por ejemplo, cabe mencionar:

- El art. 19 de la **ley federal suiza de DIPr**,
- El art. 3079 del **Código Civil de Québec**

La doctrina adopta posiciones dispares²⁰⁰.

En el capítulo IV de su curso en la Academia de La Haya, Mohamed Salah²⁰¹ afirma que dado que en general las normas de DIPr conducen a la aplicación de la ley de la autonomía, el problema consiste en saber si existen mecanismos que permitan ejercer, *a posteriori*, un control sobre el uso que

¹⁹³ MOHAMED SALAH, MAHMOUD, "Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005, p. 141-264, p. 216 y ss.

¹⁹⁴ *Ibidem* p. 141-264, p. 227-228.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 141-264, p. 228-230.

¹⁹⁶ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=89>

¹⁹⁷ [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):es:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):es:HTML)

¹⁹⁸ <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>

¹⁹⁹ [https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020#:~:text=\(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio\).,demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.](https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020#:~:text=(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio).,demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.)

²⁰⁰ MOHAMED SALAH, MAHMOUD, "Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005, p. 141-264, p. 231 y ss.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 141-264, p. 250 y ss.

las partes han hecho de esa autonomía. Responde que los dos mecanismos posibles son los clásicos: **el fraude a la ley y la excepción de orden público internacional.**

Horatia Muir Watt²⁰² afirma que la soberanía estatal y la libertad contractual se combinan para producir una visión respecto de la relación entre el derecho y el mercado en la esfera de la economía transnacional, conforme a la cual el empoderamiento de los actores privados está sujeto a límites impuestos por el interés general. Refiere luego al orden público y a las normas de aplicación inmediata o necesaria o imperativas como marco limitativo a la referida libertad.

En opinión de esta relatora, la medida en la cual estos mecanismos clásicos sean suficientes para proteger a los comerciantes contractualmente débiles, dependerá de su interpretación y aplicación por los jueces. De ahí que las recomendaciones sobre posibles buenas prácticas contenidas en este documento adquieran una innegable importancia práctica.

4. Leyes sobre abuso de posición dominante (*Abuse of superior bargaining position laws*)

Estas leyes, señala **Yee Wah Chin**, prohíben que una parte en un acuerdo comercial, que tenga un poder de negociación superior que la otra parte, incurra en actividades consideradas como prácticas comerciales desleales. Varios países europeos y asiáticos tienen este tipo de leyes (Francia, Alemania, Japón, Corea del Sur, etc). Estados Unidos en cambio no tiene una ley federal que regule con alcance general las prácticas comerciales desleales. Lo más cercano a ello es la *Lanham Act* § 43, 15 USC § 1125 y la *Federal Trade Commission Act* §5, 15 USC §45. Dichas leyes refieren básicamente a daños derivados de publicidad engañosa, como los daños a la reputación comercial, entre otros. No obstante, algunos Estados de los EE.UU. sí tienen leyes sobre competencia desleal²⁰³. Se trata, en general, de leyes antimonopolio, que no refieren específicamente a los problemas de los que se ocupa este Informe, que son en especial aquellos derivados de la inclusión unilateral de cláusulas de elección de ley y/o juez en contratos comerciales de adhesión en los que ambas partes son comerciantes.

Sin perjuicio de lo anterior, además de las referidas leyes generales, muchos Estados tienen leyes específicas que reflejan la preocupación por las posiciones de negociación superiores, como las referidas a los **concesionarios de automóviles**, y las relaciones de **franquicia**, que son las dos áreas donde es más común encontrar regulaciones protectoras en los Estados de EE.UU.²⁰⁴. Yee Wah Chin menciona como buenos ejemplos la *Franchise Investment Law* de California, la *Franchise Act* de Nueva York y la *Franchised Motor Vehicle Dealer Act* de Nueva York. Todo ello muestra, como afirma Yee Wah Chin, que aunque no cuentan con una ley general sobre el abuso de posición dominante, la preocupación por el tema existe en EE.UU. y se enfoca en algunas industrias específicas donde el abuso de la posición dominante es común²⁰⁵.

Cabe señalar que existen otras industrias donde el abuso de posición dominante también existe, pero los lobbies y los enormes intereses económicos en juego impiden en general la adopción de medidas protectoras para con la parte contractualmente débil. Un ejemplo es el caso del transporte, donde el transportista emite unilateralmente las cláusulas que componen las condiciones generales impresas al dorso de los conocimientos de embarque, incluyendo las de limitación -o exoneración lisa y llana- de responsabilidad, las de elección de ley y juez, entre otras, que no son negociables ni por el

²⁰² Horatia MUIR WATT, “Party autonomy”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 2, pp. 1336-1341, p. 1336. Traducción libre, no literal, del original: “...state sovereignty and freedom of contract combined to produce a view of the relationship between law and market in the transnational economic sphere according to which the empowerment of private actors was subject to limits imposed in the name of the general interest. Whether framed in terms of public policy or overriding mandatory rules, ...”

²⁰³ Yee Wah Chin, « What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws? », *New York Law Journal*, Volume 256-Nº 3, Wednesday, July 6, 2016, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2806417>

²⁰⁴ Yee Wah Chin, « What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws? », *New York Law Journal*, Volume 256-Nº 3, Wednesday, July 6, 2016, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2806417>

²⁰⁵ Yee Wah Chin, « What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws? », *New York Law Journal*, Volume 256-Nº 3, Wednesday, July 6, 2016, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2806417>

cargador, ni mucho menos por el consignatario o destinatario de las mercaderías. En Uruguay esta situación se ha subsanado históricamente mediante la prohibición de la autonomía de la voluntad respecto de esos contratos de adhesión y la utilización de normas de conflicto – convencionales²⁰⁶ y autónomas²⁰⁷- que utilizan el punto de conexión lugar de cumplimiento, definido positivamente, lo que evita que haya interpretaciones diversas e incertezas. Dicha solución, que se mantiene, ha funcionado sin problemas, como lo acredita abundante jurisprudencia²⁰⁸.

5. Contratos “desequilibrados”

Los contratos donde existe un desequilibrio entre las partes no son solamente los contratos con consumidores, como hemos venido sosteniendo. Así parece reconocerlo Paula Serra Freire, cuando afirma que “en el caso de los contratos desequilibrados, como en el caso de contratos de consumo, normalmente las cláusulas no son negociadas libremente por las partes y son impuestas por una parte sobre la otra. En ese caso, las cláusulas atributivas de jurisdicción conducen casi siempre a una elección que conviene a la parte más fuerte.”²⁰⁹

La referida cita merece la siguiente reflexión: queda claro que cuando las cláusulas de elección de juez -o de ley- no son negociadas libremente sino impuestas unilateralmente, la elección beneficiará a quien las emite y probablemente perjudicará a quien se limita a adherir al contrato. Es al Derecho a quien corresponde garantizar un equilibrio razonable -porque evidentemente la igualdad absoluta entre las partes no existe- entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Akinwumi Ogunranti, por su parte, reconoce que, si bien la autonomía de la voluntad es el ejercicio de la libertad contractual respecto de la elección de la ley, hay circunstancias en las que una parte se ve impedida de ejercer dicha libertad porque la otra parte tiene un poder de negociación “abrumador”. Agrega que un ejemplo de esta situación son los contratos de adhesión, entre los que menciona especialmente los **contratos de préstamo, con consumidores, franquicia, trabajo y transporte**. Estos contratos, afirma, eliminan la libre voluntad de la parte que adhiere o la restringen de manera importante. De ahí que exista la necesidad de lograr un equilibrio entre la libertad de contratar y la justicia entre las partes en este tipo de contratos²¹⁰. Ogunranti cita a Ehrenzweig en apoyo de lo antedicho, cuando describe la verdadera autonomía como la libertad de contratar, no de adherir²¹¹.

En Uruguay, Díaz Sierra se pregunta “si es posible revisar los contratos en cuanto en éstos se haya producido un claro desequilibrio, por el abuso de la posición dominante de uno de los

²⁰⁶ Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 14 y 15), Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 25-27), Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 (arts. 14-18).

²⁰⁷ Arts. 2399, 2401 y 2403 Código Civil, hoy derogado y sustituido por la Ley 19.920 (arts. 48 y 57), y Ley de Derecho Comercial Marítimo N° 19.246 de 2014 (art. 7).

²⁰⁸ Dicha jurisprudencia puede consultarse en los 34 números de la *Revista de Transporte y Seguros*, publicación anual que edita la Fundación de Cultura Universitaria (<https://fcu.edu.uy/>), entre otras publicaciones.

²⁰⁹ SERRA FREIRE, Paula, “L’*autonomie de la volonté et les contrats de consommation: une étude sur la clause attributive de juridiction*”, en *Contratos Internacionales*, Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (Directores), Biblioteca de Derecho de la Globalización, ASADIP – OEA, Buenos Aires, 2016, p. 483-508, p. 483-484. Traducción libre por la relatora del original en francés: « ...dans le cas de contrats déséquilibrés, comme dans le cas des contrats de consommation, normalement les clauses ne sont pas négociées librement par les parties et sont imposées par une partie à l’autre. Dans ces cas, les clauses attributives de juridiction conduisent le plus souvent à un choix qui convient à la partie plus forte ».

²¹⁰ Akinwumi OGUNRANTI, “The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?”, (LLM Thesis, Dalhousie University, Schulich School of Law, 2017) [Unpublished], https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm_theses/95/, p. 73-74.

²¹¹ Akinwumi OGUNRANTI, “The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?”, (LLM Thesis, Dalhousie University, Schulich School of Law, 2017) [Unpublished], https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm_theses/95/, p. 73-74.

contratantes respecto de su cocontratante que tiene la característica de ser débil”²¹². Más adelante afirma la autora: “La posición dominante es una posición de poder, que puede resultar del mayor poder económico, de una situación monopólica u oligopólica, o de cualquier otra circunstancia. (...) Hay dominación cuando una parte está en situación de supremacía con relación a la otra, sea en lo económico o en lo jurídico (...)” Agrega luego que “es frecuente observar una posición dominante del franquiciante. La posición dominante, en sí misma, es incolora, no es ni buena ni mala. Pero el **abuso de esa posición dominante, que se refleja en el desequilibrio injusto de la posición relativa de las partes, resulta intolerable**”²¹³. Más adelante refiere a la contratación en masa y a los contratos predisuestos²¹⁴.

Afirma Díaz Sierra que “una clave para la calificación de la cláusula como abusiva es la desnaturalización de las obligaciones del predisponente”²¹⁵. Si bien la autora se refiere en su artículo a la regulación sustantiva de los contratos en general, a la autonomía de la voluntad material, y no a la regulación que hace el DIPr de los contratos internacionales y de la autonomía de la voluntad conflictual, parece interesante tener presente en este Informe algunas de las ideas referidas, entre otras, ya que a veces la autora hace referencia a instrumentos de DIPr. Además, algunos de los conceptos manejados – como la buena fe, el abuso de derecho, el orden público, etc- son extensibles a los contratos internacionales.

Luego de un profundo análisis de la doctrina y jurisprudencia uruguaya, y también alguna extranjera, Díaz Sierra concluye afirmando que “puede internalizarse el principio *“favor debilis”*”. Agrega que la autonomía de la voluntad (parecería referir a la material, no a la conflictual) “ha sido restringida en los derechos modernos por las teorías del abuso de derecho, de la lesión y de la imprevisión, y especialmente en los contratos predisuestos y de los que se ha dado en llamar derecho de consumo donde las restricciones se tornan más fuertes en cuanto se dispone la interpretación en favor del no predisponente, la prohibición de ciertas cláusulas que se consideran abusivas, la atribución a favor de la parte protegida de un tiempo de reflexión, o la facultad del contrato a su solo arbitrio”²¹⁶.

Por su parte, Blengio afirma: “No es seguramente entonces por azar, que, en la generalidad de los casos en los que aparece en juego una relación contractual significativamente desequilibrada, se constate una situación de conflicto de intereses entre dos partes entre las cuales existe una marcada desigualdad del poder de negociar. Y que aquella sea el efecto de un ejercicio abusivo de éste”²¹⁷.

Llevando este concepto a las cláusulas de elección de la ley reguladora del contrato, es evidente que mientras a una parte le convendrá la ley que establezca los límites de responsabilidad más bajos, a la otra, la que establezca los más altos; a una parte le convendrá la ley que establezca los plazos de prescripción de la acción más bajos, a la otra la que establezca los más altos, por ejemplo. Por lo tanto, a la hora de elegir ley, los intereses de las partes suelen ser contrapuestos, y será la parte con mayor poder de negociación -o absoluto, en los contratos de adhesión donde no existe negociación alguna- la que establecerá la ley más conveniente a sus intereses. No se trata del interés abstracto y tantas veces invocado, aunque no definido, del comercio internacional, sino del interés del más fuerte el que prima en los contratos como los que nos ocupan.

6. Principio de libertad y principio de igualdad

El civilista uruguayo Juan Blengio ha estudiado en profundidad el alcance de estos dos principios y su interrelación en materia contractual, su consagración a nivel constitucional y su aplicación a las relaciones privadas, por lo que resultan aplicables al tema que nos ocupa y que es

²¹² María del Carmen DÍAZ SIERRA, “Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?”, <http://revistaderecho.um.edu.uy> 2012/12, p. 111.

²¹³ *Ibidem*, p. 130.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 131 y ss.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 133.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 146.

²¹⁷ Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82, p. 62.

objeto de este Informe. Por lo tanto, me permito hacer referencia aquí a la esencia del pensamiento del citado catedrático.

Afirma Blengio que “los contratos se encuentran regidos no sólo por el principio constitucional de libertad (que en la materia asume la faz de la autonomía privada o autonomía negocial), sino que también lo están por otro principio de igual rango: el de igualdad”. Llega a tal conclusión por dos vías, que entiende complementarias: la de la aplicación directa de los arts. 8 y 332 de la Constitución (uruguaya), y la de la llamada aplicación indirecta de las normas constitucionales²¹⁸.

Tal como afirma Blengio, con sólidos fundamentos a los que nos remitimos, “la autonomía de la voluntad no es sino una manifestación específica del derecho a la libertad” (...), pero “tal libertad, no es por cierto plena pues está limitada por diversas causas”, entre las que menciona “la incidencia de las llamadas cláusulas generales como la buena fe, el abuso de derecho y el orden público” (...). En particular, agrega, “la autonomía de la voluntad resulta acotada por la incidencia de otro de los pilares que rigen la contratación: el principio de igualdad. Este ha sido consagrado en forma expresa e irrestricta al texto constitucional (art. 8) siendo plenamente aplicable al ámbito de las relaciones privadas, y, en especial, a las regidas por el derecho contractual”²¹⁹.

Agrega el autor que la afirmación de que “...el principio de igualdad rige en el ámbito de las relaciones entre particulares: a) Es una consecuencia necesaria de la asimilación del contrato a la ley (art. 1291 del CC); y b) Porque la aplicación directa es impuesta por el art. 332 de la Constitución (...). Por lo tanto, la aplicabilidad directa del principio constitucional al campo de las relaciones privadas (...) se erige en un firme soporte para sostener que el contrato debe ser un medio para la realización de la justicia conmutativa y un instrumento para la actuación de la justicia distributiva.”²²⁰

Se ha dicho, como argumento “para negar la aplicación del principio de igualdad al ámbito de la contratación privada”, que “admitir la aplicación del principio de igualdad implicaría desconocer la autonomía de la voluntad”. Responde Blengio con acierto que este argumento es de poco peso, ya que “tiene en su base una petición de principio: da por demostrada la prevalencia absoluta de un principio (el de la libertad de iniciativa) sobre otro (el de igualdad), cuando en realidad ambos tienen el mismo rango”. Y agrega: “La existencia de dos principios rectores de la contratación, autonomía de la voluntad (libertad) e igualdad, determina la necesidad de coordinarlos, por cuanto su aplicación puede apuntar en sentidos diversos y aún contrastantes.”²²¹

Los principios referidos y su interrelación, así como su aplicación armónica, aplican a los contratos en general, incluyendo los contratos internacionales, ya que se encartan en normas generales y de rango superior a las normas de DIPr, como son las constitucionales.

Cuando las partes actúan libremente, a través de un debido proceso de negociación, prestando ambas su consentimiento, la autonomía de la voluntad es aceptable y aceptada. El problema surge cuando la elección es unilateral, y la otra parte no tiene ninguna posibilidad de negociar dicha elección, de oponerse a ella, o de elegir otra fórmula. En esos casos, hay una parte que

²¹⁸ *Ibidem*, p. 55-82, p. 57-58. Ver también, del autor, “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera Parte”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXII, Montevideo, FCU, 2002, p. 571-588.

²¹⁹ Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82, p. 58.

²²⁰ *Ibidem*, p. 55-82, p. 59.

²²¹ *Ibidem*, p. 55-82, p. 59-60, con cita del renombrado constitucionalista Cassinelli Muñoz, agrega en nota al pie N° 12: “**En todo caso, si en punto al rango se quisieran encontrar diferencias, las mismas abonarían en favor del principio de igualdad, ya que según ha señalado Cassinelli (Cursillo, Cuadernos N° 13, 2ª serie, 1990, p. 190), por cuanto la previsión constitucional que lo consagra (art. 8) no prevé la posibilidad de que pueda ser limitado ni siquiera por razones de interés general, a diferencia de lo que sucede en el plano del derecho a la libertad (art. 7)**”.(el destacado es nuestro)

es, evidentemente, “contractualmente débil”, independientemente de su condición de consumidor o de comerciante, de trabajador o de profesional, de su mayor o menor información y poder económico²²².

Como bien advierte de Cores, “la existencia de una ‘parte débil’, convoca a la cuestión de la igualdad de las partes en la relación contractual, lo que trae a colación la aplicabilidad directa del principio constitucional de igualdad”. Y agrega más adelante, que “la Constitución incide en las relaciones contractuales limitando la autonomía de la voluntad de los contratantes”²²³. Ello parece indiscutible, ya que la norma constitucional tiene un rango jerárquico superior a la norma de DIPr autónoma²²⁴.

La elección de la ley tiene que ser compatible con el **principio de la igualdad de las partes ante la ley**, que en opinión de esta relatora, es un principio fundamental del orden público internacional uruguayo -y de otros países también-, consagrado **en las Constituciones y en los instrumentos de Derechos Humanos**²²⁵. El respeto a dicho principio no admite –en el ámbito de la contratación comercial internacional- validar eventuales casos de aprovechamiento de posición contractualmente dominante de una parte sobre la otra. Estas situaciones pueden darse en la práctica comercial internacional como resultado –no querido por el legislador- del juego de la normativa aplicable, en determinados casos donde una parte es contractualmente más fuerte que la otra. Esa mayor fortaleza o poder deriva de la posibilidad que tiene la parte, en la realidad del comercio internacional, de establecer unilateralmente las condiciones del contrato a través de contratos de adhesión en sus diversas variantes. Admitir en estos casos que una parte le pueda imponer a la otra la ley reguladora del contrato, e incluso la jurisdicción, desde una situación de poder contractual, económico o de otra índole (ej. situaciones de monopolio) que hagan del contrato un desequilibrio normativo, atentaría contra el principio de igualdad²²⁶.

Precisamente, uno de los reparos fundamentales de que fue objeto la Convención de México de 1994 fue “el no haberse excluido o al menos acotado en forma expresa del ámbito de aplicación de la Convención a los contratos de adhesión cuando éstos evidencian una flagrante ruptura del principio rector de la contratación: el libre consentimiento de las partes. O, en su defecto, un sucedáneo reparador”²²⁷.

A mayor abundamiento, explica de Cores analizando la “coordinación entre libertad e igualdad”, que “el Derecho de la Contratación y el Derecho Privado en general se fundamenta en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de las personas; pero advierte que, para lograr que tal libertad sea material y efectiva, es menester desarrollar positivamente los derechos y libertades fundamentales”. Y agrega en referencia a la función social del contrato, que la misma “no se presenta

²²² FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 224.

²²³ DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 563 y 567, con cita de abundante e importante doctrina nacional y extranjera.

²²⁴ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 224.

²²⁵ Por ejemplo, en el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos

²²⁶ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 224-225.

²²⁷ OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997, p. 56.

actualmente como excluyente de la autonomía privada, sino como correctivo: el contrato tiene que cumplir una función digna, evitando la preponderancia del individualismo exacerbado, hecho que contraría los intereses de los otros”. Y más adelante afirma que “tal como es propio del Derecho de los principios, no se postula la exclusión, sino la coexistencia de la libertad con la justicia y la igualdad”. Los principios individuales y los principios sociales de los contratos deben coexistir, y “es función del juez su aplicación coordinada...”²²⁸.

7. Grandes y pequeños o medianos comerciantes. “Contratos B2B y contratos B2b”

Vinculado al tema de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes, es muy interesante la distinción que desarrolla la doctrina en cuanto a la insuficiencia de los contratos B2B (*business to business*) y los contratos B2C (*business to consumer*) para contemplar la situación de las pequeñas y medianas empresas. El Derecho General de los contratos, explica de Cores, distingue una nueva categoría: los contratos entre empresas de la misma talla (B2B) y los contratos entre una empresa grande y una mediana o pequeña (B2b). También se les ha llamado, en la doctrina italiana, “contratos asimétricos”²²⁹.

Si se pusiera en pie de igualdad al comerciante que tiene el poder contractual suficiente como para establecer unilateralmente las condiciones generales del contrato, incluyendo la determinación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, que al comerciante que no tiene otra opción más que adherir o no contratar, considerando que el supuesto “consentimiento” de ambas partes vale lo mismo, se estaría tratando igual a desiguales²³⁰. Esta situación se agudiza cuando una parte del contrato opera en un sector del comercio internacional organizado en grupos sectoriales, gremiales, de interés o similares, que cuentan en los hechos con la posibilidad de regular el sector, a través de la elaboración de formularios, condiciones generales y demás modalidades utilizadas en forma monopólica por todos los comerciantes del sector. Nótese en este sentido que los criterios prohibidos de distinción establecidos –de forma no taxativa–, en el **art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** no refieren sólo a raza, color, sexo, idioma, religión, habitualmente invocados, sino también a “posición económica”. En los casos reseñados en este párrafo, es evidente que la “posición económica” pesa para determinar la diferencia entre las partes, aunque ambas sean comerciantes²³¹. El ejemplo típico, otra vez, es el transporte internacional en todos sus modos²³².

Esta relatora no ignora, obviamente, que en general una parte es contractualmente más fuerte que la otra, que es muy difícil que ambas tengan el mismo poder de negociación, pero considero que **este dato de la realidad no habilita al legislador -tampoco a los jueces- a consolidar situaciones**

²²⁸ DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 492-493.

²²⁹ *Ibidem*, p. 633-642.

²³⁰ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la Ley”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner / Patricia Uribe (Editores), Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 579-605, afirman en la p. 581: “...dotar de contenido concreto el mandato de tratar igual a los iguales y distinto a los desiguales es una tarea sumamente difícil en la medida en que es preciso determinar, dentro de la infinidad de semejanzas y diferencias que existen entre las situaciones o las personas, a cuáles se les debe dar mayor relevancia para determinar cuándo se puede decir qué o a qué se debe tratar igual.”

²³¹ *Ibidem*, pp. 579-605, los autores mencionan en la p. 601 como una de las características de los criterios prohibidos del art. 1.1 de la Convención: “...que *están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación*.” Esto es exactamente lo que ocurre en materia de transporte. Cuando se afirma que son usos y prácticas comerciales las que se plasman en las condiciones generales, se trata en realidad de prácticas unilaterales, no aceptadas por la parte que adhiere, y que constituyen abusos históricos de discriminación y subordinación del comerciante contractualmente débil al comerciante contractualmente fuerte.

²³² FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 228.

de desequilibrio y abuso. Por el contrario, es el legislador primero, y el juez después, quienes tienen por función salvaguardar un justo y adecuado equilibrio entre los derechos de ambas²³³. En este mismo sentido afirma de Cores con meridiana claridad: **“La conciencia contemporánea alcanza progresos en el sentido de percatarse de que el ideal clásico de libertad contractual depende por entero de un modelo de formación del contrato en el cual las transacciones sean negociadas por partes adecuadamente informadas y con el similar poder de negociación, y que arriben a acuerdos mutuamente beneficiosos que maximizarán las utilidades para ambas partes; pero que ese esquema es ilusorio. Por ello, la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato entran en diálogo con las aspiraciones genéricas de justicia contractual”**²³⁴.

Si queda en manos de una sola de las partes del contrato el establecer la ley y el juez, esa parte elegirá, obviamente, la ley y el juez que le resulten más conveniente (la ley con plazo de prescripción de la acción más breve, con límites de responsabilidad más bajos, el juez más inaccesible para la otra parte, etc.). Los comerciantes no son personajes idealistas, en busca del bien común, son personas que persiguen lucrar lo más posible con su actividad, y está bien y es razonable que así sea, pero no a costa de los derechos de los demás²³⁵.

En este mismo sentido, afirman Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca: “El riesgo de que, a través de los usos comerciales internacionales o de los contratos-tipo y condiciones generales elaborados unilateralmente se encubran y protejan los intereses de la parte más fuerte en la contratación mercantil internacional, no es una hipótesis que deba desecharse”²³⁶.

Se podrá decir: el mundo es así de injusto e inequitativo y no podemos ir contra eso. Respondo: en Uruguay fuimos contra eso durante más de cien años, con soluciones preceptivas, que a través del punto de conexión “lugar de cumplimiento” contenido en normas de conflicto autónomas (Apéndice) y convencionales (Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, que conservan toda su vigencia), garantizaron una justicia al menos formal y un razonable equilibrio entre los intereses siempre contrapuestos de las partes del contrato. Claro que ello no admitía la validez de las cláusulas unilaterales establecidas por la parte que emitía las condiciones generales del contrato, incluyendo cláusulas de “elección” de la ley aplicable y el juez competente (además de otras condiciones generales del contrato, como los límites de responsabilidad o su exoneración lisa y llana), mientras que el comerciante co-contratante sólo podía optar entre contratar o no contratar, lo cual en general no es una opción válida, en especial cuando no existen en el mercado condiciones generales alternativas.

En suma: es evidente que esto no se trata de un tema técnico jurídico ni de los “etéreos” e indefinidos intereses del comercio internacional, sino de fuertes intereses económicos contrapuestos entre los distintos participantes en el comercio internacional. Y la autonomía de la voluntad favorece al más fuerte, eso es innegable.

8. Cláusulas abusivas y desigualdad de poder de negociación

El estudio de Blengio referido en el numeral anterior aborda también el tema de la “noción de cláusula abusiva o vejatoria”, y del “desequilibrio arbitrario y la desigualdad de poder de negociar”. Sintéticamente, afirma el autor que “la libertad contractual de cada sujeto no debe interferir en el derecho de quien entra en contacto con él, de gozar de igual libertad negocial, por lo cual, **el fenómeno de la desigualdad de poder negocial que se traduzca en la prevalencia de una parte y**

²³³ *Ibidem*, p. 219-266, p. 228-229.

²³⁴ DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 528.

²³⁵ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 229.

²³⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 51.

la correlativa subordinación de la otra, con la pérdida consiguiente de libertad, como enseña Stathopoulos, no puede ser indiferente al derecho”²³⁷.

Blengio identifica como “abusiva, vejatoria o leonina, la cláusula de una especie contractual no paritaria, violatoria del principio de igualdad, que determina una relación arbitrariamente desequilibrada, en favor de la parte con mayor poder negocial”²³⁸. Y qué más desequilibrado puede haber, me pregunto, que una relación contractual en la que una parte establece todas las condiciones del contrato, incluyendo por supuesto la elección de la ley aplicable al mismo (y también la jurisdicción), y la otra parte sólo puede decidir si contratar o no, cuando no contratar no es una opción viable.

En este sentido, Blengio afirma que “el contrato llamado de adhesión, no agota el universo de las especies en las que puede aparecer en juego una cláusula abusiva. Y tampoco es el consumidor un protagonista cuya presencia sea indispensable para la existencia de tal tipo de cláusula”, sino que “una relación contractual injustificadamente desequilibrada, puede por ejemplo verificarse en la contratación entre profesionales. Y la especie no es precisamente de escasa trascendencia, como lo demuestra el examen de la cuestión en Francia (...)”. Y concluye que: “La cláusula abusiva se singularizaría entonces por dos elementos: a) Uno subjetivo: la existencia de partes contractuales dotadas de dispar poder de negociar y b) otro objetivo: una relación contractual injustificadamente desequilibrada en favor de la parte dominante”²³⁹.

9. La buena fe en la contratación y el orden público

Afirma Blengio, coincidiendo con Gamarra, que la buena fe “es una regla de conducta impregnada de contenido ético, que impone el deber de ajustar la conducta a un standard jurídico (como lo es el del buen padre de familia con relación a la culpa), que implica actuar con lealtad, corrección y honestidad”. Agrega luego el autor, con Schlechtriem, que “...los principios generales, como la buena fe se nutren de valores y standards de conducta que se encuentran en tres niveles: a) El de la Constitución, que es el más alto y el más importante; b) el de las leyes, incluyendo naturalmente al Código Civil; y c) el de las convicciones colectivas. Y entre los ejemplos referentes al primer nivel cita el caso de la ‘igualdad de poder negociador entre las partes, que debe ser considerada como un prerequisite constitucional de la libertad de contratar’.”²⁴⁰

Blengio concluye afirmando que, en su opinión, “...especialmente a la luz de la incidencia del principio de igualdad, que el ejercicio de una posición dominante que se traduzca en el marco de una relación contractual en una situación desequilibrada, en favor de la parte dotada de mayor poder, sería seguramente identificable, como un comportamiento contrario a la buena fe objetiva. Pues no se trata de considerar un estado subjetivo de error, sino la infracción a una norma de conducta, que impone actuar con lealtad y corrección, que abarca todo el iter vital del contrato. Por lo que, existiendo disparidad del poder de negociar, una relación arbitrariamente desequilibrada en favor del profesional o del proveedor, especialmente en el caso de un contrato de adhesión, entraña una conducta de éste que no encartaría en el standard del comportamiento leal y justo con la contraparte (y sería por lo tanto violatoria de la regla que ordena a los contratantes actuar de buena fe).” Y agrega más adelante que la buena fe “se erigiría en un límite a la autonomía privada cuya violación repercutiría en el plano de la (in)eficacia del negocio”²⁴¹.

Por último, Blengio adopta, siguiendo a Gamarra, una noción de orden público (sin especificar si refiere al interno o al internacional) que coincide en lo esencial con el concepto legal, doctrinario y

²³⁷ Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, pp. 55-82, p. 61, con cita de STATHOPOULOS, “Equality in the Law of Contracts”, en *Law in Motion, World Law Conference, International Encyclopedia of Laws*, Ed. Kluwer Law International, Brussels, 1997, p. 292.

²³⁸ Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82, p. 63.

²³⁹ *Ibidem*, p. 55-82, p. 62-64.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 55-82, p. 73.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 55-82, p. 75-76.

jurisprudencial de orden público internacional: “El orden público -afirma el jurista uruguayo-, puede definirse como el conjunto de principios fundamentales e intereses generales, sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado”²⁴². Con respecto al concepto de orden público internacional en el DIPr, puede verse la Declaración de Uruguay respecto del art. 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr (CIDIP-II, Montevideo, 1979)²⁴³, el art. 5 de la Ley General de DIPr N° 19.920 de 2020 (Uruguay)²⁴⁴, entre otras, y abundante doctrina²⁴⁵.

²⁴² *Ibidem*, p. 55-82, p. 77, con cita de Jorge GAMARRA, TDCU t. XIV, Montevideo, 1972, esp. P. 93, 190-192.

²⁴³ <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>

²⁴⁴ “(Orden público internacional).- Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica. Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte.”, en:

[https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-](https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020#:~:text=(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio),demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.)

[2020#:~:text=\(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio\),demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.](https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020#:~:text=(Separaci%C3%B3n%20conyugal%20y%20divorcio),demandado%2C%20a%20opci%C3%B3n%20del%20actor.)

²⁴⁵ Entre muchas otras obras, ver: ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Ed. Idea, 1982; BATTELLO CALERÓN, Silvio Javier, *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*, Córdoba, Advocatus, 2012; BÉLOHLÁVEK, Alexander J., “Public Policy and Public Interest in International Law and EU Law”, *Czech Yearbook of International Law*, New York, Juris Publishing Inc., 2012, p. 117-148; BLOM, Joost, “Public Policy in Private International Law and its Evolution in Time”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 50, Issue 03, Dec. 2003; BUCHER, Andreas, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des cours*, Vol 239 (1993); DE ROSAS, P.E., “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden Público en el ordenamiento del Mercosur”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, N° 22, 2003; DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El orden público subregional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Bs As, 1996, vol. 12, p. 507-538; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “El Orden Público como excepción al normal funcionamiento del sistema de conflicto”, en *Anuario Área Socio Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad de la República, 3, Orden Público, Seminario organizado por el Instituto de Historia del Derecho y Derecho Romano, FCU, 2007, p. 181-195; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Orden Público Internacional y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Privado de Familia”, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, T. II, 2014, p. 113-125 y en *El Derecho Internacional Privado y sus Desafíos en la Actualidad*, Alberto do Amaral Júnior / Luciane Klein Vieira (Coordinadores académicos), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 537-560; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “El orden público internacional, la flexibilización y los derechos humanos en el legado de CIDIP”, *ReASADIP* (2016), publicación electrónica, y en *Estudios de Derecho. Generación 1970. Una celebración Académica*, Montevideo, FCU, 2018, p. 73-89; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Public Policy: Common Principles in the American States”, *Recueil des cours*, Vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Public Policy in Private International Law: Guardian or Barrier?”, en *Diversity and Integration in Private International Law*, Edited by Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, Edinburgh University Press, 2019, p. 341-361; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Principios y fuentes del Derecho Internacional Privado. El jus cogens y los principios fundamentales”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado* N° 11 (2020), p. 277-295; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización. Curso de Derecho Internacional Privado, de acuerdo a la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de noviembre 2020*, Montevideo, FCU, 2021; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., *Texto y Contexto. Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920*, Montevideo, FCU, 2021; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Tomo I, Montevideo, FCU, 2022; IUD, Carolina, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, (N°) 8, setiembre 2013, La Ley, setiembre 2013, pp. 43-51;

Y concluye Blengio afirmando: “Esta manera de concebir el orden público ha de llevar a que, en el plano de las relaciones jurídicas patrimoniales, se considere contrario al mismo al contrato (o a alguna de sus cláusulas) que se dirija contra esos valores, principios e intereses. En cuyo plano, conviene volver a subrayarlo, por su particular incidencia sobre la específica cuestión de las cláusulas abusivas, habrá de jugar un rol relevante el principio de igualdad, con su esencia de justicia atributiva y retributiva, que lo hacen especialmente apto para configurar un especial sector del orden público, de protección, desde cuya perspectiva será necesario enfocar la función delimitante de la autonomía privada que el Ordenamiento Jurídico le asigna a esta cláusula general.”²⁴⁶

10. El rol del legislador y de los jueces: justicia formal y sustantiva

El legislador tradicionalmente establece por un lado reglas generales en materia de elección de ley y juez, y por otro lado identifica categorías de personas, grupos y tipos de contratos que necesitan protección y son excluidas de las normas generales. Habitualmente las normas -y la doctrina- refieren a consumidores, trabajadores, asegurados²⁴⁷, y tienen por objeto asegurar la justicia formal a través de normas especiales. Los sectores excluidos del régimen general autonomista varían de una legislación a otra; algunas exclusiones son a texto expreso, y otras quedan fuera del régimen general por no quedar comprendidas dentro del alcance extensivo de las normas generales²⁴⁸.

En cualquier caso, serán luego los jueces los que deberán velar por la justicia sustantiva en el caso concreto, garantizando en materia de contratos internacionales, incluyendo obviamente los comerciales, un equilibrio razonable y esperable por cualquier persona, la buena fe en la negociación, redacción y cumplimiento del contrato, entre otros principios. Para ello deberá recurrir a todas las herramientas que le brinda el DIPr y el Derecho en general, tanto el *hard law* como el *soft law*, y por supuesto, los instrumentos de Derechos Humanos. Dicha labor se torna particularmente importante frente a los contratos de adhesión y afines. Al respecto afirma Basedow como *rapporteur* del Instituto de Derecho Internacional, que son los jueces nacionales competentes para resolver los casos internacionales relativos a contratos de adhesión que incluyen cláusulas de elección de ley y/o juez los que deben garantizar que el abuso de posición dominante no ocurra, declarando nulas ese tipo de cláusulas²⁴⁹.

NASCIMENTOS REIS, R., “Orden Público del Mercosur. Un introito”, *Prismas: Direito Político, Público e Mundial*, Brasilia, vol. 4, Nº 2, pp. 115-130, jul.-dez. 2007; OPERTTI BADÁN, Didier, “El orden público internacional”, *Curso del Comité Jurídico Interamericano*, 1980; OPERTTI BADÁN, Didier, “Primera lectura (3.12.2020) de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay a cargo del Profesor Emérito de Derecho Internacional Privado Dr. Didier Operti Badán en el Aula “Tatiana Maekelt”, Caracas, 3 de diciembre de 2020”, *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p.13-35; SANTOS BELANDRO, Ruben, *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y su influencia sobre el Derecho regional*, Montevideo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República-FCU, 2015; SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley general de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano*. Curso general, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021; THOMA, Ioanna, “Public policy (ordre public), Basedow/Rühl/Ferrari/De Miguel (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, Volume II, p. 1453-1460, entre muchas otras obras generales (y especiales) que tratan el tema.

²⁴⁶ Juan BLENGIO, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82, p. 78.

²⁴⁷ NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 143-155.

²⁴⁸ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 226.

²⁴⁹ *Annuaire de l'Institut de Droit international - Session de Hyderabad 2017*, vol. 78 - *Délibérations Yearbook of Institute of International Law - Délibérations* EAN 978-2-233-00883-1 © éditions A.

En otras palabras, validar y aplicar una cláusula de elección de ley (o de juez) impuesta unilateralmente por una parte sobre la otra -más aún, cuando esta otra parte ni siquiera consintió dicha cláusula- violaría el orden público internacional uruguayo²⁵⁰.

En este sentido, cabe señalar, con Nygh, que en EE.UU. ha habido un fuerte movimiento académico para excluir a los contratos de adhesión del principio general de la autonomía de la voluntad, no siempre acompañado por la jurisprudencia²⁵¹. Cita a continuación dos autores, Ehrenzweig, quien afirma: “*The principle of party autonomy has no place in the conflicts law of standardized contracts*”²⁵²; y Weintraub, quien va incluso más allá y propone una regla compensatoria de nulidad diseñada para proteger contra los contratos de adhesión²⁵³.

El *Restatement (Second) on Conflict of Laws*, en su sección 187, comentario (b), establece una solución que, tal como advierte Nygh, es más cautelosa²⁵⁴: plantea que son los tribunales los que deben “escudriñar” los contratos de adhesión con cuidado y rechazar la aplicación de cualquier cláusula de elección de ley, si aplicarla resultara en una injusticia sustancial para quien adhiere²⁵⁵. Parece una solución equilibrada, que no implicaría el rechazo de plano de la cláusula, sino que dejaría en manos del juez su valoración.

11. Contratos con cláusulas estándar, de adhesión y sus variantes

Como viene de explicarse, resulta preocupante fundamentalmente el caso de los contratos de adhesión, contratos con condiciones generales preimpresas y demás modalidades afines, donde una de las partes tiene el poder de establecer el texto de esos contratos o condiciones generales, que incluyen cláusulas de elección de ley y juez, sin que exista ninguna posibilidad para la otra parte de negociar ni de modificar su contenido, y peor aún, muchas veces, ni siquiera de optar por otro formulario, otras condiciones generales, etc., dado que la oferta en el sector respectivo del comercio internacional es igual cualquiera sea el operador con el que se pretenda contratar (ej. típico, el transporte documentado en conocimientos de embarque, cartas de porte, etc., como se había advertido en el Grupo de Trabajo redactor de la LGDIPr uruguayo). Se trata de contratos entre comerciantes, que por más que tengan acceso a asesores legales, no tienen opción (*take-it-or-leave-it contracts*).

En estos casos se produce exactamente la hipótesis que de Cores describe en los siguientes términos: “la autodeterminación de una de las partes se encuentra seriamente bloqueada”. Quien adhiere a un contrato de adhesión, formulario, o con condiciones generales unilaterales, más aún cuando son de oferta monopólica, tiene su autodeterminación seriamente bloqueada, porque no tiene más alternativa que adherir o no contratar. **En estos casos, como afirma de Cores, “el ordenamiento**

Pedone, Quatrième question / Fourth question: Droits de l’homme et droit international privé Human Rights and Private International Law, Rapporteur: Jürgen BASEDOW, 4^{ème} commission, <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2018/12/8.-s%C3%A9ances-pl%C3%A9ni%C3%A8res-Basedow.pdf>, art.2.1 del proyecto de resolución, establece: « Les États respectent les droits de l’homme par l’intermédiaire de leurs organes, y compris les juridictions ordinaires dans les relations internationales entre personnes privées. Ces droits servent à contrôler et corriger, le cas échéant, les résultats obtenus par le jeu des règles de droit international privé. »

²⁵⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 226.

²⁵¹ NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p.152-153.

²⁵² EHRENZWEIG, Albert A., *A Treatise on Conflict of Laws*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1962, p. 457.

²⁵³ WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 3rd. ed., 1986, p. 397-398.

²⁵⁴ NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p.152-153.

²⁵⁵ Ver sobre este tema: OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997, p. 49-50 y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 29-31.

debe intervenir, compensando la vulnerabilidad de la situación contractual²⁵⁶. Nygh también reconoce que, de la mano con el creciente reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, existe un reconocimiento internacional de la necesidad de protección de las partes económicamente más débiles²⁵⁷.

Estas situaciones se producen no sólo respecto de consumidores, trabajadores y asegurados, sino también respecto de comerciantes. Como bien ha afirmado de Cores, siguiendo a Blengio, en posición compartible, “no es la calidad de consumidor o cualquier otro rol *per se* lo que hace necesaria una regulación normativa protectora, sino que lo es la posición de debilidad del sujeto frente a quien tiene una situación de mayor poder”. **Concluye admitiendo la posibilidad de aplicar las normas protectoras en materia de relaciones de consumo, por analogía, “a todos los supuestos en que existan partes con desigual poder negocial**²⁵⁸.

También Santos Belandro reconoce que el problema de la libertad irrestricta “es que puede atacarse la equidad y castigar a la parte débil del contrato”²⁵⁹. Y agrega citando a de Vasconcelos que: “las corrientes mayoritarias han concluido que es forzosa la constitución de límites a la autonomía, sobre todo en una sociedad global, definida por realidades económicas muy distintas. La ausencia de dichos límites culminaría fatalmente, en la explotación de los medianos y pequeños actores del mercado global. (...) Seguramente las restricciones al principio de la autonomía de la voluntad son necesarias y universalmente aceptadas. El gran reto es hallar el justo equilibrio entre la dosis de intervención estatal y el espacio para el ejercicio de la referida libertad. (...)”²⁶⁰.

Desde una perspectiva europea, Muir Watt afirma que se ha producido una progresiva transversalización de la protección al consumidor, que ha ido evolucionando de ser una excepción a ser la regla con respecto al suministro de bienes y servicios. Por lo tanto, agrega la reconocida jurista, “la autonomía de la voluntad de las partes se ve severamente restringida en un número creciente de circunstancias, aunque dentro de los límites seguros del mercado de consumo europeo. Sin embargo, es muy posible que sea necesaria una reformulación más radical de las cuestiones en juego. En el contexto rápidamente cambiante de la economía global, las verdaderas dificultades no son simplemente las prácticas de mercado moldeadas por partes más fuertes a través de la libre elección de la ley y el foro, sino las implicaciones del crecimiento de una autoridad privada hasta ahora inexplicable. Es necesario reconocer el papel que juega la autonomía de las partes en esta evolución antes de poder imaginar modelos apropiados de justicia social en el entorno legal inexplorado más allá del estado”²⁶¹. **Reconoce así la referida profesora francesa, que puede haber llegado la hora de**

²⁵⁶ DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 493.

²⁵⁷ NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 139.

²⁵⁸ DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 510-511, y cita de BLENGIO, Juan, “Ámbito subjetivo de aplicación de la ley de relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica”, en *ADCU*, T. XXX, Montevideo, FCU, 2000, p. 457. También cita la opinión contraria de MOLLA, Roque y GROISMANN, Carlos, “Crisis del sistema jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250”, en *ADCU*, T. XXXV, Montevideo, FCU, 2005, p. 719 y ss.

²⁵⁹ SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho Internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920 de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, p. 594.

²⁶⁰ DE VASCONCELOS PENANTE Jr., Francisco José, *La autonomía de la voluntad en el Reglamento Roma I y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable, de 17 de marzo de 1994 (CIDIP-V); La situación en Brasil*, Valencia, España, 2013, pp. 57 y 59, citado por SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho Internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920 de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, p. 594.

²⁶¹ MUIR WATT, Horatia, “Party Autonomy”, *Encyclopedia of Private International Law*, Volume 2, Entries I-Z, Edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio,

reformular ciertas cuestiones derivadas de las prácticas impuestas por la parte más fuerte a través de la libre elección de ley y juez.

En el mismo sentido, Mills sostiene que la autonomía conflictual en materia de ley aplicable, al igual que de jurisdicción, es con frecuencia restringida cuando la materia u objeto del contrato o las características de las partes sugieren una desigualdad que puede dejar a la parte más débil vulnerable de sufrir la imposición de una elección desventajosa para ella. Agrega que **semejante elección no será ni un verdadero acuerdo ni elegirá necesariamente la ley más apropiada para la relación jurídica entre las partes**. Por lo tanto, las varias justificaciones de la autonomía de las partes no serían apoyo suficiente para darles eficacia a dichas cláusulas. Afirma incluso que le resulta curioso que dichos casos de desigualdad no se hubieran excluido de la Convención de México de 1994²⁶².

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano en su Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, hace referencia al Comentario 5.4 a los Principios de La Haya: “El hecho de que los Principios estén diseñados únicamente para contratos comerciales hace innecesario someter la elección del derecho aplicable a los requisitos formales u otras restricciones similares para la protección de las partes supuestamente más débiles, como los consumidores o los trabajadores”. Y a continuación afirma: “Sin embargo, **una parte más débil puede ser cualquier persona que carezca de poder de negociación, lo que igualmente puede comprender los comerciantes y las pequeñas empresas**. Esto es especialmente cierto en el caso de los **contratos de adhesión** que contienen cláusulas predeterminadas en materia de elección del derecho, situación aún peor en el caso de una oferta monopólica en la cual no hay libertad para consentir en una cláusula sobre elección del derecho incluida por decisión de una parte”²⁶³.

En suma, cuando la libertad entra en conflicto con la igualdad, en el nuevo concepto de contrato de que habla de Cores “la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo comprobadamente habían llevado la predominancia de la voluntad del más fuerte sobre la del más vulnerable”²⁶⁴. El postulado tan claramente expresado por de Cores no puede ceder en aras del tan mentado y citado -aunque nunca definido- interés del comercio internacional. Favorecer y facilitar el comercio internacional no puede hacerse a costa de los principios fundamentales referidos²⁶⁵.

12. Las cláusulas libremente consentidas por ambas partes y las estipulaciones unilaterales

En general se argumenta en doctrina que la libertad contractual es parte esencial de la economía de mercado, que las partes deben ser libres de regular los términos y condiciones de sus contratos. No obstante, también se reconoce que el Estado debe regular dicha libertad, “primero, para

Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, p. 1336-1341, p. 1341. Traducción libre de la autora.

²⁶² MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 456-457.

²⁶³ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA/Ser. Q, ISBN 978-0-8270-6926-8, 2019, p. 146, N° 280.

²⁶⁴ DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 527-528, con cita de Cláudia LIMA MARQUES. Y continúa de Cores, con citas de Roger BROWNSWORD y de Jacques MESTRE: “Toman su lugar consideraciones generales tales como que cuando las partes no son libres e iguales en los hechos, la ley contractual funciona como una licencia para explotar la vulnerabilidad de la otra parte. De este modo, el desigual poder de negociación (*inequality of bargaining power*) justifica la intervención judicial, cuya meta es la protección de la relación contractual a través del equilibrio razonable de los intereses involucrados. En tales circunstancias no puede hacerse como que el contrato hubiera sido libremente concluido e igualitariamente compuesto: el juez puede borrar el abuso manifiesto y sancionar los principales desequilibrios rehusando a ejecutarlo”.

²⁶⁵ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 232-233.

proporcionar un marco dentro del cual las partes puedan operar, y segundo, para proteger ciertos intereses, ya sean del Estado mismo o de las partes que necesitan ser protegidas del abuso del poder económico (...)”²⁶⁶. Nygh hace referencia al ejemplo habitual de los consumidores y los empleados, como todos los autores, pero por cierto no son la única categoría de contratantes que requieren que el Estado preserve cierto marco legal equilibrado. Lo contrario sería dejar librado el mercado y los contratos internacionales a la ley del más fuerte²⁶⁷.

Afirma Basedow que “La libertad contractual sólo puede desarrollar su efecto de potenciar la eficiencia si los actores económicos pueden elegir entre varias opciones. (...) La importancia constitucional de la competencia para la vida económica permite apreciar mejor el carácter ambivalente de la libertad contractual”. Y agrega que “el derecho estatal debe conseguir que los términos contractuales desequilibrados redactados por los proveedores no puedan hacerse efectivos. De estas consideraciones se desprende que las disposiciones del derecho estatal concebidas para compensar los fallos del mercado deben ser imperativas²⁶⁸.”

En un interesante trabajo de Argerich y Capalbo sobre contratos comerciales internacionales elaborado “desde la perspectiva de la práctica legal”, los autores destacan que la determinación de la ley aplicable es un aspecto crucial cuando los operadores jurídicos están redactando un contrato internacional. Agregan que la elección de la ley puede ser un aspecto significativo de la negociación entre los abogados²⁶⁹. Ello ocurre en los contratos donde existe un escenario de negociación, donde las partes y sus abogados discuten las cláusulas del contrato, incluidas las de elección de ley y foro o arbitraje. En esos casos la autonomía de la voluntad es admitida en forma casi universal y está bien que así sea²⁷⁰.

Pero el problema es que en general -y la LGDIPr no es la excepción-, no se distingue entre unos y otros casos al regular el tema. Esta relatora ha sugerido en alguna oportunidad la exclusión de los contratos de adhesión, formulario, con condiciones generales y afines de la autonomía conflictual, y se me ha respondido que eso es imposible porque el comercio internacional se maneja en gran medida a través de ese tipo de contratos. Por eso mismo, porque en general los comerciantes no se sientan a negociar sus contratos, sino que utilizan formularios, condiciones generales y equivalentes, que redactó una parte y la otra solo puede tomarla o dejarla, pero en realidad tampoco puede dejarla porque no tiene otra opción en el mercado, es que surgen reparos con la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, en particular los comerciales de adhesión²⁷¹.

Los comerciantes podrán ser profesionales que se asesoran con sus abogados, pero cuando desaparece toda posibilidad de negociar o de optar por una solución diferente a la unilateralmente preestablecida, la autonomía conflictual resulta inaceptable. Es más, no se puede

²⁶⁶ Ver, por ej., NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 2

²⁶⁷ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 233.

²⁶⁸ BASEDOW, Jürgen, “El derecho privado estatal y la economía – El derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 5-27, p. 22-23.

²⁶⁹ ARGERICH, Guillermo y CAPALBO, María Laura, “Demystifying Private International Law for International Commercial Contracts”, *Diversity and Integration in Private International Law*, Edited by Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, Edinburgh University Press, www.edinburghuniversitypress.com, ISBN: 9781474447850, p. 325-340, p. 325 y 337.

²⁷⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 234.

²⁷¹ *Ibidem* p. 219-266, p. 234-235.

hablar en esos casos de “autonomía de la voluntad de las partes”, sino de “autonomía de la voluntad de la parte” que tiene suficiente poder, fuerza o potestades, en el rubro del comercio internacional en el que actúa, como para establecer unilateralmente sus condiciones a la otra parte, a quien sólo le resta adherir o no contratar, porque no tiene otra opción²⁷². El Comité Jurídico Interamericano, en su Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, ha reconocido que: “Los contratos estándar pueden presentar problemas dentro de un marco general de derecho contractual. Puesto que se encuentran predominantemente elaborados por o dirigidos a entidades empresariales que operan en los más importantes centros comerciales del mundo, pueden tener una utilidad limitada en otras aplicaciones. Asimismo, en la mayoría de los casos, su contenido es de formulación y en beneficio unilateral, además de que su redacción se encuentra inevitablemente influenciada por conceptos jurídicos de los respectivos países de origen”²⁷³.

Es obvio que una cláusula de elección de ley o juez obtenida por la fuerza, o mediante fraude, engaño o mecanismos equivalentes será nula. Lo que es más discutido en doctrina es el efecto del mayor poder de negociación. Toda la doctrina admite la necesidad de proteger a los consumidores, trabajadores y asegurados del mayor poder de negociación de su contraparte. En *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, ya comentado *supra*, el juez Burger fue más allá, y sostuvo que la elección de la ley (y del juez) **debe expresar la intención real de las partes, y no ser insertada en un contrato por una de las partes para su propio beneficio**²⁷⁴. Si bien fuera de EE.UU. no parece haber reglas específicas respecto de este punto, concluye afirmando Nygh que existe indubitablemente una política general de proteger a la parte económicamente débil²⁷⁵.

En cuanto al consentimiento en sí, afirma Nygh que la cuestión no debería limitarse a si las partes consintieron o no conforme a derecho, sino como una cuestión fáctica: si la elección del foro y/o de la ley fue hecha y si es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, asumir que la otra parte aceptó dicha elección²⁷⁶. No podría interpretarse que una parte consintió una cláusula de elección de ley o foro que le perjudica; ello no sería razonable²⁷⁷.

13. El justo equilibrio

De acuerdo a los argumentos que se vienen desarrollando, con sólido apoyo de doctrina de distintos países, parece razonable afirmar que sólo cuando existe un justo y razonable equilibrio entre libertad e igualdad, la elección de la ley aplicable -y del juez o árbitro- será válida. Admitir la autonomía de la voluntad conflictual, como hace la LGDIPr uruguaya en su art. 45, no implica validar la elección del más fuerte, lo cual alteraría el equilibrio y la equidad del contrato²⁷⁸.

El equilibrio y la equidad del contrato la tiene que garantizar el legislador a través de la norma, garantizando la justicia formal; pero si ello no le permitiera al juez llegar a una solución justa en el caso concreto, los institutos de la teoría general le proporcionan las herramientas para lograrlo. El rol del juez no es aplicar la ley como un autómata; si así fuera, utilizaríamos computadoras y no seres humanos pensantes para dictar sentencia. Cuando la conexión establecida es la voluntad de las partes, también es el legislador primero, y luego el juez, quienes deben garantizar al menos un “equilibrio mínimo” en el contrato²⁷⁹. Debe tenerse presente que, “...en los contratos entre

²⁷² *Ibidem*, p. 219-266, p. 235.

²⁷³ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA/Ser.Q, ISBN 978-0-8270-6926-8, 2019, p. 69-70, N° 88.

²⁷⁴ 407 US 1 (1972). NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 69; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991, p. 25-27.

²⁷⁵ NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 70-71.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 93.

²⁷⁷ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 219-266, p. 236.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 219-266, p. 236.

²⁷⁹ Afirma DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay,

desiguales, la virtualidad del contrato consistirá en el mantenimiento del equilibrio en la relación de cambio²⁸⁰, y esa tarea está en manos primero del legislador y luego de quien imparte justicia en el caso concreto (juez o árbitro).

En este sentido, y refiriendo a los contratos de adhesión, sostiene Gamarra que, a partir de la sanción de la ley de relaciones de consumo, todas sus cláusulas (salvo la equivalencia económica de las prestaciones) quedan sometidas al control del juez, quien determinará si violan el principio de equilibrio contractual o la igualdad, que ahora pasa a ser sustancial, y no meramente formal²⁸¹. Por lo tanto, las cláusulas de elección de ley y/o juez incluidas en contratos de adhesión quedan también sometidas al referido control²⁸².

En el mismo sentido, con respecto al equilibrio de derechos y obligaciones, son compartibles las afirmaciones de Basedow cuando, al referirse a la “elaboración normativa privada”, sostiene que se trata de una realidad, “aunque no hay ninguna duda de que el Estado puede interferir en las reglas privadas en cualquier momento a través de la legislación pertinente o de las decisiones judiciales. Dado el riesgo de parcialidad inherente en las reglas privadas, tal intervención estatal puede resultar necesaria para restablecer el equilibrio de derechos y obligaciones”²⁸³.

14. Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y su relevancia para el tema objeto de este Informe

Los Principios de UNIDROIT refieren especialmente a los **contratos con cláusulas estándar** en sus arts. 2.1.19 a 2.1.22.

El art. 2.1.19 (2) define qué se entiende por cláusulas estándar: “son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”. El comentario 2 aclara que “lo que es decisivo no es su presentación formal” (documento independiente, formulario, etc.) sino “que hayan sido predispuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y sean usadas en el caso concreto sin ser negociadas por la otra”.

El art. 2.1.19 (1) establece que “Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22”. Al respecto, el comentario 3 especifica que, por lo tanto, **“las cláusulas estándar propuestas por una parte obligan a la otra parte solamente en caso de aceptación...”**. Agrega que

2015, p. 494, con cita de doctrina francesa contemporánea, que el denominado equilibrio mínimo consiste en “...el mínimo de convergencia y solidaridad necesario en las relaciones actuales. En esa medida, las aspiraciones egoístas se reducen, dejando paso a la confianza mutua de los contratantes en la observancia de un equilibrio contractual, cuyo fundamento residiría en un deber de lealtad que impone a las partes un mínimo de solidaridad, consistente tanto en no aprovecharse unilateralmente del contrato como en no sacrificar los intereses del cocontratante”.

²⁸⁰ DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 532, con cita de Atilio ALTERINI (“La autonomía de la voluntad”, *Estudios de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 179). De Cores cita también, en el mismo sentido, a Henri BATIFFOL (« La ‘crise du contrat’ et sa portée », *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, t. XIII, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, Sirey, 1968, p. 26 y 30.

²⁸¹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. IX, Montevideo, FCU, 2003, p. 203, en DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 542.

²⁸² FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 237.

²⁸³ BASEDOW, Jürgen, “El derecho privado estatal y la economía – El derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), pp. 5-27, p. 24.

“las cláusulas estándar incorporadas al contrato escrito obligan a las partes por la simple **firma** del documento contractual entendido en su conjunto, por lo menos **siempre que dichas cláusulas sean reproducidas en la parte superior de la firma y no, por ejemplo, si se encuentran al reverso del documento**”. El ejemplo referido es no solo real, sino habitual: las condiciones generales de los conocimientos de embarque, cartas de porte y demás documentos análogos se encuentran siempre impresas al dorso, y en general sin firmar. En otras oportunidades, como le ha tocado ver personalmente a esta relatora, la firma se coloca en la parte superior de las condiciones generales impresas al dorso. Es evidente que esas cláusulas no fueron consentidas²⁸⁴.

El art. 2.1.20 refiere a las cláusulas sorprendentes, y establece que en principio las cláusulas estándar sólo obligan al adherente cuando éste las ha “**aceptado expresamente**”; de lo contrario no tienen eficacia. Establece en el comentario 1 una excepción importante a la eventual eficacia de dichas cláusulas: “no obstante la aceptación de tales cláusulas (estándar) en su conjunto, la parte adherente no queda obligada por aquellas cláusulas que por su contenido, terminología o presentación **no podían ser razonablemente previstas** por dicha parte”. Y el comentario 2 expresa: “Para determinar si una estipulación es inusual, debe tomarse en cuenta, por un lado, las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate y, por otro lado, las negociaciones individuales entabladas entre las partes”. Es decir, deben tomarse en cuenta ambos criterios.

El art. 1.7 (**Buena fe y lealtad negocial**) impone a las partes el deber de actuar con buena fe y lealtad negocial. Los contratos comerciales internacionales, incluyendo obviamente las cláusulas de elección de ley -así como de juez-, deberán interpretarse a la luz de estos criterios, invalidando aquellas cláusulas que denoten mala fe o falta de lealtad negocial. Estos principios cobran particular relevancia en los casos en que la elección de la ley (o del juez o árbitro) fue impuesta, por una parte. Advierte Nygh que esta circunstancia puede bien ser la causa para ignorar la elección²⁸⁵. Cordero Moss muestra, a partir de dos casos, que “no hay un concepto uniforme de buena fe y lealtad negocial que pueda ser válido para todos los tipos de contratos a un nivel internacional”. Menciona como una de las causas de ello que “la práctica contractual está, en general, adoptando contratos modelos preparados sobre la base del derecho inglés, o, al menos, de sistemas del *common law*”, (...) “cuya estructura misma rechaza la injerencia de la buena fe”²⁸⁶, lo cual sorprende a alguien con formación civilista.

El art. 1.9 (**Usos y prácticas**) establece que las partes están obligadas por cualquier uso que hayan convenido, es decir, consensuado, acordado, lo que **excluye aquellos que son meramente unilaterales, o incluso han sido cuestionados en sede judicial o arbitral**. Tampoco basta con que los usos sean ampliamente conocidos: deben además ser regularmente observados y no deben ser irrazonables.

El art. 3.2.7 (**Excesiva desproporción**) permite a una de las partes anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva (nal. 1), y establece que los factores a tener en cuenta a esos efectos son: “(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato”²⁸⁷. Merece especial atención que uno de los criterios para determinar si hubo una ventaja injustificada a favor de una parte, debe tenerse en cuenta la “**posición negociadora desigual**” (Comentario 2).

²⁸⁴ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 254-255.

²⁸⁵ NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 68.

²⁸⁶ CORDERO MOSS, Giuditta, “El derecho contractual general y su (limitada) aptitud para ser armonizado”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 29-50, p. 44-45.

²⁸⁷ *Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Asunción, CEDEP – Intercontinental Editora, UNIDROIT, 2016, y <https://www.unidroit.org/contracts>

El art. 4.6 (**Interpretación contra proferentem**) es de particular relevancia respecto de los contratos de adhesión y análogos, porque son redactados por una sola de las partes.

15. Los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya y su relevancia para el tema objeto de este Informe

Los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya²⁸⁸ establecen en su art. 3: “Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de *normas neutrales y equilibradas*, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro.”

Este artículo permite a las partes elegir derecho no estatal, con la condición de que esas normas de derecho no estatal gocen de “reconocimiento general en un ámbito superior al nacional. En otras palabras, las ‘normas de Derecho’ no pueden hacer referencia a un conjunto de normas contenidas en el propio contrato, a las cláusulas estándar de una de las partes ni a un conjunto de condiciones locales específicas de un sector” (Comentario 3.4). Y más adelante, el comentario 3.9, agrega que “El art. 3 exige que las ‘normas de Derecho’ sean generalmente aceptadas, con tres características: deben ser un *conjunto de normas*, el conjunto debe ser *neutral y equilibrado*. (...)” (Destacado en el original)²⁸⁹.

Respecto al requisito de la *neutralidad*, el Comentario 3.11 establece que el mismo se cumple siempre que “la fuente de las ‘normas de Derecho’ sea reconocida de forma general como un órgano neutral e imparcial, es decir, un órgano que representa distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas. En cuanto al requisito de que el conjunto de normas de Derecho sea *equilibrado*, el Comentario 3.12 establece que el mismo “se justifica por: (i) la presunción subyacente a la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales según la cual las partes tienen un poder de negociación relativamente igual; y (ii) el hecho de que la presunción de que las leyes estatales son equilibradas no es necesariamente extrapolable a las ‘normas de Derecho’. Este requisito probablemente impida la elección de un conjunto de normas que beneficien a una de las partes de las operaciones en un sector regional o global concreto”²⁹⁰.

El Comité Jurídico Interamericano, en su Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, establece que con la exigencia que hacen los Principios de La Haya de que las normas sean “neutrales y equilibradas”, “se pretende responder a la inquietud de que el poder negociador desigual lleve a la aplicación de reglas injustas o inequitativas”. Agrega más adelante que **“es obvio que las cláusulas o condiciones contractuales redactadas unilateralmente no pueden considerarse como derecho no estatal que pueda elegirse como derecho aplicable”**²⁹¹.

V. CONCLUSIONES

1. El tema bajo análisis ha sido poco explorado en todos los niveles, legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Los especialistas consultados coincidieron en que no existen respuestas frente 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. La mayoría de las respuestas recibidas reconocen la necesidad o conveniencia de atender esta situación. Ello sin perjuicio de reconocer el valor de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales.

²⁸⁸ <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf> Destacado nuestro.

²⁸⁹ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020), Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266, p. 257.

²⁹⁰ <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>, p. 42-43. Destacado nuestro.

²⁹¹ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA, 2019, p. 110-111, Nº 192 y Nº 194.

2. En general, las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, contratos en que ambas partes tienen poder de negociación equivalente, aunque no sea idéntico, y no para los contratos con cláusulas estándar, asimétricos, de adhesión, o análogos, en que una parte establece las condiciones y la otra adhiere o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas pre establecidas unilateralmente.

3. En opinión de esta relatora, ello confirma la hipótesis de la que partimos al proponer el tema en el 98° período de sesiones del CJI y demuestra la necesidad y conveniencia de brindar las Recomendaciones sobre posibles buenas prácticas en materia de contratos internacionales entre comerciantes con parte contractualmente débil.

RECOMENDACIONES Y POSIBLES BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES ENTRE COMERCIANTES CON PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL

Parte 1. Objetivos de estas recomendaciones y posibles buenas prácticas y su justificación

1. El objetivo de este Informe y recomendaciones de posibles buenas prácticas sobre Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil es profundizar sobre un tema en general desatendido tanto por los instrumentos de *hard law* como de *soft law*.

2. El Informe pretende complementar los mecanismos generales ya existentes para evitar abusos de la parte contractualmente fuerte sobre la débil (las normas de policía, de aplicación inmediata o necesaria, la excepción de orden público internacional y el fraude a la ley) (*mandatory rules, international public policy reservation and evasión of law*) y las escasas normas especiales sobre el tema, por entender que se trata de protecciones insuficientes.

3. El Informe ofrece a los operadores jurídicos -jueces, árbitros, abogados, entre otros- recomendaciones y sugerencias con respecto a las cláusulas de elección de ley y juez en los contratos de adhesión o cualquier otra forma de contrato asimétrico. Dichas recomendaciones y sugerencias podrán ser utilizadas para interpretar las escasas normas específicas existentes y particularmente en ausencia de normas que refieran a contratos comerciales internacionales asimétricos.

4. El Informe y las recomendaciones y sugerencias con que este concluye, responde a la constatación de que en general las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, y no para los contratos de adhesión

5. En los contratos comerciales internacionales de adhesión, el comerciante que adhiere está en situación idéntica o al menos muy similar o equivalente a la del consumidor que adhiere, ya que en ninguno de los dos casos quien adhiere puede negociar las condiciones unilaterales establecidas por la otra parte. No obstante, no todos los sistemas jurídicos admiten extender las normas de protección del consumidor a los comerciantes.

6. La inexistencia, o en el mejor de los casos insuficiencia de normas que contemplen esta problemática, que se constata en la mayoría de los países -y sistemas convencionales- hace necesario este Informe y sus recomendaciones y sugerencias, para que opere como un instrumento útil de *soft law*, ofrecido por el Comité Jurídico Interamericano a los operadores jurídicos.

Parte 2. Recomendaciones, sugerencias y posibles buenas prácticas en materia de contratos comerciales con parte contractualmente débil

Cabe señalar que las recomendaciones que aquí se formulan están en concordancia con *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA, 2019.

Recomendación 1. Existencia y validez del consentimiento de ambas partes del contrato

Se recomienda que las cláusulas de elección de ley y/o juez hayan sido consentidas de manera efectiva y válida por todas las partes del contrato. Se recomienda que el juez o árbitro constate en cada

caso concreto y de acuerdo a las circunstancias del caso la existencia o no de los elementos de validez del consentimiento de ambas partes respecto de la cláusula de elección de ley y/o juez.

Comentario:

A los efectos de determinar si existió o no consentimiento válido de la parte que adhiere a las condiciones generales, y específicamente a las cláusulas de elección de ley y juez contenidas en ellas, se analizará en especial si no fue obtenido en forma abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto, de conformidad con la *lex fori* (Fuente: el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94.)

Se tendrá en cuenta también si dichas condiciones son de oferta monopólica, careciendo quien adhiere de la posibilidad de elegir otras condiciones.

Que la cláusula de elección de ley o de juez sea claramente desfavorable a la parte que adhiere será un indicador de la ausencia de consentimiento de su parte.

El acuerdo puede ser expreso o tácito²⁹², siempre que se desprenda en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (art. 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994).

Esta regla es armónica con el art. 3.a) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005), que define al "acuerdo exclusivo de elección de foro" como "un acuerdo celebrado por dos o más partes", lo que excluye las cláusulas redactadas unilateralmente por una de las partes e incluidas en condiciones generales pre impresas. El literal d) reafirma dicha interpretación, desde que establece la independencia del acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato, de las demás cláusulas del mismo. Por tanto, quien adhiere al contrato con condiciones generales u otras formas de contratos asimétricos debería consentir no sólo el contrato, sino también la cláusula de elección de foro (y/o de ley).

En los casos en que se pretenda hacer valer las cláusulas de elección de juez y/o ley frente a terceros, se aplicará el mismo criterio: el tercero debe consentir la respectiva cláusula. De lo contrario, las referidas cláusulas no le serán imponibles.

Si el juez (o el árbitro) concluye que la cláusula de elección de ley y/o juez no es válida, determinará la ley aplicable y/o la jurisdicción internacionalmente competente de conformidad con las normas de DIPr que resulten aplicables, a falta de elección válida. Dichas normas de DIPr serán convencionales, o en su defecto, las normas de DIPr nacionales o autónomas del Estado del foro. No habrá una "ruptura" del acuerdo de elección de foro y/o de ley, sencillamente porque ese acuerdo no es válido.

Recomendación 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez y carga de la prueba del consentimiento

Se recomienda que el acuerdo expreso de elección de ley o de juez se documente por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que pueda ser accesible para su ulterior consulta. La carga de la prueba de que existió consentimiento libre por ambas partes corresponde a la parte que redactó el contrato de adhesión.

Comentario:

Esta recomendación se inspira, entre otras fuentes, en el art. 3.c) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (La Haya, 2005) y en el art. 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. CMC/Dec. 1/94.

Esta Recomendación es acorde con la legislación de varios países, como por ejemplo de Argentina (art. 2607 CCCN), Brasil (art. 63(3) del CPC), Uruguay (art. 60 de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920) y República Dominicana (art. 18.II de la Ley N° 544-14)

El hecho de que la cláusula de elección de ley y/o juez conste por escrito no es suficiente para que exista consentimiento válido de ambas partes. Encontramos en el derecho comparado, que el

²⁹² Nótese que algunos sistemas autónomos de DIPr admiten la elección tácita de las cláusulas de elección de ley y/o juez, como, por ejemplo, el art. 45.4 de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay y el arts. 12 y 58 de la Ley N° 544-14 de República Dominicana, mientras que otras no la admiten, como el art. 2095 del C. Civil peruano.

escrito no firmado no implica consentimiento, sino que éste se manifiesta a través de la firma u otra forma comprobable de la voluntad de la parte. Como ha dicho la jurisprudencia, “los impresos por sí solos a nadie obligan”²⁹³. De todas formas, se reitera que estas Recomendaciones no son vinculantes.

Además, la recomendación propuesta se inspira en un instrumento universal de *soft law*, como son los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, ya analizados supra, en especial en el Comentario 3 a los arts. 2.1.20 a 22, y en el art. 2.1.20.

Recomendación 3. Interpretación general de las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes

Se recomienda que, al interpretar las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes, se tenga en cuenta que los sistemas autonomistas han sido diseñados para regular contratos paritarios o de libre discusión, y se recurra, cuando se entienda necesario, a los mecanismos que ofrece el Derecho Internacional Privado (excepción de orden público internacional, excepción de fraude a la ley, normas de aplicación necesaria, etc.) para mitigar las posibles injusticias o desequilibrios que se podrían derivar de la aplicación del sistema autonomista pleno a los contratos de adhesión o equivalentes.

Comentario:

Es al juez o árbitro a quien corresponde hacer justicia en el caso concreto, no sólo justicia formal sino también justicia material o sustantiva, y mantener un equilibrio mínimamente garantista en el contrato.

El sólo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley; para ello es necesario que la cláusula vaya en detrimento de la parte más débil²⁹⁴, lo que puede ser un buen criterio para el aplicador del derecho a la hora de interpretar y evaluar las cláusulas de elección de ley y/o juez.

Recomendación 4. Interpretación específica de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes

Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión que impidan o dificulten²⁹⁵ el acceso a la justicia a la parte que adhiere, no sean consideradas oponibles a este último.

Comentario:

El acceso a la justicia efectiva es un principio fundamental de reconocimiento universal, receptado expresamente en varias convenciones y otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6), los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), y también en las Constituciones nacionales.

Asimismo, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha reconocido “Que ampliar el acceso a la justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos humanos y la gobernabilidad democrática; asimismo, es indispensable en el marco de estrategias exitosas de seguridad ciudadana, así como para la eliminación de la pobreza y la desigualdad”²⁹⁶.

²⁹³ El magistrado Dr. Almirati sostuvo: “en tanto la legislación nacional no sea modificada, las obligaciones entre las partes, cualquiera sea su origen, emanan de su expresión de voluntad expresada con la firma del documento del caso o documento anexo debidamente identificado. Los impresos por sí solos, a nadie obligan”, en Sentencia N° 147, 24/5/988, Uruguay, publicada en *Revista de Transporte y Seguros* N° 2, 1989, caso N° 19, p. 47.

²⁹⁴ Eugene F. SCOLES & Peter HAY, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 640-641.

²⁹⁵ Sugerencia de la Dra. Carolina Iud, Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.

²⁹⁶ AG/RES. 2703 (XLII-O/12) FORTALECIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES DEL PROGRAMA INTERAMERICANO DE FACILITADORES JUDICIALES (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2703_XLII-O-12.pdf

En consecuencia, una cláusula de elección de foro incluida unilateralmente en condiciones generales u otras modalidades de contratos de adhesión que, en caso de producirse un diferendo, impida el acceso a la justicia a la parte que adhiere al contrato, no puede ser validada.

La imposibilidad de acceso a la justicia puede deberse a diversos factores, pero muchas veces es consecuencia de circunstancias económicas, como por ejemplo cuando el monto de la reclamación no amerita litigar en el extranjero porque los costos de ello son superiores al monto reclamado.

Esta recomendación es armónica con la sentencia de la Suprema Corte de EE.UU. en el caso *The Bremen vs Zapata Off-Shore Co.*, analizada en este Informe.

Recomendación 5. Aceptación de la cláusula de elección de foro incluida en contratos de adhesión o equivalentes por la parte que adhiere

Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión sean consideradas válidas y ejecutables cuando la parte que adhiere las acepte expresamente. En este caso, quien redactó las condiciones generales del contrato no podrá oponerse a dicha aceptación y a la aplicación de la respectiva cláusula.

Comentario:

Dicha aceptación puede ser expresa o manifestarse mediante la presentación de la demanda ante el foro elegido en la cláusula. En este caso, la ausencia inicial de consentimiento se subsana en una etapa posterior a la celebración del contrato. Esta recomendación se inspira en las diversas normas convencionales y autónomas que admiten la elección de ley o juez en cualquier etapa de la vida del contrato. Así, por ejemplo, el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 45 de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 de Uruguay, entre otras.

Recomendación 6. Interpretación específica de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes

Se recomienda que no se les reconozca eficacia a las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos con cláusulas estándar o de adhesión que favorezcan a quien emitió unilateralmente las condiciones generales en las que la cláusula fue incluida, perjudicando a la parte que adhiere, a menos que la parte que adhiere acepte expresamente la aplicación de dicha ley. En caso de duda, las referidas cláusulas deberían ser interpretadas *contra proferentem*.

Comentario:

Esta Recomendación se inspira en el art. 4.6 (Interpretación *contra proferentem*) de los Principios de UNIDROIT, que resulta de particular relevancia respecto de los contratos de adhesión y análogos, que son redactados por una sola de las partes.

En caso de invalidez de la cláusula de elección de ley, el juez procederá como es de rigor en estos casos, conforme a sus normas de conflicto.

Recomendación 7. Justicia sustantiva en el caso concreto

Se recomienda que el juez (o árbitro) rechace la aplicación de cualquier cláusula de elección de ley (o juez) inserta en las condiciones generales de un contrato comercial internacional de adhesión, si aplicarla resultara en una situación desequilibrada o manifiestamente adversa para quien adhiere.

Comentario:

Esta recomendación se basa en el comentario (b) a la sección 187 del *Restatement (Second) on Conflict of Laws*, en el art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979), y en el art. 11 de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay.

Recomendación 8. Leyes de policía, de aplicación inmediata o necesaria

Se recomienda que en ningún caso las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos constituyan un impedimento para la aplicación de las disposiciones imperativas del foro. Se sugiere que se tomen en cuenta también las

disposiciones imperativas de otros foros con los cuales el contrato tenga vínculos relevantes a criterio del juez actuante²⁹⁷.

Comentarios:

Esta regla se inspira en la Recomendación 17.1 de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas elaborada por el Comité Jurídico Interamericano, OEA.

En el **Informe de la ILS-ABA (EE.UU.)**²⁹⁸ se afirma que debería limitarse al foro donde se pretende hacer valer el contrato. El texto reformulado en este tercer informe toma en cuenta esta sugerencia.

Nótese que, en cuanto a la aplicación de las **normas de policía extranjeras**, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU., la misma es reconocida en varios textos de DIPr. Mohamed Salah²⁹⁹ menciona las siguientes: art. 16 de la Convención de la Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación; el art. 7.1 de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada); el art. 11.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales³⁰⁰. En cuanto a las normas de DIPr nacionales o autónomas, admiten la aplicación de las normas de policía de terceros Estados, con mayor o menor amplitud, el art. 6.2 de la LGDIPr N° 19.920 de Uruguay, el art. 19 de la ley federal suiza de DIPr, y el art. 3079 del Código Civil de Québec, entre otras³⁰¹.

Recomendación 9. Orden público internacional

Se recomienda que en ningún caso se les reconocerá eficacia a las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos cuya aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público internacional del foro.

Comentarios:

Esta regla se inspira en la Recomendación 17.1 de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas elaborada por el Comité Jurídico Interamericano, OEA. Está en línea, además, con el artículo 18 de la Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y el artículo 11 de los Principios de La Haya.

Recomendación 10. A los legisladores

Se recomienda a los legisladores nacionales que tomen en consideración este Informe y las Recomendaciones que anteceden al elaborar normas de Derecho Internacional Privado sobre contratos internacionales.

* * *

BIBLIOGRAFÍA

(consultada por la relatora para la elaboración de este Informe)

ARGERICH, Guillermo y CAPALBO, María Laura, “Demystifying Private International Law for International Commercial Contracts”, *Diversity and Integration in Private International Law*, Edited by Verónica Ruiz Abou-Nigm and María Blanca Noodt Taquela, Edinburgh University Press, www.edinburghuniversitypress.com, ISBN: 9781474447850, p. 325-340.

²⁹⁷ Sugerencia de la Dra. Carolina Iud, Asesora Jurídica de la Cancillería argentina, en reunión de setiembre de 2022.

²⁹⁸ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION INTERNATIONAL LAW SECTION ON THE SECOND PROGRESS REPORT ON “CONTRACTS BETWEEN MERCHANTS WITH A CONTRACTUALLY WEAKER PARTY” OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, July 15, 2022.

²⁹⁹ MOHAMED SALAH, MAHMOUD, “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005, p. 141-264, p. 228-230.

³⁰⁰ Ver detalle en el capítulo IV.3 de este Informe.

³⁰¹ Ver detalle en el capítulo IV.3 de este Informe.

- BASEDOW, Jürgen, “El derecho privado estatal y la economía – El derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 5-27.
- BLENGIO, Juan, “Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, 2001, p. 55-82.
- BLENGIO, Juan, “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera Parte”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXII, Montevideo, FCU, 2002, p. 571-588.
- BLOM, Joost, “Canada”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1950-1959.
- BOGGIANO, Antonio, “International Standard Contracts, A Comparative Study”, *Recueil des Cours*, 1981-I, pp. 9-113.
- BOGGIANO, Antonio, *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- BOUTIN, Gilberto, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Panamá, Edición Maître Boutin, 2006.
- BURT, Esteban, “Ley de representación, agencias y distribución”, LLP 1999, p. 381, PY/DOC/381/2007.
- CAPPAGLI, Alberto C., “A medio siglo de ‘Compte c/Ibarra’”, en *Revista del Colegio de Abogados de Bs.As.*, año 1986, T.XLVI, No. 3.
- CORDERO MOSS, Giuditta, “El derecho contractual general y su (limitada) aptitud para ser armonizado”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 29-50.
- DE CORES HELGUERA, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015.
- DÍAZ SIERRA, María del Carmen, “Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?”, <http://revistaderecho.um.edu.uy> 2012/12.
- DOS SANTOS MIRANDA, Manuel, “La Protección Legal de los Consumidores en Paraguay”, disponible en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Manuel-Dos-Santos-M-Proteccion-Legal-Consumidores-Py.pdf>
- EHRENZWEIG, Albert A., *A Treatise on Conflict of Laws*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1962.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, “Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia de 2013”, *Rev. Boliv. De derecho* n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, p.16-63, <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a02.pdf>
- FARIÑA, Macarena, “Primeras aproximaciones a la Ley General de Derecho Internacional Privado”, *Tribuna del Abogado*, N° 217 enero/marzo 2021, Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay, p. 14-23.
- FARIÑA, Macarena, “El nuevo régimen en materia de relaciones de consumo internacionales: ¿una solución suficiente para los reclamos de los cyberconsumidores?”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 367-390.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Cuba”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2002-2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Dominican Republic”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, pp. 2036-2043.

- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991 (Tesis para acceder al título de Profesor Adscripto de la Facultad de Derecho de la UdelaR aprobada con sobresaliente. Premio único mejor obra en la categoría Ciencias Sociales y Jurídicas, otorgado por el Ministerio de Educación y Cultura por resolución del 13 de octubre de 1992).
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, *Curso de Derecho Internacional*, XXXI, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Vol, 2, Montevideo, FCU, 2009.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Normas de Derecho Internacional Privado en las Leyes N° 18.803 y 19.246 de Derecho Marítimo”, *Reforma del Derecho Marítimo Uruguayo*, Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo, Fernando Aguirre Ramírez (coordinador), Montevideo, FCU, 2015, p. 127-168.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Actualización Curso de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, 2021, p. 70-103.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., *Texto y Contexto de la Ley General de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, FCU, abril 2021.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920”, en *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Eduardo Vescovi (Coordinador), Montevideo, Ed. Idea, 2022, p. 219-266.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Montevideo, FCU, 2022.
- LIMA MARQUES, Claudia, LIXINSKI, Lucas y BAQUERO, Pablo Marcello, “Brazil”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1928-1939.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio, “Perú”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2410-2420.
- LOWENFELD, Andreas F., *Conflict of Laws*, Cases and Material Series, Matthew Bender & Co., Inc., New York, 1986.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Venezuela”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2647-2658.
- MALVAGNI, Atilio, *Contratos de Transporte por Agua*, Ed. De Palma, Bs.As., 1956.
- MILLS, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018.
- MOHAMED MAHMOUD, M.S., “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, T. 315, 2005.
- MONGE TALAVERA, Luz, “Ley aplicable a los contratos internacionales en el derecho peruano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, p. 944-969.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, Asunción, CEDEP—Intercontinental Editora, 2013.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, La CIDIP-VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en: <http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf>
- MUIR WATT, Horatia, “Party autonomy”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 2, p. 1336-1341.

- MUIR WATT, Horatia, “El equilibrio económico en los acuerdos de elección de foro”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, 1er volumen de la Colección Biblioteca de Derecho Global, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Directores), p. 129-150.
- NYGH, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- OGUNRANTI, Akinwumi, “The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?”, (LLM Thesis, Dalhousie University, Schulich School of Law, 2017) [Unpublished], https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/llm_theses/95/
- OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997.
- PÉREZ LOOSE, Hernán, “Ecuador”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2043-2053.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo, “Chile”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 1959-1969.
- RAY, José Domingo, “La cláusula atributiva de jurisdicción”, (Separata de Lecciones y Ensayos No.15), Bs.As., 1960.
- RÜHL, Giesela, “The Protection of Weaker Parties in the Private international law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy” (2014) 10 J Priv Int L, p. 335-358.
- SANTOS BELANDRO, Ruben, *Ley General de Derecho Internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920 de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021.
- SCOLES, Eugene F. & HAY, Peter, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982.
- SERRA FREIRE, Paula, “L’autonomie de la volonté et les contrats de consommation: une étude sur la clause attributive de juridiction”, en *Contratos Internacionales*, Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (Directores), Biblioteca de Derecho de la Globalización, ASADIP – OEA, Buenos Aire, 2016, p. 483-508.
- SILBERMAN, Linda, “USA”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p. 2637-2647.
- SIQUEIROS, José Luis, Ley aplicable en materia de contratación internacional, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/9, Washington, OEA, 1991.
- SYMEONIDES, Symeon C., *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2014.
- TALICE, Jorge, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU (copatrocinado por la OEA), p. 527-562.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la Ley”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner / Patricia Uribe (Editores), Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 579-605.
- WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 3rd. ed., 1986.
- YEE WAH CHIN, « What Role for Abuse of Superior Bargaining Position Laws? », *New York Law Journal*, Volume 256-Nº 3, Wednesday, July 6, 2016, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2806417>
- ZAPATA GIRALDO, Adriana, “Colombia”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, Volume 3, p.1981-1990.

CAPÍTULO III

**ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
DURANTE EL AÑO 2023**

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. 705/23	Informe del Presidente del Comité Jurídico Interamericano ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la Organización de los Estados Americanos (20 de abril, de 2023) (Presentado por el doctor José Antonio Moreno Rodríguez)
CP/CAJP-3733/23 corr. 1	Síntesis de la presentación del informe anual del Comité Jurídico Interamericano por parte de su presidente el doctor José Moreno Rodríguez ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y políticos - (20 de abril de 2023) (Documento elaborado por el Departamento de Derecho)
CJI/doc. 704/23	Informe del Presidente del Comité Jurídico Interamericano ante la Quincuagésima Tercera Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C., 23 de junio de 2023) (Presentado por el doctor Luis García-Corrochano Moyano)

* * *

El jueves 20 de abril de 2023, el Presidente del Comité Jurídico Interamericano, doctor José Antonio Moreno Rodríguez presentó ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos el informe anual del CJI, correspondientes a las actividades celebradas en el curso del año 2022. En la ocasión, el Presidente rindió cuenta de los tres documentos remitidos a la Asamblea General para su debido conocimiento y consideración: la *Declaración sobre el derecho internacional* (CJI/DEC. 02 (CI-O/22)); el informe sobre el *Derecho Internacional aplicable al ciberespacio* (documento CJI/doc. 671/21 rev.1), y la *“Declaración sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático* (documento CJI/DEC. 03 (CI-O/22) corr.1).

El viernes 23 de junio de 2023, el Presidente del Comité, doctor José Antonio Moreno Rodríguez, presentó el “Informe Anual- 2022” ante la Asamblea General en su período ordinario de sesiones que tuvo lugar en Washington, D.C. (documento CJI/doc. 704/23). En la ocasión reiteró el resultado de los tres informes adoptados en el curso del período bajo examen. También rindió cuenta de los temas trabajado en el curso del año 2023 que serán objeto del próximo informe anual.

En lo que respecta al Curso de Derecho Internacional explicó que el Comité había retomado la ejecución de dicha actividad luego de un hiato de dos años, debido a las condiciones impuestas por la pandemia COVID-19. Aprovechó la oportunidad para invitó a los Estados a confirmar su participación en la Novena Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA que se realizará el 9 agosto de 2023.

A continuación, se reproducen las presentaciones en cada instancia, incluyendo la síntesis de la sesión en el seno de la CAJP:

CJI/doc. 705/23

**INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,
ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (CAJP) DE LA
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS**

(20 de abril de 2023)

(Presentado por el doctor José Antonio Moreno Rodríguez)

Su Excelencia, Embajador Hugh Adsett, Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Representante Permanente de Canadá ante la OEA.

Es un honor para mí poder rendir este informe de las actividades del Comité Jurídico Interamericano (CJI) durante el año 2022 en mi calidad de Presidente de este órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en asuntos jurídicos; habiendo sido elegido en tal cargo en el período ordinario de sesiones del mes de agosto, mientras que mi colega George Rodrigo Bandeira Galindo de Brasil fue elegido como Vicepresidente. Ambos hemos tomado posesión de nuestros cargos a partir del 1 de enero de 2023, funciones que se extienden por un período de dos años.

Cabe hacer mención igualmente, que en enero de 2022, se incorporaron dos nuevos miembros al CJI, los doctores Luis Moreno Guerra de Ecuador y Martha Luna Véliz de Panamá, además de haber sido reelecto por la Asamblea General nuestro expresidente, el doctor Luis García-Corrochano Moyano de Perú.

I. Desarrollos recientes

En el año 2022, el Comité Jurídico Interamericano celebró dos sesiones presenciales: la primera tuvo lugar en Lima, Perú, entre el 2 y el 6 de mayo de 2022 (primera sesión presencial postpandemia); mientras que la segunda sesión se realizó entre el 1 y el 10 de agosto de 2022 en su sede en Rio de Janeiro, Brasil.

En el período comprendido por este informe, el CJI adoptó los siguientes documentos que han sido remitidos a la Asamblea General de la OEA para su debido conocimiento y consideración:

- La “*Declaración sobre el derecho internacional*”, adoptada en ocasión de la conmemoración del centésimo período ordinario de sesiones, realza la necesidad de cumplir con los principios esenciales de la Carta de la OEA y de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional. Se señala a la OEA como “principal, insustituible y más adecuado foro” donde los Estados miembros de la región “elaboran, negocian y adoptan normas jurídicas comunes en la esfera del derecho internacional público y del derecho internacional privado”. También se reconoce la contribución del Comité Jurídico Interamericano a la “consolidación del acervo jurídico interamericano”.
- El informe sobre el “*Derecho Internacional aplicable al ciberespacio*” presenta el estado actual de los procesos multilaterales y doctrinales. El documento desarrolla un análisis sobre los temas principales de derecho internacional en los que existen divergencias, abarcando, entre otros, la cuestión de la atribución de responsabilidad en las ciberoperaciones; la violación de una obligación internacional; y, las respuestas disponibles para el Estado víctima de una ciberoperación maliciosa. Asimismo, se incluyen posicionamientos oficiales sometidos desde el 2019 en el marco de la ONU por los Estados de la región: Bolivia, Brasil, Canada, Chile, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana y Perú. El CJI espera que este estudio sirva de herramienta de referencia para los Estados miembros de la OEA.
- La “*Declaración sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático*” afirma que la norma sobre la inviolabilidad de los locales de la Misión Diplomática no admite ningún tipo de excepción y que cualquier abuso a dicha norma debe ser resuelto “recurriendo

exclusivamente a las medidas previstas en el derecho diplomático”. El documento contiene una nota explicativa que aclara las fuentes de la norma sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas y su relación con la figura del asilo diplomático. La declaración da respuesta a un mandato de la Asamblea General. Recordemos que previo a su tratamiento por el Comité Jurídico Interamericano, este tema fue objeto de una sesión de reflexión en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente, efectuada el 30 de abril de 2021, en presencia de expertos y de representantes de los Estados quienes sometieron observaciones.

II. Agenda del Comité

Dos nuevos mandatos de la Asamblea General, reunida en noviembre de 2021, fueron incorporados en la agenda del CJI: “los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la OEA y las relaciones entre los Estados miembros”, por un lado y, por otro, “el fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación”. Al finalizar el período ordinario de sesiones de agosto de 2022, la agenda del Comité Jurídico Interamericano quedó compuesta de doce temas.

III. Sesión en Lima, Perú

Deseo reiterar el agradecimiento al Gobierno de Perú por la invitación a celebrar nuestro Centésimo período ordinario de sesiones realizado de manera presencial en Lima en el mes de mayo de 2022. En dicha oportunidad, el CJI se reunió con funcionarios de gobierno y profesores de derecho internacional. Las sesiones fuera de la sede son una práctica muy significativa para los miembros del Comité Jurídico Interamericano, puesto que nos permite estar en contacto directo con las autoridades nacionales que se ocupan del derecho internacional, tales como asesores jurídicos y jueces, además de miembros de la sociedad civil y de la academia.

IV. Seguimientos a los informes del Comité Jurídico Interamericano

Quiero dejar constancia de las acciones que ejecuta el Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica, para dar a conocer y difundir los informes elaborados por el CJI, labor que en los últimos años ha tomado variadas formas:

- cursos y seminarios a academias diplomáticas de Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México y Uruguay;
- webinars que ha venido organizando en temas particulares, habiéndose producido uno sobre neuroderechos y otro sobre regulación de fuegos artificiales en el primer semestre de 2022;
- información actualizada en la página web del CJI, incluyendo, entre otros, los desarrollos de temas culminados entre 1998 e incluso los más recientes que datan de marzo de 2023.
- publicaciones multilingües en temas culminados, tales como: Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado; Acceso a la información pública (Ley modelo 2.0); Privacidad y Protección de Datos Personales; y, Acuerdos vinculantes y no vinculantes.

V. Curso de Derecho Internacional

En agosto de 2022 se retomó la ejecución de dicha actividad luego de un hiato de dos años, debido a las condiciones impuestas por la pandemia COVID-19. El “Curso de Derecho Internacional” tuvo una duración de dos semanas, habiéndose llevado a cabo entre el 1 y el 12 de agosto, y contó con la presencia de 39 participantes de diversos Estados miembros de la OEA. La celebración del próximo curso, correspondiente a su cuadragésima octava edición, está prevista para el 31 de julio al 4 de agosto de 2023 y la convocatoria puede ser consultada en el sitio web del CJI, en el siguiente enlace:

OEA :: SAJ :: Departamento de Derecho Internacional :: Curso de Derecho Internacional (oas.org)

VI. Encuentro con asesores jurídicos y representantes de las asesorías de los Estados miembros

Aprovecho este espacio para anunciarles que la Novena Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA está prevista para agosto del presente año. A diferencia de la más reciente Reunión Conjunta, que tuvo

lugar en 2021 de manera virtual y que congregó a una veintena de participantes, el próximo encuentro se efectuará de manera presencial en nuestra sede en Rio de Janeiro el 9 de agosto de 2023, y por ende les invitamos a promover la presencia de sus respectivos asesores jurídicos o quien ejerce dichas funciones en sus cancillerías. Con fecha 4 de abril de 2023, el Departamento de Derecho Internacional ha remitido las invitaciones respectivas por medio de las distinguidas Misiones Permanentes ante la OEA.

VII. Presupuesto del Comité Jurídico Interamericano

Agradecemos el financiamiento acordado al Comité Jurídico Interamericano en 2022, y solicitamos muy respetuosamente se sigan manteniendo los montos convenidos en los últimos años, que nos permiten llevar adelante nuestras labores de manera normal. Debo recordarles, sin embargo la necesidad de restablecer el puesto del cargo de “Secretario del Comité Jurídico Interamericano” en la sede en Rio de Janeiro. Situación que incide además en el trabajo de los funcionarios de nuestra Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional, quienes se ven obligados a atender a las crecientes necesidades de las relatorías del CJI, ello al mismo tiempo de las múltiples obligaciones que dicho personal debe ejecutar en la sede de la Organización.

Finalmente, les reitero nuestra disponibilidad e interés en seguir apoyando a los Estados miembros en la promoción del desarrollo y codificación del derecho internacional, tal como lo refleja la Carta de la OEA, esperando que dichos aportes puedan ser de la mayor utilidad.

Muchas gracias y quedo disponible en caso que hubiere consultas o comentarios.

* * *

CP/CAJP-3733/23 corr. 1

SÍNTESIS DE LA PRESENTACIÓN DEL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO POR PARTE DE SU PRESIDENTE, DOCTOR JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (20 de abril de 2023)

(Documento elaborado por el Departamento de Derecho Internacional)

I. Introducción

El jueves 20 de abril de 2023, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos recibió al Presidente del Comité Jurídico Interamericano (CJI), doctor José Antonio Moreno Rodríguez, quien presentó el informe anual correspondientes a las actividades celebradas en el curso del año 2022 por parte de dicho órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Dicha exposición verbal es una síntesis del Informe anual publicado como documento [CP/doc.5858/23](#), que puede también ser consultado en el sitio web del CJI [OEA :: Comité Jurídico Interamericano \(CJI\) :: Informes Anuales \(oas.org\)](#) en español, y su versión en inglés puede ser consultada en: [OAS :: Inter-American Juridical Committee \(IAJC\) :: Annual Reports](#).

La sesión fue presidida por el Embajador Hugh Adsett, Representante Permanente de Canadá ante la OEA y estuvieron presentes los representantes de los siguientes 24 Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago y Uruguay.

II. Presentación del doctor José Antonio Moreno Rodríguez, Presidente del CJI CP/CAJP/INF. 1027/23

El doctor José Antonio Moreno Rodríguez, en su calidad de Presidente del Comité Jurídico Interamericano, presentó el informe anual de las actividades efectuadas por el Comité entre enero y diciembre de 2022 por medio de una presentación que tuvo lugar de manera virtual.

Su informe dio a conocer los informes elaborados en el curso del año 2022 que fueron remitidos a la Asamblea General de la OEA para su debido conocimiento y consideración, haciendo una breve reseña en cada caso:

- La “*Declaración sobre el derecho internacional*” realiza la necesidad de cumplir con los principios esenciales de la Carta de la OEA y de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional. Pronunciamiento que señala a la OEA como “principal, insustituible y más adecuado foro” donde los Estados miembros de la región “elaboran, negocian y adoptan normas jurídicas comunes en la esfera del derecho internacional público y del derecho internacional privado”.
- El informe sobre el “*Derecho Internacional aplicable al ciberespacio*” presenta el estado actual de los procesos multilaterales y doctrinales. El documento realiza un análisis sobre los temas principales de derecho internacional en los que existen divergencias, abarcando, entre otros, la cuestión de la atribución de responsabilidad en las ciberoperaciones; la violación de una obligación internacional; y, las respuestas disponibles para el Estado víctima de una ciberoperación maliciosa.
- La “*Declaración sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático*” afirma que la norma sobre la inviolabilidad de los locales de la Misión Diplomática no admite ningún tipo de excepción y que cualquier abuso a dicha norma debe ser resuelto “recurriendo exclusivamente a las medidas previstas en el derecho diplomático”. El documento contiene una nota explicativa que aclara las fuentes de la norma sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas y su relación con la figura del asilo diplomático.

En su exposición, el presidente destacó que en el período bajo estudio el CJI incorporó dos mandados de la Asamblea General, quedando su agenda compuesta de doce temas:

- “Los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la OEA y las relaciones entre los Estados miembros” y
- “El fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación”.

Acto seguido, el doctor Moreno Rodríguez reiteró el agradecimiento al Gobierno de Perú por la invitación a celebrar el Centésimo período ordinario de sesiones que tuvo lugar manera presencial en Lima en el mes de mayo de 2022.

En su informe verbal, el presidente dedicó un espacio para dejar constancia de los esfuerzos realizados por el Departamento de Derecho Internacional destinados a promover los trabajos del CJI, identificando, entre otros:

- cursos y seminarios a academias diplomáticas de Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México y Uruguay;
- webinars sobre neuroderechos y sobre regulación de fuegos artificiales;
- información actualizada en la página web del Comité, incluyendo desarrollos de temas culminados por el Comité entre 1998 y marzo de 2023;
- publicaciones multilingües en temas culminados (derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado; Ley modelo sobre acceso a la información pública 2.0; privacidad y protección de datos personales; y, acuerdos vinculantes y no vinculantes).

En lo concerniente al Curso de derecho internacional, el doctor Moreno Rodríguez aclaró que luego de dos años de receso debido a la pandemia COVID-2019, se reinició el Curso de derecho de manera presencial en Rio de Janeiro, el cual tuvo lugar entre el 1 y el 12 de agosto de 2022 y contó con la presencia de 39 participantes de diversos Estados miembros de la Organización. Indicó igualmente que la próxima edición del Curso de derecho internacional, su Cuadragésima Octava edición, está prevista para el 31 de julio al 4 de agosto de 2023 y que la información puede ser consultada en la página web del CJI, en el siguiente enlace: [OEA :: SAJ :: Departamento de Derecho Internacional :: Curso de Derecho Internacional \(oas.org\)](https://www.oas.org/saj/departamento-de-derecho-internacional/curso-de-derecho-internacional).

En ocasión de la Novena Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA, el doctor Moreno Rodríguez invitó a las delegaciones a promover la presencia de sus respectivos asesores jurídicos o quien ejerce dichas funciones en sus cancillerías. El evento se efectuará de manera presencial el 9 de agosto del presente en la sede del Comité, en Rio de Janeiro, Brasil.

En otros asuntos, el Presidente del CJI manifestó su agradecimiento a los Estados por el presupuesto acordado en 2022 instándoles a mantener dichos montos para permitir llevar adelante las labores de manera normal. Solicitó asimismo restablecer el puesto del cargo de “Secretario del Comité” en la sede de CJI en Rio de Janeiro.

Finalmente, en nombre del CJI confirmó la disponibilidad de todos sus miembros de continuar trabajando a favor de la promoción del desarrollo y codificación del derecho internacional.

III. Consideración al informe anual del Comité Jurídico Interamericano a la luz de la presentación del doctor José Antonio Moreno Rodríguez

El Presidente de la CAJP, Embajador Hugh Adsett, le agradeció al doctor José Antonio Moreno Rodríguez por su presentación y la asistencia del Departamento de Derecho Internacional en su calidad de Secretaría Técnica del Comité. Dicho reconocimiento al Comité Jurídico Interamericano y al Departamento de Derecho Internacional fue reiterado por todas las delegaciones que tomaron el uso de la palabra durante la sesión.

La delegación de México ante la OEA dio la bienvenida al doctor José Moreno Rodríguez remarcando su compromiso con el Comité habiendo sido recientemente electo como presidente y su prestigio profesional. Realzó el importante rol que se le debe acordar al Comité, considerado como el “custodio y promotor del desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional. Constató la presencia del jurista mexicano Alejandro Alday entre los miembros del CJI, destacado diplomático de carrera y abogado internacionalista. Asimismo, recordó a la doctora Mariana Salazar Albornoz (jurista mexicana igualmente), quien culminara su mandato en diciembre de 2022 y se dedicara a temas novedosos dentro del derecho internacional, tales como la “protección de datos personales” (esfuerzo que permitió la adopción por parte de la Asamblea General de los “Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales”) y la “aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio”. Indicó adicionalmente que el interés de México en el trabajo del Comité se explica no solamente por la calidad de los juristas que propone, sino que también por la importancia de los temas que ha solicitado sean objeto de examen del CJI, por medio de mandatos de la Asamblea General. Al respecto, se refirió a cuatro relatorías, aludiendo al trabajo acucioso y serio de sus respectivos relatores: “los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la OEA y las relaciones entre los Estados miembros” (Relator: doctor George Rodrigo Bandeira Galindo); “el fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación” (Relatora: doctora Martha del Carmen Luna Véliz); “la excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto interamericano” (Relator: doctor Luis García-Corrochano Moyano); y, “la responsabilidad de las empresas productoras y comercializadoras de armas en el campo de los derechos humanos” (Relator: doctor Alejandro Alday González).

Finalmente subrayó el apoyo valioso del Departamento de Derecho Internacional a pesar de los escasos recursos disponibles. Instó a los Estados a apoyar financieramente al CJI por medio de una asignación presupuestaria más significativa, teniendo en cuenta la repercusión de sus trabajos en todo el sistema Interamericano, los Estados y en la vida los ciudadanos. Alentó al CJI a seguir cumpliendo con la delicada tarea de cuerpo consultivo en asuntos jurídicos e invitó a los Estados a participar en el fortalecimiento del Comité, dotándole, por ejemplo, de una persona para su secretariado en Rio de Janeiro.

La delegación de Paraguay ante la OEA expresó su agradecimiento y felicitación al CJI por la basta labor realizada, distinguiendo el liderazgo y experiencia de su presidente y el arduo trabajo del Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del CJI. Resaltó la relevancia histórica del CJI en la integración jurídica de las Américas, lo cual se hace palpable en la implementación de instrumentos en el ámbito del derecho internacional privado y modelos de normas aplicables en nuestros países, señaló como ejemplo los estudios sobre el asilo y la inmunidad de jurisdicción. Adicionalmente, la delegación advirtió la capacidad de adaptación del Comité para

ajustar sus desarrollos y dar respuesta a las nuevas realidades a la largo de su existencia, citó al respecto los informes sobre el derecho aplicable al ciberespacio y los trabajos sobre las nuevas tecnologías. Culminó apelando a apoyar al Departamento de Derecho Internacional y a valorar y fortalecer al CJI, cuya labor se “inspira en el imperio irrestricto de la justicia y del derecho”, al instar del jurista Colombiano José Joaquín Caicedo Castilla,

La delegación de El Salvador ante la OEA felicitó al Presidente del CJI por su elección y valoró el cometido del CJI en la promoción del desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional. Entre los desarrollos recientes del Comité, destacó la “Declaración de derecho internacional en el marco del Centésimo período ordinario de sesiones” y el “informe de derecho internacional aplicable al ciberespacio” (documento que servirá de referencia en las iniciativas que se llevan a cabo en las Naciones Unidas). Se espera que la propuesta de “Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras” que surja del Comité sirva para múltiples propósitos. En otros temas de la agenda, la delegación invitó a otorgar un espacio privilegiado al intercambio de criterios en el marco del desarrollo normativo de la región, particularmente al momento de trabajar “los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la OEA y las relaciones entre los Estados miembros” y en lo que respecta al “fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación”. Se agradeció la convocatoria a la IX Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA, para la cual su país ya ha designado a un representante, así como la convocatoria al 48° Curso de Derecho Internacional, resaltando con relación a este último su trascendencia en la capacitación de personas que se desempeñan en el ámbito del derecho y de las relaciones internacionales. Culminó renovando el apoyo de su delegación al CJI, llamándole a continuar sirviendo como un espacio que facilita el intercambio de información y la formación en torno al derecho internacional.

La delegación de Chile ante la OEA tomó nota de la diversidad y riqueza de las temáticas que lleva adelante el CJI, agradeciendo y valorando los trabajos presentados por dicho órgano. Se refirió a los estándares internacionales sobre neuroderechos, tema al que dicha delegación le acuerda una particular importancia que se vislumbra en la adopción de una norma constitucional que impone, *inter alia*, el respeto de la “actividad cerebral y la información proveniente de ella”. Valoró los esfuerzos del comité de expertos que asistió al relator del tema en el seno del Comité, en particular el *NeuroTechnology Center* de la Universidad Columbia, la red Probono de las Américas y la Fundación Kamanau de Chile. Asimismo, agradeció las “recomendaciones para la adopción de legislación doméstica relativa a la regulación de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos en las Américas” cuyo valor se manifiesta en la vida y salud de las personas. Al respecto, la delegación reconoció los esfuerzos del relator de dicho tema, el ex miembro del CJI, doctor Milenko Bertrand-Galindo y el apoyo recibido en sus labores por la Corporación del Niño Quemado (Coaniquem). Culminó su exposición por medio de una reflexión que realza la incidencia que tiene el trabajo del Comité en el diario vivir, no obstante, su alto grado técnico de algunos de sus desarrollos. Al respecto, citó las expresiones de dos ejecutivas de la compañía Meta sobre los “principios actualizados sobre la privacidad y la protección de los datos personales del CJI” que sirven como verdaderos referentes en la regulación de dicha para la citada compañía.

La delegación de Colombia ante la OEA observó que la persistente y fructífera labor del CJI precisamente explica el rol “insustituible” de la OEA como foro principal en donde los Estados elaboran normas. A la luz de los aportes al desarrollo internacional del CJI, constató una interacción entre temas de actualidad y otros de la tradición jurídica interamericana. En cuanto a los temas culminados, la delegación subrayó el informe sobre el “derecho a la educación obligatoria” que refiere a los principales aspectos de preocupación y profundiza en los servicios de educación primaria de calidad y gratuita, consolidados como un derecho fundamental. Por su parte, se espera que el estudio sobre el “Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano” pueda presentar claridad conceptual. En otros asuntos, la delegación agradeció el trabajo de capacitación a la academia diplomática de Colombia que tuvo lugar en el segundo semestre del año 2022, junto con instar a los Estados a continuar apoyando los esfuerzos del Comité por medio de cuatro tipos de acciones pragmáticas:

1. Refuerzo administrativo y presupuestario del CJI para garantizar el cumplimiento de los múltiples mandatos asignados;

2. Difusión interna a los trabajos aprobados por el CJI;
3. Llamado para que los Estados continúen respondiendo de manera oportuna a los cuestionarios o comentarios solicitados por el CJI para facilitar la elaboración de informes;
4. Importancia de seguir fortalecimiento el intercambio con las oficinas jurídicas de las Cancillerías.

Al terminar la presentación la delegación informó sobre la presentación de una candidata para la elección que tendrá lugar en el seno de la Asamblea General en junio del presente año, la doctora Alejandra Valencia Carter, jurista de reconocida experiencia que aportará una visión renovada del derecho internacional.

La delegación de la República Dominicana ante la OEA felicitó al Presidente del CJI por su reciente designación y reconoció la labor del CJI. Explicó que el Comité cuenta entre sus miembros con un jurista dominicano, el doctor Julio José Rojas-Báez, quien actúa como relator en el tema relativo a las “implicaciones jurídicas del aumento del nivel del mar en el contexto regional interamericano”, mandato incorporado en el más reciente período ordinario de sesiones. Entre los trabajos culminados del Comité, remarcó la “Declaración sobre derecho internacional” de mayo de 2022, el informe sobre el “derecho internacional aplicable al ciberespacio” y la “Declaración sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático”. La delegación exhortó a los Estados a difundir los trabajos del CJI y continuar respondiendo a los cuestionarios y solicitudes de manera oportuna pues ello tiene consecuencias directas en la elaboración de los informes. Consideró relevante la inclusión de los dos nuevos mandatos en la agenda del CJI en 2022, “los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la OEA y las relaciones entre los Estados miembros”, por un lado y, por otro, “el fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación”. Finalmente, reconoció los aportes del CJI en la promoción del desarrollo progresivo y de la codificación del derecho internacional.

Al finalizar la sesión, el Presidente del CJI, doctor Moreno Rodríguez, agradeció las generosas palabras y alientos a los trabajos del Comité. Recalcó la relevancia que tiene la elaboración de estudios, informes y relatorías, junto a la importante labor de difusión que realiza el CJI, citando como ejemplo el trabajo que precisamente estaba efectuando en Chile desde donde hizo su presentación virtual, que le ha permitido a él y al director del Departamento de Derecho Internacional, doctor Dante Negro, presentar los recientes desarrollos del Comité en la academia, tales como la propuesta “Guía del Derecho Aplicable a las inversiones extranjeras” y los recientes trabajos culminados en materia de derecho internacional privado.

* * *

CJI/doc.704/23

**INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
ANTE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA
(23 junio de 2023)**

(Presentado por el doctor José Antonio Moreno Rodríguez)

Sr. Presidente de la 53 AG, Canciller Roberto Álvarez Gil;
Señoras y señores representantes de los Estados miembros de la OEA;
Sr. Luis Almagro, Secretario General;
Sr. Néstor Méndez, Secretario General Adjunto;

Agradecemos esta oportunidad que se nos brinda para presentar el informe de actividades del Comité Jurídico Interamericano durante el período enero-diciembre 2022, cuyas sesiones tuvieron lugar de manera presencial, la primera en Lima, Perú, entre el 2 y el 6 de mayo de 2022; mientras que la segunda sesión se efectuó entre el 1 y el 10 de agosto de 2022, en nuestra sede en Rio de Janeiro, Brasil. El detalle de los desarrollos puede ser consultado en la página web del Comité, cuyo informe ha sido registrado como documento CP/doc.5760/22.

Esta es la primera ocasión que tengo el honor de dirigirme ante esta Asamblea, habiendo iniciado mis funciones como presidente del Comité en enero del presente año.

I. Desarrollos recientes

En el período comprendido por este informe, el CJI adoptó los siguientes documentos que han sido remitidos a la Asamblea General de la OEA para su debido conocimiento y consideración:

- La “*Declaración sobre el derecho internacional*”, adoptada en ocasión de la conmemoración del centésimo período ordinario de sesiones, realiza la necesidad de cumplir con los principios esenciales de la Carta de la OEA y de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional. Se señala a la OEA como “principal, insustituible y más adecuado foro” donde los Estados miembros de la región “elaboran, negocian y adoptan normas jurídicas comunes en la esfera del derecho internacional público y del derecho internacional privado”. También se reconoce la contribución del Comité Jurídico Interamericano a la “consolidación del acervo jurídico interamericano”.
- El informe sobre el “*Derecho Internacional aplicable al ciberespacio*” presenta el estado actual de los procesos multilaterales y doctrinales. El documento desarrolla un análisis sobre los temas principales de derecho internacional en los que existen divergencias, abarcando, entre otros, la cuestión de la atribución de responsabilidad en las ciberoperaciones; la violación de una obligación internacional; y, las respuestas disponibles para el Estado víctima de una ciberoperación maliciosa. Asimismo, se incluyen posicionamientos oficiales sometidos desde el 2019 en el marco de la ONU por los Estados de la región: Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana y Perú. El CJI espera que este estudio sirva de herramienta de referencia para los Estados miembros de la OEA.
- La “*Declaración sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático*” afirma que la norma sobre la inviolabilidad de los locales de la Misión Diplomática no admite ningún tipo de excepción y que cualquier abuso a dicha norma debe ser resuelto “recurriendo exclusivamente a las medidas previstas en el derecho diplomático”. El documento contiene

una nota explicativa que aclara las fuentes de la norma sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas y su relación con la figura del asilo diplomático. La declaración da respuesta a un mandato de la Asamblea General. Recordemos que previo a su tratamiento por el Comité Jurídico Interamericano, este tema fue objeto de una sesión de reflexión en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente, efectuada el 30 de abril de 2021, en presencia de expertos y de representantes de los Estados quienes sometieron observaciones.

Quiero aprovechar la oportunidad para dejar constancia de tres trabajos recientemente adoptados por el Comité en su sesión de marzo de 2023, los cuales han sido remitidos al Consejo Permanente para la consideración de la Asamblea General:

- La Declaración de Principios interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos formula un conjunto de propuestas que buscan vincular los avances en la neurociencia y las neurotecnologías a las medidas de protección en el ámbito de los derechos humanos, tales como la dignidad, la identidad, el derecho a la privacidad e intimidad, la salud física y mental, así como la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros.
- La Declaración de Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro, informe que tiene por objeto facilitar el ciclo de vida de dichas entidades en función de los estándares y buenas prácticas, tanto nacionales como internacionales, incluyendo las legislaciones pertinentes de los Estados miembros de la OEA. El trabajo del CJI sistematiza, actualiza y consolida los estándares desarrollados en la región por medio de un exhaustivo estudio que se refleja en los comentarios de cada principio.
- Por último, el informe sobre la educación primaria obligatoria insta a los Estados miembros de la OEA a asegurar el pleno goce de la educación primaria y consolidar el carácter gratuito, obligatorio y universal, de este “derecho humano fundamental”. La resolución del CJI que aprueba el informe recomienda además buscar alternativas que permitan prestar asistencia técnica y financiera a aquellos Estados que enfrentan problemas en su implementación.

II. Difusión del derecho internacional

Como se puede constar el Comité ha tenido una fructífera producción en variados ámbitos del derecho internacional en concordancia con su mandato de promoción del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Al respecto, es pertinente saludar el trabajo serio y responsable de los respectivos relatores y el compromiso colectivo de mis colegas, preocupados de buscar y obtener resultados útiles para el beneficio de todos los Estados.

Debo además agradecer al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, nuestra Secretaría Técnica, por la asistencia brindada a los trabajos del Comité así como por su importante labor de difusión de nuestro acervo. Un ejemplo de dicha promoción lo demuestran los cursos y seminarios a academias diplomáticas de Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México y Uruguay, celebrados durante el periodo cubierto por este reporte.

En la elaboración de nuestros informes, la cooperación que recibimos de los gobiernos es esencial en particular dando respuestas a cuestionarios que requieren pronunciamientos sobre el estado actual de alguna temática. Al respecto, agradecemos a quienes han podido dar seguimiento a nuestras consultas en el ámbito de “costumbre regional”, “contratos con parte débil” y “participación de las víctimas y organizaciones de la sociedad civil en los procesos penales contra actos de corrupción”, temas actualmente en la agenda del Comité, así como respecto de temas culminados, tales como el “derecho a la educación” y las “neurotecnologías”.

1.- Curso de Derecho Internacional

En agosto de 2022 se retomó la ejecución de dicha actividad luego de un hiato de dos años, debido a las condiciones impuestas por la pandemia COVID-19. El “Curso de Derecho Internacional” tuvo una duración de dos semanas, habiéndose llevado a cabo entre el 1 y el 12 de agosto, y contó con la presencia de 39 participantes de diversos Estados miembros de la OEA. Para el presente año, el

Curso está previsto tenga lugar entre el 31 de julio y el 4 de agosto de 2023. Habiéndose cumplido el plazo de inscripción, el registro cuenta de un total de 45 personas que han sido seleccionadas.

2.- Encuentro con asesores jurídicos y representantes de las asesorías de los Estados miembros

Respetuosamente quiero llamarles la atención respecto de la convocatoria a la Novena Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA que se realizará el 9 agosto del presente año de manera presencial en nuestra sede en Rio de Janeiro. Para aquellos Estados que aún no remiten su confirmación, les invitamos a promover la presencia de sus respectivos asesores jurídicos o quien ejerza dichas funciones en sus cancillerías. Este es un foro privilegiado porque permite un diálogo directo entre los miembros del Comité con quienes se encargan del sistema interamericano, así como del derecho internacional público y privado en las Cancillerías. Toda información adicional puede ser obtenida con el Departamento de Derecho Internacional en su calidad de Secretaría Técnica del Comité.

3.- Página web del CJI

Corresponde igualmente precisar que los trabajos culminados por el Comité pueden ser consultados de manera temática y cronológica en la página web que además incluye el acceso digital a todos los Cursos anuales de Derecho Internacional celebrados desde 1974.

III. Presupuesto del Comité Jurídico Interamericano

Finalmente quiero concluir esta presentación reconociendo el financiamiento acordado al Comité Jurídico Interamericano para el período cubierto por este informe, y solicitar muy respetuosamente se extienda el presupuesto para el próximo año, con el fin de poder continuar desarrollando nuestras funciones.

Al momento de reiterar mis agradecimientos Sr. Presidente, quedo disponible para responder a consultas o comentarios.

* * *

B. IX Reunión Conjunta del CJI con Consultores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores

Durante el período ordinario del mes de agosto, el CJI celebró la IX Reunión Conjunta con Consultores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores o su equivalente. El evento se desarrolló de manera presencial el 9 de agosto de 2023 en la sede del Comité en Rio de Janeiro, Brasil. Reunió a consultores y representantes de los siguientes catorce países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Paraguay, Perú y República Dominicana.

Además, se llevó a la atención de los participantes un mandato propuesto por la Asamblea General relativo a las "prácticas y experiencias en los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde una perspectiva de derecho internacional". Se reservó un espacio para reflexionar sobre una solicitud de la Asamblea General que requiere del CJI continuar considerando temas en el área del derecho internacional privado con el propósito de "reactivar acciones relacionadas al desarrollo de esta materia" así como la pertinencia de "proponer la actualización de algunos de los instrumentos jurídicos en esta área y/o proponer nuevos textos de convención o protocolos que puedan ser sometidos a la consideración de la Asamblea General".

Como ha ocurrido en otras ocasiones, algunos consultores expusieron temas de interés que podrían ser incorporados en la agenda del Comité. Al finalizar el encuentro, la candidata estadounidense a la Corte Internacional de Justicia, profesora Sara Cleveland, realizó una breve presentación dando a conocer los valores que motivan su candidatura. El Comité espera celebrar la X Reunión conjunta en el segundo semestre de 2025 (el enlace a la [agenda de la IX Reunión Conjunta](#))

* * *

C. Curso de Derecho Internacional

Entre el 31 de julio y el 11 de agosto de 2023, se desarrolló con éxito el 48° Curso de Derecho Internacional organizado por el CJI y su Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, el cual congregó a 44 estudiantes y más de 10 profesores provenientes de distintos países de la región y fuera de ella, contando entre otros a juristas y expertos de la Corte Penal Internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité Jurídico Interamericano, la Secretaría General de la OEA y profesores de prestigiosas universidades ([enlace al programa del Curso](#)). El evento se celebró en la *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, institución educativa orientada a la formación y perfeccionamiento de magistrados y a la difusión del conocimiento jurídico.

D. Relaciones y cooperación con otras entidades

i. Encuentros con profesores que realizaron conferencias en el Curso de Derecho Internacional

- 3 de agosto de 2023: Visita de la jueza Socorro Flores Liera, Jueza de la Corte Penal Internacional (CPI), conferenciante en el Curso de Derecho Internacional sobre la "Estructura y composición de la Corte Penal Internacional (CPI)" y la "Participación de las víctimas en los procesos de la CPI". La jueza Flores Liera manifestó su agrado con la visita y el dialogo que se lleva adelante entre ambas instituciones, el CJI y la CPI. Remarcó la importancia de dar a conocer el trabajo de la Corte en el hemisferio. Reflexionó sobre las variadas protecciones que impiden la politización de las decisiones tanto en el seno de la Oficina del Fiscal de la Corte como en el Consejo de Seguridad de la ONU. Aludió asimismo a la incidencia del Fondo creado para asistir a las víctimas y complementar las reparaciones puesto que todos los acusados se han declarado indigentes. Frente a tales defensas, se insta a controlar y monitorear la situación económica del acusado con el fin de examinar la existencia efectiva de las finanzas del acusado, algo que por lo demás, depende de la colaboración de los Estados.
- 4 de agosto de 2023: Visita del profesor João Henrique Ribeiro Roriz, conferencista en el Curso de Derecho Internacional sobre el tema "Tercer mundo y derechos humanos: Bandung, racismo y descolonización". El profesor Roriz explicó que su reflexión tiene lugar en torno al esfuerzo tercermundista para avanzar en la defensa de sus derechos. En este contexto, el trabajo se centra en las convenciones de la ONU, instrumentos que fueron claves en el debate en torno a la descolonización y el movimiento a favor de los derechos humanos. La literatura sobre los progresos realizados por Inglaterra y Francia es muy amplia. Asimismo, la aportación del instrumento normativo y doctrinal de la doctrina del Tercer Mundo ha contribuido de sobremanera, pero no es algo muy conocido. Citó al respecto la influencia de los países nuevamente independizados en la elaboración Pactos de 1966 de la ONU.
- 7 de agosto de 2023: Visita del profesor Roberto Ruiz Díaz Labrano, conferencista en el Curso de Derecho Internacional sobre el tema "Las dimensiones del Derecho Internacional Privado". El profesor Ruiz Díaz Labrano explicó la motivación que lo llevó a dedicar su vida al Derecho Internacional Privado. Acto seguido se refirió a los objetivos que persigue en su clase, en donde reservará un espacio privilegiado al estudio de la autonomía de la voluntad.
- 7 de agosto de 2023: Visita del profesor Mathias Forteau, conferencista en el Curso de Derecho Internacional sobre el tema "Litigio del Derecho internacional ante los tribunales nacionales". El profesor Forteau dijo que ha sido invitado a presentar tres clases, en donde expondrá algunas generalidades sobre la diversidad de sistemas legales. Es un estudio que permite comparar la forma en que las decisiones domésticas aplican el derecho internacional a la luz de sus idiomas y tradiciones, entre diversas otras variables. En otros asuntos, se refirió a su experiencia como miembro de la Comisión de Derecho Internacional en donde ha podido constatar que dicha entidad ha cambiado mucho en los últimos diez años, siendo de nuestros días una institución más diversa, en donde se privilegia el relacionamiento con foros regionales. Acto seguido, aludió al interés que

presenta el trabajo del CJI en el ámbito de acuerdos vinculantes y no vinculantes para la Comisión que estará estudiando dicho tema. Aludió a su experiencia personal en la temática relativa a los acuerdos no vinculantes, habiendo participado en calidad de abogado ante la Corte Internacional de Justicia en los casos entre Bolivia contra Chile y Somalia contra Kenia.

ii. Participación del Vicepresidente en el 74° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, documento CJI/doc. 700/23

El 4 de julio de 2023, el Vicepresidente del Comité Jurídico Interamericano, doctor George Bandeira Galindo, recientemente electo miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas realizó una presentación en dicho foro sobre los desarrollos más recientes del Comité Jurídico Interamericano.

El doctor Galindo dio a conocer su experiencia en la Comisión de Derecho Internacional constatando un interés en colaborar más estrechamente con el Comité por parte de sus miembros. Consideró pertinente reservar un espacio en el CJI para reflexionar respecto a iniciativas que sean de interés mutuo. Explicó que al haber sido elegido como uno de los intermediarios en el Seminario de Derecho Internacional que acoge a estudiantes de todo el mundo, tuvo la oportunidad de participar en la selección de uno de los temas centrales cuyo título fue “universalismo y regionalismo”, y en donde una de las temáticas que se trabajó fue conocer formas de estimular la cooperación entre la CDI y los organismos regionales.

Asimismo, invitó a los miembros la CDI a preservar una continua participación en el seno del CJI, algo que debe ser realizado por medio de una invitación formal, de tal manera a mantener el tema en su agenda. Explicó que habría dos temas comunes a pesar de que uno de ellos está siendo visto al mismo tiempo por ambas entidades, el relativo al aumento del nivel del mar; mientras que el relativo a los acuerdos no vinculantes es algo que puede ser enriquecido por el trabajo culminado del Comité.

Al término de su presentación, el pleno acordó reservar un espacio para la próxima sesión para reflexionar sobre la forma de favorecer la cooperación y la necesidad de un diálogo más sistematizado entre ambas instituciones.

A continuación, se reproduce el documento presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo ante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU:

CJI/doc.700/23

**PRESENTACIÓN DEL VICE PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO
INTERAMERICANO, ANTE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS
(4 de Julio de 2023)**

(Presentado por el doctor George Rodrigo Bandeira Galindo)

Señoras y señores miembros de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU,

En nombre del Comité Jurídico Interamericano, y de su Presidente, el doctor José Antonio Moreno Rodríguez, quiero agradecer esta oportunidad que se nos brinda para realizar una presentación sobre las actividades del Comité Jurídico Interamericano, informe que ya es tradicional en el marco de la Comisión de Derecho Internacional y que tiene como propósito explorar nuevas vías de cooperación entre ambas entidades.

Como ustedes ya saben, el Comité Jurídico Interamericano es uno de los órganos principales de la Organización. Se trata del cuerpo consultivo de la OEA en asuntos jurídicos y tiene como finalidad la promoción, el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, así como estudiar la

posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del continente. A diferencia de otros órganos de la OEA como, por ejemplo, la Asamblea General, o las Conferencias Especializadas, se trata de un órgano técnico, no político ni diplomático, compuesto de 11 miembros elegidos por dicha Asamblea a propuesta de los Estados miembros. Estas personas, una vez elegidas, representan ya no a sus países sino al conjunto de los Estados miembros de la Organización y gozan de la más amplia autonomía técnica. El Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Río de Janeiro, celebra dos reuniones anuales, y su secretaría técnica es el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría General. Al igual que los demás órganos de la Organización, todos los años ha de elevar un informe a la Asamblea General de la Organización sobre las actividades que desarrolla.

Para cumplir con las finalidades antes descritas, el Comité Jurídico Interamericano debe emprender los estudios y trabajos que le son encomendados por la Asamblea General y otros órganos, entre ellos, el Consejo Permanente. Sin embargo, mayormente sus mandatos los recibe de parte de la Asamblea General. Además de dichos mandatos, una de las características más relevantes y distintivas del Comité Jurídico Interamericano es su capacidad de emprender, por iniciativa propia, los estudios y trabajos que considere conveniente y se ocupa también de temas relativos al derecho internacional privado. Esta capacidad de iniciativa de la que goza el Comité Jurídico Interamericano le otorga una amplia libertad de acción y decisión, la cual se ha visto reflejada en el alto porcentaje de temas que componen su agenda de trabajo y que son producto de ella. No obstante, en años recientes, la Asamblea General le ha venido encomendando al Comité Jurídico Interamericano una cantidad más amplia de temas, poniendo de relieve la importancia de este órgano.

La riqueza y variedad de los temas en los que viene trabajando el Comité Jurídico Interamericano se refleja en el temario aprobado para su 103º período ordinario de sesiones de agosto de 2023 próximo. Los asuntos contenidos en dicho temario y que derivan de un encargo realizado por la Asamblea General de la OEA son: la excepcionalidad del uso de la fuerza en el contexto americano; los principios de derecho internacional en los que se funda el sistema interamericano como marco normativo que gobierna el trabajo de la OEA y las relaciones entre los Estados miembros; el régimen de responsabilidades en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación; las implicancias jurídicas del aumento del nivel del mar en el contexto regional interamericano; y, la responsabilidad de las empresas productoras y comercializadoras de armas en el campo de los derechos humanos. Los temas incluidos en su agenda de trabajo por iniciativa propia son: el derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano; el derecho aplicable a las inversiones extranjeras; los contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil; las nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurídica internacional; la participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción; y, el nuevo derecho del espacio ultraterrestre. Como podemos observar, la variedad y naturaleza de los temas es amplia y los estudios se encuentran en distintas etapas de desarrollo. Algunos de ellos han sido incorporados muy recientemente y otros se encuentran en una etapa ya casi final de preparación.

Durante el año 2022, el Comité Jurídico Interamericano realizó dos períodos de sesiones de manera presencial. El primero se desarrolló en Lima, Perú, entre el 2 y el 6 de mayo, mientras que el segundo se efectuó entre el 1 y el 10 de agosto en nuestra sede, la ciudad de Río de Janeiro, Brasil. El detalle de los desarrollos puede ser consultado en la página web del Comité Jurídico Interamericano que está totalmente actualizada.

Durante el año 2022, el Comité Jurídico Interamericano adoptó los siguientes documentos que han sido remitidos a la Asamblea General de la OEA para su debida consideración y que me gustaría poner a conocimiento de esta Comisión:

1. La “*Declaración sobre el derecho internacional*”, adoptada en ocasión de la conmemoración del centésimo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano. Esta Declaración realza la necesidad de cumplir con los principios esenciales de la Carta de la OEA y de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional. Se señala a la OEA como “principal, insustituible y más adecuado foro” donde los Estados miembros de la región “elaboran, negocian y adoptan normas jurídicas comunes en la esfera del derecho internacional público y del derecho internacional privado”. También se reconoce la contribución del Comité Jurídico Interamericano a la “consolidación del acervo jurídico interamericano”.

2. El informe sobre el “*Derecho Internacional aplicable al ciberespacio*”. Este informe presenta el estado actual de los procesos multilaterales y doctrinales en esta esfera. El documento desarrolla un análisis sobre los temas principales de derecho internacional en los que existen divergencias, abarcando, entre otros, la cuestión de la atribución de responsabilidad en las ciberoperaciones, la violación de una obligación internacional, y las respuestas disponibles para el Estado víctima de una ciberoperación maliciosa. Asimismo, se incluyen posicionamientos oficiales sometidos desde el 2019 en el marco de la ONU por los Estados de la región: Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana y Perú. El Comité Jurídico Interamericano elaboró este informe con el propósito de que sirva de herramienta de referencia para los Estados miembros de la OEA y también, por qué no, para países en otras regiones.

3. La “*Declaración sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático*”. En esta declaración se afirma que la norma sobre la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas no admite ningún tipo de excepción y que cualquier abuso a dicha norma debe ser resuelto “recurriendo exclusivamente a las medidas previstas en el derecho diplomático”. El documento contiene una nota explicativa que aclara las fuentes de la norma sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas y su relación con la figura del asilo diplomático. Previo a su tratamiento por el Comité Jurídico Interamericano, este tema fue objeto de una sesión de reflexión en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, efectuada el 30 de abril de 2021, en presencia de expertos y de representantes de los Estados quienes realizaron observaciones que fueron debidamente tenidas en cuenta por parte del CJI en la elaboración de esta declaración.

Asimismo, en lo que va del 2023, el Comité Jurídico Interamericano finalizó tres trabajos que fueron remitidos también a la Asamblea General que acaba de celebrar su período anual de sesiones a finales del mes de junio:

- La *Declaración de Principios interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos*. Esta declaración formula un conjunto de propuestas que buscan vincular los avances en la neurociencia y las neurotecnologías a las medidas de protección en el ámbito de los derechos humanos, tales como la dignidad, la identidad, el derecho a la privacidad e intimidad, la salud física y mental, así como la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros.

- La *Declaración de Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro*. Este informe tiene por objeto facilitar el ciclo de vida de dichas entidades en función de los estándares y buenas prácticas, tanto nacionales como internacionales, incluyendo las legislaciones pertinentes de los Estados miembros de la OEA. El trabajo del Comité Jurídico Interamericano sistematiza, actualiza y consolida los estándares desarrollados en la región por medio de un exhaustivo estudio que se refleja en los comentarios de cada principio.

- Por último, el Comité Jurídico Interamericano también aprobó el *informe sobre la educación primaria obligatoria* que insta a los Estados miembros de la OEA a asegurar el pleno goce de la educación primaria y consolidar el carácter gratuito, obligatorio y universal, de este “derecho humano fundamental”. La resolución del Comité Jurídico Interamericano que aprueba el informe recomienda además buscar alternativas que permitan prestar asistencia técnica y financiera a aquellos Estados que enfrentan problemas en su implementación.

Como dije anteriormente, toda esta información se puede hallar en la página web del Comité Jurídico Interamericano. No quiero abordarlos de manera más específica en esta oportunidad en aras del tiempo, pero quedo a disposición de los miembros de la Comisión por si desean tratarlos más en detalle.

En la elaboración de nuestros informes, la cooperación que recibimos de los gobiernos resulta esencial en particular dando respuestas a cuestionarios que requieren pronunciamientos sobre el estado actual de alguna temática. Sin embargo, este sigue siendo un desafío al igual que lo es para la Comisión de Derecho Internacional, puesto que no siempre los Estados logran enviar sus contribuciones a todos los temas en los que requerimos de dicha retro alimentación.

No obstante, ello, como se puede constar el Comité Jurídico Interamericano ha tenido una fructífera producción en variados ámbitos del derecho internacional en concordancia con su mandato

de promoción del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Al respecto, es pertinente saludar el trabajo serio y responsable de los respectivos relatores y el compromiso colectivo de mis colegas, preocupados de buscar y obtener resultados útiles para el beneficio de todos los Estados.

Estos trabajos han sido ampliamente difundidos. Especial mención debe realizarse a la labor de nuestra Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, el cual en los últimos meses ha venido organizando una serie de cursos con las Academias Diplomáticas de la región en los cuales se ha incluido principalmente el tratamiento de los trabajos del Comité Jurídico Interamericano. Así, estos cursos se desarrollaron en Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México y Uruguay, y en dos semanas se hará otro en Paraguay y posteriormente en Panamá.

Otra actividad en la cual difundimos ampliamente los trabajos del Comité Jurídico Interamericano es el Curso de Derecho Internacional en Rio de Janeiro, actividad tradicional que está próxima a cumplir sus 50 años. En agosto de 2022 se retomó la ejecución de dicha actividad luego de dos años, debido a las condiciones impuestas por la pandemia Covid-19. El Curso de Derecho Internacional tuvo una duración de dos semanas, habiéndose llevado a cabo entre el 1 y el 12 de agosto, y contó con la presencia de 39 participantes de diversos Estados miembros de la OEA. Para el presente año, está previsto que el Curso tenga lugar entre el 31 de julio y el 4 de agosto de 2023 y, como siempre, coincidirá con nuestra sesión.

También durante nuestro próximo período de sesiones, que se celebrará en agosto de este año, se ha previsto la realización de la Novena Reunión Conjunta con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA, la cual se realizará el 9 de agosto en nuestra sede. Este es un foro privilegiado porque permite un diálogo directo entre los miembros del Comité Jurídico Interamericano y quienes se encargan directamente de los temas jurídicos en cada uno de los países de la región, tanto en el ámbito público como en el privado.

Quiero finalizar esta presentación agradeciendo a los señores y señoras miembros de la Comisión de Derecho Internacional y haciéndoles una invitación para estrechar los lazos entre el Comité Jurídico Interamericano y la Comisión de Derecho Internacional. Sería muy grato para el Comité Jurídico Interamericano poder recibir en persona, todos los años, a algún representante de la Comisión de Derecho Internacional en nuestra sede, de tal modo que de manera directa pueda presentar y explicar los desarrollos de los trabajos en este importante órgano, tal como el Comité Jurídico Interamericano lo está haciendo el día de hoy. Quedo a su disposición para responder a consultas o comentarios.

iii. XVI Conferencia de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)

El 10 de agosto de 2023, todos los miembros del Comité participaron en la XVI Conferencia de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado que tuvo lugar en la Universidad Católica de Río de Janeiro.

Ambos relatores de temas de Derecho Internacional Privado fueron invitados a realizar presentaciones sobre el avance de sus trabajos. El doctor José Moreno Rodríguez habló sobre el "Derecho aplicable a las inversiones extranjeras", mientras que la doctora Cecilia Fresnedo explicó su informe sobre los "Contratos entre comerciantes con parte débil contractual" y las "Nuevas tecnologías y su relevancia para la cooperación jurisdiccional internacional". La Secretaría Técnica del Comité estuvo representada por los doctores Dante Negro y Jaime Moreno-Valle quienes también intervinieron en la Conferencia (enlace al [programa de la XVI Conferencia](#)).

LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS

La Organización de Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a 72 Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de estos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra periodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en periodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

ESTADOS MIEMBROS: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (*Commonwealth de las*), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominica (*Commonwealth de*), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.



OEA

Más derechos para más gente

ISBN 978-0-8270-7788-1