



COMISSÃO JURÍDICA INTERAMERICANA
COMITÉ JURIDICO INTERAMERICANO
INTER-AMERICAN JURIDICAL COMMITTEE
COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

OEA/Ser. Q
CJI/SO/II/doc.89/96 rev.2
29 agosto 1996
Original: español

INFORME ANUAL
DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
A LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA
(correspondiente a los períodos ordinarios de sesiones
de enero y agosto de 1996)

Rio de Janeiro

1996

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

PARTE I - ACTIVIDADES

1. Integración del Comité
2. Elección de miembros
3. Presidencia y Vicepresidencia
4. Secretaría
5. Período ordinario de sesiones de enero de 1996
 - 5.1 Actividades del Presidente entre los períodos de sesiones
 - 5.2 Temario
 - 5.3 Designación de observadores
6. Período ordinario de sesiones de agosto de 1996
 - 6.1 Actividades del Presidente entre los períodos de sesiones
 - 6.2 Temario
 - 6.3 Reconocimiento y homenajes
 - 6.4 Informes de los observadores
 - 6.5 III Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de las Américas
 - 6.6 Asuntos administrativos
7. XXIII Curso de Derecho Internacional

PARTE II - RESOLUCIONES APROBADAS

ENERO 1996

- CJI/RES.I-1/96 - Homenaje a la memoria del doctor Andrés Aguilar Mawdsley
- CJI/RES.I-2/96 - La Democracia en el Sistema Interamericano
Voto razonado presentado por el doctor Miguel Ángel Espeche Gil
- CJI/RES.I-3/96 - Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional. El principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo
- CJI/RES.I-4/96 - Procedimientos para la elaboración y adopción de instrumentos jurídicos interamericanos en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos
- CJI/RES.I-5/96 - Derecho de información. Acceso y protección de la información y datos personales

- CJI/RES.I-6/96 - Cooperación interamericana para enfrentar el terrorismo internacional
- CJI/RES.I-7/96 - El Derecho en un nuevo orden interamericano
- CJI/RES.I-8/96 - Fecha, temario y relatores para el período ordinario de sesiones de agosto de 1996
- CJI/RES.I-9/96 - Aspectos jurídicos de la deuda externa
Explicación de voto, presentada por el doctor Miguel Ángel Espeche Gil
- CJI/RES.I-10/96 - Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional. Métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio
- CJI/RES.I-11/96 - Homenaje al Embajador Ramiro Saraiva Guerreiro

AGOSTO DE 1996

- CJI/RES.II-12/96 - Homenaje a la memoria del doctor Manuel A. Vieira
- CJI/RES.II-13/96 - Homenaje al Embajador Miguel Ángel Espeche Gil
- CJI/RES.II-14/96 - Resolución sobre la Opinión del Comité Jurídico Interamericano en cumplimiento de la Resolución
AG/doc.3375/96 de la Asamblea General de la
Organización de los Estados Americanos, titulada
"Libertad de comercio e inversión en el hemisferio"
Opinión del Comité Jurídico Interamericano ...
(CJI/SO/II/doc.67/96 rev. 5)
- CJI/RES.II-15/96 - Homenaje al Embajador Galo Leoro Franco
- CJI/RES.II-16/96 - Homenaje al doctor Jonathan T. Fried
- CJI/RES.II-17/96 - III Reunión conjunta con asesores jurídicos
- CJI/RES.II-18/96 - XXIV Curso de Derecho Internacional
- CJI/RES.II-19/96 - Preparación para la conmemoración del centenario del Comité Jurídico Interamericano
- CJI/RES.II-20/96 - Oficinas del Comité Jurídico Interamericano
- CJI/RES.II-21/96 - Derecho de la información. Acceso y protección de la información y datos personales
- CJI/RES.II-22/96 - Seminario sobre la Democracia en el Sistema Interamericano
- CJI/RES.II-23/96 - Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional. El principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo

CJI/RES.II-24/96 - El acuerdo complementario

CJI/RES.II-25/96 - Agenda para el período ordinario de sesiones de febrero-marzo de 1997 y Temario general

PARTE III - DOCUMENTOS (Ver Introducción)

DOCUMENTOS PRESENTADOS EN ENERO DE 1996

CJI/SO/II/doc.27/95 rev.1- Dimensión jurídica de la integración: el sistema jurisdiccional de solución de controversias del Grupo Andino

CJI/SO/II/doc.59/95 rev.1- Fecha, temario y relatores para el período ordinario de sesiones de enero de 1996

CJI/SO/I/doc.2/96 - El principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, así como otros medios para favorecer a los países de menor desarrollo: una primera aproximación a su análisis

CJI/SO/I/doc.4/96 - Aspectos jurídicos de la deuda externa

CJI/SO/I/doc.5/96 - Cooperación interamericana para enfrentar el terrorismo

CJI/SO/I/doc.6/96 - La Democracia en el Sistema Interamericano: informe adicional

DOCUMENTOS PRESENTADOS EN AGOSTO DE 1996

CJI/SO/I/doc.9/96 rev.1 - Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales

CJI/SO/I/doc.14/96 rev.1 - Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional: la cláusula de la nación más favorecida en los tratados de integración económica suscritos por países de América Latina

CJI/SO/II/doc.33/96 - El aporte del Comité sobre el desarrollo del derecho internacional privado: análisis y comentarios al documento "El derecho en un nuevo orden interamericano", del Secretario General de la OEA

CJI/SO/II/doc.34/96 - Informe del Observador del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Embajador Miguel Ángel Espeche Gil, ante la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas

CJI/SO/II/doc.49/96 - Fecha, temario y relatores para el período ordinario de sesiones de agosto de 1996
(Revisión de la Resolución CJI/RES.I-8/96)

Anexo:

OEA/Sec.Gral/CJI/doc.2/96 rev.3 - Temario Anotado del Comité Jurídico Interamericano. Período ordinario de sesiones (agosto 1996)

INFORME ANUAL
A LA ASAMBLEA GENERAL

INTRODUCCIÓN

Este Informe anual, que refleja el trabajo del Comité Jurídico Interamericano durante el año de 1996, fue preparado de conformidad con el artículo 53(f) de la Carta de la Organización y con la instrucción impartida por el señor Secretario General Adjunto por nota del 6 de diciembre de 1995.

Este Informe anual comprende tres Partes. La Primera (I) se refiere a las actividades del Comité. La Parte II contiene las resoluciones que adoptó en los períodos de sesiones. Y la Parte III compila tanto los informes presentados por sus miembros en los mismos períodos como el Temario Anotado del Comité Jurídico Interamericano elaborado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, a través del Departamento de Derecho Internacional (OEA/Sec.Gral.,CJI/doc.2/96 rev.3, 18 junio 1996). Esta Parte III se encuentra, para consulta, tanto en la sede del Comité como en dicha Subsecretaría.

PARTE I

ACTIVIDADES

1. Integración del Comité

Durante el año de 1996, el Comité Jurídico Interamericano estuvo integrado por los siguientes miembros: Ramiro Saraiva Guerreiro, Jonathan T. Fried, Luis Herrera Marcano, Alberto Zelada Castedo, Miguel Ángel Espeche Gil, Galo Leoro Franco, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, José Luis Siqueiros, Keith Highet y Olmedo Sanjur G.

En 10 de abril de 1996, el Consejo Permanente eligió al doctor João Grandino Rodas (Brasil) para ocupar la vacante producida por la renuncia del doctor Ramiro Saraiva Guerreiro, para un período de dos años que se inició el 10 de abril de 1996 hasta 31 de diciembre de 1998.

2. Elección de miembros

En el vigésimo sexto período ordinario de la Asamblea General, fue reelegido el doctor Jonathan T. Fried (Canadá) y elegidos los doctores Luis Marchand Stens (Perú), y Brynmor Thornton Innis Pollard (Guyana), con mandatos desde el 11 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2000.

3. Presidencia y Vicepresidencia

La Presidencia del Comité Jurídico Interamericano fue ejercida por el doctor Ramiro Saraiva Guerreiro. Con motivo de la renuncia que formuló a su cargo, a partir del día 16 de febrero y de conformidad con el artículo 11 del Reglamento del Comité Jurídico Interamericano, el Vicepresidente, doctor Jonathan T. Fried, asumió la Presidencia.

En la sesión de 12 de agosto de 1996, el Comité eligió como Presidente al doctor Eduardo Vío Grossi y como Vicepresidente al doctor Keith Highet.

4. Secretaría

De conformidad al artículo 28 del Estatuto del Comité y a la Orden Ejecutiva Ni 96-04, los servicios técnicos de apoyo y de secretaría fueron proporcionados por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General en las personas del Subsecretario, doctor Enrique Lagos, del Director del Departamento Derecho Internacional, doctor Jean-Michel Arrighi y del Secretario del CJI, doctor Manoel Tolomei Pereira Gomes Moletta.

5. Período ordinario de sesiones de enero de 1996

El primer período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de 1996 se realizó del 29 de enero al 10 de febrero en su sede, en Rio de Janeiro.

La reunión contó también con la presencia de los Representantes de la OEA doctores Jorge García González, Asesor Especial del Secretario General; William M. Berenson, Director del Departamento de Servicios Jurídicos Generales y Subsecretario de Asuntos Jurídicos Interino; Enrique Lagos, Director del Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional.

5.1 Actividades del Presidente entre los períodos de sesiones

En la sesión inaugural del período de enero, el doctor Ramiro Saraiva Guerreiro, en informe verbal, dio cuenta de las actividades desarrolladas durante el receso, destacando los adelantos en el programa de relaciones de cooperación entre el Comité y diversas entidades jurídicas internacionales dedicadas al estudio y desarrollo del derecho internacional. Entre las diversas instituciones con las cuales el Comité inició o perfeccionó sus relaciones de cooperación, se encuentran: *Asian African Legal Consultative Committee, American Bar Association, Federación Interamericana de Abogados (FIA), Inter-American Bar Foundation, International Bar Association, International Commission of Jurists, The American Society of International Law, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), The Hague Conference on Private Law, Council of the Bars and Law Societies of the European Community (CCBE), Institute of International Law, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), International Juridical Institute, International Law Association, Instituto Hispano-Luso-Americano (IHLADI), División de Codificación del Derecho Internacional de las Naciones Unidas, University of British Columbia, Canadian Council of International Law, Canadian Bar Association, Canadian Foundation for the Americas (FOCAL), Canadian Council for the Americas, Canadian International Development Agency, Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais da USP y Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-RJ).*

5.2 Temario

Durante el período ordinario de sesiones de enero 1996 fueron considerados los asuntos contemplados en el Temario CJI/SO/II/doc.59/95 rev.1. Los respectivos relatores presentaron los siguientes informes, que constan de la Parte III - Documentos:

- . CJI/SO/II/doc.27/95 rev.1 - Dimensión jurídica de la integración: el sistema jurisdiccional de solución de controversias del Grupo Andino;
- . CJI/SO/II/doc.2/96 - El principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, así como otros medios para favorecer a los países de menor desarrollo: una primera aproximación a su análisis;
- . CJI/SO/II/doc.4/96 - Aspectos jurídicos de la deuda externa;
- . CJI/SO/II/doc.5/96 - Cooperación interamericana para enfrentar el terrorismo;
- . CJI/SO/II/doc.6/96 - La Democracia en el Sistema Interamericano: informe adicional;
- . CJI/SO/II/doc.9/96^{1/} - Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales;
- . CJI/SO/II/doc.14/96^{2/} - Dimensión jurídica de la integración: la cláusula de la nación más favorecida en los tratados de integración económica suscritos por países de América Latina.

Fueron aprobadas las resoluciones que a continuación se enumeran y cuyos textos se encuentran en la Parte II de este Informe:

- . CJI/RES.I-1/96 - Homenaje a la memoria del doctor Andrés Aguilar Mawdsley;
- . CJI/RES.I-2/96 - La Democracia en el Sistema Interamericano;

1. En la Parte III consta la revisión 1 de este documento, presentada en el período ordinario de sesiones de agosto de 1996.

2. *Ibid.*

- . CJI/RES.I-3/96 - Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional: el principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo;
- . CJI/RES.I-4/96 - Procedimientos para la elaboración y adopción de instrumentos jurídicos interamericanos en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos;
- . CJI/RES.I-5/96 - Derecho de información: acceso y protección de la información y datos personales;
- . CJI/RES.I-6/96 - Cooperación interamericana para enfrentar el terrorismo;
- . CJI/RES.I-7/96 - El derecho en un nuevo orden interamericano;
- . CJI/RES.I-8/96 - Fecha, temario y relatores para el período ordinario de sesiones de agosto de 1996;
- . CJI/RES.I-9/96 - Aspectos jurídicos de la deuda externa;
- . CJI/RES.I-10/96 - Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional: métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio;
- . CJI/RES.I-11/96 - Homenaje al Embajador Ramiro Saraiva Guerreiro.

5.3 Designación de observadores

El Comité resolvió designar como observadores a los siguientes miembros:

- . Doctor Keith Highet, para acompañar la presentación del Informe anual del CJI ante el Consejo Permanente, en Washington, D.C.;
- . Doctor Olmedo Sanjur G., ante la Asamblea General de la OEA realizada en la ciudad de Panamá;
- . Doctor Miguel Ángel Espeche Gil, ante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo, celebrada en Lima, en abril y ante la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, reunida en Ginebra, el mes de junio;
- . Doctor José Luis Siqueiros, ante la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado;
- . Doctores Eduardo Vío Grossi y Luis Herrera Marcano, ante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Corrupción, celebrada en Caracas, en el mes de marzo de 1996.

6. Período ordinario de sesiones de agosto de 1996

El segundo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de 1996 se realizó del 5 al 29 de agosto en su sede, en Rio de Janeiro.

Estuvieron presentes los representantes de la OEA, doctores Enrique Lagos, Subsecretario de Asuntos Jurídicos y Jean-Michel Arrighi, Director del Departamento de Derecho Internacional. También participó en las sesiones, en calidad de Observadora ante el CJI, la doctora Claudia Patricia Rivero Medina, Representante del Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia.

6.1 Actividades del Presidente entre los períodos de sesiones

Al iniciarse el período de sesiones de agosto, el Presidente, doctor Jonathan T. Fried, hizo una exposición de la presentación del Informe anual del CJI para 1995 ante el Consejo Permanente en Washington, D.C. y ante la Asamblea General realizada en Panamá en junio de 1996, y del informe enviado a la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre *Cumbre de las Américas*, Embajadora Harriet Babbitt, al cual acompañó la publicación del Comité sobre *Dimensión jurídica de la integración*:

estudios de los métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio en el hemisferio.

6.2 Temario

Como cuestión previa, se reformó el *Temario* (CJI/SO/II/doc.49/96), a fin de incluir el mandato de la Asamblea General contenido en la Resolución AG/doc.3375/96, en el sentido de que el Comité opinara sobre la cuestión de "la validez conforme a derecho internacional, de la legislación Helms-Burton".

En mérito del mencionado mandato de la Asamblea General, el Comité se ocupó de este asunto de manera prioritaria, empleando al efecto prácticamente las tres primeras semanas del período de sesiones.

El 23 de agosto de 1996 fue adoptada, por unanimidad, una *Opinión* que comprende cuatro partes, a saber: antecedentes, la protección de los derechos de propiedad de nacionales, la extraterritorialidad y los límites que fija el Derecho Internacional al ejercicio de la jurisdicción y, por último, las conclusiones.

El Comité abordó, seguidamente, los temas relativos al derecho en un nuevo orden interamericano (CJI/SO/II/doc.33/96), el principio de la nación más favorecida (CJI/SO/I/doc.14/96 rev.1) y el derecho de la información (CJI/SO/I/doc.9/96 rev.1), disponiéndose incluir en la Parte III de este Informe los relatorios presentados.

En consecuencia, durante el II período ordinario de sesiones fueron aprobadas diversas resoluciones que se enumeran a continuación y cuyos textos se encuentran en la Parte II del presente informe:

- . CJI/RES.II-14/96 - Resolución sobre la Opinión del CJI en cumplimiento de la Resolución AG/doc.3375 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, titulada "Libertad de comercio e inversión en el hemisferio";
- . CJI/RES.II-17/96 - III Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos;
- . CJI/RES.II-18/96 - XXIV Curso de Derecho Internacional;
- . CJI/RES.II-21/96 - Derecho de la información;
- . CJI/RES.II-22/96 - Seminario sobre la Democracia en el Sistema Interamericano;
- . CJI/RES.II-23/96 - Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional;
- . CJI/RES.II-25/96 - Agenda para el período ordinario de sesiones de febrero-marzo de 1997.

6.3 Reconocimientos y homenajes

En cumplimiento a la resolución CJI/RES.I-11/96, el 16 de agosto de 1996, se rindió homenaje al Embajador Ramiro Saraiva Guerreiro, ex miembro y ex Presidente del CJI, en acto solemne realizado en la *Fundação Getúlio Vargas*.

También se rindió homenaje a la memoria del doctor Manuel A. Vieira (CJI/RES.II-12/96); y se reconoció la labor de los doctores Miguel Ángel Espeche Gil (CJI/RES.II-13/96); Galo Leoro Franco (CJI/RES.II-15/96) y Jonathan T. Fried (CJI/RES.II-16/96).

En esta oportunidad el Comité manifestó su satisfacción con la designación del doctor Enrique Lagos para el cargo de Subsecretario de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la

Organización.

El Comité acordó expresar su agradecimiento a la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) por la publicación del documento *Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional: estudio de los métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio en el hemisferio*.

6.4 Informes de los observadores

El Comité consideró también los informes presentados por el doctor Miguel Ángel Espeche Gil, el primero verbal sobre la Conferencia Interamericana sobre Terrorismo realizada en Lima, Perú, y el otro, sobre la reunión de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas que se llevó a cabo en Ginebra (CJI/SO/II/doc.34/96).

Igualmente, el doctor José Luis Siqueiros presentó su informe verbal como Observador ante la Reunión especial para el estudio de convenciones interamericanas sobre reconocimiento de sentencias civiles y comerciales, realizada en La Haya.

Finalmente, el doctor Eduardo Vío presentó su informe acerca de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en la Conferencia Especializada sobre la materia, realizada en Caracas en marzo pasado. En dicha Conferencia se adoptó una resolución de reconocimiento al Comité Jurídico Interamericano por el aporte que realizó en el proceso de elaboración de dicho texto jurídico internacional.

6.5 III Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de las Américas

Dada la importancia que reviste para este Órgano el mantener contacto con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores y teniendo en cuenta la resolución AG/doc.3405/96, por la cual la Asamblea General encomendó "... al Comité Jurídico la convocatoria, cuando lo estime oportuno, de una tercera reunión de esta naturaleza, con vistas a continuar los vínculos entre el Comité Jurídico y los consultores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros", el Comité resolvió llevar a cabo la III Reunión Conjunta, los días 7 y 8 del mes de agosto de 1997.

6.6 Asuntos administrativos

Entre los asuntos administrativos tratados por el Comité durante el período de sesiones, destacan los atinentes a un acuerdo complementario con el país sede (CJI/RES.II-24/96), oficinas del CJI (CJI/RES.II-20/96), la preparación de la conmemoración del centenario del Comité (CJI/RES.II-19/96) y el Acuerdo de Cooperación con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Asimismo, el Comité Jurídico tomó conocimiento, analizó y manifestó su satisfacción por la Orden Ejecutiva 96-04.

Por último y dada la importancia de la consideración de diversos asuntos administrativos directamente relacionados con el perfeccionamiento de su estructura funcional, y con el propósito de cumplir eficientemente tanto los mandatos de la Carta de la OEA, de la Asamblea General y del Consejo Permanente, así como respondiendo a las finalidades establecidas en su Estatuto Constitutivo y su propio Reglamento, el Comité Jurídico Interamericano acordó que el I período

ordinario de sesiones de 1997 se realizará del 24 de febrero al 7 de marzo, en Washington, D.C. y el II período ordinario de sesiones de 1997, del 4 al 29 de agosto, en su sede en Rio de Janeiro.

7. XXIII Curso de Derecho Internacional

El Comité Jurídico Interamericano realizó en el mes de agosto de 1996, su XXIII Curso de Derecho Internacional en la sede de la *Fundação Getúlio Vargas* en Rio de Janeiro, Brasil.

Los conferencistas, distinguidos expertos de las Américas y de Europa, abordaron importantes tópicos jurídicos internacionales de actualidad, enfatizando el estudio de temáticas relacionadas con la jurisdicción internacional en materia de derecho del mar, crímenes internacionales y solución de controversias comerciales internacionales: el arbitraje en el sistema del GATT-OMC. El Curso contó con la asistencia de estudiantes procedentes de diversos Estados Miembros.

De conformidad con la práctica establecida, el Comité Jurídico Interamericano recibió la visita de los siguientes expositores que participaron del Curso con el objetivo de intercambiar ideas y opiniones sobre sus respectivas especialidades, a la vez que realizaron una evaluación del nivel del Curso para su posible perfeccionamiento y actualización:

- . Doctor Eduardo Valencia-Ospina, Secretario de la Corte Internacional de Justicia;
- . Doctor Felipe Paolillo, Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad del Uruguay;
- . Embajador José Antonio Tijerino, Representante Permanente de Nicaragua ante la OEA;
- . Doctor Jacob Dollinger, Profesor de Derecho Internacional Privado de la *Universidade Estadual do Rio do Janeiro*;
- . Doctor Didier Operti, Ministro del Interior y Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Uruguay;
- . Embajadora Beatriz Ramacciotti, Representante Permanente del Perú ante la OEA;
- . Doctor Fernando Brito, Asesor del Secretario General de la OEA para Seguridad Hemisférica;
- . Doctor Daniel Bardonnet, Profesor de la Universidad de París, Secretario de la Academia de Derecho Internacional de La Haya;
- . Doctor Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Del mismo modo, el Comité discutió las pautas y directrices que orientarán la programación del próximo Curso de Derecho Internacional, habiendo aprobado a ese efecto la Resolución CJI/RES.II-18/96.

El temario del Curso será "La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la actualidad" y las conferencias se referirán a lo siguiente:

- A) Introducción: Relaciones del Derecho Internacional y Derecho interno
- B) La progresiva ampliación del ámbito del Derecho Internacional
 - 1. En relación al individuo:
 - a) La regulación simultánea de los Derechos Humanos por el Derecho Internacional y el Derecho interno;

- b) La aplicación del Derecho Humanitario en el ámbito interno;
 - c) La justicia internacional en materia penal;
2. En asuntos políticos y sociales:
 - a) La Democracia y el Derecho Internacional en el Sistema Interamericano;
 - b) El derecho ambiental;
 - c) El derecho laboral y el Derecho Internacional;
 3. En asuntos económicos:
 - a) Los acuerdos comerciales y de integración económica y sus efectos en el ámbito interno;
 - b) La regulación de la inversión extranjera en el Hemisferio;
 - c) La propiedad intelectual en el Derecho Internacional;
 4. El ámbito exclusivo del Estado
- C) Nuevos desarrollos en las fuentes del Derecho Internacional y sus efectos en el Derecho interno.
1. Los procedimientos de elaboración, incorporación y aplicación de tratados a la luz del ordenamiento jurídico interno. Casos ilustrativos;
 2. El procedimiento de elaboración de tratados en el ámbito de la OEA;
 3. El Derecho Internacional consuetudinario y el Derecho interno;
 4. Las resoluciones de Organizaciones Internacionales como fuentes del Derecho Internacional;
 5. Los principios generales de derecho como fuente del Derecho Internacional;
 6. La interacción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado;
 7. Influencia de las ONGs y las empresas en la aplicación del Derecho interno;
 8. La iniciativa de las organizaciones internacionales.

El presente Informe anual fue aprobado por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 29 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, João Grandino Rodas y Luis Herrera Marcano.

PARTE II**RESOLUCIONES APROBADAS****CJ/RES.I-1/96****HOMENAJE A LA MEMORIA DEL
DOCTOR ANDRÉS AGUILAR MAWDSLEY**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria,
celebrada el 6 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

HABIENDO TOMADO conocimiento del sensible fallecimiento, ocurrido el año recién pasado, del eminente jurista doctor Andrés Aguilar Mawdsley;

CONSIDERANDO los extraordinarios aportes que realizó el doctor Andrés Aguilar M. en el área del Derecho Internacional del Mar, a través, en especial, de su relevante participación en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar;

HABIDA CUENTA la muy significativa actividad del doctor Andrés Aguilar M. en favor de los derechos esenciales de la persona humana, realizada, en particular, en tanto miembro y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y

TENIENDO PRESENTE que el doctor Andrés Aguilar M. se desempeñaba, al momento de su fallecimiento, como Juez de la Corte Internacional de Justicia,

RESUELVE:

1. Rendir su sentido y sincero homenaje de admiración y reconocimiento a la memoria del doctor Andrés Aguilar M., cuya desaparición constituye una pérdida irreparable no sólo para su patria, Venezuela, a la que sirvió con lealtad y gran profesionalismo, sino también para la OEA y la Corte Internacional de Justicia, entidades en las que se desempeñó con particular brillo, en beneficio del desarrollo del Derecho Internacional y para prestigio del Continente americano.

2. Evocar la memoria del doctor Andrés Aguilar M., en tanto eminente jurista americano, en la inauguración del XXIII Curso de Derecho Internacional, que realizará en su sede, Rio de Janeiro, en agosto de 1996.

3. Hacer llegar copia de esta Resolución, como forma de expresión de sus condolencias, a la señora esposa del doctor Aguilar, al Gobierno de la República de Venezuela, a los órganos competentes de la OEA y a la Corte Internacional de Justicia.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 6 de febrero de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo, Olmedo Sanjur, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez C., Eduardo Vío Grossi y Keith Highet.

CJI/RES.I-2/96**LA DEMOCRACIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria,
celebrada el 6 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

I. Que en su Resolución CJI/RES.I-3/95 resolvió:

1. Proponer a los correspondientes órganos de la Organización que adopten las siguientes medidas en vista del efectivo desarrollo progresivo del Derecho Internacional en relación a la Democracia Representativa:

- a) Disponer la coordinación con otras organizaciones internacionales en vista de la realización de estudios, seminarios, mesas redondas u otras formas de analizar y estudiar las experiencias y posiciones de la OEA y dichas organizaciones internacionales en materia de Democracia Representativa; y
- b) Distribuir el Informe CJI/SO/II/doc.37/94 rev.1 corr.2, el Informe Complementario CJI/SO/I/doc.7/95 rev.2 y la presente Resolución a los Estados Miembros a fin de que les hagan llegar a sus respectivas facultades de derecho y de ciencias políticas, requiriéndoles observaciones y comentarios en la perspectiva del desarrollo progresivo del Derecho Internacional en materia de ejercicio efectivo de la Democracia Representativa.

2. Continuar con el estudio del tema, con especial énfasis en los aspectos que siguen:

- a) Identificar y tipificar el eventual hecho ilícito internacional contra el ejercicio efectivo de la Democracia Representativa y estudiar la responsabilidad que de él se pueda derivar para el Estado y los individuos;
- b) la posible ilicitud internacional por las acciones que distorsionen o pretendan distorsionar los resultados electorales, tanto por coartar la libertad de expresión del sufragio como por afectar la autenticidad del escrutinio electoral;
- c) la relación entre el ejercicio efectivo de la Democracia Representativa, la Paz y Seguridad Internacional, y los Derechos Humanos; y
- d) el alcance jurídico de las medidas o gestiones que pueda adoptar la OEA en vista del restablecimiento del ejercicio efectivo de la Democracia Representativa.

II. Que el relator, en su Informe Adicional sobre la Democracia en el Sistema Interamericano, presentado en el actual período ordinario de sesiones (CJI/SO/II/doc.6/96 de 31 de enero de 1996), se ha referido a las orientaciones y limitaciones que, en su criterio, presentaría la continuación del estudio del tema, y

III. Que los órganos competentes de la Organización no han tenido aún la oportunidad de

pronunciarse acerca de lo dispuesto en la citada Resolución CJI/RES.I-3/95,

RESUELVE:

1. Tener presente, al momento de dar ejecución a lo que los órganos competentes de la Organización oportunamente decidan acerca de la Resolución CJI/RES.I-3/95, las orientaciones y limitaciones aludidas en el Informe Adicional CJI/SO/I/doc.6/96, así como los comentarios que, respecto dicho documento, se formularon en su sesión en que lo analizó.

2. Reafirmar que, en su criterio y sin perjuicio de lo que resuelvan los aludidos órganos competentes, un medio que aparece, en esta etapa del estudio o análisis del tema, eficaz para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en relación al ejercicio efectivo de la Democracia Representativa, es la realización, bajo la responsabilidad del propio Comité, de seminarios o mesas redondas en los que, sobre la base de la precedentemente mencionada documentación emitida sobre el particular, se analicen, con rigor científico, las cuestiones planteadas en la misma.

3. Remitir la presente Resolución al Secretario General y al Consejo Permanente a los efectos de que, si lo estiman procedente, se le considere al momento de adoptarse las decisiones aludidas en el numeral 1 y dispongan la correspondiente cooperación tanto de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos como de la Unidad para la Promoción de la Democracia.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 6 de febrero de 1996, por los siguientes miembros: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo, Olmedo Sanjur, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi y Keith Highet.

El doctor Miguel Ángel Espeche Gil presentó un Voto Razonado que se anexa a la presente Resolución.

VOTO RAZONADO

(presentado por el doctor Miguel Ángel Espeche Gil
con relación a la Resolución sobre
La Democracia en el sistema interamericano
CJI/RES.I-2/96, 6 febrero 1996)

Concurro con mi voto afirmativo a la Resolución del Comité del 6 del corriente sobre *La Democracia en el Sistema Interamericano* que señala lineamientos para el desarrollo jurídico de este fundamental principio que hace a la esencia de la *affectio societatis* de la OEA.

En la anterior Resolución sobre este tema (CJI/RES.I-3/95) el Comité había decidido continuar el estudio con especial énfasis en: *La posible ilicitud internacional por las acciones que distorsionen o pretendan distorsionar los resultados adoptados tanto por coartar la libertad de expresión del sufragio como por afectar la autenticidad del escrutinio electoral* (inciso b, del punto II), cláusula que se reitera en la nueva Resolución.

En el voto razonado del 31 de marzo de 1995 manifesté:

Existe una justificada tendencia a atribuir al fraude electoral y las prácticas que distorsionan los resultados electorales la calificación de ilícito internacional, como la que ya tienen los golpes de Estado, pues ambos vulneran el bien jurídico que el sistema interamericano busca proteger por medio del derecho internacional, i.e: el ejercicio de la democracia representativa. El derecho de los ciudadanos a que su voto, libremente expresado, sea auténticamente escrutado, y que éste constituya la base genuina de la representación de los gobiernos así elegidos, es una exigencia de coherencia, ética y lógica de la democracia representativa, valor intrínseco del sistema interamericano.

Dado el grado de desarrollo del derecho internacional en el ámbito interamericano tengo la convicción de que ya corresponde identificar y tipificar como hechos ilícitos internacionales, porque vulneran el principio de la vigencia efectiva de la democracia representativa, las prácticas que vacían los procesos electorales (que se hallan tipificadas e incriminadas en las legislaciones penales) y permiten el surgimiento de gobiernos ilegítimos.

El sistema interamericano debe asumir la "pretensión punitiva" para sancionar esas prácticas fraudulentas así como lo hace con los denominados golpes de Estado. Son igualmente ilegítimos los gobiernos surgidos de los golpes de Estado como los que se originan o perpetúan por medio de fraudes electorales. Ambos producen gobiernos que se apropian ilegítimamente --en una y otra forma-- del poder político vulnerando así el bien jurídico "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que es pilar esencial del sistema.

En esta etapa del desarrollo del derecho internacional, el sistema hemisférico en conjunto y cada Estado miembro de la OEA en particular deberían tener la garantía de seguridad jurídica que significa el que los gobiernos de los demás Estados que integran la organización sean igualmente legítimos en base al carácter genuinamente representativo de la voluntad popular libremente expresada y respetada.

Las obligaciones internacionales asumidas por los Estados miembros deben poseer las condiciones de estabilidad y certeza basadas en lo genuino de la representación de los gobiernos

contratantes y en la expectativa razonable de que esas obligaciones no puedan ser tachadas de nulidad en el futuro por provenir de gobiernos surgidos de golpes de Estado o de elecciones fraudulentas. Jurídicamente, no puede ser lo mismo un acto internacional en el que una de las partes no sea un gobierno legítimo y otro en el que ambos contratantes son gobiernos legítimamente electos.

Para la celebración de acuerdos internacionales debe ser exigida la autenticidad de la representación, la personería de las Partes, de la misma manera que para la celebración de contratos en el derecho interno.

En la OEA, el ejercicio efectivo de la Democracia Representativa y su corolario de la legitimidad de los gobiernos ya no es materia exclusiva del fuero interno de los Estados sino que corresponde, además, a la órbita del derecho internacional, como lo es en la Unión Europea.

Lo que es ilícito en el derecho interno de los Estados miembros del sistema, en materia de formación de gobiernos por medio de prácticas electorales fraudulentas, también tiende a serlo en el derecho internacional, como queda explicado aquí. Puesto que las distintas formas del fraude electoral se encuentran tipificadas e incriminadas en todas las legislaciones de los Estados miembros, será necesario llevar a cabo la recopilación de esas normas.

La acción que, por medio de misiones civiles, viene realizando la OEA con el objeto de observar procesos electorales, se podría complementar mediante programas de asistencia en materia electoral.

En este orden de ideas podría resultar conveniente desarrollar los siguientes temas:

1. Financiación, por parte del BID, de programas destinados a perfeccionar la autenticidad de los procesos electorales.
2. Programas para proteger los registros de electores y sistemas para detectar inscripciones falsas y otras prácticas ilícitas.
3. Compendio de las experiencias de la OEA en la supervisión de elecciones.
4. Detección de métodos electrónicos cuya finalidad sea distorsionar resultados electorales.
5. Asistencia técnica a partidos políticos con representación parlamentaria para la verificación y control de procesos electorales.
6. Profundización del estudio de los medios jurídicos para la salvaguardia del "Derecho Humano" de los ciudadanos de los Estados miembros a intervenir libremente en procesos electorales genuinos y a que se respeten sus resultados.

CJI/RES.I-3/96**DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA INTEGRACIÓN Y
DEL COMERCIO INTERNACIONAL****El principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas,
y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria,
celebrada el 7 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

VISTA su Resolución aprobada el 18 de agosto de 1995 (CJI/RES.II-14/95), en la cual se acordó incluir en su Temario la materia *El principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo*, cumpliendo con el encargo que le hizo a este órgano la Asamblea General de la OEA;

CONSIDERANDO que el doctor José Luis Siqueiros, uno de los relatores designados en este tema, ha presentado un informe bajo el mismo título (CJI/SO/II/doc.2/96), en el que se destaca que es una primera aproximación a su análisis en el marco jurídico del régimen multilateral de comercio, conforme al GATT y a la Organización Mundial de Comercio;

RECORDANDO, asimismo, que el doctor Alberto Zelada Castedo, también relator, ha presentado un informe preliminar titulado *Dimensión jurídica de la integración: la cláusula de la nación más favorecida en los tratados de integración económica suscritos por países de América Latina* (CJI/SO/II/doc.14/96) sobre el empleo de la CMNF en los principales tratados multilaterales de integración económica suscritos entre países de la región de América Latina;

TOMANDO NOTA de la ausencia justificada del tercer relator designado, doctor Jonathan T. Fried, quien no ha sometido hasta ahora el informe relativo;

TOMANDO EN CUENTA que este órgano escuchó con atención las exposiciones verbales que ambos relatores hicieron y que las mismas propiciaron una amplia deliberación por parte de los miembros de este Comité, cuyas opiniones en torno al tema quedan reflejadas en el acta correspondiente;

TENIENDO PRESENTE que, según se desprende de los informes presentados por los señores relatores, así como de los debates celebrados en el seno del Comité, el examen de la adopción y aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en tratados de integración económica de los que forman parte la gran mayoría de los Estados del Hemisferio, reviste especial importancia para los trabajos que se realizan con objeto de diseñar y llevar a cabo un programa encaminado al establecimiento de un sistema de libre comercio de alcance hemisférico, según las directrices aprobadas en la Reunión Cumbre de las Américas celebrada en Miami, los días 9 al 11 de diciembre de 1994;

HABIDA CUENTA que, en conexión con la vigencia de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo I del GATT de 1947, que obliga a la gran mayoría de los Estados del Hemisferio, es también de especial importancia la consideración y el examen del sistema del trato

diferenciado y más favorable aplicado, en el ámbito de esta Organización, en favor de los países en desarrollo, así como el del principio de la reciprocidad; y

ESTIMANDO que del texto de los informes y de su discusión en el seno de este órgano se desprenden interrogantes y se abren perspectivas en cuanto al ámbito en que deban proyectarse sus conclusiones, así como de la interrelación entre la cláusula de la nación más favorecida, el trato diferenciado y más favorable a los países de menor desarrollo y los principios de la no discriminación, del tratamiento nacional y el de la reciprocidad,

RESUELVE:

1. Agradecer a los miembros del Comité, doctores José Luis Siqueiros y Alberto Zelada Castedo, sus valiosos aportes para el tratamiento de esta materia, de tanta importancia en el comercio internacional y de particular interés en el estímulo de las economías de los países de menor desarrollo.

2. Continuar el estudio del tema, con el cometido de elaborar y emitir las conclusiones y apreciaciones que sean pertinentes, a fin de dar cumplimiento al mandato recibido de la Asamblea General de la Organización y, al efecto, considerar tanto los informes de los relatores, incluyendo el que eleve el tercer relator en el próximo período de sesiones, como los desarrollos posteriores que el asunto presente o pueda presentar en otras instancias de la Organización, entre las cuales se encuentra la Comisión Especial de Comercio.

3. Transmitir, por intermedio del señor Presidente del Comité y del órgano pertinente de la Organización, a la Reunión de los Ministros de Comercio del Hemisferio, a celebrarse en Cartagena de Indias, Colombia, en el mes de marzo de 1996, el texto de la presente Resolución, los informes presentados por los relatores doctores José Luis Siqueiros y Alberto Zelada Castedo y el acta de la sesión del Comité en la cual se realizó una discusión preliminar sobre el tema.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 7 de febrero de 1996, por los siguientes miembros: José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo, Olmedo Sanjur, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F. y Miguel Ángel Espeche Gil.

CJI/RES.I-4/96**PROCEDIMIENTOS PARA LA ELABORACIÓN Y ADOPCIÓN DE
INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERAMERICANOS EN EL ÁMBITO
DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria,
celebrada el 8 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

Que la Asamblea General de la Organización, mediante resolución AG/RES.1329 (XXV-0/95), decidió encomendar a la Secretaría General la preparación de un proyecto de directrices sobre la totalidad del proceso de preparación de instrumentos jurídicos interamericanos para revisión y comentarios del Comité Jurídico Interamericano, con el objeto de someterlo al Consejo Permanente el cual posteriormente deberá presentar un informe a la Asamblea General sobre esta materia;

Que, en esa misma resolución, la Asamblea General señaló que la Organización es un foro importante para la formulación de instrumentos interamericanos y, en tal sentido, debía abordar el estudio para establecer directrices relacionadas con la totalidad del proceso de preparación de instrumentos jurídicos interamericanos;

Que en su período ordinario de sesiones de agosto de 1995, la Secretaría General le presentó, en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución AG/RES. 1329 (XXV-0/95), el documento titulado *Directrices para la elaboración de instrumentos jurídicos interamericanos: estudio de antecedentes* (OEA/Sec.Gral/CJI/doc.7/95, 16 de agosto de 1995) preparado por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos;

Que en el mencionado período ordinario de sesiones de agosto de 1995, decidió incorporar en su temario la materia relativa a los *Procesos para elaborar y aprobar instrumentos jurídicos interamericanos en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos*;

Que en este período ordinario de sesiones no pudo contar con la asistencia de los relatores designados para el estudio de esta materia, debido a razones derivadas de sus respectivas actividades profesionales y oportuna y debidamente justificadas, y

Que en el curso de este mismo período de sesiones y atendida la importancia del tema procedió, no obstante, a considerar en forma preliminar el documento preparado por la Secretaría General, y en este sentido, adelantó criterios y orientaciones generales sobre el enfoque y los principales aspectos que debería comprender el pronunciamiento solicitado al Comité por la Asamblea General,

RESUELVE:

1. Agradecer a la Secretaría General el documento denominado *Directrices para la elaboración de instrumentos jurídicos interamericanos: estudio de antecedentes* (OEA/Sec.Gral/CJI/doc.7/95, 16 agosto de 1995), preparado en forma tan eficiente y profesional por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos.

2. Remitir a los relatores de este tema, doctores Luis Herrera Marcano y Jonathan T. Fried, el mencionado documento y el acta donde consta la transcripción de los debates habidos sobre esta cuestión durante el presente período de sesiones, con el objeto de que presenten un informe sobre el particular en ocasión del próximo período ordinario de sesiones de agosto de 1996.

3. Considerar este tema con carácter prioritario en su próximo período de sesiones y, con base en el informe que presentarán sus relatores, formular los comentarios solicitados por la Asamblea General, a fin de someterlos al Consejo Permanente de la Organización.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 8 de febrero de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo, Olmedo Sanjur, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F., Miguel Ángel Espeche Gil y Keith Highet.

CJI/RES.I-5/96**DERECHO DE INFORMACIÓN****Acceso y Protección de la información y datos personales**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 8 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO PRESENTE:

Que el análisis jurídico del derecho de información ha estado incorporado en su agenda desde el año 1980 y que ha dado lugar a diversas contribuciones de sus miembros;

Que la Asamblea General de la Organización, reunida en su XXV período ordinario de sesiones celebrado en Montrouis, Haití, en 1995, decidió "Solicitar al Comité Jurídico Interamericano que mantenga en su temario el estudio del derecho de información [AG/RES.1328 (XXV-0/95)];

RECORDANDO que en la Resolución CJI/RES.II-9/95, en razón de lo planteado en el informe verbal presentado en agosto de 1995 por el relator, doctor Mauricio Gutiérrez Castro, acerca de la amplitud y complejidad de la materia y los diversos aspectos que abarca su consideración, encargó al mismo que desarrollara el tema del *Acceso y protección de la información y datos personales*;

CONSIDERANDO que en el período ordinario de sesiones de enero de 1996, el relator presentó el primer informe sobre la materia intitulado *Derecho de Información: acceso y protección de la información y datos personales* (CJI/SO/II/doc.9/96), además de hacer una detallada exposición sobre el tratamiento jurídico del fenómeno informativo,

RESUELVE:

1. Expresar su reconocimiento al doctor Mauricio Gutiérrez Castro por su informe escrito y su amplia exposición sobre el tema.
2. Sustituir la denominación del tema por lo siguiente: *Derecho de Información: acceso y protección a la información y datos personales*.
3. Solicitar al relator que continúe sus estudios sobre el referido tema y presente un informe definitivo para el próximo período de sesiones de agosto de 1996.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 8 de febrero de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores José Luis Siqueiros, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F., Miguel Ángel Espeche Gil y Keith Highet.

CJI/RES.I-6/96**COOPERACIÓN INTERAMERICANA PARA ENFRENTAR EL TERRORISMO**
(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 8 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

Que el Comité tomó conocimiento del informe del relator (CJI/SO/I/doc.5/96), quien tuvo en cuenta los documentos enviados como apoyo por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional;

Que la Resolución de la XXV Asamblea General de la OEA [AG/RES.1328 (XXV-O/95)] del 9 de junio de 1995, insta al Comité Jurídico Interamericano a que prosiga el estudio de los medios jurídicos de cooperación interamericana para combatir el terrorismo;

Que el relator recibió en el mes de enero, del Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional un nuevo documento de trabajo titulado *Anteproyecto de convención interamericana para la prevención y eliminación del terrorismo* y estimó oportuno efectuar un análisis preliminar del mismo y formular algunos comentarios a su articulado, los que puso a consideración del Comité;

Que el tema integra la agenda del Consejo Permanente el que ha designado un Grupo de Trabajo y mereció la decisión de la XXV Asamblea General de convocar una Conferencia Especializada Interamericana a realizarse en Lima (abril 1996);

RESUELVE:

1. Considerar el informe y observaciones presentados por el relator como los que someta en el período de agosto de 1996, juntamente con el documento *Anteproyecto de convención interamericana para la prevención y eliminación del terrorismo* a la luz de lo que resuelva la Conferencia Especializada Interamericana que se celebrará en Lima, en abril del año en curso.

2. Mantener el tema en su agenda encomendando al relator que presente un informe en el período de sesiones del mes de agosto en el que reseñará, además, lo resuelto en la Conferencia Especializada Interamericana de Lima, en abril del corriente año y las novedades que se produzcan desde entonces en esta materia, a efecto de que este Órgano adopte los criterios que en ese momento procedan.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 8 de febrero de 1996, estando presentes los siguiente miembros: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada C., Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F., Miguel Ángel Espeche Gil y Keith Highet.

CJI/RES.I-7/96**EL DERECHO EN UN NUEVO ORDEN INTERAMERICANO**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 9 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

VISTO que, en su sesión del día martes 6 del presente mes, recibió oficialmente el documento denominado *El Derecho en un Nuevo Orden Interamericano*, preparado por el señor Secretario General y que fuera presentado por él el día viernes 2 del corriente mes al Consejo Permanente;

TENIENDO PRESENTE que el señor Secretario General dispuso que la remisión de dicho documento a este órgano así como una carta sobre el particular que dirigió a su Presidente, se efectuaran por su representante personal, doctor Jorge García González;

HABIDA CUENTA que, por tal motivo y de conformidad a las instrucciones recibidas del señor Secretario General, el doctor García efectuó, en la indicada sesión, una extensa y detallada exposición acerca del sentido y alcance del documento en referencia, la que fue seguida de un intercambio preliminar de opiniones y comentarios formulados por los integrantes de este órgano;

CONSIDERANDO que el señalado documento constituye un amplio y profundo análisis acerca de los asuntos de carácter jurídico que la Organización, en criterio del señor Secretario General, debería asumir en el futuro inmediato;

COMPROBANDO que, además, en el documento en cuestión se plantean siete cuestiones que atañen directa y específicamente a su labor, a saber:

- a) la concentración de los servicios con los que la Secretaría General debe apoyarlo;
- b) la forma de prestar ese apoyo;
- c) su agenda o temario;
- d) las relaciones con otros órganos;
- e) la duración de sus períodos de sesiones;
- f) la difusión de su labor; y
- g) el Curso de Derecho Internacional.

ESTIMANDO que, por su importancia y contenido, en particular su Capítulo III, el indicado documento debe ser objeto de un detenido análisis de su parte, en tanto cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos,

RESUELVE:

1. Expresar su satisfacción por la iniciativa del señor Secretario General de elaborar y presentar el documento *El Derecho en un Nuevo Orden Interamericano*, que junto con resaltar así la labor que, a su juicio, considera que debe cumplir la Organización como elemento que la distingue en el ámbito del Derecho Internacional, abre un interesante, útil, oportuno y necesario debate sobre la materia.

2. Destacar que en el señalado documento el señor Secretario General manifiesta que "el fortalecimiento y apoyo al Comité Jurídico Interamericano debe ser un objetivo de toda nuestra Organización".

3. Agradecer al señor Secretario General la remisión del documento en cuestión, por medio de su representante personal, doctor Jorge García González, inmediatamente después de su presentación al Consejo Permanente y mientras el Comité se encontraba reunido, a fin de que éste pudiese expresar su criterio acerca de su contenido y alcance a la brevedad posible.

4. Incluir en la agenda de su próximo período de sesiones de agosto, el análisis, con carácter prioritario, del mencionado documento, con el fin de formular las observaciones y comentarios que le merezcan.

5. Reformular la agenda para el próximo período de sesiones en lo que le compete en virtud del artículo 30 del Reglamento, tomando en cuenta la sugerencia formulada por el señor Secretario General en el citado documento acerca de la necesidad de llevar a cabo un examen crítico de los temas que se encuentran bajo su estudio, lo que se expresará en la resolución correspondiente.

6. Encomendar al Presidente del Comité que haga conocer el texto de la presente Resolución al señor Secretario General y al Consejo Permanente.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 9 de febrero de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F., Miguel Ángel Espeche Gil y Keith Highet.

CJI/RES.I-8/96**FECHA, TEMARIO Y RELADORES PARA EL
PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DE AGOSTO DE 1996**
(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 9 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

Que el artículo 30 del Reglamento dispone que, al término de cada período de sesiones, debe acordar el temario y la fecha del siguiente;

Que en el documento *El Derecho en un Nuevo Orden Interamericano*, el señor Secretario General sugiere que este órgano realice un examen crítico de los temas que actualmente se encuentran en su Agenda y proponga a la próxima Asamblea General la derogatoria de algunos mandatos o la reformulación o incorporación de otros;

Que, conforme se ha dispuesto en la Resolución CJI/RES.I-7/96, dicho examen crítico se efectuará en el próximo período de sesiones; y

Que, con todo, parece conveniente acoger, en lo que sea procedente y posible desde ya y aunque sea parcialmente, la sugerencia antes referida,

RESUELVE:

Primero: Realizar su segundo período ordinario de sesiones de 1996 del 5 al 30 de agosto de 1996.

Segundo: Suprimir de su temario, por haberse alcanzado los correspondientes cometidos, los siguientes temas:

- a) Métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio;
- b) Facilitación de la actuación internacional de personas naturales y jurídicas;
- c) Derecho ambiental; y
- d) Aspectos jurídicos de la deuda externa.

Tercero: Readecuar el tema Derecho de Información, pasando a denominarse Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales;

Cuarto: Incluir, por propia iniciativa, los siguientes temas:

- a) Examen de la composición de la Corte Internacional de Justicia a la luz de lo dispuesto por el artículo 9 de su Estatuto (CJI/SO/I/doc.22/96).
Relator: doctor Keith Highet; y
- b) El cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CJI/SO/I/doc.23/96)
Relator: doctor Keith Highet.

Quinto: Aprobar el siguiente temario, conforme al esquema que se señala:

I. NUEVOS ASUNTOS

A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO

1. Procedimientos para elaborar y aprobar instrumentos jurídicos interamericanos en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos
(AG/doc.3269/95)
Relatores: doctores Luis Herrera Marcano y Jonathan T. Fried

B. INCLUIDOS POR INICIATIVA PROPIA

2. Análisis y comentario al documento de trabajo *El Derecho en un Nuevo Orden Interamericano*, presentado por el señor Secretario General.
(CJI/RES.I-7/96)
3. Examen de la composición de la Corte Internacional de Justicia a la luz de lo dispuesto por el artículo 9 de su Estatuto
(CJI/SO/II/doc.22/96)
Relator: doctor Keith Highet
4. El cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
(CJI/SO/II/doc.23/96)
Relator: doctor Keith Highet

II. ASUNTOS EN LOS QUE YA SE HAN PREPARADO INFORMES PRELIMINARES O PARCIALES

A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO

5. Solución pacífica de las controversias
[AG/RES.54 (I-O/71)]
Relatores: doctores Galo Leoro, Keith Highet y Alberto Zelada
6. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional
[AG/RES.944 (XVIII-O/88)]
 - a) Principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo
[AG/RES. 1328 (XXV-O/95)]
Relatores: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo
Jonathan T. Fried
 - b) Mercado de valores bursátiles. Marco normativo de los principios que se consideren básicos en su regulación en el Hemisferio
(CJI/RES.II-2/91)
Relatores: doctores José Luis Siqueiros y Jonathan T. Fried, con la colaboración del doctor Seymour J. Rubin

B. INCLUIDOS POR INICIATIVA PROPIA

7. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas (CJI/RES.I-2/85)
 - a) Designación de magistrados y funcionarios de justicia. Protección y garantía de los jueces y abogados en el ejercicio de sus funciones (CJI/RES.II-17/93)
Relator: doctor Jonathan T. Fried
8. La Democracia en el Sistema Interamericano (CJI/SO/II/doc.10/93)
Relator: doctor Eduardo Vío Grossi
9. Derecho de Información: acceso y protección de la información y datos personales (enero 1980)
Relator: doctor Mauricio Gutiérrez Castro
10. Cooperación internacional para reprimir la corrupción en países americanos (CJI/SO/II/doc.2/92)
Relatores: doctores Eduardo Vío Grossi y Luis Herrera Marcano
11. Cooperación interamericana para enfrentar el terrorismo (Agosto 1994)
Relator: doctor Miguel Ángel Espeche Gil

III. ASUNTOS EN LOS QUE NO SE HAN PREPARADO INFORMES

A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO

Nada pendiente.

B. INCLUIDOS POR PROPIA INICIATIVA

6. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional [AG/RES.944 (XVIII-O/88)]
 - a) Efectos jurídicos internacionales de la insolvencia (CJI/RES.II-13/93)
Relatores: doctores José Luis Siqueiros y Jonathan T. Fried, con la colaboración del doctor Seymour J. Rubin
7. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas (CJI/RES.I-2/85)
 - a) Facilitación del acceso a la justicia. Simplificación de procedimientos judiciales (CJI/RES.II-17/93)
Relator: por designar, con el que colaborará el doctor Seymour J. Rubin

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 9 de febrero de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Alberto Zelada Castedo, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F., Miguel Ángel Espeche Gil y Keith Highet.

CJI/RES.I-9/96**ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 9 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

VISTO que el relator del tema, doctor Miguel Ángel Espeche Gil, en este período de sesiones presentó un nuevo informe (CJI/SO/I/doc.4/95) reseñando el proceso de la iniciativa para que la Asamblea General de las Naciones Unidas solicite una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia acerca de los aspectos jurídicos internacionales de la deuda externa, acompañando documentación y citando la bibliografía publicada sobre la cuestión, así como las estadísticas más recientes sobre el monto de la deuda;

CONSIDERANDO el significativo avance doctrinario obtenido en torno a dicha iniciativa, en particular los trabajos y seminarios del CEISAL (Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina), y la decisión de la XII Conferencia Interparlamentaria Unión Europea-América Latina en su reunión de Bruselas en junio de 1995, así como otras manifestaciones coincidentes de diversos foros y entidades internacionales y últimamente el comienzo del tratamiento del tema en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas,

RESUELVE:

1. Agradecer al doctor Miguel Ángel Espeche Gil por la presentación de informaciones actualizadas y la reseña que efectuó sobre la respectiva iniciativa.
2. Dar por finalizada la labor del relator y excluir el mencionado tema de la Agenda del Comité Jurídico Interamericano.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 9 de febrero de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Alberto Zelada Castedo, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F., Miguel Ángel Espeche Gil y Keith Highet.

El doctor Miguel Ángel Espeche Gil presentó una Explicación de Voto que se anexa a la presente Resolución.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA

SUPRESIÓN DEL TEMA DE LA AGENDA DEL CJI
(Resolución CJI/RES.I-9/96, 9 febrero 1996, artículo Segundo, d)

EXPLICACIÓN DE VOTO

(Artículo 37 del Reglamento)

(presentada por el doctor Miguel Ángel Espeche Gil)

El tema *Aspectos jurídicos de la deuda externa*, referido especialmente a la iniciativa de llevar la cuestión de la deuda externa a consideración de la Corte Internacional de Justicia por medio de un eventual pedido de opinión consultiva de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha estado en la Agenda del Comité desde su inclusión en 1993. En la primera resolución adoptada al respecto, el Comité elevó el informe del Relator sin pronunciarse. Los sucesivos informes presentados por el suscripto en 1994 y 1995, recibieron el mismo tratamiento, el Comité tomó conocimiento y solicitó al relator que le mantuviera actualizado sobre el tema.

En el corriente período de sesiones de enero de 1996, se planteó el debate sobre si debía eliminarse de la Agenda dado que el Comité al limitarse a tomar conocimiento sin opinar sobre el tema en sí, no podría reglamentariamente mantenerlo en su temario. En términos reglamentarios es cierto que el Comité solo puede mantener temas en su Agenda sobre los que haya de manifestarse. Por ello, no existiendo intención de manifestarse, correspondería la eliminación. Por otra parte, dado que la iniciativa del pedido de opinión consultiva a la Corte de La Haya ha tenido significativos desarrollos en los últimos años en distintos foros internacionales y que, últimamente, ha empezado a debatírsela en el Grupo de los 77 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, talvez haya pasado ya la oportunidad para que el Comité Jurídico Interamericano se pronuncie sobre la misma. Ello no obstante, el suscripto estima que la deuda externa es una de las cuestiones más importantes y de mayor trascendencia jurídica en la vida internacional contemporánea que afecta a todos los países del hemisferio y al sistema económico internacional. Se trata de una cuestión fundamentalmente jurídica, -pues trata de derechos y obligaciones internacionales - el Comité tiene competencia para abordarla. La documentación y bibliografía acompañadas a los sucesivos informes suministra las bases para su adecuado tratamiento.

Con esas acotaciones es que acepto la eliminación del tema de la Agenda del Comité. Sin embargo de ello, suministraré a mis colegas del Comité que eventualmente me lo soliciten, la información actualizada de que disponga sobre la cuestión en el período de sesiones de agosto de 1996.

CJI/RES.I-10/96**DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA INTEGRACIÓN Y
DEL COMERCIO INTERNACIONAL****Métodos de solución de controversias en los esquemas
regionales y subregionales de integración y libre comercio**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 10 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

VISTA la Resolución CJI/RES.II-14/95, aprobada por el Comité en su segundo período de sesiones correspondiente al año 1995;

CONSIDERANDO:

Que en oportunidad del presente período de sesiones y en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 3 de la Resolución CJI/RES.II-14/95 del Comité, uno de los relatores del tema, el doctor Alberto Zelada Castedo, presentó una versión revisada del informe titulado *El sistema jurisdiccional de solución de controversias del Grupo Andino* (CJI/SO/II/doc.27/95 rev.1), en el cual se incorporan referencias comentadas a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, así como un examen del Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado de creación de este Tribunal que está en consideración de los Estados Miembros del Grupo Andino;

Que con la presentación del referido informe revisado, están completados los estudios que sobre los métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y de libre comercio, se había propuesto realizar el Comité,

RESUELVE:

1. Tomar nota del informe revisado titulado *El sistema jurisdiccional de solución de controversias del Grupo Andino* (CJI/SO/II/doc.27/95 rev.1) y agradecer al relator doctor Alberto Zelada Castedo la preparación del mismo.

2. Incorporar el informe revisado mencionado en el numeral 1 de la presente Resolución a la publicación que se realiza del conjunto de los estudios preparados por el Comité sobre los métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y de libre comercio.

3. Retirar de su Temario el tema *Métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio*, que figura dentro del título general *Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional*, sin perjuicio de que el mismo pueda ser nuevamente incluido cuando sea necesario considerar informes adicionales o de actualización a ser presentados en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3, de la Resolución CJI/RES.II-14/95 del Comité.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 10 de febrero de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Alberto Zelada Castedo, Ramiro Saraiva Guerreiro, Mauricio Gutiérrez Castro, Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F., Miguel Ángel Espeche Gil y Keith Highet.

CJI/RES.I-11/96**HOMENAJE AL EMBAJADOR RAMIRO SARAIVA GUERREIRO**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 10 de febrero de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

HABIENDO TOMADO conocimiento de la renuncia presentada por el Embajador Ramiro Saraiva Guerreiro a su condición de miembro del Comité Jurídico Interamericano;

CONSIDERANDO su eminente trayectoria al servicio de su país, la República Federativa del Brasil y su brillante desempeño durante nueve años en el Comité, que culminaron con el ejercicio hábil, ponderado y eficiente de la Presidencia en la que puso de manifiesto sus señaladas dotes de jurista, su capacidad diplomática y su señorío;

HABIÉNDOSE granjeado por su distinción y hombría de bien el respeto y aprecio de los miembros del Comité Jurídico Interamericano,

RESUELVE:

1. Manifestar su reconocimiento al Embajador Ramiro Saraiva Guerreiro como miembro y como Presidente del Comité Jurídico Interamericano y lamentar su alejamiento del mismo.
2. Destacar su importante contribución intelectual a la obra del Comité y la atinada y siempre ecuéñime conducción de sus debates.
3. Disponer que en ocasión del próximo período ordinario de sesiones del mes de agosto, se celebre un acto en el cual se le entregará copia de la presente Resolución con la firma de todos los miembros.

La presente Resolución fue aprobada en sesión ordinaria celebrada el 10 de febrero de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Alberto Zelada Castedo, Mauricio Gutiérrez C., Eduardo Vío Grossi, Galo Leoro F., Miguel Ángel Espeche Gil y Keith Highet.

CJI/RES.II-12/96**HOMENAJE A LA MEMORIA DEL
DOCTOR MANUEL A. VIEIRA**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 7 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

HABIENDO TOMADO conocimiento del sensible fallecimiento, ocurrido el 11 de junio del presente año, del eminente jurista doctor Manuel Adolfo Vieira;

CONSIDERANDO los extraordinarios aportes que realizó al Comité Jurídico Interamericano el doctor Manuel A. Vieira a través de su relevante participación como Miembro y en particular como Presidente de este Organo;

HABIDA CUENTA de la extraordinaria obra del doctor Manuel A. Vieira, en pro del derecho internacional privado y a favor de los derechos esenciales de la persona humana,

RESUELVE:

1. Rendir su sentido y sincero homenaje de admiración y reconocimiento a la memoria del doctor Manuel A. Vieira, cuya desaparición constituye una pérdida irreparable no sólo para su patria, Uruguay, a la que sirvió con lealtad y gran profesionalismo, sino también para toda la comunidad jurídica internacional.

2. Hacer llegar copia de esta Resolución, como forma de expresión de sus condolencias, a la señora esposa del doctor Vieira y al Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

Rio de Janeiro, 7 de agosto de 1996

Jonathan T. Fried

Eduardo Vío Grossi

Miguel Ángel Espeche Gil

Mauricio Gutiérrez Castro

Olmedo Sanjur

João Grandino Rodas

Keith Highet

Luis Herrera Marcano

Alberto Zelada Castedo

Galo Leoro Franco

José Luis Siqueiros

CJI/RES.II-13/96**HOMENAJE AL
EMBAJADOR MIGUEL ÁNGEL ESPECHE GIL**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, realizada el 22 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO la próxima separación del Embajador Miguel Ángel Espeche Gil, al término de su mandato al 31 de diciembre de 1996 como miembro del Comité Jurídico Interamericano, donde ha contribuido con valiosos aportes a la obra de este órgano;

RECORDANDO que el Embajador Espeche Gil ha sido miembro del Comité por dos mandatos, el primero, de 1965 a 1967, y el segundo de 1993 a 1996, habiéndose además granjeado el respeto y aprecio de todos los miembros del Comité,

RESUELVE:

1. Dejar constancia de su reconocimiento al Embajador Miguel Ángel Espeche Gil y expresarle su gratitud por la extraordinaria labor desarrollada en este órgano, en la que se destacaron sus altas condiciones de jurista, diplomático y hombre de letras.

2. Hacer entrega al Embajador Miguel Ángel Espeche Gil del texto de la presente resolución firmada por los miembros del Comité Jurídico Interamericano.

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 1996

Jonathan T. Fried

Eduardo Vío Grossi

Mauricio Gutiérrez Castro

Olmedo Sanjur

João Grandino Rodas

Keith Highet

Luis Herrera Marcano

Alberto Zelada Castedo

Galo Leoro F.

José Luis Siqueiros

CJI/RES.II-14/96

**RESOLUCIÓN SOBRE
LA OPINIÓN DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
EN CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN AG/DOC.3375/96
DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS,
TITULADA "LIBERTAD DE COMERCIO E INVERSIÓN EN EL HEMISFERIO"**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO el mandato contenido en la Resolución AG/doc.3375/96, aprobada por la Asamblea General el 4 de junio de 1996, durante su Vigésimo Sexto Período Ordinario de Sesiones bajo el título "Libertad de Comercio e Inversión en el Hemisferio", por la cual se instruye al Comité Jurídico Interamericano, para que "en su próximo período de sesiones, de manera prioritaria, examine, concluya y presente su opinión al Consejo Permanente, sobre la validez conforme a derecho internacional de la legislación Helms-Burton";

HABIENDO REALIZADO un completo, amplio y detenido examen sobre la materia, teniendo en cuenta los diferentes puntos de vista debatidos durante su consideración y de acuerdo con las conclusiones a las que ha llegado,

RESUELVE:

1. Aprobar por unanimidad la Opinión del Comité Jurídico Interamericano que figura como Anexo de la presente Resolución, emitida en cumplimiento de la resolución AG/doc. 3375/96 de la Asamblea General, adoptada el 4 de junio de 1996, durante su Vigésimo Sexto Período Ordinario de Sesiones y titulada "Libertad de Comercio e Inversión en el Hemisferio".

2. Encomendar al Presidente del Comité que, en cumplimiento de la resolución AG/doc.3375/96 antes mencionada, remita al Consejo Permanente por conducto del señor Secretario General de la Organización de los Estados Americanos la presente Resolución y la Opinión del Comité.

En sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 1996, la presente Resolución fue aprobada, por unanimidad, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur G., Jonathan T. Fried, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano, Alberto Zelada Castedo y José Luis Siqueiros.

CJI/SO/II/doc.67/96 rev.5
23 agosto 1996
Original: español

**OPINIÓN DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
EN CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN AG/DOC.3375/96,
DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS,
TITULADA "LIBERTAD DE COMERCIO E INVERSIÓN EN EL HEMISFERIO"**

ANTECEDENTES

1. La presente Opinión se adopta en virtud de lo dispuesto en la Resolución AG/doc. 3375/96, aprobada por la Asamblea General el 4 de junio de 1996, durante su vigésimo sexto período ordinario de sesiones y titulada "Libertad de Comercio e Inversión en el Hemisferio", (Anexo A), por la cual se instruye al Comité Jurídico Interamericano para que, en este período de sesiones, "de manera prioritaria, examine, concluya y presente su Opinión al Consejo Permanente, sobre la validez conforme a derecho internacional, de la legislación Helms-Burton", conocida como *Ley para la libertad y la solidaridad democrática cubanas - Ley Libertad*.

2. El Comité entiende que la presente Opinión emitida con arreglo a las competencias que le son asignadas por el artículo 98 de la Carta de la Organización,^{1/} no tiene carácter vinculante para los Estados miembros ni para los órganos de la Organización.

3. El Comité emite la presente Opinión sobre la base de las siguientes precisiones:

- a) El Comité, en el desempeño de su cometido, no ha intentado interpretar o pronunciarse sobre la legislación interna de un Estado miembro.
- b) La expresión de "la legislación" utilizada en el presente documento se refiere a una legislación que tenga un contenido como el de la ley Helms-Burton.
- c) El Comité entiende que la Resolución AG/doc.3375/96 de la Asamblea General tiene la finalidad de salvaguardar el orden público internacional del Sistema hemisférico. Se hace entonces necesario poner de relieve la prevalencia de determinadas normas de derecho internacional en el sistema hemisférico que deben ser respetadas por los sistemas jurídicos de los Estados miembros.
- d) El Comité interpretó el mandato a que hace referencia el punto 1 de los Antecedentes, como referido a la conformidad de la legislación en examen con el derecho internacional público. Asimismo, ha identificado éste como las normas del derecho de gentes a que alude el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Empero, en la aplicación de estas últimas ha excluido aquellas contenidas en instrumentos de carácter subregional o universal en los que no son miembros contratantes todos los Estados de la OEA.

1. Artículo 98 [anteriormente art. 104]. 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.

- e) El Comité consideró que el mandato recibido de la Asamblea General no requiere una opinión sobre cuestiones bilaterales entre los Estados miembros, por lo cual no se pronuncia sobre medidas específicas adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América en relación con Cuba, como es el caso del embargo adoptado desde hace más de tres décadas, dejando constancia, sin embargo, que tales medidas suscitan interrogantes jurídicos a la luz de normas establecidas en artículos 18 y 19 de la Carta de la OEA.
- f) El Comité examinó las disposiciones de "la legislación" que tratan de asuntos tales como la admisión de extranjeros y la actuación respecto de organismos internacionales de carácter financiero. Frente a estos asuntos, el Comité no consideró conveniente pronunciarse, por estimar que existen mecanismos jurídicos para solucionar eventuales controversias en estas materias. Sin embargo, el Comité señala que estos asuntos pueden presentar cuestiones de derecho internacional, tales como el respeto a los derechos humanos y al principio *pacta sunt servanda*.
- g) El Comité examinó los dos órdenes principales de asuntos jurídicos suscitados por la legislación: la protección de los derechos de propiedad de nacionales y los efectos extraterritoriales de la jurisdicción.

A. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD DE NACIONALES

4. El Comité consideró que la promulgación de la legislación, en algunos casos, y de su eventual aplicación, en otros, pueden conllevar los siguientes efectos jurídicos:

- a) Transformar la arrogación^{2/} de una reclamación de Estado a Estado, según el derecho internacional, en una demanda ante la jurisdicción interna entablada por un nacional contra nacionales de terceros países.
- b) Otorgar el derecho de presentar tales demandas a personas que no eran sus nacionales en el momento en que ocurrió el presunto daño.
- c) Atribuir responsabilidad por los actos del Estado extranjero a personas de naturaleza privada que pueden ser nacionales de terceros países.
- d) Autorizar que el monto de la compensación se fije de tal forma que puede incrementarse en un valor triple al de los daños causados por el acto de expropiación.
- e) Responsabilizar al particular demandado por la totalidad del valor del bien expropiado sin tomar en cuenta el valor del "beneficio" que el particular haya derivado de su uso o del pretendido "daño" que su uso haya causado al presunto propietario originario.
- f) Permitir que reclamaciones que deben dirigirse contra un Estado extranjero se puedan hacer efectivas a través de procesos contra nacionales de terceros países, sin conferirles los medios efectivos para refutar o contradecir las alegaciones contra ellos o contra el Estado extranjero, respecto del fundamento o

2. La expresión "arrogación" se emplea como equivalente de "interposición diplomática", que también se usa cuando el Estado hace suya la reclamación de su nacional.

el monto de dichas reclamaciones, incluyendo aquellas fundadas en certificaciones con fuerza probatoria irrefutable emitidas por una comisión interna de carácter administrativo.

- g) Confundir una reclamación por daños o restitución, derivada de una nacionalización, con una acción real para reivindicar una "propiedad ilícitamente confiscada", adicionándola con una acción personal de enriquecimiento indebido por el uso de tal "propiedad ilícitamente confiscada", por parte de cualquier persona subsecuentemente involucrada en dicho uso, en forma amplia e indeterminada.
- h) Responsabilizar a los nacionales de terceros países por el uso lícito de propiedad expropiada en el territorio del Estado expropiante, o por el uso lícito de una propiedad que no constituye, en sí, propiedad expropiada.

5. El Comité consideró las normas de derecho internacional aplicables respecto de la protección diplomática, la responsabilidad de los Estados y los derechos mínimos de los extranjeros en lo que atañe a la protección de los derechos de propiedad de los nacionales. A juicio del Comité, los siguientes principios y normas sobre la materia son generalmente aceptados por los Estados miembros:

- a) El Estado que expropie, nacionalice o tome medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización de una propiedad perteneciente a nacionales extranjeros, debe respetar las siguientes reglas: que sea para un fin público, en forma no discriminatoria, mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, otorgando al expropiado recursos administrativos y judiciales efectivos en relación con la medida y el monto de la compensación. El incumplimiento de esas reglas acarrea la responsabilidad del Estado.
- b) La obligación del Estado en virtud de su responsabilidad por actos de expropiación consiste en restituir el bien expropiado o indemnizar adecuadamente el daño causado, incluyendo los intereses hasta el momento del pago.
- c) Cuando el nacional de un Estado extranjero no logre obtener una reparación efectiva conforme al derecho internacional, el Estado del cual es nacional puede arrogarse su reclamación en un proceso de reclamación oficial de Estado a Estado. Es condición para que proceda dicha arrogación que desde el momento de la ocurrencia del daño hasta el momento en que se resuelva la reclamación, el titular de ésta haya sido, sin interrupción, nacional del Estado que asume la reclamación y que no haya tenido la nacionalidad del Estado expropiante.
- d) Las reclamaciones contra un Estado por la expropiación de la propiedad de nacionales extranjeros no se pueden hacer efectivas contra la propiedad de personas de naturaleza privada, salvo cuando dicha propiedad sea, en sí, el bien expropiado, y se encuentre bajo la jurisdicción del Estado reclamante. Los productos cultivados o manufacturados en una propiedad expropiada, o los frutos de la misma, no constituyen, de acuerdo al derecho consuetudinario internacional, bienes expropiados.
- e) Cualquier utilización, por nacionales de un tercer Estado, de una propiedad expropiada ubicada en el Estado expropiante, cuando dicha utilización fuere

conforme a la legislación de ese Estado, así como la utilización, en cualquier parte o lugar, de productos o de propiedad intangibles que no constituyan el mismo bien expropiado no infringen el derecho internacional.

- f) Los nacionales de Estados extranjeros tienen derecho al debido proceso legal en todos los procedimientos judiciales y administrativos que pudieren afectar su propiedad. El debido proceso incluye la posibilidad de objetar efectivamente, tanto el fundamento como el monto de cualquier demanda o reclamación, en las vías judicial o administrativa.

6. A la luz de los principios y normas enunciados en el punto 5 anterior, el Comité considera que la legislación que se analiza no se conforma al derecho internacional, en cada uno de los siguientes aspectos:

- a) Los tribunales nacionales de un Estado reclamante no constituyen el foro competente para la resolución de reclamaciones de Estado a Estado.
- b) El Estado no tiene el derecho de arrogarse reclamaciones de personas que no eran sus nacionales en el momento de ocurrir el daño.
- c) El Estado reclamante no tiene el derecho de atribuir responsabilidad a nacionales de terceros Estados por una reclamación que tuviere en contra de otro Estado.
- d) El Estado reclamante no tiene el derecho de atribuir responsabilidad a nacionales de terceros Estados por la utilización de bienes expropiados situados en el territorio del Estado expropiante cuando tal utilización cumpla con las leyes de éste último, ni por la utilización en el territorio de terceros Estados, de productos o de bienes intangibles que no constituyeren el mismo bien expropiado.
- e) El Estado reclamante no tiene el derecho de estatuir una responsabilidad de terceros no involucrados en una nacionalización, creando en su detrimento motivos de responsabilidad no vinculados a la nacionalización, o no reconocidos por el derecho internacional sobre esta materia, modificando así las bases jurídicas de la responsabilidad.
- f) El Estado reclamante no tiene el derecho de imponer compensación por cualquier monto que exceda el daño efectivo, incluso intereses, que resulte de una presunta acción ilícita del Estado expropiante.
- g) El Estado reclamante no puede privar a un nacional extranjero del derecho de defensa efectiva, de acuerdo al debido proceso legal, en contra del fundamento y el monto de reclamaciones que puedan afectar a dicho extranjero y a su propiedad.
- h) La ejecución efectiva de una reclamación contra los bienes de un nacional de un tercer país, en contravención de los principios y normas del Derecho Internacional, constituiría, en sí misma, una medida con efectos equivalentes a una expropiación y daría lugar a la responsabilidad del Estado reclamante.

B. LA EXTRATERRITORIALIDAD Y LOS LÍMITES QUE FIJA EL DERECHO INTERNACIONAL AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

7. El Comité entiende que "la legislación" resultaría en el ejercicio de la competencia legislativa o judicial sobre actos realizados en el exterior por extranjeros sobre la base de una figura que denomina "tráfico en propiedades confiscadas".

8. El Comité examinó también las normas aplicables del derecho internacional, respecto al ejercicio de la jurisdicción por parte de los Estados y los límites que aquél fija a dicho ejercicio. En la opinión de este órgano, las referidas normas incluyen:

- a) Todos los Estados están sujetos al derecho internacional en sus relaciones. Ningún Estado puede tomar medidas no conformes al derecho internacional sin incurrir en responsabilidad.
- b) Todos los Estados tienen la libertad de ejercer jurisdicción, pero dicho ejercicio debe respetar los límites impuestos por el derecho internacional. En la medida en que tal ejercicio no esté conforme con dichos límites, el Estado que lo ejerce incurrirá en responsabilidad.
- c) Salvo la existencia de una norma de derecho internacional que lo permita, el Estado no podrá ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado. La premisa básica, según el derecho internacional, para establecer las competencias legislativa y jurisdiccional, radica en el principio de la territorialidad.
- d) En el ejercicio de su jurisdicción territorial un Estado puede regular un acto cuyos elementos constitutivos hayan ocurrido sólo parcialmente en su territorio, es decir, si tal acto iniciado en el exterior es consumado en su territorio ("territorialidad objetiva") o, a la inversa, un acto iniciado en su territorio que sea consumado en el exterior ("territorialidad subjetiva").
- e) Un Estado podría justificar la aplicación de la ley del territorio, sólo en la medida en que un acto ocurrido fuera de su territorio tenga un efecto directo, sustancial y previsible dentro de su territorio, y que el ejercicio de la competencia sea razonable.
- f) Un Estado podría ejercer competencia en forma excepcional, sobre una base distinta a la territorialidad, sólo cuando existiere una conexión sustancial u otra significativa entre la materia que se trate y su autoridad soberana, como es el caso del ejercicio de jurisdicción sobre actos realizados en el extranjero por sus nacionales y, en algunos casos específicos, para la protección objetivamente necesaria para la salvaguarda de sus intereses soberanos esenciales.

9. El Comité examinó las disposiciones de la legislación que establecen el ejercicio de la competencia sobre bases distintas de la territorialidad y al respecto concluye que el ejercicio de competencia sobre actos de "tráfico de propiedad confiscadas" no se conforma con las normas que el derecho internacional establece para el ejercicio de la jurisdicción en cada uno de los siguientes aspectos:

- a) El Estado que legisla no tiene el derecho de ejercer su competencia sobre actos de "tráfico" en el exterior por parte de extranjeros a menos que algunas

condiciones específicas sean satisfechas y que no aparecen cumplidas en esta situación, y

- b) El Estado que legisla no tiene el derecho de ejercer su competencia sobre actos de "tráfico" en el exterior por parte de extranjeros en circunstancias en que, ni el extranjero, ni la conducta en cuestión, tienen conexión con el territorio y no existe conexión aparente entre tales actos y la protección de intereses soberanos esenciales.

Por lo tanto, el ejercicio de competencia por un Estado sobre actos de "tráfico" en el exterior por parte de extranjeros en circunstancias en que, ni el extranjero, ni la conducta en cuestión, tienen conexión con el territorio, y cuando tampoco existe conexión aparente entre tales actos y la protección de intereses soberanos esenciales, no se conforma con el derecho internacional.

CONCLUSIÓN

10. Por las razones expuestas, el Comité concluye que los fundamentos y la eventual aplicación de la legislación objeto de esta Opinión, en las áreas significativas anteriormente descritas, no guardan conformidad con el derecho internacional.

La presente Opinión fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur G., Jonathan T. Fried, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano, Alberto Zelada Castedo y José Luis Siqueiros.

CJI/RES.II-15/96**HOMENAJE AL
EMBAJADOR GALO LEORO FRANCO**

(Resolución aprobada en la sesión ordinaria, celebrada el 23 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

Que el 31 de diciembre de 1996 concluye el mandato como miembro del Comité Jurídico Interamericano el Embajador Galo Leoro Franco, quien con sus valiosos conocimientos y experiencia en asuntos internacionales, ha enriquecido, no sólo los trabajos de este órgano, sino también ha contribuido singularmente al desarrollo jurídico del Sistema Interamericano;

Que el Embajador Leoro actuó durante dieciseis años como miembro del Comité, donde ha comprobado su gran calidad humana y profunda cultura jurídica, destacándose en especial por su hábil y eficiente desempeño como Presidente de este órgano durante los años de 1985 y 1986;

RESUELVE:

1. Manifestar su aprecio y reconocimiento al Embajador Galo Leoro Franco por la extraordinaria labor que, como miembro y Presidente del Comité Jurídico Interamericano, ha realizado en beneficio del desarrollo del Derecho Internacional y desearle que continúen sus éxitos en las importantes funciones públicas que desempeña en su patria, la República de Ecuador.

2. Hacer llegar al Embajador Galo Leoro Franco el texto de la presente resolución firmada por los miembros del Comité Jurídico Interamericano.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur G., Jonathan T. Fried, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano, Alberto Zelada Castedo y José Luis Siqueiros.

CJI/RES.II-16/96**HOMENAJE AL DOCTOR JONATHAN T. FRIED**

(Resolución aprobada en la sesión ordinaria, celebrada el 23 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que en febrero de 1996, el doctor Jonathan T. Fried asumió la Presidencia del Comité, cargo que ejerció con dedicación, brillantez y ecuanimidad,

RESUELVE:

1. Dejar constancia de su aprecio por el hábil y atinado desempeño del doctor Fried al frente de la Presidencia del Comité Jurídico Interamericano.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur G., João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano, Alberto Zelada Castedo y José Luis Siqueiros.

CJI/RES.II-17/96**III REUNIÓN CONJUNTA CON ASESORES JURÍDICOS**

(Resolución aprobada en la sesión ordinaria, celebrada el 27 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

VISTO lo dispuesto en los artículos 98 y 102 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 y 31 del Estatuto del Comité Jurídico Interamericano y 3, 7 y 21 de su Reglamento;

TENIENDO PRESENTE que el artículo 12, literal e) de su Estatuto lo autoriza a "establecer relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, con los colegios y asociaciones de abogados, así como con las comisiones, organizaciones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al desarrollo o codificación del derecho internacional o al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de asuntos jurídicos de interés internacional";

CONSIDERANDO lo resuelto por la Asamblea General en orden a "tomar nota, con satisfacción y reconocer la importancia de la realización de la Segunda Reunión del Comité Jurídico Interamericano con Consultores y Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la Organización, y encomendar al Comité Jurídico la convocatoria, cuando lo estime oportuno, de una tercera reunión de esta naturaleza, con vistas a continuar los vínculos entre el Comité Jurídico y los Consultores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros" (AG/doc.3405/96),

RESUELVE:

1. Invitar al más alto funcionario en la rama jurídica internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de cada país miembro o, en su defecto, a quien le siga en categoría, así como de la Organización de los Estados Americanos, a la III Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos, a realizarse en la Sede del Comité Jurídico Interamericano, en Rio de Janeiro, los días 7 y 8 de agosto de 1997.

2. El objeto de la reunión será el intercambio de opiniones acerca de las siguientes materias:

- a) Los temas jurídicos internacionales e interamericanos de mayor actualidad y aquellos que han requerido la atención de esas dependencias durante el período de agosto de 96 - julio 97;
- b) La labor del Comité Jurídico Interamericano en el año en el mismo período;
- c) La elaboración y aplicación de los tratados celebrados en el ámbito del Sistema Interamericano, y
- d) La estructura, competencias y funciones de las consultorías jurídicas de los Ministerios de Relaciones Exteriores.

3. La participación de los altos funcionarios invitados será a título personal y sus opiniones no comprometerán a sus respectivos Estados.

4. Los gastos de viaje y permanencia de los funcionarios estatales invitados no serán por cuenta de la Organización de los Estados Americanos.

5. En el marco de la reunión, dichos funcionarios podrán participar en el desarrollo del XXIV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano.

6. Solicitar a la Secretaría General cursar las invitaciones que formule el Presidente del Comité Jurídico Interamericano, prestar la colaboración necesaria para la organización y celebración de la reunión y recabar los fondos indispensables para tal efecto.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 27 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano y Alberto Zelada Castedo.

CJI/RES.II-18/96**XXIV CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL**

(Resolución aprobada en la sesión ordinaria, celebrada el 27 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que desde hace 24 años organiza, con la colaboración de la Secretaría General de la Organización, un curso de Derecho Internacional que se lleva a cabo en Rio de Janeiro, en el mes de agosto de cada año, en forma simultánea a la realización de su segundo período ordinario de sesiones;

HABIDA CUENTA de que la Asamblea General en su Resolución AG/doc.3405/96 resaltó la importancia de la realización del Curso y expresó su apoyo a la concentración de su programa en torno a un tema central;

TENIENDO PRESENTE la necesidad de actualizar las pautas o criterios orientadores para la organización del XXIV Curso de Derecho Internacional, a realizarse, en Rio de Janeiro, en agosto de 1997, y

VISTO lo dispuesto en los artículos 98 y 102 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 y 12, letra c, y 28 del Estatuto y 7 del Reglamento del Comité,

RESUELVE:

1. El XXIV Curso de Derecho Internacional se realizará en Rio de Janeiro, entre el 4 y el 29 de agosto de 1997, ambas fechas inclusive.

2. El tema central y la denominación del Curso será "La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en la actualidad".

3. El objeto del Curso será analizar, desde diversas perspectivas, los cambios que experimenta el Derecho Internacional y que tienen como relevante consecuencia que, cada vez con mayor frecuencia e intensidad, regula directamente las actividades del Estado y, en especial, de las personas en el ámbito interno. En otros términos, el objeto será estudiar las nuevas orientaciones que presenta, en especial en el sistema interamericano, el tradicional tema referente a la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno.

4. La metodología de trabajo del Curso consistirá en poner en relieve el desarrollo actual del Derecho Internacional a partir del tema específico señalado, de manera que permita una perspectiva global de esta rama del Derecho y que atienda de preferencia los temas que a continuación se señalan, desde la óptica de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno.

5. Las conferencias del Curso se referirán a lo siguiente:

A) Introducción: Relaciones del Derecho Internacional y Derecho interno

B) La progresiva ampliación del ámbito del Derecho Internacional

1. En relación al individuo:
 - a) La regulación simultánea de los Derechos Humanos por el Derecho Internacional y el Derecho interno;
 - b) La aplicación del Derecho Humanitario en el ámbito interno;
 - c) La justicia internacional en materia penal;
 2. En asuntos políticos y sociales:
 - a) La Democracia y el Derecho Internacional en el Sistema Interamericano;
 - b) El derecho ambiental;
 - c) El derecho laboral y el Derecho Internacional;
 3. En asuntos económicos:
 - a) Los acuerdos comerciales y de integración económica y sus efectos en el ámbito interno;
 - b) La regulación de la inversión extranjera en el Hemisferio;
 - c) La propiedad intelectual en el Derecho Internacional;
 4. El ámbito exclusivo del Estado
- C) Nuevos desarrollos en las fuentes del Derecho Internacional y sus efectos en el Derecho interno.
1. Los procedimientos de elaboración, incorporación y aplicación de tratados a la luz del ordenamiento jurídico interno. Casos ilustrativos;
 2. El procedimiento de elaboración de tratados en el ámbito de la OEA;
 3. El Derecho Internacional consuetudinario y el Derecho interno;
 4. Las resoluciones de Organizaciones Internacionales como fuentes del Derecho Internacional;
 5. Los principios generales de derecho como fuente del Derecho Internacional;
 6. La interacción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado;
 7. Influencia de las ONGs y las empresas en la aplicación del Derecho interno;
 8. La iniciativa de las Organizaciones Internacionales.

6. El presente temario indicativo no determina el orden, extensión o subdivisión de los temas ni el tiempo que se le dedicará. Tampoco impide subdividir las materias en él indicadas, de modo de atender cada subdivisión como una unidad separada.

7. Los temas se impartirán en conferencias realizadas preferentemente en las mañanas y mesas redondas y grupos de trabajo llevados a cabo de preferencia en las tardes.

8. Serán profesores del Curso:

- a) Los invitados directamente por el Comité;
- b) Los enviados por las instituciones y Estados invitados por el Comité;
- c) Los propios miembros del Comité y abogados de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos que se ofrezcan y sean designados por el Comité al efecto.

9. Podrán participar como alumnos del Curso:

- a) Los becados por la Organización de los Estados Americanos;
- b) Los becados por los Estados miembros de la Organización, y
- c) Personas que sean aceptadas como tales y paguen los derechos correspondientes.

10. La Subsecretaría de Asuntos Jurídicos será la encargada de solicitar a los profesores invitados al Curso de Derecho Internacional la presentación oportuna de los textos de sus conferencias a los fines de publicación.

11. El número máximo de alumnos del Curso será de 60. La preferencia se determinará de acuerdo al orden establecido en el numeral precedente.

12. Para ser alumno del Curso se requerirá ser egresado de Derecho, Ciencias Políticas, Historia u otra carrera semejante y cumplir las demás exigencias de admisión que la Organización establezca, en especial en lo atinente a idiomas.

13. El Curso será promocionado por el sistema que determine la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, el que incluirá, en todo caso, un afiche con las indicaciones más relevantes del mismo y que será distribuido entre las Facultades de Derecho de las principales Universidades de América.

14. La Subsecretaría de Asuntos Jurídicos será la encargada de ejecutar las presentes pautas, en coordinación permanente con el Presidente del Comité Jurídico Interamericano, quien informará en el próximo período de sesiones de su cumplimiento.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 27 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano y Alberto Zelada Castedo.

CJI/RES.II-19/96**PREPARACIÓN PARA LA CONMEMORACIÓN DEL
CENTENARIO DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 27 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

Que encuentra su antecedente más remoto en la resolución adoptada por la III Conferencia Internacional Americana, celebrada en esta ciudad, mediante la cual, con fecha 23 de agosto de 1906, creó la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos;

Que, por resolución adoptada en 1939 por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas, realizada en Panamá, el señalado organismo pasó a denominarse Comisión Interamericana de Neutralidad;

Que, por resolución de la III Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas, llevada a cabo en esta ciudad en 1942, la recién indicada Comisión se transformó en el Comité Jurídico Interamericano;

Que, de acuerdo al artículo 98 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, "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";

Que, según el artículo 101 de la misma Carta, "representa al conjunto de los Estados miembros de la Organización, y tiene la más amplia autonomía técnica";

Que, por el Protocolo de Buenos Aires, de 1967, se le elevó al nivel de órgano principal de la Organización,

TENIENDO PRESENTE:

Que, por lo tanto, y como cuerpo consultivo interamericano en asuntos jurídicos, ha tenido una existencia ininterrumpida desde el 23 de agosto de 1906; y

Que, en tal virtud, es el Órgano vigente más antiguo del Sistema Interamericano; y

VISTO lo establecido en las disposiciones citadas y en los artículos 3 de su Estatuto y de su Reglamento,

RESUELVE:

1. Considerar al día 23 de agosto de cada año como el de su conmemoración.
2. Encomendar al Presidente y al Vicepresidente del Comité la elaboración, con la colaboración de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, de un proyecto de programa, a ser

presentado en el período de sesiones de agosto de 1997, para la preparación de la conmemoración del centenario de su existencia.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 27 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano y Alberto Zelada Castedo.

CJI/RES.II-20/96**OFICINAS DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 28 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO PRESENTE que el Gobierno de la República Federativa del Brasil sometió a su consideración la posibilidad de otorgarle, en cesión de uso y para la instalación de sus oficinas, un sector del Palacio Itamaraty;

RECORDANDO que, en atención a la extraordinaria importancia histórica y artística del Palacio Itamaraty, declarado monumento histórico, el Comité manifestó su decidida disposición a aceptar el mencionado ofrecimiento; y

HABIDA CUENTA que los montos contemplados en los presupuestos solicitados para la reparación del sector ofrecido en cesión de uso, ubicado en un anexo del Palacio Itamaraty, exceden considerablemente a los recursos que la Organización de los Estados Americanos podría eventualmente destinar a tal fin,

RESUELVE:

Solicitar al Secretario General que, sobre la base de los pertinentes antecedentes técnicos y financieros, elabore un estudio, previamente consultado con el Gobierno de la República Federativa del Brasil, acerca de la factibilidad del traslado de las oficinas del Comité al edificio anexo al Palacio Itamaraty, cuyo uso le ha sido ofrecido por el país sede.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 28 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano y Alberto Zelada Castedo.

CJI/RES.II-21/96**DERECHO DE LA INFORMACIÓN**
Acceso y Protección de la información y datos personales

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 28 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO PRESENTE:

Que el análisis jurídico del derecho de la información ha estado incorporado en su agenda desde el año 1980 y que ha dado lugar a diversas contribuciones de sus miembros;

Que la Asamblea General de la Organización, reunida en su XXVI período ordinario de sesiones celebrado en Panamá, República de Panamá, en 1996, decidió "solicitar al Comité Jurídico Interamericano, que al considerar el tema relativo al Derecho Internacional otorgue particular relevancia a los aspectos concernientes al acceso del mismo y la protección de los datos de carácter personal, incluyendo aquellos que se introduzcan vía los sistemas de correo y transmisión electrónica computadorizada." (AG/doc.3405/96);

RECORDANDO que en la Resolución CJI/RES.II-9/95, en razón de lo planteado en el informe verbal presentado en agosto de 1995 por el relator, doctor Mauricio Gutiérrez Castro, acerca de la amplitud y complejidad de la materia y los diversos aspectos que abarca su consideración, encargó al mismo que desarrollara el tema del *Acceso y protección de la información y datos personales*;

CONSIDERANDO que en el período ordinario de sesiones de enero de 1996, el relator presentó el primer informe sobre la materia intitulado *Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales* (CJI/SO/I/doc.9/96), además de hacer una detallada exposición sobre el tratamiento jurídico del fenómeno informativo;

CONSIDERANDO que en el actual período de sesiones el relator presentó un segundo informe al cual acompañó el estudio y la documentación pertinentes;

CONSIDERANDO que para los fines de su informe final el relator necesita acceder a un organismo u oficina de control y protección de datos personales,

RESUELVE:

1. Solicitar al relator que continúe sus estudios sobre el referido tema y presente un informe definitivo para el próximo período ordinario de sesiones de agosto de 1997.

2. Solicitar a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos que requiera de las instituciones u organismos pertinentes la correspondiente invitación para que el relator pueda visitar y ser informado de su funcionamiento y de los problemas que se les presentan para la mejor protección de datos personales.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 28 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith

Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano y Alberto Zelada Castedo.

CJI/RES.II-22/96**SEMINARIO SOBRE LA DEMOCRACIA EN EL
SISTEMA INTERAMERICANO**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria, celebrada el 28 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

Que, en su resolución CJI/RES.I-3//95 acordó proponer a los correspondientes órganos de la Organización que dispusiesen "la coordinación con otras organizaciones internacionales en vista de la realización de estudios, seminarios, mesas redondas u otras formas de analizar y estudiar las experiencias y posiciones de la OEA y dichas organizaciones internacionales en materia de Democracia Representativa";

Que, en su Resolución CJI/RES.I-2/96 resolvió "reafirmar que, en su criterio y sin perjuicio de lo que resuelvan los aludidos órganos competentes, un medio que aparece, en esta etapa del estudio o análisis del tema, eficaz para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en relación al ejercicio efectivo de la Democracia Representativa, es la realización, bajo la responsabilidad del propio Comité, de seminarios o mesas redondas en los que, sobre la base de la ... documentación emitida sobre el particular, se analicen, con rigor científico, las cuestiones planteadas en la misma;

Que, la Asamblea General de la Organización, en su resolución AG/doc.3405/96, resolvió "resaltar la importante contribución que para el desarrollo del Derecho Internacional representa la resolución CJI/RES.I-3/95, la "Democracia en el Sistema Interamericano", en cuanto ella constata la observancia por la OEA como por sus Estados miembros de principios y normas relativas al ejercicio de la democracia representativa, que lo distinguen positivamente de otras regiones y solicitar al Comité que de conformidad con la referida resolución, realice en coordinación con la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y la Unidad para la Promoción de la Democracia y, en la medida que se disponga de los fondos necesarios, un seminario en que se analice desde una perspectiva jurídica esta importante materia",

RESUELVE:

1. Solicitar a la Secretaría General la adopción de las providencias correspondientes en vista de la asignación de los fondos necesarios para la realización de un seminario sobre la Democracia en el Sistema Interamericano.

2. Encomendar al Presidente del Comité la preparación y realización, en coordinación con la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y la Unidad para la Promoción de la Democracia y siempre que se disponga de los fondos pertinentes, del referido seminario.

3. En el ejercicio del mandato recién mencionado, se podrá determinar el lugar, fecha y participantes del señalado seminario.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 28 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano y Alberto Zelada Castedo.

CJI/RES.II-23/96**DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA INTEGRACIÓN Y
DEL COMERCIO INTERNACIONAL****El principio de la nación más favorecida y su aplicación
en las Américas y otras formas de favorecer a los
países de menor desarrollo**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria,
celebrada el 28 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

VISTAS las Resoluciones AG/RES.1328 (XXV-0/95) de la Asamblea General de la Organización, CJI/RES.II-14/95 y CJI/RES.I-3/96 del Comité;

CONSIDERANDO:

Que en oportunidad del período ordinario de sesiones del Comité, celebrado en el mes de enero de 1996, fue presentado por el doctor José Luis Siqueiros, en su calidad de relator del tema, el informe titulado *El principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, así como otros medios para favorecer a los países de menor desarrollo. Una primera aproximación a su análisis* (CJI/SO/II/doc.2/96) y, que, de igual manera, fue presentada por el doctor Alberto Zelada Castedo, en su calidad de relator del tema, la versión preliminar, sujeta a revisión, del informe titulado *La cláusula de la nación más favorecida en los tratados de integración económica suscritos por países de América Latina* (CJI/SO/II/doc.14/96);

Que mediante su Resolución CJI/RES.I-3/96, el Comité acordó "continuar el estudio del tema, con el cometido de elaborar y emitir las conclusiones y apreciaciones que sean pertinentes, a fin de dar cumplimiento al mandato recibido de la Asamblea General de la Organización";

Que en oportunidad del presente período ordinario de sesiones, el doctor Alberto Zelada Castedo ha presentado la versión revisada y final del informe antes mencionado;

Que el otro relator de este tema, doctor Jonathan T. Fried, ha anunciado que presentará su informe sobre esta materia en el próximo período de sesiones del Comité,

RESUELVE:

1. Agradecer al miembro del Comité, doctor Alberto Zelada Castedo, la presentación, en su calidad de relator, de la versión revisada y final del informe titulado *La cláusula de la nación más favorecida en los tratados de integración económica suscritos por países de América Latina* (CJI/SO/II/doc.14/96 rev. 1).

2. Continuar el estudio del tema, con el cometido de elaborar y emitir las conclusiones y apreciaciones que sean pertinentes, a fin de dar cumplimiento al mandato recibido de la Asamblea General de la Organización.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 28 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith

Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano y Alberto Zelada Castedo.

CJI/RES.II-24/96**EL ACUERDO COMPLEMENTARIO**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria,
celebrada el 28 de agosto de 1996)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que al artículo 104 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que "el Comité Jurídico Interamericano tendrá su sede en la ciudad de Rio de Janeiro, pero en casos especiales podrá celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente se designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente";

RECONOCIENDO el apoyo y valiosa cooperación que, en todo momento, ha recibido del país sede, la República Federativa del Brasil;

DESTACANDO que el artículo 2 de su Estatuto dispone que "el Comité representa al conjunto de los Estados miembros de la Organización y tiene la más amplia autonomía técnica. Los miembros del Comité tienen total independencia en sus opiniones y gozan de los privilegios e inmunidades que establece el artículo 133 de la Carta.";

RECORDANDO que el artículo 132, antes 133, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos señala que ésta "gozará en el territorio de cada uno de sus miembros de la capacidad jurídica, privilegios e inmunidades que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos.";

HABIDA CUENTA lo prescrito en el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización de los Estados Americanos, de 1949, del cual la República Federativa del Brasil es parte;

TENIENDO PRESENTE el Acuerdo entre el Gobierno de la República Federativa del Brasil y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos sobre el funcionamiento de su Oficina en Brasil, sus obligaciones, privilegios e inmunidades, de 1988;

VISTA la conveniencia de suscribir un Acuerdo específicamente referido al Comité Jurídico Interamericano, que exprese y consolide los altos niveles de cooperación que mantiene con el país de su sede, la República Federativa del Brasil,

RESUELVE:

1. Solicitar a la Secretaría General que explore con el Gobierno de la República Federativa del Brasil la posibilidad de suscribir un Acuerdo Complementario, de orden administrativo e interpretativo de las normas vigentes y aplicables a la materia, referente al funcionamiento del Comité Jurídico Interamericano en este país.

2. Sugerir que el mencionado Acuerdo se refiera a la cooperación entre el Gobierno de la República Federativa del Brasil y el Comité, en materias tales como las concernientes a información bibliográfica y documental, las sesiones del Comité en cualquiera de los Estados de la República Federativa del Brasil que lo invite, los convenios de cooperación que celebre con

universidades brasileñas, y el rango y tratamiento que, para los efectos exclusivamente protocolares, se les reconozca a los miembros del Comité.

3. Encomendar al Presidente del Comité y a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos la ejecución de esta Resolución.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 28 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, Olmedo Sanjur, João Grandino Rodas, Luis Herrera Marcano y Alberto Zelada Castedo.

CJI/RES.II-25/96

**AGENDA PARA EL
PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES
DE FEBRERO-MARZO DE 1997 Y TEMARIO GENERAL**

(Resolución aprobada en sesión ordinaria,
celebrada el 29 de agosto de 1996)

I. AGENDA PARA EL PRIMER PERÍODO DE 1997

1. Procedimientos para elaborar y aprobar instrumentos jurídicos interamericanos en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (AG/doc.3269/95)
Relatores: doctores Luis Herrera Marcano y Jonathan T. Fried
2. Análisis y comentario al documento de trabajo *El Derecho en un Nuevo Orden Interamericano*, presentado por el señor Secretario General (CJI/RES.I-7/96)
3. Proyecto de convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación por razones de discapacidad (AG/doc.3380/96). Informe Preliminar: Subsecretaría de Asuntos Jurídicos

II. TEMARIO GENERAL**A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO**

1. Convocatoria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP-VI (AG/doc.3403/96)

B. INCLUIDOS POR INICIATIVA PROPIA

1. Representación de los principales sistemas jurídicos del hemisferio en la Corte Internacional de Justicia, a la luz de lo dispuesto por el artículo 9 de su Estatuto (CJI/SO/I/doc.22/96)
Relator: doctor Keith Highet
2. La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por parte de los Estados del Hemisferio (CJI/SO/I/doc.23/96)
Relator: doctor Keith Highet

III. ASUNTOS EN LOS QUE YA SE HAN PREPARADO INFORMES PRELIMINARES PARCIALES **O****A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO**

1. Cooperación interamericana para enfrentar el terrorismo (Agosto 1994)
Relator: doctor Luis Herrera Marcano
2. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional [AG/RES. 1328 (XXV-O/95)]
Relatores: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo y Jonathan T. Fried

B. INCLUIDOS POR INICIATIVA PROPIA Y CON MANDATO DE LA ASAMBLEA GENERAL

1. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas (CJI/RES.I-2/85) (AG/doc.3405/96)
Relator: doctor Jonathan T. Fried
2. Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales (enero 1980) (AG/doc.3405/96)
Relator: doctor Mauricio Gutiérrez Castro
3. Cooperación internacional para reprimir la corrupción en países americanos. Enriquecimiento ilícito y soborno transnacional (CJI/SO/II/doc.2/92)
Relator: doctores Eduardo Vío Grossi

IV. ASUNTOS EN LOS QUE NO SE HAN PREPARADO INFORMES

- A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO
Nada pendiente.
- B. INCLUIDOS POR PROPIA INICIATIVA
Nada pendiente.

La presente Resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 29 de agosto de 1996, estando presentes los siguientes miembros: doctores Eduardo Vío Grossi, Keith Highet, Miguel Ángel Espeche Gil, Mauricio Gutiérrez Castro, João Grandino Rodas y Luis Herrera Marcano.

PARTE III
DOCUMENTOS

CJI/SO/II/doc.27/95 rev. 1
30 enero 1996
Original: español

DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA INTEGRACIÓN

El sistema jurisdiccional de solución de controversias del Grupo Andino

(presentado por el doctor Alberto Zelada Castedo)

Sumario

I. Antecedentes. II. Jurisdicción y competencias del Tribunal. III. La aplicación directa de las normas comunitarias y la obligación de su cumplimiento. IV. La acción de nulidad. V. La acción de incumplimiento. VI. El procedimiento de interpretación por la vía prejudicial. VII. Efectos jurídicos de las sentencias del Tribunal. VIII. Revisión, enmienda, ampliación y aclaración de las sentencias del Tribunal IX. Organización del Tribunal. X. Posibles reformas al Tratado de creación del Tribunal XI. Apreciación general y conclusiones.

I. Antecedentes

1. En sus inicios, el programa de integración económica del Grupo Andino no disponía de procedimientos propios de control de la legalidad ni de solución de controversias. Para hacer frente a éstas, el Acuerdo de Cartagena, en su versión original, fijaba algunas reglas sobre métodos diplomáticos a cargo de la Comisión del Acuerdo y remitía la cuestión al empleo de los medios establecidos por el Protocolo sobre Solución de Controversias suscrito entre los países de la ALALC.

El artículo 23 del texto original del Acuerdo, atribuía a la Comisión la competencia para el desarrollo procedimientos de "negociación, buenos oficios, mediación y conciliación", con el fin de poner solución a las "discrepancias" entre los Estados miembros a propósito de la "interpretación o ejecución" del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión. Al mismo tiempo, estipulaba que "de no lograrse avenimiento, los Países Miembros se sujetarán a los procedimientos establecidos en el Protocolo para la Solución de Controversias, suscrito en Asunción el 2 de septiembre de 1967 por los Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo".¹

2. La situación se modificó radicalmente al ser suscrito y entrar en vigor, después de 1979, el Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Con este instrumento quedó formalizado el establecimiento de un complejo y avanzado sistema de medios para la solución de controversias, el control de la legalidad y la interpretación uniforme de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, a cargo de un órgano jurisdiccional independiente y de carácter permanente.²

3. En el preámbulo de este Tratado, los Estados signatarios declararon que "la estabilidad del

¹. El Protocolo para la Solución de Controversias, suscrito en Asunción el 2 de septiembre de 1967, entre los países miembros de la ALALC, establecía un régimen de medios para la solución de controversias que incluía el arbitraje.

². El Tratado de creación del Tribunal de Justicia fue suscrito, en Cartagena de Indias (Colombia), el 28 de mayo de 1979 y entró en vigor el 19 de mayo de 1983, fecha del depósito del último instrumento de ratificación efectuado por Venezuela.

Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se deriven deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente".³

Sobre este fundamento, así como con base en la reconocida necesidad - tal como se expresa en el mismo preámbulo - de "garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa o indirectamente del Acuerdo de Cartagena", se estableció el Tribunal de Justicia, como "órgano principal" del Acuerdo.

El sistema establecido por el Tratado de creación del Tribunal abarca las funciones de control de la legalidad, solución de controversias e interpretación uniforme del derecho en el ámbito del sistema de integración económica del Grupo Andino. Es, por consiguiente, uno de los más completos de cuantos han sido desarrollados y se aplican en los programas de integración entre países de América Latina. La precisión con que ha sido diseñado respondió, en buena medida, a la naturaleza del programa de integración del Acuerdo de Cartagena, así como a la índole de los poderes normativos conferidos a los órganos de su estructura orgánica y al efecto de las normas tanto de derecho originario como de derecho derivado.

Este sistema fue inspirado por el sistema de la Comunidad Europea. Los redactores del Anteproyecto de Tratado de creación del Tribunal reconocieron que "las características de organización" del órgano jurisdiccional propuesto se basaban en "la experiencia acumulada en esta materia por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas".⁴

4. La naturaleza y los alcances del programa de integración económica postulado por el Acuerdo de Cartagena, así como la calidad de las competencias y los poderes atribuidos a los órganos de la estructura institucional del esquema, o sea la Comisión y la Junta, constituyeron los principales fundamentos de la decisión de establecer un sistema de solución de controversias, control de la legalidad e interpretación uniforme del derecho a cargo de un órgano jurisdiccional permanente e independiente.

Aunque sin enunciarlo en forma expresa, el Acuerdo da a entender que el proceso de integración económica entre los Estados signatarios tiene como finalidad u objetivo final de orden material, el establecimiento de una suerte de "comunidad económica", lo que supone el desarrollo progresivo de un orden jurídico complejo, cuya aplicación puede dar lugar a no pocas controversias entre dichos Estados y exigir, al mismo tiempo, una apropiada vigilancia.

Dentro de este marco, el Acuerdo confiere a la Comisión - en su calidad de órgano intergubernamental - importantes poderes para adoptar normas vinculantes para los Estados miembros, inclusive con el voto de la mayoría de ellos y sin exigencia de unanimidad.⁵ De igual modo, atribuye a la Junta - en calidad de órgano independiente o no intergubernamental -

³. En forma concordante, el artículo 2 del Estatuto del Tribunal, aprobado mediante la Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, define al Tribunal "como órgano jurisdiccional instituido para asegurar el respeto al derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo".

⁴. Un análisis comparativo entre el Tribunal de Justicia de la CE y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se puede consultar en Zelada Castedo, Alberto, El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino, en SÁCHICA, Carlos y otros, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", Buenos Aires, INTAL, 1985.

⁵. Según el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, enmendado por el Protocolo de Quito, la "Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia". Por otra parte, según el artículo 11 del mismo Acuerdo, la Comisión para adoptar sus decisiones, de manera general, "con el voto afirmativo de los dos tercios de los Países Miembros".

facultades no sólo para emitir propuestas destinadas a poner en funcionamiento el proceso decisorio y normativo a cargo de la Comisión sino, también, para adoptar reglas igualmente obligatorias para los Estados miembros.⁶

5. Tanto en virtud del Tratado de su creación como de las enmiendas introducidas al Acuerdo de Cartagena por el Protocolo de Quito,⁷ el Tribunal de Justicia pasó a formar parte, como "órgano principal", de la estructura institucional del sistema de integración económica del Grupo Andino. El artículo 5 enmendado del Acuerdo estipula que "son órganos principales del Acuerdo: la Comisión, la Junta, el Tribunal de Justicia y el Parlamento Andino".⁸

II. Jurisdicción y competencias del Tribunal

6. La jurisdicción del Tribunal es obligatoria para los países miembros del Acuerdo en todo lo concerniente a la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico de éste. Así está estipulado tanto en el artículo 23 del Acuerdo como en el artículo 33 del Tratado de creación del Tribunal.

De acuerdo con la primera de estas normas, la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo, "se sujetará a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia". Según la segunda, los Estados miembros del Acuerdo están obligados a no someter "ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo", "a ningún Tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados" en el Tratado de creación del órgano jurisdiccional.

Se desprende de estas disposiciones que la jurisdicción del Tribunal, aparte de ser obligatoria para los Estados miembros del Acuerdo, es exclusiva, pues está expresamente vedado el recurso a otros procedimientos.

La aceptación de esta jurisdicción obligatoria se extiende, de manera automática, a aquellos Estados que, eventualmente, adhieran al Acuerdo de Cartagena. Según lo prescrito por el artículo 36 del Tratado de creación del Tribunal, la adhesión al Acuerdo implica, necesariamente, la adhesión a este último Tratado.⁹

7. En cuanto a la jurisdicción y competencias del Tribunal en razón de la materia, resulta claro que las mismas se extienden a todo lo relativo a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

Al precisar este ámbito, el artículo 11 del Tratado de creación del Tribunal señala que este ordenamiento comprende los siguientes conjuntos de normas:

⁶. La Junta que, según el artículo 13 del Acuerdo, es el "órgano técnico" de éste y está obligada a "actuar únicamente en función de los intereses de la Subregión", goza de amplias atribuciones para elevar "propuestas" a la Comisión, así como de poderes decisorios en materias específicas vinculadas a la aplicación de los principales instrumentos del esquema de integración económica, en especial del programa de liberalización del comercio y del arancel externo común. Asimismo, está investida de facultades precisas, en virtud del Tratado de creación del Tribunal de Justicia, para poner en funcionamiento las competencias de éste en materia de incumplimiento, por parte de los Estados miembros, de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

⁷. El Protocolo de Quito fue suscrito por los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena el 12 de mayo de 1987 y entró en vigor el 25 de mayo de 1988.

⁸. En forma concordante, el artículo 6 del Tratado de creación del Tribunal, define a éste como "órgano principal" del Acuerdo de Cartagena.

⁹. El artículo 36 del Tratado de creación del Tribunal prescribe que el mismo "no podrá ser suscrito con reservas" y que "los Estados que adhieran al Acuerdo de Cartagena deberán adherir al presente Tratado".

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales,
- b) El Tratado de creación del Tribunal,
- c) Las Decisiones de la Comisión, y
- d) Las Resoluciones de la Junta.

8. Si bien no lo dice expresamente, es correcto interpretar que esta disposición contiene una verdadera enumeración de las fuentes del derecho que regula el proceso de integración económica del Grupo Andino. Da a entender que tales componentes constituyen tanto modos de creación de derecho como medios de constatación de normas de derecho.

También de manera implícita, pero sin lugar a equívocos, esta misma disposición establece un orden jerárquico entre las diferentes fuentes de derecho, situando al Acuerdo de Cartagena y al Tratado de creación del Tribunal en la base del orden normativo del sistema de integración económica, como instrumentos convencionales y de derecho originario y a las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta en una posición subordinada con referencia a los primeros, como instrumentos unilaterales o no convencionales y de derecho derivado.

En otro sentido, el citado artículo 1^o, fija el marco normativo dentro del cual deberán ser ejercidas las competencias del Tribunal. La enumeración exhaustiva de los segmentos de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, supone excluir la posibilidad de que el Tribunal, al conocer y juzgar los casos sometidos a su jurisdicción, recurra a otras fuentes de derecho, como el Derecho Internacional general y los principios generales de derecho. De igual manera, excluye la posibilidad de que el Tribunal resuelva *ex aequo et bono* o por equidad.

9. El alcance de esta norma, en cuanto a los elementos que integran, efectivamente, el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, ha sido precisado por el órgano jurisdiccional.¹⁰

En uno de sus primeros fallos, a propósito de una demanda instaurada con base en disposiciones o enunciados de otros instrumentos distintos a los enumerados en la mencionada norma, el Tribunal precisó:

"... las actas, directrices, declaraciones o compromisos que adoptan los Presidentes de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, cuando están constituidos en el Consejo Presidencial Andino como se desprende de su propio instrumento constitutivo, no son Decisiones de la Comisión ni pertenecen al citado ordenamiento jurídico creado por el Tratado del Tribunal, que fue suscrito por los mismos Países Miembros".¹¹

10. A fin de dar cumplimiento a las tres funciones básicas que le han sido encomendadas, el Tribunal tiene competencia para conocer y dictar sentencia o emitir pronunciamiento en las siguientes acciones y procedimientos:

- a) las acciones de nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta del Acuerdo,

¹⁰. Desde el inicio de sus actividades, en 1984, hasta el año 1995, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena ha conocido y emitido sentencia en 48 causas. La mayoría de los fallos del Tribunal se ha producido en procedimientos de interpretación por la vía prejudicial. Otros han sido la consecuencia de acciones de nulidad. No ha sido pronunciada ninguna sentencia en acciones por incumplimiento, pues ninguna acción de este tipo ha sido intentada, ni por la Junta del Acuerdo ni por algún Estado miembro. El texto completo de las sentencias del Tribunal puede ser consultado en BID/INTAL/TJAC. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Buenos Aires, BID/INTAL, 1994. Una selección de conceptos contenidos en las sentencias del Tribunal está contenida en el ANEXO I de este Informe.

¹¹. Proceso No. 2-N-92 (27, abril, 1992).

- b) las acciones de incumplimiento por parte de los Estados miembros de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, y
- c) los procedimientos de interpretación por la vía prejudicial de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo.

La naturaleza y el sentido de estas competencias ha sido corroborado en la jurisprudencia del Tribunal. En uno de sus fallos, este órgano ha precisado que sus poderes se "limitan a declarar la nulidad de los actos ilegales de la Comisión o de la Junta, a declarar el incumplimiento de los países miembros que se hubieren apartado del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, y a interpretar el derecho comunitario andino".¹²

III. La aplicación directa de las normas comunitarias y la obligación de su cumplimiento

11. Aparte de enunciar los diversos segmentos de normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, el Tratado de creación del Tribunal regula las condiciones de aplicación directa, en el ámbito del derecho interno de los Estados Miembros, de las normas comunitarias emitidas por la Comisión y la Junta, dictadas en ejercicio de las competencias que les son atribuidas. De igual manera, hace explícita la obligación de los mismos Estados de dar cumplimiento a dichas normas.

Al respecto, el Tratado estipula que "las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que son aprobadas por la Comisión" y que "serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior". De igual modo, establece que, únicamente cuando su "texto así lo disponga", las "Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso".¹³

Con referencia a las Resoluciones de la Junta, el mismo Tratado prescribe que las mismas "entrarán en vigencia en la fecha y con las modalidades" que establezca el Reglamento de la Junta.¹⁴

12. Antes de la entrada en vigor del Tratado de creación del Tribunal, la Comisión del Acuerdo, recogiendo el contenido de las mencionadas normas, emitió un importante pronunciamiento sobre esta materia. En aquella oportunidad, la Comisión declaró la "plena validez" de los siguientes conceptos:

- 1) "El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía, propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales";
- 2) "El ordenamiento jurídico prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales, sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros"; y
- 3) "Las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha en que indique o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Comisión".¹⁵

¹². Proceso No. 1-84 (8, febrero, 1984).

¹³. Artículos 2 y 3 del Tratado de creación del Tribunal.

¹⁴. Artículo 4 del Tratado de creación del Tribunal.

¹⁵. Acta del Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión (Lima, 19 mayo-5 junio, 1980).

Este pronunciamiento reiteró, en cuanto a la aplicación directa e inmediata de las Decisiones de la Comisión, las normas contenidas en el Tratado de creación del Tribunal y, al mismo tiempo, hizo explícitos otros dos importantes conceptos: primero, el relativo a la naturaleza del ordenamiento jurídico del Acuerdo, como un orden autónomo y como un "derecho común" integrado a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Miembros y, segundo, el referente a la "prevalencia" o "preeminencia" de las normas de dicho ordenamiento - en las materias incluidas en su ámbito de competencias - sobre las normas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

13. Como corolario de las anteriores reglas, el Tratado de creación del Tribunal consagra la obligación de los Estados Miembros del Acuerdo de Cartagena de dar cumplimiento a las normas del ordenamiento jurídico de éste.

Según el artículo 5 del Tratado, los Estados Miembros "están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena". De igual manera, "se comprometen" a "no adoptar medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación".

14. En varios de sus fallos, el Tribunal de Justicia ha precisado el alcance de estas normas. Ha subrayado, en especial, la preeminencia del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en relación con el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros, sobre todo cuando se trata de aplicar, en el ámbito de éstos, normas específicas del ordenamiento común.

Al enunciar estos criterios, el Tribunal ha realizado una interpretación sistemática de dos principios que, en su opinión, sirven de sustento a la naturaleza y alcances del ordenamiento jurídico del Acuerdo: en primer lugar, el principio de la aplicabilidad directa de las normas de derecho comunitario tal como lo prescriben los artículos 3 y 4 del Tratado de creación del Tribunal, y, en segundo lugar, el principio de la obligación de los Estados Miembros de aplicar las normas del ordenamiento común y de no adoptar medidas que impidan u obstaculicen la aplicación de las mismas, tal como lo estipula el mencionado artículo 5 del mismo Tratado.

Al respecto, el Tribunal ha puntualizado que "el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales", por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista".¹⁶

En otro fallo, al precisar las relaciones entre el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y el ordenamiento jurídico de los Estados miembros o, con más exactitud, el sentido de los posibles conflictos entre normas de uno y otro sistemas normativas, el mismo órgano ha señalado:

"En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria".

"Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior - que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho - es precisamente la norma comunitaria".

¹⁶. Proceso No. 1-INCUM-87 (19, octubre, 1987).

"No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay - se ha dicho - una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario ('preemptiom')".¹⁷

15. Se desprende de esta interpretación que, en razón de su naturaleza y alcances, las normas, tanto de derecho originario como de derecho derivado, del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, tienen el efecto de "desplazar" a las normas del derecho interno de los Estados miembros en aquellas materias que integran el ámbito material del ordenamiento común. Esto no implica que tales normas tengan el efecto de "derogar" las normas del derecho interno sino, simplemente, de hacerlas "inaplicables", pues el acto de derogar estas últimas corresponde a los medios previstos en el ordenamiento nacional.

Tal como explica el Tribunal, se trata de dos sistemas normativos distintos y, hasta cierto punto independientes, que disponen, cada uno a su manera, de los medios para crear y aplicar sus propias normas. A pesar de ésto, el ordenamiento comunitario es de aplicación preferente con relación a aquellas materias que, por acuerdo entre los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena, han pasado a su ámbito de validez de material.

16. Abundando en estos conceptos, el Tribunal ha puesto de manifiesto, tanto los fundamentos como los efectos de la índole del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena como sistema normativo de aplicación preferente. Ha subrayado que el ordenamiento jurídico comunitario "prevalece sobre el derecho interno en razón de los principios de aplicabilidad directa y primacía que le son inherentes". Por esta circunstancia, "cuando algún precepto de la legislación interna contradiga el ordenamiento jurídico de la integración, los Países Miembros deberán aplicar la norma andina de modo preferente".¹⁸

Como corolario del enunciado de los anteriores criterios, el Tribunal ha precisado, de igual manera, el sentido de las relaciones entre el ordenamiento jurídico común y el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, a través de la definición de la naturaleza de los eventuales conflictos entre normas de uno y otro.

"Se trata - ha subrayado el Tribunal - de la confrontación de dos ordenamientos jurídicos esencialmente distintos, el nacional y el comunitario, de suerte que no puede hablarse con propiedad de un simple conflicto de normas puesto que se trata, precisamente, de un conflicto entre distintas fuentes normativas". Esto implica que "el derecho de la integración no deroga las leyes nacionales", sino que "tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias".¹⁹

17. En otro de sus fallos, el Tribunal también ha definido la naturaleza y alcances de las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, que se encuentran enunciadas en el citado artículo 5 del Tratado de creación del Tribunal.

¹⁷. Proceso No. 2-IP-88 (25, mayo, 1988).

¹⁸. Proceso No. 5-IP-89 (15, octubre, 1989).

¹⁹. Proceso No. 2-IP-90 (20, septiembre, 1990).

Según el órgano judicial, en virtud de esta norma, los Estados miembros "tienen una doble obligación. La primera de carácter positivo, de hacer; y, la segunda, de orden negativo, de no hacer". De acuerdo con la primera, tienen el deber de "adoptar toda clase de medidas, sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden, llámense reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias, que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud de los Tratados y de las que les corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas del mismo ordenamiento". En virtud de la segunda, están en el deber de "abstenerse de toda medida que, con cualquier nombre o forma que se pretenda adoptar, pueda obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino", siendo esta abstención de carácter imperativo e "inherente al cumplimiento de lo pactado". Por consiguiente, "no pueden aprobar leyes o dictar reglamentos o expedir normas administrativas que, aunque no sean abiertamente contrarias al citado ordenamiento, obstaculicen, en la práctica, la aplicación del mismo".

Según el Tribunal, esta última obligación, interpretada en todo su alcance y, sobre todo, a la luz de "los principios de aplicación directa y preeminencia de la norma comunitaria" puede implicar, inclusive, el deber para los Estados Miembros de "derogar expresamente las normas de su ordenamiento jurídico interno".

Para el órgano jurisdiccional, la obligación estipulada por el artículo 5 del Tratado de creación del Tribunal, "tiene su fundamento, precisamente, en el objeto y fin del Acuerdo de Cartagena", o sea en la "integración" a la que están comprometidos los Estados miembros y cuyos objetivos se resumen en el artículo 11 de este instrumento.²⁰

IV. La acción de nulidad

18. La facultad del Tribunal para ejercer el control de la legalidad de los actos de la Comisión y de la Junta, tiene fundamento en la competencia para "declarar la nulidad" de las Decisiones de la primera y de las Resoluciones de la segunda.²¹

La nulidad de estos actos - al tenor de lo dispuesto por el artículo 17 del Tratado de creación del Tribunal - podrá ser declarada en el supuesto de que los mismos hubiesen sido adoptados en "violación de las normas que conforman" el ordenamiento jurídico del Acuerdo, así como "por desviación de poder".

Las acciones de nulidad podrán ser intentadas tanto por los Estados miembros como por la Comisión y la Junta. Los primeros sólo podrán intentar esta acción en relación con aquellas decisiones de la Comisión que no hubieren sido aprobadas con su voto afirmativo.²²

19. Las personas particulares, naturales o jurídicas, también están facultadas para demandar, en forma directa ante el Tribunal, la nulidad de las decisiones de la Comisión y de las resoluciones de la Junta. Esta facultad podrá ser ejercida, únicamente, en caso de que las decisiones o resoluciones impugnadas "les sean aplicables y les causen perjuicio".²³

²⁰. Proceso No. 5-IP-89 (15, octubre, 1989).

²¹. Artículo 17 del Tratado de creación del Tribunal.

²². Artículos 17 y 18 del Tratado de creación del Tribunal.

²³. Artículos 22 del Tratado de creación del Tribunal.

20. La acción de impugnación puede tener el efecto de que "el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión o de la Resolución impugnada". En esta circunstancia, el órgano del Acuerdo "cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia" del Tribunal.²⁴

Con todo, según lo prescrito por el artículo 21 del Tratado de creación del Tribunal, la "iniciación de la acción de nulidad no afectará la eficacia y vigencia de la norma impugnada".

21. En el desarrollo de su jurisprudencia, el Tribunal ha definido, con precisión, la naturaleza, alcances y características de la competencia atribuida por el artículo 17 del Tratado de creación del órgano jurisdiccional.

Según el Tribunal, esta competencia faculta a éste "para examinar las Decisiones de la Comisión y las Resolución de la Junta, a fin de establecer si se ajustan formal y sustancialmente al ordenamiento jurídico" del Acuerdo de Cartagena y "resolver, en consecuencia, con base en los planteamientos y pruebas allegados en cada causa, si son válidas total o parcialmente, y en este último caso regular los efectos de esa nulidad en el tiempo".²⁵

22. En otro importante fallo, el Tribunal ha precisado varios aspectos de la acción de nulidad, incluyendo el relativo a la capacidad de las personas particulares para intentar la misma.²⁶

Con referencia a los alcances de esta acción, el órgano jurisdiccional ha puntualizado:

"No se trata entonces de una verdadera acción pública en defensa de la legalidad, de la cual puede ser titular cualquier ciudadano, al igual de lo que ocurre en muchos países en materia de control constitucional. Por el contrario, en este caso se trata de una acción que, si bien tiene como objetivo último 'la defensa o la tutela de la ley' (la nomofilaquia, al decir de Calamandrei), su titularidad se encuentra expresamente reservada a los Países Miembros, a la Comisión y a la Junta del Acuerdo, y a los particulares; pero, en relación con estos últimos, tan sólo en el caso de que demuestren estar legitimados para actuar gracias al cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 19 arriba citado".²⁷

"El sistema así adoptado por el legislador andino se asemeja entonces al recurso extraordinario de casación tal como está regulado en algunos países de la Subregión. En efecto, este recurso, si bien tiene como finalidad principal el interés público consistente en la defensa del derecho objetivo, obedece también al interés privado o particular: la comprobación de este último, en consecuencia, resulta condición **sine qua non** para que proceda el recurso, al igual de lo que ocurre con la acción de nulidad en cabeza de los particulares según el ordenamiento andino".

Por otra parte, en cuanto a la capacidad de las personas particulares, naturales y jurídicas, para demandar la nulidad de las decisiones de la Comisión y las resoluciones de la Junta y, en particular, con referencia a los requisitos exigidos para ejercer este derecho, el Tribunal ha interpretado las correspondientes normas de su Tratado constitutivo en los siguientes términos:

²⁴. Artículo 22 del Tratado de creación el Tribunal.

²⁵. Proceso N° 1-N-85 (10, octubre, 1985).

²⁶. Proceso No. 1-N-92 (28, mayo, 1992).

²⁷. Artículo 19 del Tratado de creación del Tribunal.

"Cuando los particulares intentan la acción de nulidad consagrada en su favor por el Derecho Andino, surge entonces la necesidad de que, antes que nada, demuestren a cabalidad que tienen interés para actuar, de lo cual ha de depender lógicamente su legitimatio ad causam".

"Ha de ser un interés sustancial concreto por cuanto debe existir en cada caso especial respecto de una determinada relación jurídica material que ha tenido origen en la norma demandada. Se dice además que ese interés debe ser actual por cuanto las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjuicios, que pueden llegar a existir si sucede algún hecho incierto, no otorgan interés serio y actual, puesto que no se encuentran objetivamente tutelados por la norma en cuestión".

"Además de la **aplicabilidad** propiamente dicha de la norma, a la persona natural o jurídica que pretenda ejercitar la acción de nulidad, el artículo 19 del Tratado del Tribunal exige que de tal aplicación se siga un perjuicio. Este ha de ser, en consecuencia, el efecto directo y específico de la aplicación de la norma, y no un perjuicio indeterminado de orden general, por importante que sea".

23. Las normas que regulan las competencias del Tribunal para declarar la nulidad de los actos de la Comisión y de la Junta no son explícitas en cuanto a los requisitos de conformidad, tanto material como formal, que éstos deben cumplir para evitar ser declarados nulos.

Sin embargo, en razón de que el sistema normativo del Acuerdo está concebido como un verdadero ordenamiento jurídico y, por consiguiente, sujeto a una relación jerárquica entre sus diferentes segmentos de normas, cabe entender que las normas de derecho derivado, o sea las que emanan de los poderes conferidos a la Comisión y a la Junta no pueden estar en contraposición con las normas de derecho originario contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de creación del Tribunal. Al propio tiempo, en razón de la naturaleza de los correspondientes órganos, las normas emitidas por la Junta - cuyo cometido, funciones y competencias la configuran como un órgano ejecutivo - no pueden estar en contraposición con las normas emitidas por la Comisión - cuyas competencias la configuran como un órgano legislativo.

Sobre esta particular, el Tribunal ha determinado uno de los criterios - el de la "competencia" del órgano - para examinar y resolver la presunta ilegalidad de los actos de la Comisión y de la Junta. En uno de sus fallos, ha señalado que "la competencia es el primer requisito que se debe analizar cuando se trata de establecer la legalidad de un acto jurídico, porque la falta de competencia, por exceso o por defecto, vacía de ilegalidad la actuación cumplida".²⁸

V. La acción de incumplimiento

24. La acción de incumplimiento está destinada a poner en funcionamiento las competencias del Tribunal de Justicia para ejercer control sobre los actos de los Estados miembros del Acuerdo. En razón de sus fundamentos y de sus alcances y características, da origen, de igual manera, a las competencias de este órgano para dirimir, por la vía jurisdiccional o por la vía de la adjudicación, las controversias que se presenten entre dichos Estados.

Esta acción puede ser iniciada por la Junta, de oficio o a petición de un Estado miembro, cuando se considere que otro Estado miembro "ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico" del Acuerdo.

²⁸. Proceso No. 1-N-85 (10, octubre, 1985).

Antes de intentar esta acción, la Junta está facultada para formular sus observaciones al Estado que, a criterio de aquella, hubiese incurrido en incumplimiento y a emitir un "dictamen motivado" después de recibida la respuesta de éste. Si este dictamen "fuese de incumplimiento" y el Estado requerido persistiese en la conducta observada, la Junta podrá solicitar el pronunciamiento del Tribunal".²⁹

La intervención de la Junta puede también ser motivada por el pedido de un Estado miembro. En este caso, la Junta deberá, también hacer conocer sus observaciones al Estado requerido y emitir un dictamen motivado. Si éste fuese de incumplimiento y el Estado requerido persistiese en la conducta observada, la Junta "deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal".³⁰

25. La competencia conferida a la Junta para iniciar la acción de incumplimiento, no excluye el derecho de cualquier Estado miembro para recurrir, en forma directa, ante el Tribunal de Justicia. Esto es posible en las dos siguientes circunstancias: 1) Si después de emitido su dictamen de incumplimiento la Junta no intenta la acción "dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su dictamen", y 2) Si la Junta no emite su "dictamen dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento".³¹

26. Es importante observar que la acción de incumplimiento por parte de un Estado miembro no tiene como fundamento, necesariamente, el dictamen de incumplimiento de la Junta. El derecho de cualquier Estado de recurrir ante el Tribunal en razón del incumplimiento por parte de otro de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, puede ser ejercido aún cuando dicho dictamen no sea de incumplimiento.

De igual manera, es importante advertir que cuando la Junta, frente a una situación de incumplimiento, procede por propia iniciativa, tiene facultad, únicamente, para poder someter el caso a conocimiento del Tribunal. En cambio, cuando actúa a pedido de un Estado miembro está obligada, de cualquier manera, a iniciar la acción de incumplimiento.

27. Esta acción puede dar lugar a que el Tribunal dicte una sentencia de incumplimiento. En esta circunstancia, "el País Miembro cuya conducta ha sido objeto de reclamo, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro de los tres meses siguientes a su notificación".³²

En caso de que no se cumpla con esta obligación, el Tribunal está facultado para autorizar, tanto al Estado miembro perjudicado por la situación de incumplimiento como a los restantes Estados miembros, la aplicación de sanciones. Previa opinión de la Junta, el Tribunal "determinará los límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al País Miembro remiso".

28. La autorización para la aplicación de sanciones está sujeta a un trámite sumario regulado por el Estatuto del Tribunal. Según este instrumento después de dictada una sentencia de

²⁹. Artículo 23 del Tratado de creación del Tribunal.

³⁰. Artículo 24 del Tratado de creación del Tribunal.

³¹. Artículo 24 del Tratado de creación del Tribunal.

³². Artículo 25 del Tratado de creación del Tribunal.

incumplimiento y si transcurrido el plazo fijado por el artículo 25 del Tratado de creación del Tribunal para que el Estado demandado cumpla con la obligación de dictar las medidas necesarias para su ejecución, éste no lo hubiese hecho, el órgano jurisdiccional "solicitará la opinión de la Junta". Una vez recibida esta opinión, el Tribunal, "si hubiere lugar", fijará día y hora para una audiencia. Después de celebrada ésta, "el Tribunal, en sesión plenaria, deliberará y determinará los límites dentro de los cuales los países miembros podrán restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo que beneficien al país miembro remitido". Estos límites, "deberán guardar relación con la gravedad del incumplimiento".³³

Por último, tal como lo establece el artículo 71 del Estatuto del Tribunal, la "aplicación de las medidas de restricción o suspensión" antes mencionadas, "no requerirán de la expedición de instrumento alguno por parte de la Comisión o la Junta".

29. La facultad del Tribunal para ejercer el control de la legalidad de los actos de los Estados miembros, en respuesta a una acción de incumplimiento, deriva del principio de la preeminencia del ordenamiento jurídico del Acuerdo con relación al derecho interno de los Estados miembros.

La preeminencia del derecho originario, contenido en normas convencionales o resultantes del acuerdo entre los Estados, proviene de principios y prácticas generalmente aceptadas como obligatorias, que forman parte del Derecho Internacional general.

La preeminencia del derecho derivado, o sea de las decisiones de la Comisión y de las resoluciones de la Junta, en cambio, está fundada en dos importantes normas del Tratado de creación del Tribunal. La primera de ellas está expresada en los artículos 2, 3 y 4 de este instrumento, mientras que la segunda está expresada en el artículo 5.

Según lo dispuesto por el Tratado de creación del Tribunal, las decisiones de la Comisión "obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas" y, además, "serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo". A su vez, las resoluciones de la Junta "entrarán en vigencia en la fecha y con las modalidades que establezca su Reglamento".³⁴

Por otra parte, el mismo Tratado estipula que los Estados miembros están obligados, en primer lugar, "a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico" del Acuerdo y, en segundo lugar, a "no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación".³⁵

En consecuencia, los actos de los Estados Miembros relativos a materias abarcadas por el ordenamiento jurídico del Acuerdo, deben guardar conformidad con las normas de éste, tanto con aquellas de derecho originario como con aquellas de derecho derivado. Como corolario, un acto adoptado en contraposición con estas normas, da origen más que a un conflicto con otro Estado miembro, eventualmente afectado, a un conflicto con el ordenamiento jurídico del Acuerdo.

De este modo se explica el que la responsabilidad para iniciar una acción de incumplimiento ante el Tribunal esté en manos, principalmente, de la Junta que, en su condición de órgano

³³. Artículos 69, 70 y 71 del Estatuto del Tribunal.

³⁴. Artículos 2, 3 y 4 del Tratado de creación del Tribunal.

³⁵. Artículo 5 del Tratado de creación del Tribunal.

ejecutivo, tiene, entre otras, la función privativa de "velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones".³⁶

30. Una sentencia de incumplimiento es el resultado, en buenas cuentas, del ejercicio de la potestad del Tribunal de vigilar la legalidad de los actos de los Estados, o de declarar la conformidad o no conformidad de tales actos con el ordenamiento jurídico del Acuerdo, en función de la preeminencia de éste frente al derecho interno y de la obligación impuesta a aquellos de aplicar o no obstaculizar la aplicación de las normas que integran este ordenamiento.

31. Los deberes estipulados por el artículo 5 del Tratado de creación del Tribunal, constituyen verdaderos deberes de comportamiento y no sólo de resultado. Además, tienen tanto un sentido positivo como un sentido negativo, de tal manera que una situación de incumplimiento puede darse tanto por omisión, al no adoptar medidas para asegurar la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, como por acción, al adoptar medidas contrarias a dichas normas o que obstaculicen su aplicación.

32. La acción de incumplimiento también puede ser intentada por las personas particulares, naturales o jurídicas. Este derecho está expresamente reconocido por el artículo 27 del Tratado de creación del Tribunal.

En virtud de este precepto, "las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir a los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 5", siempre que "sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento".

Se desprende de esta norma que la responsabilidad de la aplicación, por la vía jurisdiccional, de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, corresponde no sólo al Tribunal del Acuerdo sino también a los tribunales de justicia de los Estados Miembros. Por este motivo, dicha disposición ha sido interpretada como expresión de la idea de que la "jurisdicción comunitaria" está integrada por el Tribunal de Justicia del Acuerdo y por los tribunales nacionales de los Estados miembros.

33. La naturaleza y alcances de la acción de incumplimiento ha sido motivo de ciertas precisiones en la jurisprudencia del Tribunal.

El órgano jurisdiccional ha subrayado que la acción de incumplimiento "tiene por objeto juzgar la conducta de los Países Miembros acerca del cumplimiento de obligaciones comunitarias" y ha destacado que esta acción "sólo pueden ejercerla los Países Miembros y la Junta, mas no los particulares".³⁷

34. Con referencia a la capacidad de estos últimos para iniciar acciones de incumplimiento, el Tribunal ha advertido "que no tiene competencia para conocer las acciones de incumplimiento entre particulares" y ha corroborado que este tipo de acciones, según lo dispuesto por el artículo 27 de su Tratado constitutivo, "deben ser intentadas ante los tribunales nacionales".

Según el órgano jurisdiccional, "en materia de incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, la competencia de este Tribunal sólo existe en los casos de los artículos 23 y 24 de su Tratado constitutivo, o sea a solicitud de la Junta o de un País Miembro del Acuerdo de Cartagena, no así a petición de

³⁶. Artículo 14, literal a) del Acuerdo de Cartagena.

³⁷. Proceso Ni 5-84 (13, junio, 1984).

personas naturales o jurídicas, las que para sus reclamaciones deben acudir a los tribunales nacionales competentes, conforme está previsto, de modo inequívoco, en el citado artículo 27 del Tratado".³⁸

VI. El procedimiento de interpretación por la vía prejudicial

35. La competencia del Tribunal para emitir, por la vía prejudicial, interpretaciones válidas y obligatorias de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, tiene como finalidad preservar la unidad y la coherencia de éste. Se basa en el supuesto de que estas normas, en razón de su naturaleza y alcances y debido a su plena validez en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, pueden ser aplicadas, en forma individualizada, por las autoridades administrativas o jurisdiccionales de éstos.

36. La iniciativa para el trámite de interpretación prejudicial corresponde a las autoridades judiciales de los Estados Miembros.

Según lo prescrito por el artículo 29 del Tratado de creación del Tribunal, "los jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico" del Acuerdo, "podrán solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia fuere susceptible de recursos en derecho interno".

En caso de que la sentencia no fuere susceptible de recursos posteriores, el respectivo juez está obligado a suspender el procedimiento y a solicitar la interpretación del Tribunal. Esta solicitud debe ser hecha de oficio o a petición de parte.

37. Al emitir su sentencia, el Tribunal "deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico" del Acuerdo. No podrá, por consiguiente, interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso.³⁹

La sentencia emitida por el Tribunal será plenamente obligatoria para la autoridad judicial que hubiese solicitado una interpretación por la vía prejudicial. En este sentido, el artículo 31 del Tratado de creación del Tribunal prescribe que "el juez que conozca del proceso deberá adoptar la interpretación" de éste.

38. Diversos criterios han sido expuestos en la jurisprudencia del Tribunal con referencia a la naturaleza, características y alcances del procedimiento de interpretación por la vía prejudicial.

El establecimiento del mismo, cuyo principal alcance consiste en servir de medio para la colaboración entre el Tribunal y los tribunales nacionales, ha servido de base para que aquel considere que la "jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los tribunales nacionales a los que el ordenamiento andino atribuye competencia para decidir asuntos relacionados con este derecho".⁴⁰ En este sentido, según el Tribunal, los jueces nacionales "son los jueces ordinarios, naturales o de derecho común para la aplicación del derecho comunitario andino", mientras que aquél "sólo tiene una competencia excepcional, específica o de mera atribución para interpretar el derecho integracionista por la vía prejudicial, a fin de procurar la indispensable uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho común".⁴¹

³⁸. Proceso Ni 1-INCUM-87 (19, octubre, 1987).

³⁹. Artículo 30 del Tratado de creación del Tribunal.

⁴⁰. Proceso 1-IP-87 (3, diciembre, 1987).

⁴¹. Proceso No. 4-IP-89 (2, mayo, 1990).

39. Por lo que se refiere a los elementos de procedimiento, dentro de la jurisdicción interna, del trámite de solicitud de interpretación por la vía prejudicial, el Tribunal ha precisado:

"... la consulta prejudicial que por su misma naturaleza equivale a una solicitud que hace el juez nacional al Tribunal comunitario para que éste le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del Derecho de la Integración, puede y debe ser formulada de oficio, lógicamente. Pero si es una de las partes en el proceso la que solicita al juez nacional que proceda a elevar la consulta, a lo cual tiene pleno derecho en cualquier momento del proceso, en ningún caso tal solicitud podría ser sometida a un trámite procesal que no se compagine con su naturaleza y finalidad... sería ilógica y carecería de toda base jurídica, la aplicación a tal solicitud de las normas procesales que regulan el régimen probatorio, señalando términos perentorios y oportunidades precisas para decretar y practicar pruebas. La consulta prejudicial, en cambio, es un requisito para dictar sentencia que se puede cumplir en cualquier momento y no puede asimilarse en ningún caso a una prueba... la solicitud de interpretación prejudicial y la petición de parte para que el juez nacional proceda a ella, se pueden hacer en cualquier estado y grado de la causa, pues lo que se plantea es una cuestión de mero derecho como es la interpretación de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena".⁴²

En cuanto al efecto y los alcances de la sentencia emitida como consecuencia de un procedimiento por la vía de interpretación prejudicial, el Tribunal ha corroborado y precisado el sentido de las normas pertinentes de su Tratado constitutivo, en los siguientes términos:

"... la sentencia interpretativa es obligatoria para el juez nacional, quien no puede apartarse de los criterios que señale este Tribunal comunitario en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de la integración".

"... la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos".⁴³

Por último, por lo que respecta a la restricción impuesta al Tribunal de limitarse a interpretar las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y no así las normas del derecho interno de los Estados miembros ni los hechos materia de un proceso substanciado ante los tribunales nacionales, el órgano jurisdiccional ha señalado que su función, en este tipo de trámite, es "únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico". O, dicho en otros términos, al Tribunal "compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno, para no interferir con la tarea que es de exclusiva competencia del juez nacional".⁴⁴

40. Los diversos fallos emitidos por el Tribunal en procedimientos de interpretación por la vía prejudicial, han servido, de igual manera, para que este órgano exponga sus preferencias sobre los métodos de interpretación que, según la naturaleza y características del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, serían los más adecuados.

En primer lugar, ha expuesto su criterio sobre lo que se debe entender por interpretación de las normas comunitarias. "Por tal interpretación - ha dicho el Tribunal - debe entenderse la

⁴². Proceso 1-IP-87 (3, diciembre, 1987).

⁴³. Proceso 1-IP-87 (3, diciembre, 1987).

⁴⁴. Proceso 1-IP-87 (3, diciembre, 1987).

búsqueda de significación de la norma para precisar su alcance y sentido jurídico", tarea ésta "esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional".⁴⁵

En segundo lugar, ha hecho explícita su preferencia por los métodos de interpretación denominados **funcionales**, en particular los métodos **sistemáticos** y de **interpretación teleológica**. Al respecto, ha subrayado:

"En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración... Por estas circunstancias, corresponde el empleo preferente de los métodos de interpretación llamados funcionales, como los métodos sistemáticos y de interpretación teleológica... el método teleológico, que adquiere connotación especial en el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza propia de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta el **objeto y fin** de la norma, o sea, en último término, el proceso de integración de la Subregión Andina que es propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena".⁴⁶

VII. Efectos jurídicos de las sentencias del Tribunal

41. Las sentencias del Tribunal tienen plena fuerza obligatoria, a "partir del día siguiente al de su lectura en audiencia", según lo dispuesto por el artículo 58 de su Estatuto. Para su cumplimiento no requerirán homologación o exequátur" en los Estados miembros.⁴⁷

Los efectos jurídicos concretos de las sentencias son diferentes según las mismas sean el resultado de una acción de nulidad, de una acción por incumplimiento o de un trámite de solicitud de interpretación por la vía prejudicial.

42. La sentencia dictada como resultado de una acción de nulidad tiene efecto directo para el órgano del Acuerdo de Cartagena cuyo acto hubiese sido anulado. Como consecuencia, este órgano queda obligado a "adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo" de la misma.⁴⁸

A su vez, la sentencia dictada con motivo de una acción por incumplimiento está dirigida al Estado demandado que hubiese "incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman" el ordenamiento jurídico del Acuerdo. En caso de que esta sentencia "fuere de incumplimiento", dicho Estado "quedará obligado a adoptar las medidas necesarias" para la ejecución de la misma.⁴⁹ De manera más precisa, que en la sentencia de incumplimiento el Tribunal "instruirá acerca de las medidas que el país miembro correspondiente deberá adoptar para su ejecución".⁵⁰

Por último, el fallo adoptado a propósito de un trámite de pedido de interpretación por la vía prejudicial, está dirigido al tribunal o juez que hubiese solicitado la misma. En esta circunstancia, el

⁴⁵. Proceso 1-IP-87 (3, diciembre, 1987).

⁴⁶. Proceso 1-IP-87 (3, diciembre, 1987).

⁴⁷. Artículo 32 del Tratado de creación del Tribunal.

⁴⁸. Según el citado artículo 22, "cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión o de la Resolución impugnada, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo".

⁴⁹. Artículo 24 del Tratado de creación del Tribunal.

⁵⁰. Artículo 56 del Estatuto del Tribunal.

juez que hubiese solicitado la interpretación está obligado a adoptar la misma.

43. Únicamente en el caso de una sentencia emitida en un trámite de solicitud de interpretación por la vía prejudicial, está estipulado el alcance preciso de la obligación emergente para el juez nacional que hubiese intentado tal solicitud.

En cuanto al efecto de las sentencias dictadas como consecuencia de las acciones de nulidad y de incumplimiento, las disposiciones pertinentes se refieren, simplemente, a la obligación del órgano del Acuerdo o del Estado respectivos, de "adoptar las medidas que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia" o de "adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia".

Si bien estas reglas dejan a criterio tanto del órgano del Acuerdo como del Estado destinatarios de las sentencias de nulidad o de incumplimiento, está claro que, de cualquier manera, ambos quedan obligados a desarrollar un determinado comportamiento.

44. Es dable interpretar que en los casos de la anulación de una Decisión de la Comisión o de una Resolución de la Junta, estos órganos podrían optar por uno de estos dos caminos: 1) Derogar o modificar, con efecto general, el acto impugnado y declarado nulo, o 2) Declarar, mediante otro acto que sea pertinente, la inaplicabilidad, a un caso concreto o individualizado, de la Decisión o de la Resolución impugnadas y declaradas nulas. Esta última opción podría caber cuando se trate de una acción de nulidad intentada por una persona particular. La segunda, en cambio, podría caber cuando se trate de una acción de nulidad intentada por un Estado o por la Junta en contra de actos de la Comisión o de ésta en contra de actos de aquélla.

También se puede interpretar que en el caso de una sentencia dictada como consecuencia de una acción de incumplimiento, el Estado demandado queda reatado a rectificar su comportamiento mediante, inclusive, la derogación de la medida declarada como opuesta al ordenamiento jurídico del Acuerdo o, cuando menos, la declaración de la inaplicabilidad de la misma. Sin embargo, esta segunda opción plantea algunas dudas en razón de que la acción de nulidad, al estar reservada sólo a los Estados Miembros y a la Junta podría ser entendida como un recurso cuyos efectos serían, necesariamente, de orden general.

VIII. Revisión, enmienda, ampliación y aclaración de las sentencias del Tribunal

45. De las normas contenidas tanto en el Tratado de creación del Tribunal como en su Estatuto, se desprende, de manera inequívoca, que las sentencias dictadas por el aquél no admiten recursos ante otra instancia institucional. El Tribunal está concebido como un Tribunal de única y última instancia.

Las facultades conferidas por otras normas a la Junta, a la Comisión, a un Estado miembro e, inclusive, a las personas particulares, para solicitar la "revisión", "enmienda", "ampliación" o "aclaración" de una sentencia, pueden dar lugar a sendos trámites, únicamente, ante el propio Tribunal.

46. La demanda o el trámite de revisión son aplicables sólo a las sentencias dictadas a propósito de una acción de incumplimiento. Al respecto, el artículo 26 del Tratado de creación del Tribunal prescribe que "las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento son revisables por el mismo Tribunal, a petición de parte". Esta revisión deberá estar fundada, únicamente, en "algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso" y será procedente "siempre que el hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicite la

revisión".⁵¹

47. Las demandas de "enmienda", "ampliación" y "aclaración", en cambio, son procedentes con referencia a cualquier sentencia.

El artículo 59 del Estatuto del Tribunal estipula que éste "de oficio o a petición de parte", podrá enmendar o ampliar su sentencia. Esta enmienda sólo será posible "si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiese pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda". La ampliación, a su vez, sólo será procedente "cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos".

La demanda o solicitud de "aclaración", podrán ser intentadas por un Estado miembro, la Comisión o la Junta, según los casos. Estarán limitadas al esclarecimiento de "los puntos de la sentencia que a su juicio resultaren ambiguos".⁵²

48. Los recursos o trámites de revisión, enmienda, ampliación y aclaración de una sentencia del Tribunal no pueden ser interpretados como menoscabo del carácter obligatorio de la misma, ni como obstáculo para su cumplimiento, en los términos prescritos por el artículo 32 del Tratado de creación del Tribunal y el artículo 58 de su Estatuto.

Del mismo modo, tampoco pueden ser interpretados como medios en contraposición con la regla según la cual la sentencia del Tribunal es un acto dictado en única y última instancia.

49. A propósito de un pretendido recurso de "reconsideración" de una providencia dictada por el Tribunal, éste órgano, al emitir su pronunciamiento, ha corroborado el alcance de las normas comentadas.

Luego de negar tal recurso, ha subrayado que los artículos 26 de su Tratado constitutivo y 65 y 68 de su Estatuto, "sólo reconocen la demanda de revisión de sentencias pronunciadas en las acciones de incumplimiento cuando la sentencia respectiva estuviere fundada en algún hecho que, habiendo influido decisivamente en el resultado del proceso, hubiere sido desconocido en la fecha de expedición de la sentencia por quien solicite la revisión". Al propio tiempo, ha insistido en que "el recurso de reconsideración tampoco está comprendido en los supuestos de enmienda, revisión y aclaración de sentencias previstos en los artículos 59 y 60 del Estatuto".⁵³

En otro fallo, el Tribunal ha precisado la índole definitiva de sus sentencias, en los siguientes términos:

"Un auto con fuerza de sentencia definitiva no puede ser revocado ni modificado por el Tribunal porque ni el Tratado que lo creó ni el Estatuto del mismo establecen esta posibilidad procesal".⁵⁴

IX. Organización del Tribunal

50. El Tribunal está integrado por "cinco magistrados", designados por representantes plenipotenciarios de los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena, especialmente acreditados

⁵¹. En forma concordante, el artículo 67 del Estatuto del Tribunal establece que "únicamente las sentencias pronunciadas en acciones de incumplimiento son susceptibles de revisión".

⁵². Artículo 60 del Estatuto del Tribunal.

⁵³. Proceso 1-84 (22, mayo, 1984).

⁵⁴. Proceso No. 5-84 (28, septiembre, 1984).

para este efecto.⁵⁵ Esta designación deberá ser acordada por "unanimidad".

Los magistrados ejercen su mandato por un período de seis años, al cabo de los cuales podrán ser reelegidos por una sola vez.

Los candidatos a ser magistrados del Tribunal, deberán ser nacionales de los Estados miembros del Acuerdo, "gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisperitos de notoria competencia".⁵⁶

51. En consonancia con la normas que hacen explícita la concepción del Tribunal como un órgano independiente, su Tratado constitutivo estipula que "los magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones".⁵⁷ Al mismo tiempo, obliga a los gobiernos de los Estados miembros a reconocer en favor de los mismos "todas las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones", incluyendo el goce de las "inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales".⁵⁸

52. A requerimiento del gobierno de un Estado Miembro, uno o más magistrados del Tribunal podrán ser removidos de su cargo, "únicamente cuando en el ejercicio de sus funciones hubieren incurrido en falta grave prevista en el Estatuto del Tribunal y de conformidad con el procedimiento en él establecido". El trámite de remoción se llevará a efecto en una reunión especial de representantes plenipotenciarios de los Estados miembros, designados para este efecto, los cuales adoptarán sus decisiones por "unanimidad".⁵⁹

53. Como se ve, los magistrados del Tribunal reciben su mandato directamente de los gobiernos de los Estados Miembros. De igual manera, son responsables, también en forma directa, ante éstos. Ni en su designación ni en su remoción participa ninguno de los restantes órganos del Acuerdo.

Las normas que regulan el procedimiento de elección o designación de los magistrados, así como el procedimiento para su remoción, constituyen otro de los medios destinados a garantizar la independencia del Tribunal, tanto de los Estados Miembros como de los restantes órganos del Acuerdo.

X. Posibles reformas al Tratado de creación del Tribunal

54. La experiencia adquirida como consecuencia del funcionamiento del Tribunal de Justicia, fue creando conciencia sobre la conveniencia de introducir enmiendas en el Tratado de su creación. Algunas de las más importantes iniciativas al respecto surgieron en el seno del propio Tribunal.

En oportunidad de la séptima reunión del Consejo Presidencial Andino, celebrada en Quito el 5 de septiembre de 1955, se formalizó un entendimiento para impulsar dichas enmiendas. En el "Acta de Quito", aprobada en esta reunión, los Jefes de Estado de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela expresaron su coincidencia sobre la necesidad de "fortalecer" el Tribunal. Para

⁵⁵. Artículos 7 y 8 del Tratado de creación del Tribunal.

⁵⁶. Artículo 7 del Tratado de creación del Tribunal.

⁵⁷. Artículo 7 del Tratado de creación del Tribunal.

⁵⁸. Artículo 13 del Tratado de creación del Tribunal.

⁵⁹. Artículo 11 del Tratado de creación del Tribunal.

este objeto, encomendaron al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores convocar a una Reunión de Plenipotenciarios a fin de considerar un Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado de creación del Tribunal.⁶⁰

55. En 1990, recogiendo las ideas que habían surgido sobre posibles modificaciones al régimen jurisdiccional de solución de controversias, control de la legalidad e interpretación uniforme del derecho común del Acuerdo de Cartagena, un ex-Magistrado del Tribunal sintentizó, en los siguientes términos, las posibles opciones a la vista: 1) Suprimir el Tribunal "para retornar a los sistemas clásicos del control de las controversias que utiliza el derecho internacional público, o manteniendo el sistema especial previsto en el artículo 23 del Acuerdo de Cartagena";⁶¹ 2) Mantener el Tribunal "como instancia final, en el evento de que fracasen el arreglo directo o la mediación" de la Comisión; 3) Mantener el Tribunal con las competencias otorgadas por el Tratado de su creación, pero "no como organismo de funcionamiento continuo sino ocasional, citándolo para cuando se presenten controversias, y 4) Conservar el Tribunal, "reforzándolo con nuevas competencias".⁶²

Al cabo de diversos intercambios de puntos de vista, en los que participaron tanto Magistrados del Tribunal como funcionarios de gobierno de los Estados miembros del Acuerdo, así como especialistas independientes, parece haberse optado por la última de soluciones. El entendimiento alcanzado en la séptima reunión del Consejo Presidencial Andino, pone de manifiesto la decisión de mantener el Tribunal como un órgano permanente y, en todo caso, de fortalecerlo.

Esta intención se hace más explícita en el Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado de creación del Tribunal, preparado en el curso de varias reuniones celebradas, en los últimos tres años, entre representantes gubernamentales de los Estados miembros del Acuerdo.⁶³

56. Las enmiendas más sustanciales propuestas en este Proyecto se refieren a las competencias del Tribunal y a la capacidad de las personas particulares, naturales y jurídicas, para gestionar ante la Junta del Acuerdo de Cartagena la aplicación de los procedimientos relativos a la acción de incumplimiento.

Con relación a lo primero, el Proyecto propone la asignación al Tribunal de las siguientes nuevas competencias:

- 1) Conocer y emitir pronunciamiento en los recursos por "omisión o inactividad" intentados contra la Comisión o la Junta del Acuerdo,
- 2) Actuar como tribunal arbitral en virtud de "una cláusula compromisoria o cláusula arbitral contenida en un contrato, convenio o acuerdo de derecho público o privado celebrado por cualquiera de los órganos principales del Acuerdo de Cartagena" y en

⁶⁰. Acta de Quito. Suscrita al término del VII Consejo Presidencial Andino, celebrado en Quito el día 5 de septiembre de 1995.

⁶¹. Se refiere al artículo 23 del Acuerdo de Cartagena, antes de la entrada en vigor de las reformas introducidas por el Protocolo de Quito, suscrito el 1 de mayo de 1987. El texto no enmendado del referido artículo 23 disponía que "corresponderá a la Comisión llevar a cabo los procedimientos, buenos oficios, mediación y conciliación, que fueren necesarios cuando se presentes discrepancias con motivo de la interpretación o ejecución del presente Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión".

⁶². SÁCHICA, Luis Carlos. *Derecho Comunitario Andino*. 2. ed., Bogotá : Temis, 1990.

⁶³. Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (Proyecto de Protocolo Modificadorio sugerido por la Reunión de Plenipotenciarios. (Documento proporcionado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia).

virtud de "compromiso arbitral", "cláusula arbitral" o "acta compromisoria" acordados por personas particulares con referencia a contratos suscritos entre ellas, y

3) Conocer y emitir pronunciamiento sobre "las cuestiones laborales y administrativas de los funcionarios y empleados de los órganos principales del Acuerdo de Cartagena".⁶⁴

57. Con relación a la capacidad de las personas particulares en cuanto a posibles acciones por incumplimiento, el Proyecto propone la incorporación del siguiente nuevo artículo en el Tratado de creación del Tribunal:⁶⁵

"Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Junta y al Tribunal con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24."⁶⁶

La acción intentada conforme a las prescripciones del párrafo anterior excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 27, por la misma causa".⁶⁷

La aprobación de esta enmienda implicaría otorgar a las personas particulares - naturales y jurídicas - el derecho de recurrir a la Junta del Acuerdo para emprender gestiones o plantear reclamos por incumplimiento, por parte de los Estados Miembros, de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y de poner en funcionamiento, de este modo, los procedimientos que podrían conducir, eventualmente, a una acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, a la inversa de lo que ocurre con el derecho de los Estados Miembros de iniciar esta acción, en forma directa, en caso de que la Junta no emita su dictamen dentro del período prescrito o de que dicho dictamen no sea de incumplimiento, la enmienda propuesta no otorga un derecho similar a las personas particulares. Cabe entender que, como consecuencia de una gestión emprendida por estas últimas, correspondería, únicamente, a la Junta iniciar la acción de incumplimiento.

58. Otras modificaciones propuestas, se refieren a algunos aspectos de las acciones de nulidad y de incumplimiento.

Por lo que refiere a las normas que regulan la acción de nulidad, una de las enmiendas proyectadas abre la posibilidad de invocar la hipotética ilegalidad de una Decisión de la Comisión o de una Resolución de la Junta - cuya impugnación no se hubiese planteado dentro del plazo prescrito por el artículo 20 del Tratado de creación del Tribunal - ante los tribunales nacionales.⁶⁸

⁶⁴. Secciones Cuarta, Quinta y Sexta del Proyecto de Protocolo Modificatorio.

⁶⁵. Artículo 24 bis del Proyecto de Protocolo Modificatorio.

⁶⁶. El artículo 24 prescribe que "cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, podrá elevar su reclamo a la Junta con los antecedentes del caso, para que ésta emita dictamen motivado". De igual manera estipula que "si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiese en la conducta objeto del reclamo, la Junta deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal". En caso de que la Junta no emitiera su dictamen "dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación del reclamo" o de que "el dictamen no fuere de incumplimiento", el país reclamante "podrá acudir directamente al Tribunal".

⁶⁷. Según lo prescrito por el artículo 27, las personas particulares "tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes", cuando "los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 5" del Tratado de creación del Tribunal.

⁶⁸. El artículo 20 del Tratado de creación del Tribunal estipula que la acción de nulidad deberá ser intentada "dentro del año siguiente a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión de la Comisión o de la Resolución de la Junta", cuya validez sea impugnada.

Según esta posible enmienda, a pesar de la expiración de dicho plazo, "cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales en el que se cuestione una Decisión de la Comisión o una Resolución de la Junta, podrá alegar los motivos previstos en el artículo 17 para solicitar ante dichos funcionarios judiciales la inaplicabilidad de las mismas al caso concreto".⁶⁹ En caso de ser presentada una solicitud en este sentido, el respectivo juez o tribunal nacional debería consultar al Tribunal del Acuerdo y suspender el proceso hasta recibir la providencia de éste, que sería de "aplicación obligatoria" en la sentencia a ser emitida por el juez o tribunal nacional.⁷⁰

En caso de ser adoptada esta enmienda, quedaría establecido un original procedimiento destinado a declarar, por parte de un juez o tribunal nacional y en colaboración con el Tribunal del Acuerdo, la inaplicabilidad, para un caso concreto, de una Decisión de la Comisión o de una Resolución de la Junta que, a pesar de configurar la situación para su impugnación mediante una acción de nulidad, no hubiese sido impugnada dentro del plazo fijado por el citado artículo 20 del Tratado de creación del Tribunal. Este procedimiento tendría cierta semejanza con el procedimiento de interpretación por la vía prejudicial, sobre todo en razón del efecto jurídico de la "providencia" emitida por el Tribunal como consecuencia de la consulta tramitada por un juez o tribunal nacional.

59. En otra de las enmiendas proyectadas sobre disposiciones relativas a la acción de nulidad, se propone la incorporación de una norma adicional a la contenida en el actual artículo 21 del Tratado de creación del Tribunal, según el cual "la iniciación de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma impugnada".

La adición propuesta señala que, sin embargo de esta disposición, "el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión o Resolución acusada de nulidad, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación".⁷¹

En razón de que la acción de nulidad puede ser también intentada por las personas particulares, naturales y jurídicas, la posibilidad de la "suspensión provisional de la ejecución" de un acto impugnado, también sería aplicable a las demandas intentadas por éstas.

60. Las enmiendas propuestas sobre las normas que regulan la acción de incumplimiento se refieren, por una parte, a la posible intervención de la Junta del Acuerdo - en calidad de "amigable componedor" - antes de iniciar una acción por incumplimiento ante el Tribunal y, por otra, a los deberes de aquel órgano para el desarrollo de los respectivos procedimientos.

En el primer caso, la enmienda proyectada está referida al artículo 24 del Tratado de creación del Tribunal. Se propone, en concreto, la incorporación de un párrafo, cuyo efecto sería modificar el trámite ante la Junta intentado por un Estado miembro por el incumplimiento de otro. Dicho párrafo señala que el Estado solicitante "elevará el caso a la Junta con los antecedentes respectivos, para que ésta interponga entre las Partes sus buenos oficios a fin de lograr una solución o enmienda, según sea el caso". De no ser logrado un resultado satisfactorio por esta vía, el mismo país "podrá presentar su reclamo a la Junta para que emita dictamen motivado", antes del inicio de la acción por incumplimiento ante el Tribunal.⁷²

⁶⁹. El artículo 17 del Tratado de creación del Tribunal señala que la acción de nulidad procede contra las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta "dictadas con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, incluyo por desviación de poder".

⁷⁰. Artículo 20, segundo párrafo del Proyecto de Protocolo Modificadorio.

⁷¹. Artículo 21, segundo párrafo, del Proyecto de Protocolo Modificadorio.

⁷². Artículo 24 del Proyecto de Protocolo Modificadorio.

Esta modificación implicaría que, en una primera instancia, el planteamiento hecho por un Estado miembro tendría el efecto de poner en funcionamiento un procedimiento de "buenos oficios" a cargo de la Junta del Acuerdo. Únicamente en caso de que éste no tuviera un resultado satisfactorio, quedaría abierta la instancia para la presentación, por el mismo Estado y ante la propia Junta, de un "reclamo", el cual daría lugar a la emisión de un dictamen y, de ser el caso, al inicio de una acción de incumplimiento ante el Tribunal, por parte de la Junta o por parte del Estado interesado.

61. Por último, otra enmienda relativa a las disposiciones sobre la acción de incumplimiento está dirigida a hacer más imperativo el deber de la Junta de iniciar, en caso de que su dictamen fuese de incumplimiento, la acción respectiva ante el Tribunal. Según el artículo 23 del Tratado de creación del Tribunal, en este caso la Junta "podrá solicitar el pronunciamiento del Tribunal". La enmienda que se propone reemplazaría la expresión "podrá" por la expresión "deberá".⁷³

62. Como se puede apreciar, en caso de ser adoptadas las enmiendas propuestas, se daría cumplimiento, en buena medida, al propósito de "fortalecer" al Tribunal de Justicia, enunciado en el Acta de la séptima reunión del Consejo Presidencial Andino.

Un particular significado tendrían las posibles nuevas normas referentes al nuevo "recurso por omisión o inactividad". Este recurso sería procedente en caso de que la Comisión o la Junta, se "abstuvieren de cumplir una actuación a la que estuvieren obligadas". La correspondiente acción ante el Tribunal podría ser intentada por los "órganos principales" del Acuerdo y por los Estados miembros, así como por las personas particulares.⁷⁴

No menos importantes serían las normas al amparo de las cuales las personas particulares gozarían de la capacidad de plantear reclamos ante la Junta del Acuerdo por incumplimiento por parte de cualesquiera de los Estados miembros, posibilitando, de este modo, el desarrollo del respectivo procedimiento que podría culminar en el inicio de una acción ante el Tribunal de Justicia. Sin reconocer un genuino "*locus standi*" en favor de las personas particulares, estas nuevas normas incorporarían un derecho de gestión de singular importancia para la defensa de sus intereses.

XI. Apreciación general y conclusiones

63. El sistema jurisdiccional de solución de controversias, control de la legalidad e interpretación uniforme del derecho adoptado dentro del proceso de integración económica del Acuerdo de Cartagena, puede ser interpretado como un indicio de que es válida la hipótesis de la interrelación entre la naturaleza y alcances de un esquema de integración y su correspondiente estructura institucional, incluidos los medios de vigilancia de la aplicación de las normas de derecho que regulan el mismo.

Varios estudiosos del Derecho de la Integración económica suponen una estrecha interrelación entre la amplitud y profundidad del objetivo o el estadio de integración postulado dentro de un esquema y la estructura institucional - en especial desde el punto de vista de las competencias y poderes conferidos a los órganos de la misma - establecida para la conducción o administración de aquel. De la misma manera, destacan la interrelación entre la complejidad y, sobre todo, los efectos vinculantes de las normas de derecho surgidas como consecuencia del

⁷³. Artículo 21, segundo párrafo, del Proyecto de Protocolo Modificatorio.

⁷⁴. La norma sobre este recurso que se propone incorporar en el Tratado de creación del Tribunal, dispone, en su última parte que "si el Tribunal declara que la abstención o negativa es violatoria del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, dispondrá que el órgano demandado cumpla la actuación dentro del plazo que para el efecto se señale".

desenvolvimiento de un proceso de esa índole y la necesidad de establecer medios más refinados para la vigilancia de la aplicación y cumplimiento de tales normas.

64. Estos enunciados aluden, en buenas cuentas, a los vínculos entre la calidad de los compromisos asumidos por los Estados miembros dentro de un determinado esquema de integración económica, por una parte, y la estructura institucional del mismo y los medios para la solución de diferencias, por otra parte.

Sin embargo, la naturaleza y características de los modos de solución de diferencias parecen tener una relación más directa con la calidad de los poderes normativos conferidos a ciertos órganos - sean intergubernamentales o independientes - de la correspondiente estructura institucional, así como al efecto, en el ámbito del derecho interno de los Estados, de los actos resultantes del ejercicio de tales poderes.

Así, por ejemplo, de acuerdo con los respectivos tratados constitutivos, tanto el Consejo de la Unión Europea, como la Comisión del Acuerdo de Cartagena, como órganos legislativos, tienen poder suficiente como para emitir normas de derecho capaces de incidir directamente e, inclusive, modificar las legislaciones internas de los Estados miembros. Al mismo tiempo, dentro de las respectivas políticas comunes - como la política comercial - tienen potestad para reemplazar las competencias y poderes de los Estados. En ciertos casos, además, están en capacidad de dictar normas de derecho aún con la oposición de algún Estado miembro.

Al mismo tiempo, la Comisión, en el caso de la Unión Europea, y la Junta, en el caso del Acuerdo de Cartagena, como órganos ejecutivos independientes, tienen potestad para adoptar normas de derecho, en especial de carácter individualizado, que vinculan a los Estados miembros de las organizaciones e, inclusive, a otros sujetos de derecho.

Estas constataciones han servido de fundamento a la decisión de adoptar, dentro de estos sistemas de integración, procedimientos jurisdiccionales de control de la legalidad, a cargo de Tribunales permanentes e independientes.

65. No menos determinante para la adopción de medios, también jurisdiccionales, destinados a ejercer control de los actos de los Estados y, en especial, de las obligaciones y compromisos adquiridos por éstos, ha sido la apreciación de que la complejidad y, sobre todo, la profundidad de los objetivos de estos esquemas de integración, exigen un apropiado equilibrio en la efectividad de los procesos de desarrollo normativo. Se supone que esta efectividad conlleva la necesidad de una sólida seguridad jurídica para los diferentes sujetos destinatarios de las normas emergentes de tales procesos.

Esta seguridad, a juicio de muchos analistas, estaría garantizada efectivamente sólo si la vigilancia de los actos de los Estados queda a cargo de un órgano jurisdiccional independiente.

66. Por último, la necesidad de asegurar la coherencia y la aplicación uniforme del derecho destinado a impulsar el desarrollo de estos esquema de integración, conduce a postular la conveniencia de que la interpretación válida y obligatoria de las normas de los correspondientes ordenamientos jurídicos esté a cargo, de igual manera, de un sólo órgano, cuya autoridad se imponga a la autoridad de los órganos del orden interno de los Estados.

Esta necesidad se hace más patente debido al amplio ámbito de validez material y personal de tales normas y, sobre todo, a su efecto directo e inmediato en los ordenamientos jurídicos internos, de donde surge no sólo la posibilidad sino la necesidad de que sean aplicadas, en forma

individualizada, por diversos órganos jurisdiccionales.

De este postulado deriva el establecimiento de los procedimientos de interpretación por la vía prejudicial a cargo, también, de un órgano jurisdiccionales independiente.

67. En buenas cuentas, un proceso orientado al logro de estadios de integración económica avanzados, como una unión aduanera, un mercado común o una comunidad económica, da origen a una verdadera nueva comunidad de derecho autosuficiente, desde el punto de vista de sus fuentes formales. Plantea, por consiguiente, la exigencia de contener, dentro de su propio ámbito, todos los medios y procedimientos institucionales para asegurar un ordenado proceso de creación de normas y un apropiado y coherente proceso de interpretación y aplicación de las mismas.

ANEXO I

SELECCIÓN DE ENUNCIADOS EXTRACTADOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA¹

I. ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Proceso No. 5-84
(13, junio, 1984)

"... la acción deducida no es la acción de incumplimiento reglada en la sección segunda del Capítulo II del Tratado que tiene por objeto juzgar la conducta de los Países Miembros acerca del cumplimiento de obligaciones comunitarias, acción que sólo pueden ejercerla los Países Miembros y la Junta, mas no los particulares, quienes en su caso, de sentirse perjudicados en sus derechos e intereses por los incumplimientos de un País Miembro, pueden acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno y exigir que se cumpla con los preceptos pertinentes del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

... este Tribunal no tiene competencia para conocer las acciones de incumplimiento entre particulares, acciones que deben ser intentadas ante los tribunales nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado que creó el Tribunal".

Proceso No. 1-INCUMP-87
(19, octubre, 1987)

"Fuera de estos casos, taxativamente atribuidos a la competencia del Tribunal, el mismo Tratado, en su artículo 27, establece que **las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado**, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento".

"Del examen de los preceptos anteriormente citados se concluye que en materia de incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, la competencia de este Tribunal sólo existe en los casos de los Artículos 23 y 24 de su Tratado constitutivo, o sea a solicitud de la Junta o de un País

¹. El texto completo de los fallos del Tribunal puede ser consultado en BID/INTAL/TJAC. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Buenos Aires, 1994

Miembro del Acuerdo de Cartagena, no así a petición de personas naturales o jurídicas, las que para sus reclamaciones deben acudir a los Tribunales nacionales competentes conforme está previsto, de modo inequívoco, en el citado Artículo 27 del Tratado".

II. ACCION DE NULIDAD

Proceso No. 1-N-85
(10, octubre, 1985)

"Esta competencia faculta al Tribunal para examinar las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, a fin de establecer si se ajustan formal y sustancialmente al ordenamiento jurídico del Acuerdo citado y resolver, en consecuencia, con base en los planteamientos y pruebas allegados en cada causa, si son válidas total o parcialmente, y en este último caso regular los efectos de esa nulidad en el tiempo".

"... la competencia es el primer requisito que se debe analizar cuando se trata de establecer la legalidad de un acto jurídico porque la falta de competencia, por exceso o por defecto, vicia de ilegalidad la actuación cumplida".

Proceso No. 1-N-92
(28, mayo, 1992)

"No se trata entonces de una verdadera **acción pública** en defensa de la legalidad, de la cual puede ser titular cualquier ciudadano, al igual de lo que ocurre en muchos países en materia de control constitucional. Por el contrario, en este caso se trata de una acción que, si bien tiene como objetivo último 'la defensa o la tutela de la ley' (la nomofilaquia, al decir de Calamandrei), su titularidad se encuentra expresamente reservada a los Países Miembros, a la Comisión y a la Junta del Acuerdo, y a los particulares; pero, en relación con estos últimos, tan sólo en el caso de que demuestren estar legitimados para actuar gracias al cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 19 arriba citado".²

"El sistema así adoptado por el legislador andino se asemeja entonces al recurso extraordinario de casación tal como está regulado en algunos países de la Subregión. En efecto, este recurso, si bien tiene como finalidad principal el interés público consistente en la defensa del derecho objetivo, obedece también al interés privado o particular: la comprobación de este último, en consecuencia, resulta condición **sine qua non** para que proceda el recurso, al igual de lo que ocurre con la acción de nulidad en cabeza de los particulares según el ordenamiento andino".

"Cuando los particulares intentan la acción de nulidad consagrada en su favor por el Derecho Andino, surge entonces la necesidad de que, antes que nada, demuestren a cabalidad que tienen **interés para actuar**, de lo cual ha de depender lógicamente su **legitimatio ad causam**".

"Ha de ser un interés sustancial concreto por cuanto debe existir en cada caso especial 'respecto de una determinada relación jurídica material' que ha tenido origen en la norma demandada. Se dice además que ese interés debe ser actual por cuanto las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjuicios, que pueden llegar a existir si

². Art. 19 del Tratado de creación del Tribunal.

sucede algún hecho incierto, no otorgan interés serio y actual, puesto que no se encuentran objetivamente tutelados por la norma en cuestión".

"... la norma reglamentaria contenida en el artículo 37-c) del Estatuto ³ establece, en forma imperativa y categórica, que la correspondiente demanda deberá llevar anexa, **necesariamente**, el **ofrecimiento** de prueba de que la norma le es aplicable y le causa perjuicios a la persona natural o jurídica que la intenta".

"... no cabe duda que la persona natural o jurídica que intenta una acción de nulidad está en la perentoria obligación de demostrar su interés jurídico, del cual depende su legitimación para actuar, PRESENTANDO, anexa a su demanda, la prueba de que la norma que considera nula 'le es aplicable y le causa perjuicio'".

"... no se puede confundir la **aplicabilidad** concreta, actual y de hecho, a la cual se refiere sin duda el artículo 19 del Tratado del Tribunal, con su posible aplicación futura, incierta o hipotética".

"Además de la **aplicabilidad** propiamente dicha de la norma, a la persona natural o jurídica que pretenda ejercitar la acción de nulidad, el artículo 19 del Tratado del Tribunal exige que de tal aplicación se siga un **perjuicio**. Este ha de ser, en consecuencia, el efecto directo y específico de la aplicación de la norma, y no un perjuicio indeterminado de orden general, por importante que sea".

III. CLAUSULAS DE SALVAGUARDIA

Proceso No. 1-N-86
(10, junio, 1987)

"... el caso que se examina se debe resolver, precisamente, dentro de la normatía vigente del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, que es el que regula las relaciones de sus integrantes y todo el proceso de la integración en el Pacto Andino, y que es una manifestación de la soberanía conjunta y compartida de los Países Miembros, por lo que no puede ser desconocido y tampoco alterado por ninguno de ellos, mucho menos por sus órganos de gobiernos".

"Conviene entonces tener muy presente que tales cláusulas ⁴ constituyen remedio extremo que sólo se permite por vía de excepción, como defensa necesaria, aunque transitoria, de los países comprometidos en el proceso de integración, ante trastornos graves e imprevistos. Tales circunstancias, de no existir esta previsión, llevarían presumiblemente a una situación insostenible para el país afectado, con la lógica consecuencia de incumplimientos forzosos e inevitables del programa de liberación, o aún a francos rompimientos del propio Acuerdo, que sin duda afectaría seriamente el proceso de integración que el uso regulado y controlado de la salvaguardia, la que actúa así, como un medio para evitar males mayores. De donde se desprende que las citadas cláusulas protegen tanto los intereses particulares del país afectado como los comunitarios propios del mercado ampliado, en aparente paradoja".

³. Estatuto del Tribunal de Justicia.

⁴. Cláusulas de salvaguardia.

"Si se quiere que el proceso de integración sea realista y objetivo, no pueden olvidarse los principios generales de derecho público que autorizan a todo Estado, en caso de urgencia, a tomar las medidas necesarias para enfrentar perturbaciones graves. Sin embargo, debe evitarse que estas situaciones excepcionales hagan imposible el proceso de integración, o que lo interrumpan o retrasen más allá de lo estrictamente necesario. La debida conciliación de estos intereses, los del país afectado y los de la integración, habrá de ser entonces criterio básico para la interpretación y aplicación de las normas del Acuerdo".

"Una primera consecuencia de estos principios generales es la obvia de que, mientras el proceso de liberación, es automático e irrevocable, la defensa excepcional que se autoriza, en aparente detrimento de tal proceso, no puede ser en ningún caso unilateral, automática ni irrevocable. Muy por el contrario, tiene establecido el derecho comunitario que la aplicación de tales medidas exceptivas, siempre temporales o transitorias, deben ceñirse rígidamente a los procedimientos previamente señalados en las normas exceptivas pertinentes que son, por lo mismo, imperativas, estrictas y excluyen, por definición, actuaciones ex officio, unilaterales o puramente potestativas y que, jurídicamente, están sujetas a una interpretación restrictiva, como normas de excepción".

"Sirvan estas acotaciones para dejar en claro, la imperiosa necesidad de que existan poderes de control de estas situaciones excepcionales y transitorias que las cláusulas de salvaguardia autorizan, como mal menor. Tal control deberá ejercerse, por supuesto, procurando conservar, en todo momento, un delicado equilibrio entre el interés común o propio de la Subregión como tal, y los derechos que el Acuerdo otorga al país afectado para la defensa de su economía".

IV. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL

Proceso No. 1-84
(8, febrero, 1984)

"Los poderes del Tribunal, como ya se dijo, se limitan a declarar la nulidad de los actos ilegales de la Comisión o de la Junta, a declarar el incumplimiento de los países miembros que se hubieren apartado del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, y a interpretar el derecho comunitario andino".

V. CUMPLIMIENTO DE NORMAS DEL DERECHO COMUNITARIO

Proceso No. 5-IP-89
(15, octubre, 1989)

"... por mandato de su artículo 5⁵ tienen una doble obligación. La primera de carácter positivo, 'de hacer'; y, la segunda, de orden negativo, de 'no hacer'. Por la primera, los Países Miembros tienen que adoptar toda clase de medidas, sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden, llámense reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias, que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud de los Tratados y de las que les corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas del mismo ordenamiento. En el caso de que se

⁵ . Art. 5 del Tratado de creación del Tribunal.

tenga claro el alcance y valor de los principios de aplicación directa y preeminencia de la norma comunitaria, la obligación de cada país se extendería, incluso, a derogar expresamente las normas de su ordenamiento jurídico interno. Por otra parte, en virtud de la segunda obligación, el País Miembro tiene que abstenerse de toda medida que, con cualquier nombre o forma que se pretenda adoptar, puede obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino, abstención imperativa inherente al cumplimiento de lo pactado y como soporte básico del desarrollo del proceso de integración. Por esta segunda parte del compromiso, los Países Miembros no pueden aprobar leyes o dictar reglamentos o expedir normas administrativas que, aunque no sean abiertamente contrarias al citado ordenamiento, obstaculicen, en la práctica, la aplicación del mismo".

"La obligación que implica el Artículo 5 que se interpreta tiene su fundamento precisamente en el 'objeto y fin' del Acuerdo de Cartagena, en suma, de la 'integración' a la que están comprometidos los países andinos, cuyos objetivos se resumen en el Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena".

"El Artículo 5 del Tratado que crea este Tribunal obliga a los Países Miembros a adoptar normas o medidas de cualquier naturaleza para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y abstenerse de aplicar o aprobar cualquier medida o norma de derecho interno que esté en contradicción con el derecho andino, porque éste prevalece sobre el derecho interno en razón de los principios de aplicabilidad directa y primacía que le son inherentes. En consecuencia, cuando algún precepto de la legislación interna contradiga el ordenamiento jurídico de la integración, los Países Miembros deberán aplicar la norma andina de modo preferente".

VI. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Proceso 1-IP-87
(3, diciembre, 1987)

"Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino, al que compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (Art. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de exclusiva competencia del juez nacional. En otros términos, la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los tribunales nacionales a los que el ordenamiento andino les atribuye competencia para decidir asuntos relacionados con este derecho".

"En el caso de que la consulta prejudicial resulte obligatoria, de acuerdo con el artículo 29 del Tratado, el juez nacional debe suspender el procedimiento en la etapa de sentencia, debido a que no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias".

"... la consulta prejudicial que por su misma naturaleza equivale a una solicitud que hace el juez nacional al Tribunal comunitario para que éste le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del Derecho de la

Integración, puede y debe ser formulada de oficio, lógicamente. Pero si es una de las partes en el proceso la que solicita al juez nacional que proceda a elevar la consulta, a lo cual tiene pleno derecho en cualquier momento del proceso, en ningún caso tal solicitud podría ser sometida a un trámite procesal que no se compagine con su naturaleza y finalidad... sería ilógica y carecería de toda base jurídica, la aplicación a tal solicitud de las normas procesales que regulan el régimen probatorio, señalando términos perentorios y oportunidades precisas para decretar y practicar pruebas. La consulta prejudicial, en cambio, es un requisito para dictar sentencia que se puede cumplir en cualquier momento y no puede asimilarse en ningún caso a una prueba... la solicitud de interpretación prejudicial y la petición de parte para que el juez nacional proceda a ella, se pueden hacer en cualquier estado y grado de la causa, pues lo que se plantea es una cuestión de mero derecho como es la interpretación de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Distinta es la solución en la legislación interna para las cuestiones de hecho en las cuales sí existe una oportunidad procesal para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional".

"... resulta que la sentencia interpretativa es obligatoria para el juez nacional, quien no puede apartarse de los criterios que señale este Tribunal comunitario en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de la integración".

"... la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos. Sin embargo, debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial, de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los Países Miembros, se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o doctrina uniforme en la Subregión".

"La función de este Tribunal, en consecuencia, en el tipo de acción de que se tratado, es únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico. Por tal interpretación debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional, como ya se indicó, dentro de las correspondientes esferas de competencia".

"... en el caso de que la norma comunitaria objeto de la consulta, haya sido adoptada como norma interna en el País Miembro de donde proviene dicha consulta, no por ello pierde su competencia el Tribunal Comunitario, ya que la norma continúa perteneciendo al ordenamiento jurídico del Acuerdo, sin perjuicio de que también sea norma nacional".

En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración... Por estas circunstancias, corresponde el empleo preferente de los métodos de interpretación llamados 'funcionales', como los métodos sistemáticos y de interpretación teleológica... el método teleológico, que adquiere connotación especial en el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza propia de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta el 'objeto y fin' de la norma, o sea, en último término, el proceso de integración de la Subregión Andina que es propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena".

"Este Tribunal, de acuerdo con el artículo 30 del Tratado de su creación, no puede 'interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos a tercia del proceso'. Además, debe tenerse en cuenta que los jueces nacionales, que son por supuesto autónomos para la interpretación y aplicación del derecho interno, son los jueces 'ordinarios', 'naturales' o 'de derecho común' para la aplicación del derecho comunitario andino, y que este Tribunal tan sólo tiene una competencia excepcional, específica o de mera 'atribución' para interpretar el derecho integracionista por la vía prejudicial, a fin de procurar la indispensable uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho común".

"Esta competencia **sui generis**, por lo demás, tiene una finalidad eminentemente práctica ya que obedece a un mecanismo de cooperación o articulación judicial con inevitable incidencia en la sentencia que haya de dictar el juez nacional, pero tan sólo, cuando deba aplicar el derecho comunitario".

Proceso No. 3-IP-90
(25, septiembre, 1990)

"La solicitud de interpretación prejudicial, bien sea de oficio o a solicitud de parte, puede hacerse en cualquier etapa del proceso siempre que exista su razón de ser, que no es otra que la necesidad de aplicar una norma comunitaria, y que las circunstancias relevantes de la causa puedan definirse de manera clara y completa para los efectos de la interpretación".

VII. PREEMINENCIA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

Proceso No. 1-INCUMP-87
(19, octubre, 1987)

"... se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista".

Proceso No. 2-IP-88
(25, mayo, 1988)

"En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria".

"Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior - que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho - es precisamente la norma comunitaria".

"No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son

dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay - se ha dicho - una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario ('**preemptiom**'). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él".

"La derogación propiamente dicha de una norma interna, por ser contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos, en determinados casos. Pero como tal derogación habría de ser decidida por el derecho interno y no por el comunitario, el derecho integracionista, en principio, se contenta con la aplicación preferente. Su efecto inmediato y directo no sería compatible con la condición de que las normas nacionales contrarias sean expresamente derogadas por el legislador nacional, ya que é ello dependería de éste y no de la comunidad".

"La entrada en vigor de éstas, por tanto, ha de determinar automáticamente la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario a sus determinaciones o que, de alguna manera, las desnaturalice, y ello en virtud de la primacía que tiene la norma comunitaria. La posible colisión de normas, en consecuencia, ha de resolverse sin vacilaciones ni reticencias en favor del derecho de la integración".

"... en ocasiones tales regulaciones permiten y aún exigen un desarrollo legislativo o administrativo ulterior por medio de disposiciones del derecho interno. Por lo demás, la norma comunitaria suele requerir de una adaptación al derecho interno, a fin de que se asegure su efectividad, e incluso puede demandar alguna forma de precisión o desarrollo en el plano nacional".

"La Decisión 85, que contiene el 'Reglamento para la Aplicación de las Normas sobre Propiedad Industrial'... es una regulación jurídica completa, en cuanto a los asuntos de que trata, expedida por una institución supranacional con capacidad de señalar reglas en el ámbito regional, que han de aplicarse con preferencia al derecho interno..." "Se estableció así un régimen común y uniforme... cuyas características principales, en cuanto a ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que constituye un derecho único para toda la Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional. Resulta entonces que la norma interna, anterior o posterior a la vigencia de la Decisión 85, que de algún modo resulte contrario o incompatible con el régimen común, que lo transgrede, desvirtúe o desnaturalice o que simplemente obstaculice su cabal aplicación, deviene inaplicable".

"... para que la legislación nacional preexistente pueda coexistir con la comunitaria pese a la aplicación preferente de ésta en todo lo relativo a un asunto reglado, se requiere que verse sobre asuntos o materias no regulados en absoluto por la comunidad".

Proceso No. 2-IP-90
(20, septiembre, 1990)

"En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común."

"... se trata de la confrontación de dos ordenamientos jurídicos esencialmente distintos, el nacional y el comunitario, de suerte que no puede hablarse con propiedad de un simple conflicto de normas puesta que se trata, precisamente, de un conflicto entre distintas fuentes normativas. El derecho de la integración no deroga las leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan sólo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias. Ello no obsta, por supuesto, para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional o inexecutable toda norma que sea incompatible con el derecho común..."

"... todo proceso de integración es, por su propia naturaleza, gradual o progresivo, y que por consiguiente el efecto de desplazamiento del derecho interno por el comunitario suele producirse por etapas, al ritmo del avance de las regulaciones comunes".

VIII. PROGRAMA DE LIBERACIÓN DEL COMERCIO

Proceso No. 1-IP-90
(18, septiembre, 1990)

"Las modificaciones introducidas al Artículo 45 del Acuerdo de Cartagena por el Protocolo de Quito y codificadas por la Comisión (Decisión 236), consistieron en sustituir el inciso primero para introducir la expresión '... salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo...', en establecer que los plazos y modalidades serán los allí señalados, y en eliminar el inciso final del anterior Artículo 45".⁶

"... en el Protocolo de Quito se introdujo, como elemento normativo nuevo, la expresión '... salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo...', referida al alcance que tiene el Programa de Liberación. Esta innovación, que en cierta forma equivale a una interpretación auténtica o con autoridad por haber sido introducida por el legislados primario en el proceso integracionista el cual goza de poder constituyente, resulta definitiva para la solución del caso..."

"El Programa de Liberación se refiere, en principio, como ya se dijo, a la 'universalidad

⁶. (Acuerdo de Cartagena). Art. 45.- "El Programa de Liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos, salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo, para llegar a su liberación total en los plazos y modalidades que se señala en este Acuerdo".

de los productos', lo cual no obsta para que desde su inicio se hubieran consagrado excepciones... Esta excepción fue ampliada en virtud del Protocolo de Quito que deja en todo caso a salvo 'las disposiciones de excepción establecidas en este Acuerdo'. Entre los casos exceptuados se destacan los que corresponden a los productos incluidos en las nóminas de reserva y en las listas de excepciones a que se refiere el propio Capítulo V del Acuerdo".

"... el régimen exceptivo previsto dentro del Programa de Liberación... tiene lógico resultado que los Países Miembros no hayan estado ni estén en la obligación de suprimir los gravámenes que afectan a los productos comprendidos en dicho régimen de exclusión, ni en la de mantenerlos en el mismo nivel..."

"La norma ⁷ se aplica, como es obvio, a los productos comprometidos en el Programa de Liberación. No de otro modo podría entenderse su presencia dentro del Capítulo del Acuerdo de Cartagena especialmente destinado a regular dicho Programa. Pero la norma debe aplicarse, por supuesto, respetando el alcance del proceso de liberación, con sus excepciones, plazos y modalidades, lo cual significa que no es aplicable a productos exceptuados de dicho proceso en virtud de nóminas de reserva o de listas de excepciones. El Programa de Liberación, como se ha visto, se refiere a una 'universalidad' relativa de productos y no a la totalidad de los originados en la Subregión".

"Los Países Miembros son autónomos para decidir sobre gravámenes y restricciones en relación con productos reservados o exceptuados, pero el Acuerdo de Cartagena en ningún caso les prohíbe imponer nuevos gravámenes o conceder a dichos productos un tratamiento más favorable..."

"... las normas que limitan la libertad deben ser interpretadas restrictivamente, como excepción que son a la regla general, según un principio de interpretación universalmente aceptado."

"La prohibición de 'modificar los niveles de gravámenes', consagrada en el Artículo 54 del Acuerdo de Cartagena rige en concordancia con las normas que regulan el Programa de Liberación y en especial con el Artículo 45 **ibidem**. Los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, en consecuencia, pueden aumentar los 'gravámenes'... que incidan sobre las importaciones de productos originarios de la Subregión, cuando tales productos se encuentren exceptuados del Programa de Liberación... por estar incluidos en las nóminas de reserva o en las listas de excepciones de los Países Miembros".

IX. ORDENAMIENTO JURIDICO DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Proceso No. 2-N-92
(27, abril, 1992)

"... las actas, directrices, declaraciones o compromisos que adoptan los Presidentes de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, cuando están constituidos en el Consejo

⁷. (Acuerdo de Cartagena). Art. 54.- "Los Países Miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos originarios de la Subregión, de modo que signifique una situación menos favorable que la existente a la entrada en vigor del Acuerdo".

Presidencial Andino como se desprende de su propio instrumento constitutivo, no son Decisiones de la Comisión ni pertenecen al citado ordenamiento jurídico creado por el Tratado del Tribunal,⁸ que fue suscrito por los mismos Países Miembros".

X. RECURSOS

Proceso 1-84

Providencia de 22 de mayo de 1984

"Dicho auto no admite recurso alguno de reconsideración como el propuesto, ni ningún otro, por no estar comprendido en las previsiones legales que norman el funcionamiento del Tribunal. Los artículos 26 del Tratado y 65 al 68 del Estatuto sólo reconocen la demanda de revisión de sentencias pronunciadas en las acciones de incumplimiento cuando la sentencia respectiva estuviere fundada en algún hecho que, habiendo influido decisivamente en el resultado del proceso, hubiere sido desconocido en la fecha de expedición de la sentencia por quien solicita de revisión... El recurso de reconsideración tampoco está comprendido en los supuestos de enmienda, revisión y aclaración de sentencias previstos en los artículos 59 y 60 del Estatuto".

Proceso No. 5-84

(Providencia de 28 de septiembre de 1984)

"Un auto con fuerza de sentencia definitiva no puede ser revocado ni modificado por el Tribunal porque ni el Tratado que lo creó ni el Estatuto del mismo establecen esta posibilidad procesal".

ANEXO II

DOCUMENTOS DE REFERENCIA

1. ANDUEZA, José G. *La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena*. En "Integración Latinoamericana", No. 98. Buenos Aires : INTAL, 1985.
2. ANDUEZA, José G. *La interpretación prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. En Sáchica, Luis Carlos y otros. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Buenos Aires : BID/INTAL, 1985.
3. BID/INTAL-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Buenos Aires : BID/INTAL, 1994.
4. BUENO MARTÍNEZ, Patricio. *Sistemas de solución de conflictos y órganos jurisdiccionales*. Seminario Integración Económica y Derecho Comunitario. Santafé de Bogotá, abril, 1995.
5. CHAHIN LIZCANO, Guillermo. *El Consejo de Estado de la República de Colombia y el Grupo Andino*. Seminario Integración Económica y Derecho Comunitario. Santafé de Bogotá, abril, 1995.
6. MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos. *El modelo comunitario europeo y su influencia en los procesos de integración*. Seminario Integración Económica y Derecho

⁸. Art. 1o. del Tratado de creación del Tribunal.

- Comunitario. Santafé de Bogotá, abril, 1995.
7. PACILIO, Ombreta. *La Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1989.
 8. RUIZ-JARABO, Dámaso. *Sistemas de solución de conflictos y órganos jurisdiccionales de la Unión Europea*. Seminario Integración Económica y Derecho Comunitario. Santafé de Bogotá, abril, 1995.
 9. SÁCHICA, Luis Carlos y otros. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Buenos Aires: BID/INTAL, 1985.
 10. SÁCHICA, Luis Carlos. *La acción de nulidad en el ordenamiento jurídico andino*. En SÁCHICA, Luis Carlos y otros. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Buenos Aires : BID/INTAL, 1985.
 11. SÁCHICA, Luis Carlos. *Derecho Comunitario Andino*. 2a. Edición, Bogotá. Editorial Temis : 1990.
 12. SALAZAR MANRIQUE, Roberto. *Marco general del Derecho Comunitario Andino*. Seminario Integración Económica y Derecho Comunitario. Santafé de Bogotá, abril, 1995.
 13. URIBE RESTREPO, Fernando. *La interpretación prejudicial en el Derecho Andino*. Quito : Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993.
 14. VIDALES OVIEDO, Alfonso. *El Derecho Comunitario en el Pacto Andino. El caso colombiano*. Seminario Integración Económica y Derecho Comunitario. Santafé de Bogotá, abril, 1995.
 15. ZELADA CASTEDO, Alberto. *El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino*. En SÁCHICA, Luis Carlos y otros. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Buenos Aires : BID/INTAL, 1985.

CJI/SO/II/doc.59/95 rev. 1
23 agosto de 1996
Original: español

**FECHA, TEMARIO Y RELADORES
PARA EL PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DE ENERO DE 1996**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

De conformidad con lo dispuesto en su Reglamento, acordó realizar su primer período ordinario de sesiones de 1996 el 29 de enero al 10 de febrero de 1996.

Se aprobó el siguiente temario, en el entendido de que las materias serán tratadas en el orden en que son presentadas a continuación:

1. Procedimientos para elaborar y aprobar instrumentos jurídicos interamericanos en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (AG/doc. 3269/95)
Relatores: doctores Luis Herrera Marcano y Jonathan T. Fried
2. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional
 - a) Métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio:
(AG/doc.3131/94-punto 4)
Grupo de Trabajo
Coordinador: doctor José Luis Siqueiros
Co-relatores: doctores Alberto Zelada Castedo, Philip T. Georges, Miguel A. Espeche Gil, Jonathan T. Fried, Mauricio Gutiérrez Castro y Ramiro Saraiva Guerreiro
 - i. Acuerdo de Cartagena
 - ii. Pacto del CARICOM
 - iii. MERCOSUR
 - iv. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
 - v. Régimen jurídico de solución de conflictos en tratados bilaterales de libre comercio y complementación económica
 - vi. Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)
 - vii. G-3 (México-Venezuela y Colombia)
 - viii. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)
 - b) Facilitación de la actuación internacional de personas naturales y jurídicas
(AG/doc.3131/94 punto 2)
Relator: doctor Luis Herrera Marcano
 - c) Principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo

(AG/doc.3268/95)

Relatores: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo y
Jonathan T. Fried

- d) Mercado de valores bursátiles. Marco normativo de los principios que se consideren básicos en su regulación en el hemisferio
(AG/doc.3131/94 punto 3)
Relatores: doctores Seymour J. Rubin, José Luis Siqueiros y Jonathan T. Fried
 - e) Efectos jurídicos internacionales de la insolvencia
Relatores: doctores Seymour J. Rubin, José Luis Siqueiros y Jonathan T. Fried
3. La Democracia en el Sistema Interamericano
(AG/doc.3131/94 punto 7)
Relator: doctor Eduardo Vío Grossi
 4. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas
(AG/doc.3131/94 punto 5)
 - a) Facilitación del acceso a la justicia. Simplificación de procedimientos judiciales
Relator: doctor Seymour J. Rubin
 - b) Designación de magistrados y funcionarios de justicia. Protección y garantía de los jueces y abogados en el ejercicio de sus funciones
Relator: doctor Jonathan T. Fried
 5. Derecho de la información
(AG/doc.3131/94 punto 6)
Relator: doctor Mauricio Gutiérrez Castro
 6. Derecho ambiental
(AG/doc.3131/94 punto 8)
Relator: doctor Galo Leoro F.
 7. Solución pacífica de controversias
(AG/doc.2683/91) (AG/doc.2771/91 rev.1)
Relator: doctor Galo Leoro F.
 8. Cooperación internacional para reprimir la corrupción
(AG/doc.3268/95 punto 8)
Relator: doctor Miguel Ángel Espeche Gil
 9. Cooperación interamericana para enfrentar el terrorismo
(AG/doc.3268/95 punto 9)
Relator: doctor Miguel Ángel Espeche Gil
 10. Aspectos jurídicos de la deuda externa
(CP/doc.2479/94)
Relator: doctor Miguel Ángel Espeche Gil

11. Propuesta para incluir un nuevo tema sobre:
Jurisdicción nacional y personalidad de las personas jurídicas
Relator:(doctor Jonathan T. Fried)

CJI/SO/II/doc.2/96
27 diciembre 1995
Original: español

EL PRINCIPIO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y SU APLICACIÓN EN LAS AMÉRICAS, ASÍ COMO OTROS MEDIOS PARA FAVORECER A LOS PAÍSES DE MENOR DESARROLLO.

Una primera aproximación a su análisis

(presentado por el doctor José Luis Siqueiros)

PRIMERA PARTE

EL GATT Y LOS ACUERDOS HEMISFÉRICOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y LIBRE COMERCIO

I. Antecedentes

1.1 La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Resolución AG/doc.3268/95, adoptada en la novena sesión Plenaria celebrada en Haití el 9 de junio de 1995, al analizar las observaciones del Consejo Permanente sobre el Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano (CJI), decidió... "instar además al Comité a incluir en sus estudios la consideración del principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo".1/

1.2 El Comité, en Resolución adoptada el 19 de agosto de 1995, en su segundo período de sesiones, documento CJI/SO/II/doc.14/95 (versión inglesa), acordó incluir en su temario el tema y llevar a cabo un análisis de esta materia que incluya la aplicación del principio de la nación más favorecida en:

- a) el marco jurídico del régimen multilateral de comercio, conforme al GATT y a la Organización Mundial de Comercio (OMC); y
- b) los marcos jurídicos de los acuerdos de integración económica y de libre comercio, concertados entre los países de este hemisferio.2/

La resolución del CJI exhorta a que dicho estudio tome en cuenta, en forma especial, las orientaciones contenidas en una monografía preparada por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional, dependiente de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos.3/ El Comité designó como relatores a los doctores José Luis Siqueiros,

1. Punto resolutivo n.º 3, parte final.
2. Punto resolutivo n.º 4, apartados a) y b) del referido documento.
3. Documento OAS/Sec.Gral./CJI/doc.10/95 de 16 de agosto de 1995.

Alberto Zelada Castedo y Jonathan T. Fried, exhortándolos a preparar y hacer circular un primer proyecto sobre el tema antes del mes de marzo de 1996,^{4/} a fin de ser considerado por el CJI y por la Comisión Especial de Comercio de la OEA.

1.3 El documento preparado por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional propone lineamientos generales para posibles estudios en la citada temática, sugiriendo tres áreas de investigación que se considera quedan insertas en el mandato de la Asamblea General. Dichas áreas se refieren, en términos generales, a las siguientes hipótesis:

- a) Conflictos que se suscitan entre Acuerdos Regionales, como resultado de la inclusión del principio NMF en alguno de los esquemas de integración o acuerdos de libre comercio;
- b) Problema de carácter "externo" que plantea el principio de la NMF;
- c) Problema de carácter "interno" que propicia el principio de la NMF.

A continuación se examinarán cada una de estas hipótesis.

II. Conflictos que se suscitan entre Acuerdos Regionales, como resultado de la inclusión del principio NMF en alguno de los esquemas de integración o acuerdos de libre comercio

El supuesto se ilustra con la disposición que contiene el artículo 44 del Tratado de Montevideo 1980 que formalizó la constitución de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que a la letra dice:

Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el presente Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes Países miembros.

México es miembro de ALADI. En 1993 suscribe, conjuntamente con los Estados Unidos de América y Canadá, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, instrumento que entra en vigor el 1^o de enero de 1994). En dicho Tratado México otorga (en forma recíproca) ciertas concesiones comerciales^{5/} a los Estados Unidos y Canadá. El otorgamiento de tales concesiones puede interpretarse incluido dentro del texto del antes transcrito artículo 44 del Tratado de Montevideo. No cabe duda que los diez socios de México en ALADI^{6/} así lo interpretaron, considerándose acreedores a las franquicias y ventajas que su asociado adquiriría *vis à vis* los Estados Unidos y Canadá. México, en

4. Fecha en que se reunirían los Ministros de Comercio del Continente en Colombia.

5. En el NAFTA se incluye la cláusula NMF expresamente a los proveedores de servicios, tanto en favor de cualquiera de las tres Partes como de cualquier otro país que no sea Parte (Artículo 1203). Asimismo, en el Capítulo XI, cada una de las Partes se compromete a brindar a los inversionistas de la otra un trato no menos favorable que el que otorgue, en condiciones similares, a los inversionistas de otra Parte o de otro país que no sea Parte. (Artículo 1103, parr. (1) y (2).

6. Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

cambio, invocando los principios de reciprocidad y el de equilibrio de derechos y obligaciones, plantea ante el Comité de Representantes de ALADI, la consulta relativa. Todo ello condujo a que se aprovechara el foro de la primera reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la propia Asociación, celebrada en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994, para firmar el Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del Tratado de Montevideo 1980^{7/} y otros documentos que contienen sendas resoluciones estrechamente vinculados al instrumento. Ellas son la Resolución 43 (I-E) que contiene las normas en vigor del Protocolo Interpretativo^{8/} y la Resolución 44 (I-E) que contiene las funciones y atribuciones del Grupo Especial previsto en el artículo 41 del mismo Protocolo; es decir, facultades para resolver cuando no exista consenso entre el país que solicitó las negociaciones y el país solicitante de la suspensión temporal de las obligaciones pactadas en el artículo 44 (presumiblemente México). El Grupo Especial deberá examinar los puntos de vista expuestos por los países interesados en la negociación y evaluar la compensación que corresponda. En caso de no lograr la conciliación entre las partes, pronunciarse en decisión final. Del contexto de su decisión dependerá el que la suspensión solicitada se convierta o no en suspensión definitiva.^{9/}

III. Problema de carácter "externo" que plantea el principio de la NMF

El texto del artículo I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994)^{10/} señala que con relación a los derechos aduaneros, otras cargas de importación o exportación, incluyendo todas las reglas y formalidades vinculadas con la importación y exportación, con referencia también a todas las materias aludidas en los párrafos 2 y 4 del artículo III:

...cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad que se otorgue por cualquier parte contratante en relación con cualquier producto originado en o destinado a cualquier otro país, se concederá inmediata e incondicionalmente al producto similar originario o destinado al territorio de las demás partes contratantes.

Así, en el marco del GATT, la cláusula de la nación más favorecida tiene aplicación común a todas las partes contratantes proporcionando al trato de más favor un alcance multilateral y ampliando al máximo su efecto. Las concesiones otorgadas recíprocamente entre dos o más partes contratantes se hacen automáticamente extensivas a todos los demás Estados Miembros, generalizándose de esta forma las ventajas que en sus orígenes fueron bilaterales.

Sin embargo, la función multilateral de la cláusula NMF está interrelacionada con otros principios cardinales dentro de la sistemática del Acuerdo; entre tales principios,

7. Que figura como Anexo I del Acta Final de la Primera Reunión (ALADI/CM/I-E/Acta Final) del 13 de junio de 1994.

8. Anexo II del Acta Final. El Protocolo Interpretativo entrará en vigor una vez que sea depositado el octavo instrumento de ratificación. Hasta diciembre de 1995 sólo habían ratificado México, Chile, Paraguay y Ecuador.

9. La Resolución 44 (I-E) forma parte del Anexo II, contiene quince artículos y está firmada, al igual que la Resolución 43 (I-E), el 13 de junio de 1994.

10. El GATT de 1994 es jurídicamente distinto del GATT de 1947. Está definido en el Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado el 15 de abril de 1994. El GATT 1994 comprende el Acuerdo General suscrito en 1947, más todas las disposiciones que entraron en vigor en el marco del mismo hasta formación de la OMC, los Entendimientos que indica la letra (c) del artículo 1 y el Protocolo de Marrakech. Para una visión más completa de este Acuerdo General, ver Parte II de este Informe.

estrechamente vinculados con la citada cláusula, cabe mencionar el de **no discriminación**, el del **tratamiento nacional** y el de **reciprocidad**.^{11/}

Los creadores del GATT no ignoraron en 1947 la existencia de ciertas tendencias que ya se advertían en materia de acuerdos de integración regional y libre comercio. Así, en el artículo XXIV del Acuerdo se establecieron excepciones relativas a la formación de uniones aduaneras y zonas de libre comercio, excepciones que en rigor serían incompatibles con el principio de no discriminación ya mencionado.

En efecto, con el propósito de atemperar la rigidez del principio de la NMF, se ideó una fórmula, que permitiendo el sistema de preferencias implícito en una integración económica regional, propiciara la facilitación del comercio entre los territorios constitutivos y el de no interponer barreras al comercio de otras partes contratantes en esos territorios.^{12/}

Antes de proseguir con el análisis de las excepciones enunciadas en el artículo XXIV del GATT, debemos precisar las diferencias que existen entre una "unión aduanera" y una "zona de libre comercio". La nota característica de la primera es la existencia de un sólo territorio aduanero; esto significa que en el plano interno se elimine toda reglamentación comercial restrictiva entre las partes que la forman. En el plano externo es preciso el establecimiento de aranceles comunes respecto de terceros países.

La segunda, es decir, la zona de libre comercio, debe entenderse como un grupo o área de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se conviene la eliminación gradual de los aranceles y de otras barreras no arancelarias, a fin de facilitar el comercio entre los territorios constitutivos en relación con productos provenientes de ellos.^{13/} Resumiendo, la distinción entre unión aduanera y zona de libre comercio se encuentra en las consecuencias externas que se producen en el primer caso y que están ausentes en el segundo. En las zonas de libre comercio no existe una tarifa común, ni una regulación comercial común respecto a terceros países.^{14/}

Ha quedado entonces claro que el GATT permite una excepción al principio de la NMF, en los casos de uniones aduaneras y zonas de libre comercio o de acuerdos interinos que conduzcan a la formación de unas u otras. Vale decir, que los miembros del Acuerdo General que entren a formar parte de un acuerdo regional de una u otra naturaleza, no están obligados a conceder el principio de más favor a terceros países, salvo que el propio acuerdo regional contenga inserta la cláusula de la NMF. En este último supuesto, el país miembro del esquema regional quedaría obligado a conceder a sus asociados en el esquema cualquier ventaja, franquicia o privilegio que hubiera otorgado a un tercer país.

11. LAFER, Celso. *EL GATT, la cláusula de la nación más favorecida y América Latina*, artículo incluido en el libro *Derecho Internacional Económico*. México, D.F. : Fondo de Cultura Económica, 1974. p. 117.

12. SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo. *GATT, ALALC y el trato de más favor*, artículo incluido en el libro citado en la nota 12, p. 138.

13. GATT, Artículo. XXIV, 8, apartado b). Es oportuno apuntar que los tratados o acuerdos que crean las zonas de libre comercio, normalmente expanden sus objetivos. En el TLCAN o NAFTA, se establece que los principales son los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, desglosados a continuación en seis apartados que incluyen, entre otros, la competencia leal, la promoción de la inversión, la protección de la propiedad intelectual, mecanismos de solución de controversias y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios.

14. Ver Sepúlveda Amor, *ibid*, p. 189.

IV. Problemas de carácter "interno" que propicia el principio de la NMF

Frente a la carencia de un acuerdo regional de integración (unión aduanera o zona de libre comercio), cualquier país que sea miembro del GATT 1994 debe adherir al principio de la NMF consagrado en su artículo I. Sin embargo, como ya quedó expuesto, cuando dicho país miembro ingrese a tal acuerdo regional no estará obligado a la aplicación de la cláusula de más favor en relación con sus asociados, *vis à vis* terceros países, salvo que el esquema regional incorpore el principio NMF. Vale decir, podrá libremente "discriminar" en contra de sus contrapartes sin hacerlas partícipes del trato más favorable que pueda conceder a Estados extraños.

Sin embargo, existe o existió otra perspectiva. Hace ya más de sesenta años, en el entorno interamericano, la visión era restrictiva a la CNMF. El Convenio de Washington de 1934 preveía que las Altas Partes Contratantes, en sus relaciones entre sí, se comprometían a no invocar las obligaciones de la cláusula de la nación más favorecida con el objeto de obtener de las Partes en convenciones multilaterales, las ventajas o beneficios que gozan las Partes en dichas convenciones. El Convenio se refería a convenciones económicas multilaterales de aplicación general que incluyan una área comercial "de tamaño considerable"^{15/} y que tengan por efecto la liberalización y fomento del comercio u otro intercambio económico internacional y que estén abiertas a la participación de otros países. En tal forma se discriminaría en contra de aquellos países "que no deberían aprovecharse de los beneficios cuando rehusen asumir las obligaciones".

Como puede apreciarse, estaríamos frente a un mecanismo de "auto defensa" de los países conformantes de esas convenciones económicas multilaterales, que si bien está fundado en el articulado de un convenio celebrado en el seno de la Unión Panamericana en 1934, el mismo quedó abierto a la suscripción de todos los Estados del mundo para permanecer indefinidamente en vigor.^{16/}

La única excepción prevista al principio general de discriminación lo constituye el caso de tratados bilaterales que ya contengan incorporada la CNMF, en cuyo caso la Parte Contratante del Convenio citado podrá pedir a su contraparte (en el tratado bilateral), el cumplimiento de dicha cláusula en la medida que tal Parte acuerde de hecho con su contraparte los beneficios que ella reclama.^{17/}

Resulta interesante advertir que este convenio interamericano, firmado trece años antes del GATT 1947, contemplaba en forma negativa la aplicación del principio de la NMF, fundándose (en el Preámbulo) en la política de igualdad de tratamiento y de desarrollar tal política en armonía con el desenvolvimiento de una general aproximación (*rapprochement*) económica en el cual cada país hará lo que le corresponda.

15. Terminología utilizada por el Convenio sobre aplicación de la Cláusula de la Nación más Favorecida, suscrita en Washington, D.C. el 15 de julio de 1934, bajo los auspicios de la Unión Panamericana. La versión inglesa de dicho documento (OEA/Ser.A)51a (SEPF) alude a una área "of substantial size".

16. Artículo III del Convenio. Según este dispositivo el instrumento entra en vigor, para cada Parte Contratante, desde la fecha de su firma por la misma. De los países americanos sólo han depositado el instrumento de ratificación Cuba y los Estados Unidos. Otros cuatro lo firmaron *ad referendum* (Colombia, Guatemala, Nicaragua y Panamá) sin efectuar el depósito del instrumento. Grecia lo firmó y ratificó y la U.E. Belgo-Luxemburguesa solamente lo suscribió en 1935.

17. Artículo II del Convenio.

Parecería que esta visión restringida, paradójicamente inspirada en la creación de áreas comerciales orientadas a la liberalización y fomento del comercio, haya establecido un derrotero antagónico al principio de apertura acogido por el Acuerdo General en 1947, refrendado en el GATT 1994 y en el Acuerdo que crea la OMC.

Antes de concluir con estos comentarios en torno a las uniones aduaneras y zonas de libre comercio, cabe señalar que el GATT 1994 después de acordarles este *status* de excepción, precisa como advertencia en una y otra hipótesis, que los derechos aduaneros y otras reglamentaciones comerciales que ya existieran en los territorios consitutivos y que pudieran ser aplicables a países terceros, no podrán ser incrementadas o ser más restrictivas a aquellas que estaban vigentes con anterioridad al establecimiento de la agrupación económica.^{18/}

V. El principio de no discriminación

El trato preferencial en materia de comercio es en principio anatema en el seno del GATT. Por ello, la no discriminación, entendida como igualdad en las relaciones comerciales y como fórmula de rechazo al proteccionismo, constituye el principio toral sobre el cual descansa el Acuerdo General, afirma Bernardo Sepúlveda.^{19/}

Dentro de este contexto el principio de la no discriminación desempeña una función negativa, como corolario lógico de la función multilateral de la cláusula NMF, es decir, impedir que un país obtenga aisladamente, en vez de multilateralmente, un tratamiento más favorable.^{20/}

Este principio está inserto desde el mismo Preámbulo del GATT al aludir a "la eliminación del trato discriminatorio en el comercio internacional", como uno de los motivos del Acuerdo General. Como dice Curzon,^{21/} "aunque es evidente que cada país desearía lograr una situación preferencial en los mercados de sus asociados, está aún más interesado en evitar que cualquier otro país obtenga ese trato preferente". Dicho en otros términos, la ausencia de concesiones debe afectar por igual a todas las partes contratantes; la obtención de ventajas ha de repercutir uniformemente en beneficio de todos los socios del club.

El principio de la no discriminación consagrado en el artículo I, --queda implícito en la cláusula de nación más favorecida-- se encuentra también incluido en el artículo II, parr. 1(a) del propio Acuerdo General. Este último dispositivo, que establece las listas de concesiones arancelarias, prevé que cada parte contratante concederá a las otras un tratamiento que no será menos favorable que aquél previsto en la parte relevante de la lista correspondiente anexa al Acuerdo.

La proscripción a la no discriminación se reitera en el artículo XIII, cuyo primer párrafo

18. Artículo XXIV, párrafo 5, apartados (a) y (b).

19. *Ibid*, p. 134.

20. PESCATORE, Pierre. *La clause de la nation la plus favorisés dans les conventions multilaterales*. Génève :

Institute de Droit International, 1968. p. 20-22.

21. CURZON, G. *Multilateral commercial diplomacy, GATT its impact on national comercial policies and techniques*. London : [s. n.], 1967, p. 57.

dispone que no se aplicará restricción o prohibición alguna por cualquiera de las partes contratantes, a la importación de cualquier producto originario del territorio de cualquier otra parte contratante, a menos la importación de un producto semejante originario de **todos los terceros países**, sea similarmente restringida o prohibida.^{22/}

El veto o la no discriminación se localiza también en el artículo XVII relativo a las empresas estatales de comercialización. Dicha norma establece que tales empresas al realizar compras o ventas que involucren importaciones o exportaciones, deberán actuar de manera consistente a los principios generales del Acuerdo en materia de no discriminación.

Ahora bien, como el principio de no discriminación está íntimamente vinculado al de la nación más favorecida y ésta última admite como excepción a su aplicación mandatoria la constitución de acuerdos regionales de integración económica (uniones aduaneras y zonas de libre comercio), surge entonces la interrogante.... ¿podrá discriminarse en perjuicio de los integrantes de dicho acuerdo regional, cuando uno de sus miembros otorgue un trato preferencial a un país extraño? La respuesta sería negativa si el acuerdo regional (unión aduanera o zonas de libre comercio) ha incorporado en su estatuto constitutivo la cláusula NMF. En caso de que no lo haya hecho, cabría la posibilidad de quebrantar el principio de la no discriminación.

VI. El Principio del tratamiento nacional

Otra piedra angular para el adecuado funcionamiento de la cláusula es el principio del trato nacional que mira a equiparar a nacionales y extranjeros, principio consagrado en el artículo III, (1) (2) del GATT, que incluye sus notas interpretativas,^{23/} referido principalmente a los efectos de la tributación interna sobre el comercio internacional. El referido dispositivo estipula que las Partes Contratantes reconocen que los impuestos y otros gravámenes internos que incidan sobre el comercio que se realice dentro de sus fronteras, no deberán ser aplicados a productos importados o a productos domésticos, en forma de acordar protección a la producción doméstica. Los productos importados, originarios del territorio de otra Parte, no deberán quedar sujetos a impuesto o gravámenes locales (de cualquier clase), cuando sean superiores a aquellos que se aplican a productos semejantes de origen nacional.

Este principio, el del trato nacional, está también inserto en el TLCAN, Capítulo III, artículo 301, que prevé que cada una de las tres Partes otorgará trato nacional al comercio de bienes de las otras. Dicho trato nacional deberá otorgarse de conformidad con el artículo III del GATT, incluidas sus notas interpretativas, normatividad que expresamente se incorpora al Tratado y son parte integrante del mismo. De conformidad con el NAFTA la normatividad aludida significará respecto a un estado o provincia, un trato no menos favorable que el trato más favorable que dicho estado o provincia conceda a cualesquiera bienes similares, competidores directos o sustitutos, de la Parte de la cual sean integrantes.^{24/}

22. El Artículo XXIII (1) abarca también a los productos exportados de cualquier parte contratante.

23. Ver Notas y Disposiciones Suplementarias en el Anexo I del Acuerdo General. *Basic Documents of International Economic Law*. [Chicago] : CCH International Chicago, 1990. v. 1, p. 63-64.

24. La misma disposición aparece, en forma casi idéntica, en los Tratados de Libre Comercio celebrado con Colombia y Venezuela (Artículo 3-03), con Costa Rica (Artículo 3-03) y con Bolivia (Artículo 3-02).

Sin perjuicio de la adopción de este principio en forma tan liberal (en materia de bienes), cada una de las Partes estableció medidas de excepción, enunciadas en el Anexo relativo a dicho artículo. Tales excepciones, aplicables también al trato nacional en cuanto a restricciones a la importación y de exportación de bienes, son las "medidas", que cada Parte estima que deben quedar reservadas a sus propios controles.^{25/}

El trato nacional en materia de inversión, que incluye el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción etc. de la inversión realizada por inversionistas de la otra Parte o Partes, está expresamente contenido en el TLCAN,^{26/} en el G-3,^{27/} en el tratado México-Costa Rica^{28/} y en el correspondiente México-Bolivia.^{29/}

Además de los tratados de libre comercio anteriormente citados, es interesante destacar que la inclusión de la cláusula del trato nacional, se manifiesta en diversos esquemas de integración latinoamericana. Así, en ALADI, en sus artículos 46 (en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos) y 48 (en materia de capitales procedentes de países miembros) se otorga un tratamiento no menos favorable que aquel que se concede --a productos similares nacionales-- o a capitales provenientes de cualquier otro país no miembro. De igual manera, el Acuerdo de Cartagena, en su texto modificado, incorpora esta cláusula en su artículo 44. Igual actitud se observa en el artículo VII del Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

VII. El principio de reciprocidad

Inherentes a los dos principios comentados, i.e., los de no discriminación y trato nacional, encontramos el de reciprocidad contenido en el mismo Preámbulo del Acuerdo General, cuando establece que las Partes Contratantes, deseosas de contribuir a los objetivos del mismo, lo suscriben en forma de arreglos que les son mutua y **recíprocamente** favorables.

Esta presunción explica porqué en el GATT la cláusula es incondicional e introduce una noción de equilibrio material que se contrapone al principio puramente formal de la igualdad. La medición de la reciprocidad no está definida en el Acuerdo. Las primeras seis Rondas se enfocaron a la reducción recíproca en materia tarifaria, aunque hay que admitir que fué la

25. El número y variedad de las medidas de excepción al trato nacional en materia de comercio de bienes, es profuso; en cierta forma relacionado con la apertura comercial de cada país. Es interesante advertir que todos los países suscriptores en los tratados mencionados en la nota anterior, destacan como excepción los controles impuestos por cada uno "sobre la exportación de troncos de todas las especies"; otros más se refieren a licores, energéticos, automotores, o en forma general detallan las partidas arancelarias exceptuadas del trato nacional.

26. Artículo 1102, apartados (1), (2), (3) y (4).

27. Artículo 17-03, apartado (1). Es interesante destacar que en este Tratado se excluye el trato de la nación más favorecida al artículo que define "empresa" "inversión", "inversionista" de una Parte (artículo 17-01); también excluye su aplicación en lo relativo a ventajas concedidas en materias de inversión otorgadas en virtud de un tratado para evitar la doble tributación.

28. Artículo 13-03. Este instrumento también otorga el trato de la nación más favorecida en materia de inversión (artículo 13-04). Este último no se aplicará cuando las ventajas en favor de inversionistas de un tercer país deriven de tratados bilaterales de inversión, convenios que establezcan zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, uniones económicas o monetarias u otras entidades de integración económica similares.

29. Artículos 15-03 y 15-04. El texto de estos dispositivos es igual al de sus homólogos en el convenio México-Costa Rica.

crítica a esta presunción de reciprocidad, en la que se fundamentaron las objeciones de los países en vías de desarrollo al funcionamiento efectivo de la cláusula de más favor dentro del Acuerdo.^{30/}

En efecto, el principio de reciprocidad está íntimamente relacionado con la cláusula de NMF. Si bien el primero tiene como esencia el dar algo a cambio de algo (*quid pro quo*), los "partisanos" de la NMF se resisten a aceptar que su reconocimiento y aplicación entre los miembros del acuerdo que lo incorpora, signifique que los últimos tengan que dar o compensar con algo el "favor" que se les extiende. La "reciprocidad" estriba, según sus defensores, en la garantía mutua del privilegio. Lo que tú me concedas ahora, yo te o concederé mañana cuando también favorezca más a un tercero.

Sin embargo, el principio de la reciprocidad no es siempre exigible. Como lo veremos más adelante no opera en las relaciones *vis à vis* entre países desarrollados y países en desarrollo. Los primeros no deben esperar reciprocidad por compromisos adquiridos en negociaciones comerciales encaminadas a reducir o remover tarifas y otras barreras comerciales en favor de los segundos.^{31/}

VIII. Otras excepciones al principio de la NMF en el ámbito universal y latinoamericano

8.1 El tráfico fronterizo

El artículo XXIV, párrafo 3 del GATT 1994 establece:

Las disposiciones de este Acuerdo no serán interpretadas para prevenir: a) las ventajas acordadas por cualquier Parte Contratante a los países adyacentes con el próposito de facilitar el **tráfico fronterizo**.

A su vez el Tratado de Montevideo 1980 (ALADI) dispone en su artículo 45:

Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concediesen en virtud de convenios entre países miembros o entre éstos y terceros países, a fin de facilitar el **tráfico fronterizo**, regirán exclusivamente para los países que los suscriban o los hayan suscrito.^{32/}

Poco o nada hemos podido encontrar en los protocolos, entendimientos o anexos del Acuerdo General, que pudiera guiarnos en la interpretación del concepto y de su implementación. La doctrina puede auxiliarnos. Según Manuel A. Vieira, el tráfico fronterizo es la representación de un modo de vida particular que resulta de la vecindad material de los pueblos y de su separación desde el punto de vista político.^{33/} El autor uruguayo sostiene que dicha situación requiere de un tratamiento particular; de ahí su exclusión del régimen de

30. DAM, Kenneth W. *The GATT. Law and International Economic Organization*. Chicago : [s. n.], 1970. p. 10-15.

31. Artículo XXXVI, párrafo 8 del Acuerdo General.

32. Texto muy semejante al artículo 19 del Tratado que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, Montevideo : ALALC, 1960.

33. VIEIRA, Manuel Adolfo. *Anuario Uruguayo del Derecho Internacional 1965-1966*. Montevideo, 1966, p. 200-201.

la cláusula NMF. Ha sido práctica corriente en los acuerdos comerciales exceptuar del trato de más favor esos Estados vecinos con características propias.

La excepción del tráfico fronterizo no debe confundirse con aquellas áreas históricamente conformadas por países afines, étnica y culturalmente, que reciben un tratamiento diferenciado en convenios internacionales, como es el caso de los países nórdicos, bálticos, ibéricos y otros.

La exclusión del tráfico fronterizo, concepto no definido, ni el GATT, ni ALADI, se funda en las necesidades peculiares a una vida fronteriza, que por serle tan propias no deben extenderse a terceros Estados. Según Frida M. Pfirter de Armas, esta actitud se funda en el principio de que lo desigual no puede ser tratado en forma igualitaria, y que sólo mediante un trato desigual se puede llegar a lograr una verdadera igualdad en estos casos.^{34/}

La Confederación de Cámaras Industriales de la República Mexicana, tal vez insinuando alguna analogía entre "tráfico fronterizo" y la situación geográfica de vecindad entre los tres países que conformarían el NAFTA, se dirigió a la Secretaría General de ALADI, solicitando su opinión. La respuesta fue clara: el artículo 45 del Tratado de Montevideo 1980, configura una excepción en el caso previsto --facilitar el tráfico fronterizo-- entre países miembros o entre éstos y terceros países; sin embargo, conceptualmente no es posible equiparar la concertación de un acuerdo de libre comercio,^{35/} cuyo alcance supone la eliminación total de gravámenes y restricciones no arancelarias en todo lo esencial del intercambio recíproco entre dos o tres países, con la finalidad de facilitar el tráfico fronterizo.^{36/}

La opinión vertida por los órganos administrativos de ALADI tiene inspiración en las Resoluciones aprobadas desde 1961 por ALALC, que consignaban directrices al Comité Ejecutivo Permanente para determinar la diferenciación entre las áreas estrictamente fronterizas y aquellas otras que por sus condiciones particulares pretendían se les extendiera dicho trato de excepción.^{37/}

Infelizmente, el Tratado de Montevideo 1980 no contiene en su texto un dispositivo similar al artículo 49 del instrumento homólogo de 1960 que creó ALALC, en el que se preveía que las Partes Contratantes procurarían, en el más breve plazo posible "... d) determinar lo que se considera tráfico fronterizo, para los efectos del artículo 19". Tal vez el Comité de Representantes de ALADI, dentro de sus amplias atribuciones para proponer recomendaciones al Consejo y a la Conferencia, podrá fijar lineamientos para una mejor conceptualización de esta noción.^{38/} Por otra parte, con base en el artículo 49 de ALADI, los países miembros "... podrán establecer normas complementarias de política comercial, que regulen entre otras materias (...) el tráfico fronterizo".

8.2 Esquemas de integración económica latinoamericanos

34. *La cláusula de la nación más favorecida y la excepción del tráfico fronterizo en el Tratado de Montevideo*. Derecho Internacional Económico. Op. cit., p. 211.

35. Obvia referencia al NAFTA.

36. Memorandum ni DN-113-90 del 5 de octubre de 1990, que contiene la respuesta a la consulta.

37. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. *La cláusula de la nación más favorecida y su adecuación al TLC en el marco de ALADI*. Libro Homenaje a Cesar Sepúlveda. México, D.F. : [s. n.], 1995, p. 107.

38. Artículo 35 fracciones (k) y (m) de ALADI.

Como lo afirma Alberto Zelada Castedo,^{39/} el Derecho Internacional Económico acepta los postulados de la teoría de la integración económica regional y de la política comercial internacional, referentes al establecimiento de regímenes comerciales y económicos preferenciales; éstos son discriminatorios, pero actúan como un medio para favorecer un objetivo de importancia: una economía internacional integrada y sin obstáculos.

La excepción a la cláusula NMF está fundada en que los esquemas integracionistas consagran un régimen preferencial en favor de los países conformantes del esquema, excluyendo del mismo a los países no participantes. Este tratamiento preferencial está basado a su vez en la reciprocidad **inter pares**, por lo cual su extensión a terceros está sujeta a condiciones rígidas, o expresamente excluida.

Esta "exclusividad" relega de sus preferencias a aquellos países que quedan fuera del área geográfica delimitada, ya sea región o subregión; tampoco son instrumentos abiertos a la adhesión de países ajenos.^{40/}

Ahora bien, dentro de estos esquemas regionales o subregionales, pueden preverse **acuerdos de alcance parcial** en cuya celebración no participan la totalidad de los países miembros de la Asociación y que propenden a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante la progresiva multilateralización.^{41/} Dichos acuerdos de alcance parcial pueden ser de distintos tipos.

Empero, además de estos acuerdos de alcance parcial entre miembros, los países socios de ALADI pueden concertar acuerdos del mismo tipo con otros países --no miembros-- y áreas de integración económica **dentro** de América Latina (Pacto Andino, SICA, MERCOSUR, etc). En estos acuerdos, las concesiones que otorguen los países miembros participantes, **no** se harán extensivas a los demás, salvo a los países de menor desarrollo económico relativo.^{42/} Lo anterior significa que si alguno de los países partícipes en estos acuerdos otorga a otro u otros, ventajas arancelarias o de otro tipo, **podrá** discriminar en contra de los restantes miembros de la Asociación no signatarios, con excepción de los países de menor desarrollo económico relativo. Todo lo anterior sin perjuicio de la convergencia, esto es, de facilitar la participación de otros países miembros a tales acuerdos de alcance parcial.

Asimismo, los países miembros de ALADI podrán concertar acuerdos de alcance parcial con otros países en desarrollo o con las respectivas áreas de integración **fuera** de la América Latina. En esta modalidad las concesiones que se otorguen los miembros participantes en ellos, no se harán extensivos a los demás, con la consabida salvedad estipulada en favor de los países de menor desarrollo. De hecho, un capítulo de ALADI^{43/} y

39. *Derecho de la integración económica regional*. Rev. Integración Latinoamericana. BID/INTAL/DP304 n. 315, p. 166, Buenos Aires, 1989.

40. La CEE restringe la participación en la Comunidad a Estados **europeos**; ALADI estipula en el Tratado de Montevideo 1980, que el instrumento quedará abierto a la adhesión de países **latinoamericanos**. El Tratado General de Integración Económica Centroamericana está restringido a los países **centroamericanos**. El Tratado de CARICOM limita la participación en la Comunidad del Caribe, a los estados y territorios **caribeños**.

41. Artículo 7, correspondiente a la Sección Tercera del Capítulo II del Tratado de Montevideo.

42. Artículo 25 (a), Capítulo IV de ALADI.

43. Capítulo III, artículos 15 al 23.

otro del Acuerdo de Cartagena,^{44/} están consagrados a la posibilidad de otorgar tratamiento preferencial, y por consiguiente, discriminatorio, en favor de los países signatarios de estos Acuerdos.

El Tratado de Montevideo prescribe que sus países miembros establecerán condiciones favorables para la participación de los países de menor desarrollo económico relativo en el proceso de integración económica. Los principios de la no reciprocidad y de la cooperación comunitaria fundamentan este trato preferencial. Las acciones en favor de estos países se concretarán a través de acuerdos de alcance regional y acuerdos de alcance parcial. Para asegurar la eficacia de tales acuerdos, los países miembros deberán formalizar normas negociadas vinculadas con: a) la preservación de las preferencias; b) la eliminación de las restricciones no-arancelarias; y c) la aplicación de cláusulas de salvaguardia en casos justificados.

Las Secciones Primera y Segunda del Capítulo III de ALADI establecen las bases generales para instrumentar los programas y otras modalidades específicas de cooperación, especialmente aquellos en favor de los países mediterráneos (Bolivia y Paraguay). El Acuerdo de Cartagena autoriza el otorgamiento de ventajas especiales en favor de Bolivia y Ecuador, que tampoco se hacen extensivas a los restantes países miembros.

IX. El GATT y los países de menor desarrollo

Dentro del Acuerdo General hay cuatro artículos que tienen como marco de referencia a los países en desarrollo. Ellos son el artículo XVIII (Segunda Parte) y los artículos XXXVI, XXXVII y XXXVIII (Cuarta Parte).

El primero de ellos, una vez modificado en su versión final de 1955, otorga un amplio grado de flexibilidad a los dispositivos de apoyo a los países en vía de desarrollo, concediéndoles derechos especiales en relación con medidas atinentes a la balanza de pagos y acciones de salvaguardia para el desarrollo. El artículo XVIII contempla dos tipos de subdesarrollo: a) aquellos países cuya economía sólo permite bajos niveles de vida y que se encuentran en las primeras etapas de desarrollo, y (b) aquellos otros que han superado estas etapas primarias y están en proceso de industrialización a efecto de no ser dependientes de materias primas.^{45/} Los países considerados dentro de la primera clasificación podrán hacer valer derechos para renegociar aranceles, atenuar restricciones en la estructura de sus balanzas de pagos y en el establecimiento de industriales locales.^{46/} Los países clasificados en la categoría (b) tendrán prerrogativas especiales en la creación de nuevas industrias.^{47/}

La Parte Cuarta del GATT, titulada "**Comercio y Desarrollo**", fue adicionada mediante un Protocolo de enmiendas en 1965. En el artículo XXXVI y siguientes se contienen los principios y objetivos relevantes a la situación de los países de menor desarrollo. Algún autor^{48/} ha calificado el texto de estos artículos como "tres extensos preceptos meramente

44. Capítulo XIII del Acuerdo. Artículos 91 a 107.

45. GATT, artículo XVIII parr. 1 y 4.- JACKSON, John H. *World and the law of GATT*. The Bobbs Merrill Co., New York, 1969, p. 650, 651; McGOVERN, Edmund. *International Trade Regulation*, 2. ed., London, 1986. p. 273.

46. Artículo XVIII, Secciones A, B y C.

47. Artículo XVIII, Sección D.

48. ABBOT, Kennet W. *Introduction to GATT. Basic Documents of International Economic Law*. [Chicago] :

exhortatorios". Sin embargo uno de ellos,^{49/} contiene la cláusula de la no reciprocidad que textualmente dice: (8) "Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad por compromisos adquiridos en negociaciones comerciales para reducir o remover aranceles y otras barreras al comercio, por parte de aquellas de menor desarrollo".

El párrafo transcrito (8) fue adicionado con posterioridad (1965), a fin de aclarar el concepto "no esperar reciprocidad". Según la adición, la expresión debe interpretarse en el sentido de que los países de menor desarrollo, en el curso de negociaciones comerciales, no están obligadas a realizar contraprestaciones (**contributions**) que sean inconsistentes con su nivel de desarrollo particular y necesidades financieras y comerciales, tomando en cuenta desarrollos comerciales anteriores. La modificación aplica no sólo a concesiones obtenidas en el curso de negociaciones comerciales ordinarias, sino a todas aquellas incluídas en los artículos XVIII, XXVIII y XXXIII.^{50/}

X. La Cláusula de habilitación

Las medidas más serias hacia un tratamiento más favorable a los países en desarrollo fueron adoptadas en el contexto de la Ronda Tokio. La mayor parte de tales medidas están contenidas en los códigos de las Negociaciones Comerciales Multilaterales (NCM). Una de las decisiones^{51/} referida al trato diferenciado y más favorable, a la reciprocidad y a la mayor participación de los países en desarrollo. Se le conoce como la **cláusula de habilitación**. La decisión, adoptada en el marco de las NCM, contiene nueve apartados. Por su importancia, transcribimos el texto de los tres primeros, para comentar posteriormente el contexto y significado de los seis últimos:

1. No obstante las disposiciones del artículo primero del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo* sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes.

2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán*:

- a) al trato arancelario preferencial concedido por partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en desarrollo de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencias*;
- b) al trato diferenciado y más favorable con respecto a las disposiciones del Acuerdo General relativas a las medidas no arancelarias que se rijan por las disposiciones de instrumentos negociados multilateralmente bajo los auspicios del GATT;
- c) a los acuerdos regionales o generales concluídos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las **Partes Contratantes**, a las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo;

CCH International Chicago, [s. d.], v. 1, p. 6.

49. Artículo XXXVI, par. 8.

50. McGOVERN, Edmund. *Op. cit.*, p. 275.

51. Decisión L/4903 de 28 de noviembre de 1979.

d) al trato especial de los países en desarrollo menos adelantados en el contexto de toda medida general o específica en favor de los países en desarrollo.

3. Todo trato diferenciado y más favorable otorgado de conformidad con la presente cláusula:

- a) estará destinado a facilitar y fomentar el comercio de los países en desarrollo y no a poner obstáculos o a crear dificultades indebidas al comercio de otras partes contratantes;
- b) no deberá constituir un impedimento para la reducción o eliminación de los aranceles y otras restricciones del comercio con arreglo al principio de la nación más favorecida;
- c) deberá, cuando dicho trato sea concedido por partes contratantes desarrolladas a países en desarrollo, estar concebido y, si es necesario, ser modificado de modo que responda positivamente a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo."

Las notas al pie de página (*) son interesantes. En ellas se indica que el término "**países en desarrollo**" incluye a territorios en desarrollo; que el SGP se aplicará caso por caso, según disposiciones del GATT sobre acción colectiva; salvo lo previsto por la cláusula transcrita, que se aplicará sin reciprocidad, ni discriminación (IBDD, 185/26).

El párrafo 4 se refiere a notificaciones y consultas, supervisadas por las Partes Contratantes. El párrafo 5 reitera el principio de no exigencias de reciprocidad por parte de los países desarrollados, que ya se ha comentado.^{52/} Los últimos cuatro apartados hacen énfasis en las necesidades de aquellos países que se encuentran en un nivel mínimo de desarrollo, así como en la colaboración de las Partes Contratantes en el examen y aplicación de estos principios y su deber de desplegar sus esfuerzos, individual y colectivamente, con objeto de satisfacer los objetivos del Acuerdo General y de esta Decisión.

XI. El Sistema Generalizado de Preferencias

UNCTAD II adoptó en 1968 el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP). Con apoyo en dicha política, la comunidad internacional acordó flexibilizar la aplicación de la cláusula NMF con el objetivo de que los países desarrollados pudieran conceder preferencias arancelarias a los productos originarios del mundo en desarrollo.

Sin embargo, en la instrumentación del SGP por los países industrializados, se advierten fuertes contrastes, tanto en su otorgamiento por productos, como en lo que respecta a los países que beneficia. La política de los Estados Unidos ha sido notablemente restrictiva, aunque ningún país desarrollado ha reconocido la obligación legal de conceder las preferencias dentro de un esquema sistemático y permanente. La UNCTAD revisa y adopta conclusiones en forma periódica a través de un Comité Especial sobre

52. Ver Nota 49 supra.

Preferencias.53/

Los países desarrollados miembros del GATT han mostrado una actitud ambivalente. En 1971 solicitaron de todas las Partes Contratantes la aprobación de una moratoria de diez años para no aplicar el principio de NMF inserto en el artículo I del Estatuto. No obstante, en 1979 acuerdan el funcionamiento de la cláusula de habilitación (**enabling clause**) otorgando al SGP una ancla en el Acuerdo General.

La Ronda Tokio vino a consolidar las posibilidades de que los esquemas SGP actuasen como un punto de sustento en las negociaciones tarifarias. Si bien muchos de los países desarrollados se resistieron a incorporar dichos esquemas en sus listas, sí otorgaron varias concesiones arancelarias dentro del contexto del SGP, sin insistir, con excepción de los Estados Unidos, en que los países de menor desarrollo hicieran concesiones recíprocas. Muchos productos primarios, como el café y el té, están aún sujetos a fuertes derechos de importación en los países desarrollados.

La UNCTAD continúa explorando la posibilidad de suscribir un Sistema Global de Preferencias Comerciales, que otorgaría a sus integrantes preferencias internas para derogar barreras arancelarias y no arancelarias.

SEGUNDA PARTE

EL ACUERDO DE MARRAKECH Y LA ORGANIZACION MUNDIAL DE COMERCIO (OMC)

XII. La conclusión de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales (NCM)

12.1 Con fecha 15 de abril de 1994 se firmaron en la ciudad de Marrakech, Marruecos, por los delegados plenipotenciarios de 124 Gobiernos, además de los representantes de las Comunidades Europeas, los instrumentos jurídicos siguientes:

- a) Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de las NCM;
- b) Decisiones, Declaraciones y Entendimientos Ministeriales; y
- c) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Los instrumentos enunciados en los literales (b) y (c) forman parte integrante del Acta Final.

12.2 En virtud del Acuerdo de Marrakech se establece la OMC. Esta es el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados "**Acuerdos Comerciales Multilaterales**"). Estos últimos son parte integrante del Acuerdo y

53. McGOVERN, Edmund. *Op. cit.*, p. 2.

vinculantes para todos sus miembros.

12.3 Los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados "**Acuerdos Comerciales Plurilaterales**"), forman también parte del Acuerdo para los miembros que los hayan aceptado y serán vinculantes para ellos, pero no crean obligaciones ni derechos para aquellos que no los hayan aceptado.

12.4 **El Anexo 1** del Acuerdo abarca los **Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías**. El primero de ellos (contenidos todos en el **Anexo 1A**) es el **Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994**. Después viene una lista de doce acuerdos más, que posteriormente desglosaremos. **El Anexo 1B** lo forma el **Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos**. **El Anexo 1C** lo constituye el **Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio**.

El **Anexo 2** del Acuerdo es el **Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias**.

El **Anexo 3** del Acuerdo es el **Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales**.

12.5 **El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994)**, es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT de 1947).

El GATT de 1994 comprende:

- a) Las disposiciones del GATT de 1947, rectificadas enmendadas o modificadas hasta el 31 de diciembre de 1994;
- b) Protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias; protocolos de adhesión; decisiones sobre exenciones al amparo del artículo XXV del GATT 1947 y las demás decisiones de las Partes Contratantes del mismo;
- c) Seis entendimientos relativos a la interpretación de diversos artículos del GATT 1994, y
- d) El Protocolo de Marrakech anexo al GATT 1994.

XIII. La cláusula de la nación más favorecida y otros mecanismos para favorecer a los países de menor desarrollo en el marco del GATT 1994 y la OMC

El Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hace alusión expresa en su mismo Preámbulo a los países en desarrollo, especialmente aquellos menos adelantados. Se reconoce que es necesario realizar esfuerzos positivos para que unos y otros obtengan una parte del incremento del comercio internacional, que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico.

Ahora bien, los distintos mecanismos que se han analizado en la Primera Parte de este Informe, por los cuales se fortalece la presencia de los países en desarrollo en el comercio

internacional, a saber, los principios de la nación más favorecida, de la no discriminación, de reciprocidad, de trato especial y diferenciado, surgen en una u otra forma en el laberinto de Decisiones, Declaraciones, Entendimientos, Acuerdos (Generales y Sectoriales) y Anexos que constituyeron la culminación de las Negociaciones Comerciales Internacionales en abril de 1994.

13.1 Decisiones y declaraciones Ministeriales

Existen veintiocho Decisiones y declaraciones adoptadas en la Reunión Ministerial de Marrakech. Para los efectos de este Informe sólo nos referimos a dos de las citadas Decisiones:

- a) **Decisión relativa a las medidas en favor de los países menos adelantados, y a la**
- b) **Decisión sobre medidas relativas a posibles efectos negativos del programa de reforma en los países menos adelantados y en los países en desarrollo importadores netos de productos alimenticios.**

La primera de estas Decisiones (a) resuelve que los países menos adelantados, mientras permanezcan en esta categoría, sólo deberán asumir compromisos y hacer concesiones en la medida compatible con las necesidades de cada uno de ellos en materia de desarrollo, finanzas y comercio, o con sus capacidades administrativas e institucionales.

Los Ministros signatarios convienen en que, en la medida que sea posible, **las concesiones NMF** relativas a medidas arancelarias y no arancelarias convenidas en la Ronda Uruguay, respecto de productos cuya exportación interesa a los países menos adelantados, podrán aplicarse de manera autónoma, con antelación y sin escalonamiento. Se considerará la posibilidad de mejorar aún más el SGP y otros esquemas para productos cuya exportación interesa especialmente a los países menos adelantados.

En la **segunda Decisión** (b) los Ministros convinieron en establecer mecanismos apropiados para asegurarse que en la esfera del comercio de productos agropecuarios, no se afecta desfavorablemente a la disponibilidad de ayuda alimentaria a nivel suficiente, a fin de seguir prestando asistencia encaminada a satisfacer las necesidades alimentarias de los países en desarrollo, especialmente de los países menos adelantados y de los países importadores netos de productos alimenticios.

A tal fin los Ministros signatarios convienen en adoptar una serie de medidas para establecer un nivel de compromisos en esta materia, durante el programa de reforma; asimismo, adoptar directrices para asegurarse que el suministro de estos productos básicos se lleve a cabo en condiciones de favor apropiadas y tomar plenamente en consideración las solicitudes de asistencia técnica y financiera de los países menos adelantados para mejorar la productividad e infraestructura de su sector agrícola.

13.2 El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Ha quedado señalado^{54/} que los **Acuerdos Comerciales Multilaterales**, incluidos en los Anexos 1, 2 y 3, forman parte integrante del Acuerdo de Marrakech. En el contexto y enfoque de este Informe, se hará solamente referencia al **Anexo 1** o sea a los **Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías**. Este Anexo se divide, como ya quedó indicado, en Anexos 1A, 1B y 1C.

13.2.1 Además del **Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994)**, al que se aludió brevemente en el párrafo 12.5 subtítulo XII *supra*, existen otros doce Acuerdos en el **Anexo 1A**. Son los siguientes:

- a) Acuerdo sobre la Agricultura; (*)
- b) Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; (*)
- c) Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido;
- d) Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; (*)
- e) Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio; (*)
- f) Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; (*)
- g) Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; (*)
- h) Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición;
- i) Acuerdo sobre Normas de Orígem;
- j) Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación;

- k) Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; (*)
- e) Acuerdo sobre Salvaguardias; (*)

13.2.2 El **Anexo 1B** lo forma el **Acuerdo sobre Comercio de Servicios y anexos**. (*)

13.2.3 El **Anexo 1C** lo constituye el **Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio**. (*)

13.3 Dispositivos contenidos en los Acuerdos Multilaterales sobre Comercio de Mercancía referidos a mecanismos que favorecen a los países de menor desarrollo

En todos los Acuerdos que se han relacionado en los apartados 13.2.1, 13.2.2 y 13.2.3, en los que aparece un asterisco (*), se contienen artículos favorecedores de los países en desarrollo.

Dichos artículos se refieren al **trato especial y diferenciado** con respecto a los compromisos que adquieran,^{55/} a **sus necesidades especiales en materia de desarrollo**,

54. Ver párrafo 12.4 del subtítulo XII *supra*.

55. Acuerdos sobre la Agricultura, artículo 10; Acuerdo sobre aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Art. 10; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 12; Acuerdo Relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; Parte III, artículo

finanzas y comercio,^{56/} a la desviación de las reglas y del trato nacional y restricciones cuantitativas establecidas en los artículos III y XI del GATT 1994,^{57/} en la aplicación de las medidas antidumping^{58/} y a medidas de salvaguardia.^{59/}

En lo que respecta a **la cláusula de la nación más favorecida**, la misma se encuentra incluida en el **Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios**, como parte de las obligaciones y disciplinas generales de los países miembros.^{60/} El artículo II (1) precisa que "con respecto a toda medida abarcada por dicho Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país". Este principio no es absolutamente rígido. Admite medidas de excepción, pero estas últimas deberán estar enumeradas en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del artículo II,^{61/} y cumplir con las condiciones establecidas en el mismo.

El Acuerdo al que hacemos referencia incluye también la excepción del tráfico fronterizo. El artículo II, párrafo 3, establece que nada impedirá que un Miembro confiera o conceda ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios de servicios que se produzcan y consuman localmente.

En resumen, los principios básicos de este Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) son: el acceso a los mercados, el trato nacional y el trato NMF. Sólo tomando como referencia la Lista de Compromisos específicos de un país y (cuando proceda) su Lista de Exenciones del trato NMF, se podrá saber a que sectores de servicios y en que condiciones se aplican los principios básicos del AGCS.^{62/}

Los compromisos y las limitaciones se consignan en todos los casos respecto de los cuatro modos de suministro que conforman el alcance y la definición del AGCS: el suministro fronterizo; el consumo en el extranjero; la presencia comercial y la presencia de personas físicas.

Cuando un país ha presentado un Lista de Exenciones del trato NMF, sería preciso proceder a su examen para poder determinar en que medida ese país concede un trato preferencial, o discrimina, a uno o varios de sus interlocutores comerciales.

Hay un principio básico del AGCS. Consiste en que **los compromisos específicos**, cabe decir, la obligación de conceder el acceso a los mercados y el trato nacional a cada

20; Acuerdo Relativo a la aplicación del artículo VII del GATT de 1994, Parte III, artículo 20; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, Parte VIII, artículo 27 y Anexo VII.

56. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio artículo 12, (12.2).

57. Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, artículo 4.

58. Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General (GATT 1994), artículo 15.

59. Acuerdo sobre Salvaguardias, artículo 9.

60. Parte II, artículo II, 1.2.3. Este dispositivo debe interpretarse de acuerdo con la **Guía para la Lectura de las Listas de Compromisos Específicos y de las Listas de Exenciones del Artículo II (NMF)** del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, Anexos del mismo.

61. Ver Lista de Exenciones del artículo II (NMF) que obra como Anexo del Acuerdo General sobre Comercio e Servicios.

62. Al momento de la firma del Acta Final de la Ronda Uruguay (15 de abril, 1994) se habían presentado 95 Listas de Compromisos y 61 Listas de Exenciones del principio NMF.

actividad de servicios, se aplican en régimen NMF. Esto significa que, cuando se han contraído compromisos, el único efecto posible de una exención del trato NMF es permitir que se dé al país al que ella se aplica un trato más favorable que el concedido a todos los demás Miembros. Cuando no se han contraído compromisos, sin embargo, la exención de tal trato puede permitir también que se dé un trato menor favorable.

En las Listas de Exenciones del artículo II del Acuerdo no es necesario enumerar las medidas de liberalización preferencial del comercio de servicios entre las partes **en acuerdos de integración económica**, por ejemplo, zonas de libre comercio; tal trato preferencial queda autorizado si está en conformidad con los criterios estipulados en el artículo V del AGCS.^{63/}

Por último, en el **Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio**,^{64/} también encontramos un artículo^{65/} dedicado al **trato de la nación más favorecida**, que aplicado a la protección de la propiedad intelectual, reitera el texto de la cláusula NMF con sus elementos de inmediatez e incondicionalidad. No obstante, **quedan exentos de esta obligación**, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedidos por un miembro que demuestre que tal trato:

- a) deriva de acuerdos internacionales sobre asistencia judicial;
- b) que se otorga de conformidad con las disposiciones del Convenio de Berna (1971) o de la Convención de Roma, que autorizan que el trato concedido no esté en función del trato nacional, sino del trato dado en otro país;
- c) que se refieran a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de productores de fonogramas y organismos de radio difusión, no previstos en este Acuerdo;
- d) que se deriven de acuerdos internacionales relativos a la protección de la propiedad intelectual que hayan entrado en vigor antes de la vigencia de la OMC, siempre que no constituyen una discriminación arbitraria contra los nacionales de otros Miembros.

XIV. Conclusiones

14.1 La aplicación del principio (o cláusula) de la nación más favorecida presenta analogías en los marcos jurídicos de los acuerdos de integración económica concertados en las Américas, y el marco jurídico del régimen multilateral de comercio del GATT 1994 y de la Organización Mundial de Comercio.

14.2 La función multilateral de la cláusula NMF está interrelacionada con otros principios que son cardinales en la sistemática de los acuerdos de integración y libre comercio, básicamente los de no discriminación y de reciprocidad.

63. El Artículo V del AGCS intitulado "**Integración económica**", permite a sus miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, a condición de que tal acuerdo; a) tenga una cobertura sectorial substancial, y b) establezca la ausencia o la eliminación de toda discriminación entre las partes.

64. Anexo 1C.

65. Artículo 4.

14.3 La cláusula NMF tiene que admitir excepciones, tanto en el ámbito universal como en el latinoamericano, en favor de una economía más integrada. En tal virtud, las concesiones que se otorguen entre sí los países conformantes de un esquema integracionista, pueden excluir a terceros extraños al área, salvo a los países de menor desarrollo económico.

14.4 El principio del trato nacional, piedra angular en el sistema de negociaciones comerciales multilaterales, tiende ahora a un mayor discernimiento en cuanto se refiere a países en desarrollo. Estos últimos son ahora acreedores a un trato diferenciado y más favorable. La tendencia común en los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías y de servicios, es la participación creciente de los países en desarrollo. Esta se hará efectiva mediante compromisos específicos negociados entre los países desarrollados.

CJI/SO/I/doc.4/96
17 enero 1996
Original: español

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA

(presentado por el doctor Miguel Ángel Espeche Gil)

En su período de sesiones de agosto de 1995 el Comité resolvió (CJI/RES.II-17/95), en consonancia con sus anteriores resoluciones de 1993, 1994 y marzo de 1995, mantener en su agenda el tema "Aspectos jurídicos de la deuda externa" y continuar el examen del progreso de la iniciativa de la eventual presentación de un proyecto de pedido de opinión consultiva de la Asamblea General de las Naciones Unidas a la Corte Internacional de Justicia.

Las novedades producidas al respecto son las siguientes:

1) El 9 de agosto de 1995, sobre la base de un proyecto de su presidente el Diputado André Franco Montoro, la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados de la República Federativa del Brasil, apoyándose en el Acuerdo N^o 26 de la XII Conferencia Interparlamentaria Unión Europea-América Latina, adoptado en Bruselas en junio del mismo año, resolvió por unanimidad solicitar al señor Presidente de la República Federativa del Brasil que, atendiendo el llamado de los parlamentos de América Latina y de Europa, tome la iniciativa de presentar a la Asamblea General de las Naciones Unidas la propuesta de solicitar al Tribunal de La Haya un dictamen consultivo sobre los principios de derecho internacional que deben regir los contratos y la ejecución de la deuda externa en el mundo contemporáneo. Los fundamentos de dicha resolución se encuentran contenidos en el documento "Justificación" que se acompaña como anexo.

2) La Presidencia y la Secretaría General del Parlamento Latinoamericano designaron un Comité especial, presidido por el diputado uruguayo Juan Adolfo Singer, para que se encargue de estar en contacto con representantes de distintos países a fin de gestionar la concreción de la resolución de la Asamblea General de la ONU sobre el pedido de opinión consultiva a la Corte de La Haya, en consonancia con el mandato específico de la XII Conferencia Interparlamentaria Unión Europea-América Latina de junio de 1995. En cumplimiento de ese cometido, el aludido Comité realizó diversas negociaciones en Nueva York durante las sesiones de la AGNU en colaboración con las misiones permanentes que apoyan la propuesta.

3) Con fecha 26 de octubre, el Presidente del Parlamento Latinoamericano, Senador Humberto Celli, presentó una nota al Secretario General de las Naciones Unidas, Embajador Boutros Boutros Ghali, en la que postula la inclusión, en la agenda del LI Período de Sesiones de la Asamblea General, de un tema intitulado "Deuda externa y derecho internacional - Pedido de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre los aspectos jurídicos de la deuda externa". El Presidente del Parlamento Latinoamericano presentó dicha solicitud en cumplimiento, también, del mencionado Acuerdo N^o 26 de la XII Conferencia Interparlamentaria de Bruselas. En la nota se menciona: "...el carácter

constructivo de esta propuesta que, lejos de ser un gesto de confrontación Norte Sur, es un serio intento, por medio del derecho internacional -cuya década celebra la organización mundial- de hallar una solución justa, equitativa y duradera al endeudamiento de los países en desarrollo, lo que contribuirá por eso mismo a la salud del sistema económico internacional".

4) El Senador Salvatore Cherchi, encabezando un grupo de setenta legisladores italianos, haciéndose eco también del citado Acuerdo de la XII Conferencia Interparlamentaria Unión Europea-América Latina, presentó una propuesta a fin de que el Senado de la República Italiana pida a su gobierno que dé los pasos necesarios para que en la Asamblea General de las Naciones Unidas se gestione una resolución requiriendo a la Corte la mencionada opinión consultiva.

5) El Senador César Delgado Barreto y otros parlamentarios presentaron un proyecto semejante en el Senado del Perú.

6) El Consejo Episcopal Latino Americano (CELAM) resolvió encomendar a las Conferencias Episcopales Nacionales que gestionen ante los gobiernos respectivos el apoyo a la iniciativa.

7) En el mes de octubre el Presidente de la República Federativa del Brasil, Fernando Henrique Cardoso, y el Presidente de la República de Venezuela, Rafael Caldera, resolvieron ordenar a sus respectivas Misiones ante las Naciones Unidas, presentar la iniciativa de llevar los aspectos jurídicos de la deuda externa a la Corte Internacional de Justicia, propuesta que se encuentra en gestión en el ámbito de la Asamblea, habiéndose comenzado a debatir dentro del Grupo de los 77. Se prevé que la cuestión se replanteará en el LII período de sesiones.

8) El Consejo Consultivo del Parlamento Latinoamericano ya ha elaborado un proyecto de "memoria explicativa" como contribución a la eventual presentación de la propuesta, que tiene como anexos los trabajos publicados por el Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina (CEISAL) sobre la materia (ver CJI/SO/II/doc,22/95 y anteriores). También ha publicado un resumen puesto al día bajo el título "La deuda externa ante el derecho internacional", acompañado de estadísticas actualizadas.

9) El Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina (CEISAL) ha programado dos reuniones de trabajo en Madrid-Salamanca y en Roma-Sant'Agata dei Goti, para los meses de junio y julio-agosto próximos, respectivamente. En dichas reuniones se profundizará el análisis de las bases jurídicas del proyecto de "memoria explicativa" del Consejo Consultivo del Parlatino y se buscará compatibilizar esos fundamentos de la propuesta con nuevos aportes interdisciplinarios para poner el resultado a disposición de los gobiernos cuyas misiones la están gestionando en las Naciones Unidas. Cabe destacar que a esas reuniones del CEISAL, como ya ocurrió en el seminario de Roma-Sant'Agata dei Goti en mayo último, han sido invitados juristas provenientes de países islámicos en cuyos medios académicos la iniciativa ha tenido acogida favorable.

CJI/SO/I/doc.5/96
30 enero 1996
Original: español

COOPERACIÓN INTERAMERICANA PARA ENFRENTAR EL TERRORISMO

(presentado por el doctor Miguel Ángel Espeche Gil)

1. El tema del terrorismo ocupó en décadas pasadas la atención del Comité y fue nuevamente incorporado en la agenda de este Órgano en agosto de 1994.

En esta última oportunidad, la denominación asignada inicialmente al tema fue "Cooperación Interamericana para enfrentar el terrorismo internacional". A partir de las sesiones de 1995 (CJI/RES.II-19/95) pasó a ser Cooperación Interamericana para Enfrentar al Terrorismo. El Comité entendió que el tratamiento de la materia versaría sobre el fenómeno terrorista sin aditamentos.

Se encomendó al relator continuar el estudio del tema y la presentación de un nuevo informe.

2. La cuestión viene siendo objeto también de estudio por parte de la Asamblea General (XXV período de sesiones) y de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA que formó un Grupo de Trabajo sobre el tema que se halla bajo la presidencia de la Embajadora del Perú ante la OEA, doctora Beatriz Ramacciotti. En ese carácter la Embajadora participó de la sesión del Comité en el período de sesiones de agosto de 1995.

Dado que el tema se halla tratamiento en distintos órganos de la Organización, el enfoque que ha de asumir el Comité debe tener en cuenta dicha circunstancia para evitar la duplicación innecesaria de trabajos.

3. Para la consideración del tema se hacía necesario contar con la documentación de apoyo que ha sido preparada por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos:

- a) Desarrollo del tema del terrorismo en el marco de la OEA (OEA/Ser.G. CP/CAJP-1035/95, 6 set. 1995);
- b) Principales esfuerzos jurídicos a nivel internacional en materia de terrorismo: Sistematización de las convenciones internacionales en vigor (OEA/Ser.G. CP/CAJP-1039/95, 28 set. 1995);
- c) Aspectos Jurídicos del Terrorismo: aportes de la Doctrina Internacional, Estudio Comparativo de los principales convenios internacionales en la materia, y desarrollo del tema en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (OEA/Sec. Gral. CJI/doc.11, 16 ene. 1996);

- d) Examen de las legislaciones internas de los Estados Miembros de la OEA en materia de terrorismo (Primera versión provisional) (OEA/Sec. Gral., CJI/doc.12, 16 ene. 1996).

4. Sobre la base de dichos documentos y teniendo en consideración las opiniones vertidas durante las reuniones del Grupo de Trabajo sobre Terrorismo, el Departamento de Derecho Internacional redactó un documento que puso a disposición del Relator titulado "Anteproyecto de Convención Interamericana para la Prevención y Eliminación del Terrorismo".

Se trata de un texto de 15 artículos con los principales aspectos del tema. Constituye un avance en la línea del tratamiento convencional de la cooperación hemisférica para combatir este flagelo que será asimismo analizado por el Grupo de Trabajo con miras a la Conferencia Especializada.

Dado el grado de adelanto en la consideración del tema que significa el citado Anteproyecto, se sugiere adoptar el mismo temperamento que se aplicó con respecto al tema corrupción y que el Comité analice el anteproyecto de la Subsecretaría y considere las observaciones hechas al mismo por el relator y que se acompañan como anexo.

5. La adopción de esta metodología para abordar el tema no excluye otras posibilidades de análisis en la búsqueda de medidas eficaces de combate al terrorismo en sus aspectos disuasorias y represivas. En los informes de 1994 y 1995 (CJI/SO/II/doc.47/94 y CJI/SO/II/doc.4/95), el relator sostenía y sostiene que la trama normativa vigente del Sistema Interamericano daría pie para la adopción de medidas que pueden ser válidas para responder al desafío terrorista particularmente en el aspecto preventivo.

La Carta de la OEA establece varias normas cuya adecuada aplicación puede dar cabida a medidas eficaces contra la amenaza terrorista. A modo de ejemplo: capítulos I y II los artículos 2 incisos b), d); 3 inciso b), d), g); 10, 12, 17, 21, 22, 27, 28; artículo X; artículo 81, 82, 90.

Por otra parte y de modo más específico al tema que nos ocupa el TIAR sería de aplicación, si bien, como se ha hecho notar acertadamente, la circunstancia de que no todos los países miembros son parte de este tratado disminuiría notablemente la eficacia de medidas que se adoptaren en ese marco jurídico.

Al respecto en el informe inicial de 1994 se afirmaba:

"Con un agravamiento con respecto a otras acciones englobadas bajo la denominación de terrorismo, los actos de violencia recientes tienen una envergadura que denota un empleo de medios semejantes al de operaciones militares. los episodios que han tenido lugar mediante el empleo de explosivos han sido de tal dimensión tanto en su planificación como en los efectos logrados, al de los bombardeos, con sus efectos letales expandidos a las poblaciones civiles de los países afectados más allá del supuesto blanco a que se dirigían las acciones. Esto nos lleva a reflexionar si no estamos frente a lo que podíamos denominar "ataques armados",....."

Si se aceptasen los parámetros más arriba reseñados para encuadrar el concepto de los hechos delictivos bajo examen, no estaríamos lejos de la posibilidad de asimilarlos con sus consecuencias jurídico-institucionales - a los que dan lugar a la puesta en funcionamiento de los dispositivos del TIAR, se invoque o no a dicho tratado. (dada la restricción formulada más arriba sobre el carácter restrictivo de la pertenencia del TIAR, esta argumentación resulta no obstante válida con relación a la Carta de la OEA).

"Esta vía de análisis nos lleva a una primera aproximación en la medida en que para enfrentar esta nueva amenaza no sería necesario entonces adoptar nuevos instrumentos jurídicos con todo el trabajoso proceso que lleva la firma de un tratado o convención y su posterior vigencia".

Habida cuenta de que no ha hallado mayor eco la propuesta de profundizar esta vertiente jurídica para el tratamiento del tema, por el momento no insistiremos en su planteamiento.

ANEXO I

PROPUESTA DE MODIFICACIONES DEL RELATOR AL TEXTO DEL ANTE-PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DEL TERRORISMO

(preparado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos
(Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional)

Artículo 1

Objetivos y Fines

Los Estados Parte en la presente Convención se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias, a fin de prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo. Para tal efecto, asumen el compromiso de fortalecer la cooperación internacional a fin de desarrollar acciones coordinadas que permitan lograr los objetivos propuestos.

Artículo 2

Ámbito de Aplicación de la Convención

Para efectos de la presente Convención, se considerarán actos terroristas, cualesquiera sea el móvil, medios utilizados y alcances, toda amenaza o uso de violencia ilegal, con objeto de generar terror o alarma generalizados, en todo o parte de la población y que constituyen un grave peligro para la vida, la integridad física, material o moral, o la libertad de las personas. Se considerarán actos terroristas (entre otros) los siguientes:

- a) El ataque grave contra la vida, la integridad física, material o moral, y la libertad de las personas, particularmente la de aquellos que gozan de protección internacional especial, tales como los jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros, y agentes diplomáticos, así como los miembros de sus familias;

- b) El uso de artefactos explosivos cualesquiera sea su tipo tales como bombas, granadas, cohetes, objetos o paquetes bomba, armas destructivas, entre otros;
- c) El secuestro y la toma de rehenes;
- d) La destrucción, apoderamiento o control de una aeronave, nave, o medio de transporte masivo en marcha, y cualquier otro acto que constituya un peligro para su seguridad;
- e) Los actos de violencia que pongan en peligro la seguridad de aeropuertos, puertos o terminales de diverso tipo, que sirvan al tráfico aéreo, marítimo o terrestre;
- f) El uso ilegal de material nuclear.

La presente Convención se aplica también a la tentativa, la complicidad, la participación directa o indirecta y la extorsión conexas con los actos descritos en el presente artículo.

Se considerará como agravante, los actos de terrorismo perpetrados o encubiertos con abuso de las inmunidades y privilegios diplomáticos de que gozan los representantes diplomáticos de los Estados.

Artículo 3

Medidas Internas

Los Estados Parte que no tuvieren contempladas en su ordenamiento legal las conductas descritas en el artículo anterior, se comprometen a tipificar dichos actos terroristas, estableciendo para los mismos penas severas. Los Estados Parte informarán periódicamente al depositario sobre las leyes y regulaciones adoptadas en aplicación de esta Convención. El depositario comunicará dicha información a los demás Estados Parte.

Artículo 4

Tratados de Extradición

Los actos descritos en la presente Convención se considerarán delitos comunes que dan lugar a extradición en todo tratado que sobre la materia hayan celebrado o celebraren los Estados Parte. De no existir tratado, la presente Convención se considerará como base jurídica para que proceda dicha extradición.

Artículo 5

Preparación y Planificación de Actos Terroristas que puedan afectar a otros Estados Parte

Los Estados Parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias a fin de impedir que dentro de sus territorios se preparen, organicen o planifiquen actos terroristas que puedan afectar a otros Estados con el objeto de ser perpetrados fuera de su territorio. Si

un Estado Parte tuviere razones suficientes para considerar que se prepara un delito, deberá notificar a todos los Estados que pudieren resultar afectados toda información e indicios que estén a su disposición.

Artículo 6

Intercambio de Información y otras Medidas de Cooperación

Los Estados Parte se comprometen a intercambiar toda la información de que dispongan y a coordinar la adopción de todo tipo de medidas de cooperación a fin de impedir que se cometan los actos terroristas materia de la presente Convención.

Artículo 7

Fomento y Apoyo de Actividades Terroristas

Los Estados Parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias a fin de impedir que dentro de sus territorios se fomente la acción terrorista mediante la organización y difusión de propaganda o actos de apología del crimen, así como otras actividades de personas, grupos y organizaciones que alienten, instiguen, organicen o se involucren en la perpetración de dichos actos. También adoptarán todas las medidas necesarias, sin perjuicio de los derechos y libertades contempladas dentro de sus respectivos ordenamientos, a fin de impedir el abuso de información que tienda a propiciar las acciones terroristas, y en particular, a generar un mayor estado de alarma dentro de la población.

Artículo 8

Jurisdicción

Perpetrado el delito, los Estados Parte estarán facultados a adoptar todas las medidas necesarias para ejercer respecto del mismo su jurisdicción, a saber:

- a) El Estado en cuyo territorio se hubiere producido el delito o se hayan producido sus efectos;
- b) El Estado de bandera o de matrícula de la nave, aeronave o medio de transporte contra el cual se haya perpetrado el delito;
- c) El Estado Parte del que fuere nacional o residente permanente el agraviado, o en cuyo nombre éste ejerza funciones al momento del delito;
- d) El Estado del que fuere nacional o residente permanente el presunto delincuente;
- e) El Estado compelido a realizar o abstenerse de realizar algún acto como consecuencia del delito.

Artículo 9

Definición de Presunto Delincuente

Para efectos de la presente Convención se considera presunto delincuente a la persona respecto del cual existiera suficientes elementos de prueba para determinar *prima facie* que ha cometido o intenta cometer delitos previstos en el artículo 2.

Artículo 10

Medidas Preliminares

Si el presunto delincuente se hallare en el territorio o bajo la protección de un Estado Parte, ya sea que esté o no facultado para establecer su jurisdicción sobre el delito según el artículo 8, éste adoptará sin demora todas las medidas necesarias a petición del Estado interesado, a fin de detenerlo o asegurar su comparecencia y proceder a su extradición, si fuere pertinente.

La detención y demás medidas preliminares se realizarán según el derecho del Estado Parte en que se encontrare el presunto delincuente y se mantendrán únicamente por el tiempo que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento de extradición. Dicho Estado notificará inmediatamente a los Estados facultados para ejercer jurisdicción de conformidad con el artículo 8, de todas las medidas que se adoptaren en relación al presunto delincuente y de los resultados de las mismas.

Artículo 11

Calificación de la Procedencia de la Extradición

La calificación de la procedencia de la extradición y del Estado respecto del cual procede, corresponde exclusivamente al Estado Parte bajo cuya jurisdicción o protección se encontrare el presunto delincuente. Dicha calificación se efectuará teniendo en cuenta los criterios enunciados en la presente Convención. Se tomarán en especial consideración las garantías que preste el Estado requeriente en cuanto a los derechos procesales del presunto delincuente.

Artículo 12

Procedimiento de Extradición

Para fines de la extradición:

- a) Se considerará que el delito se ha cometido no sólo en el territorio del Estado en que ocurrió sino en el territorio de todos los Estados facultados para ejercer jurisdicción de conformidad con el artículo 8;
- b) Ninguno de los delitos descritos en la presente Convención se considerará como delito político, delito político conexo con un delito común o delito inspirado en motivaciones políticas.

El Estado requerido podrá negar la extradición cuando tenga razones suficientes para considerar que la solicitud de extradición tiene como fin perseguir, castigar o perjudicar a una persona por motivos de raza, credo, nacionalidad u opinión política, o cuando dicho Estado tenga facultad para ejercer jurisdicción.

Cuando no proceda la extradición solicitada, el Estado Parte en cuyo territorio o bajo cuya protección se hallare el presunto delincuente, deberá someter el asunto, sin excepción ni demora injustificada, a las autoridades penales competentes para su procesamiento. Estas tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con su legislación.

La decisión de no extraditar así como el resultado final de la acción penal ejercida serán comunicados a los Estados Parte facultados para ejercer jurisdicción sobre el delito y que la hubieren establecido previamente, de conformidad con el artículo 8.

Artículo 13

Derechos del Presunto Delincuente

El presunto delincuente gozará del más amplio derecho de defensa y de todas las garantías del debido proceso.

Artículo 14

Medidas de Cooperación

Tan pronto como un Estado Parte tomare conocimiento de la comisión dentro de su propio territorio, de alguno de los delitos previstos en la presente Convención, deberá:

- a) adoptar todas las medidas necesarias para aliviar la situación de las víctimas;
- b) proporcionar en forma completa y oportuna al Estado nacional de las víctimas toda la información que disponga respecto y de las circunstancias del delito;
- c) comunicar a los Estados interesados de la comisión del delito, de las circunstancias de su perpetración y de los datos de que disponga sobre la identidad del presunto delincuente, cuando tuviere razones suficientes para creer que dicha persona ha huido de su territorio;
- d) brindar la mayor cooperación posible en lo referente al procedimiento penal iniciado, suministrando las pruebas pertinentes que obren en su poder al Estado que efectivamente ejerza jurisdicción.

Artículo 15

Seguimiento de las Medidas de Cooperación para la Prevención y Eliminación del Terrorismo

El depositario se hará responsable de la organización de una Conferencia en la que participarán todos los Estados Parte, cinco años después de la fecha de la entrada en vigor

de la presente Convención con el objeto de revisar su vigencia y aplicación y de adaptarla, según sea el caso a las circunstancias imperantes de esa época. Los Estados Parte podrán acordar por unanimidad la celebración de dicha conferencia antes del plazo antes señalado.

CJI/SO/II/doc.6/96
31 janeiro 1996
Original: español

LA DEMOCRACIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO **Informe adicional**

(presentado por el doctor Eduardo Vío Grossi)

INTRODUCCIÓN

1. En la resolución CJI/RES.I-3/95, sobre la "Democracia en el Sistema Interamericano", luego de constatar los principios y normas que la Organización de los Estados Americanos y sus Estados Miembros observan, de conformidad a la Carta de aquella y a las resoluciones de sus órganos, en relación al ejercicio efectivo de la democracia representativa, se resuelve, entre otras medidas, "continuar con el estudio del tema, con especial énfasis en los aspectos que siguen:

- a) Identificar y tipificar el eventual hecho ilícito internacional contra el ejercicio efectivo de la democracia representativa y estudiar la responsabilidad que de él se pueda derivar para el Estado y los individuos;
- b) La posible ilicitud internacional por las acciones que distorsionen o pretendan distorsionar los resultados electorales, tanto por coartar la libertad de expresión del sufragio como por afectar la autenticidad del escrutinio electoral;
- c) La relación entre el ejercicio efectivo de la democracia representativa, la paz y la seguridad internacional, y los derechos humanos; y,
- d) El alcance jurídico de las medidas o gestiones que puede adoptar la OEA en vista del restablecimiento del ejercicio efectivo de la democracia representativa."

2. En cumplimiento de tal mandato, en el presente Informe adicional se procura señalar las orientaciones y limitaciones que cada uno de los señalados temas presentan en el estado actual del análisis de los mismos por parte del relator.

3. En tal sentido cabe indicar que, tal como aconteció con el Informe CJI/SO/II/doc.37/94 rev.1, corr.2, y en el Informe Complementario CJI/SO/II/doc.7/94 rev. 2, las referidas orientaciones y limitaciones se formulan teniendo siempre presente las fuentes formales del derecho internacional que las sustentan, sean ellas tratados, precedentes consuetudinarios, principios generales de derecho, actos jurídicos unilaterales o resoluciones de los organismos internacionales declarativas de derecho.

A. El hecho ilícito y la responsabilidad internacional

4. Con relación al primer asunto planteado en la resolución CJI/RES.I-3/95, esto es,

la identificación y tipificación del hecho ilícito contra el ejercicio efectivo de la democracia representativa y la consecuente responsabilidad para el Estado y los individuos, la respuesta parecería encontrarse a partir de los propios principios y normas constatadas en la referida resolución.

5. En efecto, considerando que se ha constatado, en la citada resolución, que "todo Estado del Sistema Interamericano tiene la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa en su sistema y organización política", lógico es concluir, al amparo de la institución jurídica internacional de la responsabilidad, que tal hecho ilícito en la especie estaría conformado precisamente por la violación de esa obligación.

6. Ténganse presente, a este respecto, que la jurisprudencia, apoyándose en la costumbre, ha reconocido reiteradamente que el hecho ilícito y la responsabilidad subsiguiente derivan del incumplimiento, por parte del Estado, de obligaciones internacionales (CPJI: sentencia del 13/09/29, Fábrica de Chorzow; sentencia del 12/12/34, Oscar Chinn; sentencia del 14/06/38, Fosfatos de Marruecos; CIJ: sentencia del 9/04 y 15/12/35, Estrecho de Corfu, sentencia del 5/04/70, Barcelona Traction), posición recogida por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su proyecto sobre la responsabilidad internacional por hecho ilícito.

7. Pero, la resolución CJI/RES.I-3/95 es más explícita aún. Ella expresamente indica que "la interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo o el derrocamiento por la fuerza de un gobierno democráticamente constituido, constituyen, en el Sistema Interamericano, incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa."

8. Es decir, expresamente dicha resolución señala que en cualquiera de esas eventuales situaciones, se violaría la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa. Por ende, se podría concluir, que, en esos casos, se produciría el hecho ilícito.

9. Ciertamente, la indicada resolución no expresa que sólo o únicamente en tales eventualidades se produciría el hecho ilícito, por lo que en otras situaciones también podría configurarse este último. Lo que la resolución indica es sencillamente que la OEA y sus Estados Miembros han observado a los casos que menciona como incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa.

10. Ahora bien y siempre en el ámbito de la institución jurídica de la responsabilidad internacional, la violación de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa es, conforme lo constata la Resolución CJI/RES.I-3/95, atribuida al Estado, aún cuando los autores materiales del hecho ilícito no sean parte o no actúen como órgano del mismo.

11. Así, al señalar la citada resolución "la interrupción abrupta o irregular del proceso político internacional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo o el derrocamiento por la fuerza de un gobierno democráticamente constituido, constituyen, en el Sistema Interamericano, incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa", nada afirma sobre quienes realizan esa

interrupción o dicho derrocamiento.

12. Sin embargo, seguidamente y como otro principio y norma que constata, la resolución en comento añade que "el Estado del Sistema Interamericano que incurre en incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa adquiere la obligación de restablecer dicho ejercicio efectivo". Es decir, el Estado es el que "incurre" en el hecho ilícito, cualquiera haya sido el que materialmente realizara los actos u omisiones que conforman a este último y, por lo mismo, él debe reparar.

13. En ese sentido, el mencionado principio y norma constatado parecería sustentarse lógicamente en la hipótesis prevista en la institución jurídica de la responsabilidad internacional de que el Estado es responsable de los actos u omisiones de la organización insurreccional que triunfa en su lucha por el control del gobierno (Comisión Mixta Franco-Mexicana, 19/10/28, caso G. Pinson) y ello sea en virtud del principio de la continuidad del Estado sea en razón de que el gobierno de facto se transforma en gobierno regular y, por ende, responsable de sus actos.

14. De allí es, entonces, que el aludido principio y norma exprese que el incumplimiento de la obligación en comento lo constituye la "interrupción" o el "derrocamiento". No dice, en cambio, que el "intento" o "tentativa" de interrupción o derrocamiento sea un hecho ilícito internacional, porque no lo es. Mientras los actos u omisiones permanezcan en el ámbito de la intención o no alcancen éxito o finalmente fracasen, no hay violación de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa.

15. Más aún, en esas eventualidades, tales hechos no ingresan a la esfera del ordenamiento jurídico internacional sino que permanecen en el ordenamiento interno, doméstico o nacional y si alguna vinculación tiene con aquél es precisamente a través del derecho del Estado de garantizar el cumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa, adoptando todas las medidas que el derecho le permite para prevenir y reprimir los intentos para impedir que cumpla con dicha obligación.

16. Pues bien, como ya se dijo y de acuerdo a los principios y normas constatados por la Resolución CJI/RES.I-3/95, "el Estado del Sistema Interamericano que incurre en incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa adquiere la obligación de restablecer dicho ejercicio efectivo".

17. Como ya se expresó en las conclusiones del Informe CJI/SO/II/doc.37/94 rev.1 corr.2, "mientras según el derecho internacional general, la violación de una obligación internacional implica el surgimiento de una nueva obligación, cual es, la de reparar, la violación de una obligación concerniente a la democracia engendra en el Sistema Interamericano, la obligación de restablecer esa misma democracia, esto es, en este caso la única forma de reparar es cumpliendo la obligación principal de establecer, promover y consolidar la democracia y que ha sido violada".

18. En tal orden de ideas, no procederían, en el caso de violación de la obligación en cuestión, la indemnización ni la satisfacción como modalidades de reparación.

19. Pero, ello no debería ser interpretado en el sentido de que lo único procedente,

como modalidad de reparación, es la *restitutio in integrum*, entendida como el restablecimiento del estado de cosas que habría presumiblemente existido si el hecho ilícito no hubiere sido cometido (CPJI, sentencia del 13/09/28, Fábrica Chorzow).

20. En el caso de violación de la obligación de los Estados del Sistema Interamericano de ejercer efectivamente la democracia representativa, la práctica interamericana parecería indicar que el restablecimiento de esta última no implicaría necesariamente volver a la situación existente hasta el momento en que se produjo la interrupción o el derrocamiento del gobierno democrático. Si así fuese, éste último debería ser restablecido en el ejercicio del mando y ello normalmente no ha ocurrido de ese modo.

21. Por el contrario, la práctica interamericana parece indicar que el Estado que ha incurrido en incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa, cumpliría con la obligación de restablecer dicho ejercicio efectivo con la instalación de un nuevo gobierno elegido o legitimado democráticamente.

22. Lo relevante en estos casos no sería, pues, la expresión clásica de la *restitutio in integrum*, sino volver a tener un gobierno democrático, aunque sea distinto al anterior. De allí que incluso lo que haya ocurrido entre la interrupción o el derrocamiento del gobierno democrático y la instalación de un nuevo gobierno democrático parecería quedar también reparado por la sola circunstancia de la existencia de este último. Lo que importaría es que la democracia representativa vuelva a imperar de allí hacia el futuro y no tendría mayor significación el restablecimiento de las cosas como si nunca se hubiere producido el hecho ilícito de la interrupción o derrocamiento del gobierno democrático.

23. Quizás es por la misma razón que el ordenamiento jurídico internacional positivo no contempla, actualmente, responsabilidad internacional alguna para que los individuos que han, con sus actos u omisiones, dado lugar al hecho ilícito aludido. No se ha encontrado precedente o norma escrita alguno que permita sostener lo contrario y los que en alguna medida podrían invocarse se refieren más bien a violaciones de derechos humanos.

B. El sistema electoral y la democracia

24. En lo atinente al segundo asunto planteado en la resolución CJI/RES.I-3/95, esto es, a "la posible ilicitud internacional por las acciones que distorsiones o pretendan distorsionar los resultados electorales, tanto por coartar la libertad de expresión del sufragio como por afectar la autenticidad del escrutinio electoral", el relator no ha podido avanzar tesis sobre el particular.

25. Y ello, en especial, por carecer de información que permita estructurar la o las fuentes formales de derecho internacional que regulen eventualmente la materia, es decir, que permitan precisar en qué medida las referidas acciones son reguladas por el ordenamiento jurídico internacional, dejando de ser un asunto de la jurisdicción doméstica o exclusiva de los Estados.

26. Además, tampoco el relator ha podido, hasta la fecha, conocer y analizar los casos -si es que existen- que en la práctica han tenido lugar en lo referente a la cuestión que interesa y si en ellos la OEA o sus Estados miembros tuvieron alguna actitud que podría servir de precedente o antecedente.

27. Cabe recordar aquí, como también se hizo en el Informe CJI/SO/II/doc.37/94 rev.1 corr.2, que la OEA ha desarrollado varias operaciones de observación de los procesos electorales a través de la Unidad para la Promoción de la Democracia.

28. En tal perspectiva, quizás lo que por el momento realiza la Organización es colaborar así para prevenir el fraude electoral, pero no existirían antecedentes que permitan formular un principio o norma aplicable para el caso que él se produzca.

29. Con todo, parece obvio concluir, a través el método deductivo, que para el Comité "las acciones que distorsionen o pretendan distorsionar los resultados electorales, tanto por coartar la libertad de expresión del sufragio como por afectar la autenticidad del escrutinio electoral", de producirse, podrían, eventualmente, constituir otro caso más en que el Estado no daría cumplimiento a su obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa.

31. Restaría, por ende, determinar las circunstancias en que ello podría tener lugar y dada la complejidad y especificidad del asunto, quizás sería menester el decidido apoyo, para el estudio del asunto, tanto de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos como de la Unidad para la Promoción de la Democracia.

C. Democracia representativa, paz y seguridad internacional y derechos humanos

32. La amplitud del tercer aspecto en el que, según la resolución CJI/RES.I-3/95, se debe poner especial énfasis al continuar con el estudio de la democracia representativa, es decir, el concerniente a la relación entre el ejercicio efectivo de esta última, la paz y la seguridad internacionales y los derechos humanos, queda en evidencia al tenerse presente, por de pronto y tal como lo indica la propia resolución aludida, el "Estudio sobre la relación entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia", realizado por el Comité Jurídico Interamericano en 1959 y el Informe presentado al mismo en 1992 denominado "Estudio de la legitimidad en el Sistema Interamericano y la interrelación de las disposiciones de la Carta de la OEA sobre autodeterminación, no intervención, democracia representativa y protección de los derechos humanos".

33. Por otra parte, no debería olvidarse que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido, como se indicó latamente en el informe CJI/SO/II/doc.37/94 rev.1 corr.2, al problema de la relación entre democracia y derechos humanos. En dicho informe se recuerda que la Corte expresó que "la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención (Americana de Derechos Humanos) forma parte". (Opinión consultiva n.º 6, 09/03/86, Serie A. n.º 6, párrafo 34), criterio reiteradamente compartido por la Comisión, como en el citado informe se dejó constancia.

34. A este respecto, se debería asimismo recordar que en las conclusiones del informe recién citado se expresó que "...se puede concluir que, de acuerdo al desarrollo del Derecho Internacional en América respecto de la democracia, si bien ésta aparece estrechamente vinculada a otros conceptos, valores, propósitos o principios, como son los Derechos Humanos, la solidaridad entre los Estados Americanos, la justicia social y más recientemente aún, la pobreza crítica, no es menos cierto que puede ser abordada y concebida jurídicamente como una realidad con contenido propio. En otras palabras, ella es

jurídicamente tratada ahora con independencia de otros componentes que, empero, la pueden conformar o para los cuales ella es establecida".

35. Por último, cabría recordar que, en cuanto a la relación entre la paz y seguridad internacionales y la democracia representativa, en el tan citado informe se manifestó que "aunque, sin duda alguna, el fortalecimiento de la democracia es un elemento coadyuvante para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, jurídicamente son dos realidades distintas que, por tanto, ameritan tratamiento diferenciado. De allí la urgencia, en vista de lo acontecido en Haití, de precisar el contenido de ambos fenómenos y de los procedimientos para abordarlos".

36. Sin embargo, también se expresó, en dicho informe, que la práctica reciente "parece indicar que el quebrantamiento de la democracia en uno de los Estados Miembros (del Sistema Interamericano) puede llegar a constituir un asunto que amenace a la paz y seguridad internacionales y, en tal razón, escape a la competencia exclusiva de dicha Organización para ser compartido con la Organización de las Naciones Unidas".

37. Por ende, aparte de contar solo con el precedente de Haití, el análisis de este aspecto del estudio sobre la Democracia Representativa se encontraría condicionado por el estudio del mecanismo universal de preservación de la paz y seguridad internacionales, que, en última instancia, es netamente político y, por lo mismo, con un amplio margen para la discrecionalidad -no arbitrariedad- en la calificación de los actos que amenacen la paz y la seguridad internacionales, como fue, en el solo caso de Haití, el quebrantamiento de la democracia.

D. Medidas o gestiones de la OEA

38. En lo que respecta al último punto en el que, según la resolución CJI/RES.I-3/95, se debe poner especial énfasis en el estudio sobre la democracia representativa, vale decir "el alcance jurídico de las medidas o gestiones que pueda adoptar la OEA en vista del restablecimiento del ejercicio efectivo de la democracia representativa", procede recordar que, según lo constató el Comité en la referida resolución, la obligación de los Estados del Sistema Interamericano de ejercer efectivamente la democracia representativa existe frente a la OEA.

39. Por lo mismo, la Organización, según los principios y normas que el Comité constató que ella y sus Estados Miembros observan en relación al ejercicio efectivo de la democracia representativa, no solo tiene competencia para promover y consolidar a esta última, sin que también la tiene para determinar "cuando uno de sus Estados Miembros ha violado o dejado de cumplir la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa".

40. Por último, el Comité constató igualmente, como uno de los principios o normas observados por la OEA y sus Estados Miembros, que "las resoluciones que la Organización de los Estados Americanos adopte en tal eventualidad (en el caso de incumplimiento de la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa), deben tener por objeto (su) (el) restablecimiento (de dicho ejercicio)".

41. Aparte de ello, sería útil recordar que en el Informe CJI/SO/II/doc.37/94 rev.1 corr.2, se señaló que la OEA "puede abocarse al conocimiento del asunto (del incumplimiento de la tantas veces mencionada obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa) y adoptar resoluciones que tendrán el valor propio o inherente al de las decisiones de organizaciones de cooperación, vale decir, requerirán, para ser ejecutadas, el consentimiento de cada Estado. Es decir, esas resoluciones además de que no pueden implicar uso de la fuerza, solo pueden consistir, en consecuencia, en recomendaciones relativas a acciones que cada Estado soberanamente decida ejecutar".

42. En el señalado Informe, se agregó que "para adoptar tal tipo de resoluciones no obligatorias o no vinculantes para los Estados Miembros, la Organización ha previsto un mecanismo", el de la Resolución n.º 1.080(XXI-0/91).

43. De manera, por ende, que el determinar el alcance jurídico de las medidas que la OEA podría adoptar en vista del restablecimiento del ejercicio efectivo de la democracia representativa, conduciría a un análisis del valor, en general, de las resoluciones de las organizaciones internacionales de cooperación, como es la OEA, materia abordada ya por la doctrina.

E. Otras consideraciones

44. Al hacerse las precedentes referencias respecto a las orientaciones y limitaciones que presenta la continuación del estudio del tema La Democracia en el Sistema Interamericano, no podría omitirse que la Resolución CJI/RES.I-3/95 también indica que se acordó "proponer a los correspondientes órganos de la Organización que adopten las siguientes medidas en vista del efectivo desarrollo progresivo del Derecho Internacional en relación a la Democracia Representativa:

- A. Disponer la coordinación con otros organismos internacionales en vista de la realización de estudios, seminarios, mesas redondas u otras formas de analizar y estudiar las experiencias y principios de la OEA y dichas organizaciones internacionales en materia de Democracia Representativa; y
- B. Distribuir el Informe CJI/SO/II/doc.37/94 rev.1 corr 2, el Informe Complementario CJI/SO/II/doc.7/94 rev.2 y la presente resolución a los Estados Miembros a fin de que los hagan llegar a sus respectivas facultades de derecho y de ciencias políticas, requiriéndoles observaciones y comentarios en la perspectiva del desarrollo progresivo del Derecho Internacional en materia de ejercicio efectivo de la Democracia Representativa".

45. Parece prudente, en consecuencia, esperar la decisión que los órganos de la OEA adopten sobre el particular, para luego proceder en consecuencia.

46. Del mismo modo, sería útil hacer un seguimiento tanto de la proposición del Comité Jurídico Interamericano de incluir en la futura Convención Interamericana contra la Corrupción las denominadas cláusulas democráticas como del acuerdo entre la Unión Europea y el Mercosur, que igualmente contempla otras similares, puesto que ambas experiencias podrían constituir demostraciones de la intencionalidad de los Estados en la materia y constituir, entonces, antecedentes relevantes en la misma.

CJI/SO//doc.9/96 rev.1
28 agosto 1996
Original: español

DERECHO DE LA INFORMACIÓN

Acceso y protección de la información y datos personales

(presentado por el doctor Mauricio Gutiérrez Castro)

SUMARIO

PRIMERA PARTE. INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I - EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA INFORMACIÓN EN EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. PRIMER PERÍODO. Los relatorios del doctor Juan Materno Vásquez. Primeras conclusiones. SEGUNDO PERÍODO. Proyecto de declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre derecho de información: doctores Jorge Reinaldo A. Vanossi y Francisco Villagrán-Kramer. TERCER PERÍODO. El informe sobre derecho de información por el doctor Juan Bautista Rivarola Paoli. CUARTO PERÍODO. Nombramiento de nuevo relator. CAPÍTULO II - DERECHO DE LA INFORMACIÓN. Concepto. Consideraciones finales. CAPÍTULO III - CONTENIDOS Y ALCANCES. Contenido. 1. Derecho de libre expresión. 2. Derecho a la información. 3. Derecho a informarse de los actos públicos o del gobierno. 4. Derecho de acceder a la información personal. 5. Derechos patrimoniales sobre la información. 6. Derecho a la información de los consumidores. SEGUNDA PARTE. CAPÍTULO IV - LEYES DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 1. Planteamiento del problema. 2. La evolución histórica de la protección de datos personales en América. 3. Enfoque metodológico. CITACIONES.

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

El derecho de la información como veremos adelante, es una materia o disciplina jurídica en formación acelerada. En efecto la presión creada por los modernos medios tecnológicos de comunicación social con el peligro que esto encierra para los derechos de la persona e incluso, para los derechos de los Estados, más la realidad, de que la distancia y los secretos hoy día no existen, ha hecho nacer tanto en los juristas como en los organismos internacionales la necesidad de avocarse con urgencia al tratamiento jurídico del fenómeno informativo.

La prensa, formadora de una buena opinión pública o desinformadora, según las circunstancias, ha adquirido un poder a veces superior al del Estado y actúa a favor o en contra de éste. Por otro lado, convierte a una persona en héroe o lo desprestigia, condenándolo a una verdadera muerte civil. Así que, esta poderosa institución con sus poderes casi mágicos puede ser la base o el fundamento de un Estado de derecho y de una democracia generalizada y permanente en el mundo, o puede ser un poder cuasi diabólico que destruye prestigios, principios, instituciones, personas y naciones. De allí la necesidad

de actuar por medio del derecho --al poder se le combate con el poder--, a fin de que los medios de comunicación social se mantengan bajo controles normativos que permitan la existencia de ciudadanos bien informados, vale decir, que reciban información completa, veraz, objetiva y pluralista para que puedan tener criterio y tomar con libertad sus decisiones. No olvidemos que la información precede a la acción. Pero el contenido de un derecho de la información no se agota con el contenido de un derecho a la información, sino que como veremos, "la información" es hoy objeto de un tratamiento especial por los juristas y el derecho a ser informado por la prensa es sólo uno de sus aspectos, ya que tiene características propias y opera tanto como derecho individual, político y social, amén de su enorme interés como garantía institucional de la democracia. Así, junto al derecho a la información (libertad de prensa en toda su gama de aspectos y medios), aparecen otros derechos subjetivos que tienen como objeto directo "la información", tal es el caso, del derecho de acceso a documentos, registros, archivos y papeles del gobierno (transparencia de la administración).

Con características especiales aparecen modernamente los problemas y, desde luego, las ventajas ocasionadas por la informática. Especialmente por las posibilidades que se abren por medio de los archivos, registros y bancos automatizados de datos, que permiten no sólo el conocimiento general de la historia de cada ser humano, sino que constituyen un riesgo para su intimidad, imagen y otros derechos de la personalidad. Peligros que deben ser previstos y evitados por medio del derecho en una legislación cautelar de la materia. Pero hay un punto más importante que parecen olvidar o evaden al menos los juristas que hemos consultado, sabido es que: información es poder y, en ese sentido, los bancos de datos personales se pueden convertir en un peligro y quizás el más grande instrumento de manipulación de las personas, abriendo todas las posibilidades, y ya no sólo hablo de algo posible sino que probable, para la existencia de la dictadura más grande sobre todos y en todas partes --la del hombre controlado en su ser y en sus circunstancias--.

Problemas tan grandes no podrían ser ignorados por una institución grande como lo es el **Comité Jurídico Interamericano**, como veremos enseguida.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA INFORMACIÓN EN EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

Podemos distinguir cuatro períodos o momentos en el planteamiento científico del tema, estos a su vez han sido condicionados por la necesidad o afán del momento, de la hora histórica que se vivía y, que inclinaron a nuestra institución y a sus relatores a hacer énfasis en determinados aspectos del mismo, aunque siempre se nota una tendencia a tratar de sistematizarlo.

PRIMER PERÍODO

Los relatorios del doctor Juan Materno Vásquez

Al establecer el temario de su período ordinario de sesiones de julio-agosto de 1979, se incluyó el tema sobre la *Libertad de información y expresión*.

Posteriormente, en el período ordinario de enero-febrero de 1980, se designó como relator del tema al doctor Juan Materno Vásquez. (1)

Para apoyar el relator, el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Consultoría Jurídica de la Secretaría General de la OEA, preparó en diciembre de 1979 el documento titulado: *Algunos aspectos acerca del derecho a la libertad de expresión e información*, en el que se hace un amplio estudio sobre los antecedentes en el campo internacional e interamericano sobre ambos derechos y libertades, para culminar en su Capítulo IV, con el título:

Hacia Un Nuevo Orden Internacional de la Información, que era el problema total del tema encargado al relator y su exposición en el documento citado, nos permite determinar cuáles eran las angustias fundamentales que gravitaban en la Comunidad Interamericana y que desde luego, enmarcaron la acción del Comité Jurídico Interamericano, del relator y del Departamento de Desarrollo y Codificación. Así, en el documento de mérito se expresa: La exigencia del establecimiento de un nuevo *orden internacional de la información* y de una circulación más equilibrada de la noticia ha sido planteada en términos que podríamos llamar agudos, principalmente por los países del tercer mundo quienes básicamente afirman que:

1) Los medios de información masiva no dan a los países del tercer mundo un lugar adecuado acorde con su realidad y sus esfuerzos. Parece haber una conspiración de silencio destinada a no dar la importancia debida al acontecer del tercer mundo.

2) Los países económicamente poderosos y tecnológicamente avanzados, poseedores del monopolio de los medios masivos de información, principalmente los países occidentales donde tienen su sede las agencias de prensa internacional, ofrecen una imagen de la realidad del mundo conforme con sus propios intereses; de esta suerte, la prensa mundial que se nutre de lo que las agencias informativas le suministran, proyectan al orbe una imagen falsificada del tercer mundo.

3) La libre circulación de mensajes, la invasión de propaganda a través de los diferentes medios de comunicación (cine, radio, televisión), proveniente de los países ricos, son el medio escogido por el imperialismo para acentuar y perpetrar su dominio sobre los países menos desarrollados.

Estas tres afirmaciones que hoy en día ocupan de manera especial la atención mundial, se resumen en el concepto único de lo que se ha dado en llamar: el desequilibrio en la circulación de la información entre los países del tercer mundo y los otros países.

En un segundo documento sobre el mismo tema y con el mismo título: *addendum 1* (documentación complementaria del Departamento de Desarrollo y Codificación, julio de 1980), en su nota explicativa expresa: "...el Departamento de Desarrollo y Codificación ha continuado compilando material que, a su juicio, puede ser útil al relator y al Comité en sus trabajos. Dicho material aparece en el presente *addendum* al estudio preliminar de referencia e incluye los siguientes documentos:

- a) Informe de la Comisión de Libertad de Prensa de la Sociedad Interamericana de Prensa, correspondiente a la XXXV Asamblea General de esa entidad (Toronto, 1979), que reúne datos sobre el estado de

ejercicio de la libertad de prensa en varios países americanos;

- b) Informe de la Comisión de Libertad de Expresión presentado a la XIV Asamblea General Ordinaria de la Asociación Interamericana de Radiodifusión (A.I.R.), celebrada en Washington, D.C., en octubre de 1979; y
- c) Comentarios formulados por la Consultoría Jurídica, a petición de la oficina del Secretario Ejecutivo para la Educación, la Ciencia y la Cultura de la OEA, sobre los resultados de la reunión celebrada en París (1979) por el Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Unión de Berna) y el Comité Intergubernamental para la Convención Universal sobre Derecho de Autor (de la UNESCO), con el objeto de estudiar los llamados "Principios Orientadores" de la Convención relativa a la distribución de programas vía satélite (Convención de Bruselas, 1974).

Cabe observar que estos comentarios (iniciales) están principalmente encaminados a llamar la atención sobre las repercusiones que los llamados "Principios Orientadores" pueden tener relación a los "monopolios informativos", cuya existencia es incompatible con la Declaración de Principios sobre Información proclamada por la UNESCO (París, 1978)".

Hay un tercer documento del Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, que contiene:

- a) Copia de la *Declaración de Talloires* (suscrita en marzo de 1981) adoptada por organizaciones periodísticas independientes sobre *El nuevo orden de la información*; y
- b) Copia del informe del Director General de la Asociación Interamericana de Radiodifusión, para la reunión conjunta de esta asociación con la UNESCO, celebrada en Quito en agosto de 1981.

Como ya señalamos, los esfuerzos de dicho Departamento se encaminaron sobre todo, al conflicto o problema de la confrontación jurídico-político-ideológico en torno al *Nuevo orden internacional de la información*, ya que el mandato del Comité Jurídico Interamericano centraba el estudio de la libertad de expresión e información. Preocupación que encontramos como dominante, incluso en los estudios doctrinales de la época.

Por tanto, no existió un esfuerzo técnico, sistemático y ordenado para elaborar un estudio global de un *Derecho de la información* como ciencia jurídica y como orden normativo de derecho objetivo autónomo o con pretensiones de autonomía que abarquen todo el régimen jurídico informativo para tratar, en forma sistemática, de encontrar sus principios generales, sus diferentes aspectos, sus fines y objetivos, desde luego teniendo en cuenta, y conviene señalarlo desde ahora, las distinciones y diferencias que tiene el fenómeno informativo condicionado en buena parte por los distintos medios técnicos, sus sujetos, su objeto y contenido, que dan lugar a derechos subjetivos diferentes, incluso dentro de la libertad de prensa; o sea, para decirlo con palabras de la Asamblea General de la ONU

pronunciadas en diciembre de 1979, al adoptar una resolución que creó un Comité de Información la tarea era: "Propiciar el establecimiento de un orden de información y comunicación mundial más justo y más efectivo destinado a fortalecer la paz y el entendimiento internacional...fundado en la libre circulación y una diseminación más amplia y mejor equilibrada de la información".

El relator del tema en el Comité Jurídico Interamericano, doctor Juan Materno Vásquez, presentó en el período de 1981 su informe: ponencia para el Comité Jurídico Interamericano *Derecho de información*, teniendo así el acierto de hacer el primer intento de tratar la materia de la *Libertad de expresión e información* como una rama del derecho objetivo que las comprende. Si bien en su relatorio el doctor Materno Vásquez tenía que tratar necesariamente para cumplir con el mandato del Comité como tema central, ambos derechos y de modo destacado el de la información, sobre todo en relación a los problemas del acceso igualitario de los Estados a la información, en los términos de propiciar a nivel de los mismos, agencias noticiosas que provean sus propios servicios noticiosos para concretar lo que se ha llamado el *Derecho a la libre información*. O sea, desarrollar el tema dentro del concepto del Nuevo Orden Internacional de la Información que trataba más de la igualdad entre los Estados que de la libertad e igualdad en el orden interno.

Pero no obstante lo anterior, es conveniente señalar el énfasis que da a las posiciones conceptuales de la UNESCO; así de las palabras del señor Makasiansas, Director General Auxiliar de la UNESCO en su intervención en la XXV sesión de 10 de diciembre de 1979, saca las siguientes conclusiones:

El derecho de información o libertad de información, conforme los enfoques de la UNESCO tiene las características de un Derecho Colectivo, como un derecho de los Estados nacionales sujetos a condiciones de dependencia económica de los países desarrollados. En este orden de ideas se deben entender las manifestaciones y declaraciones reseñadas, en las cuales se pone mucho énfasis "en la desinformación que sufren los países en vías de desarrollo por el manipuleo de las noticias por las agencias internacionales, contra lo cual proponen un control estatal de los medios de información".

Más adelante, se plantea la interrogante de que se entiende por derecho a la libre información y señala:

Que de las actitudes contrapuestas de UNESCO y la SIP se deduce que, por derecho a la información se está entendiendo no solamente el libre acceso a las fuentes de la información sino también como la garantía de ese acceso por parte del Estado, el cual reclama participación en la actividad noticiosa.

Continúa el doctor Materno Vásquez, amén de ir estableciendo los distintos aspectos del derecho a la información, haciendo una distinción básica que es quizás el punto de partida tanto del derecho a la información como de un derecho de la información que comprende al anterior, cito: "Quiere decir todo lo anterior que el derecho a la información tiene mayor amplitud que el derecho a la libre expresión. Así, por ejemplo, en la Constitución Nacional Panameña se dispone en su artículo 36 que:

Toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa; pero existen las

responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público.

Pero en su artículo 84 sienta la doctrina constitucional del derecho de información (del derecho a la información decía este relator), en los términos siguientes:

Artículo 84: Los medios de comunicación social son instrumentos de información, educación, recreación y difusión cultural y científica. Cuando sean usadas para la publicación o la difusión de propaganda, éstas no deben ser contrarias a la salud, a la moral, la educación, formación cultural de la sociedad y la conciencia nacional. La ley reglamentará su funcionamiento.

En lo expuesto por el relator Materno Vásquez y de su cita de la Constitución Panameña, se marca ya una diferencia metodológica, como dijimos básica, que existe entre el derecho o libertad de expresión de cuño liberal, que es un derecho civil y político o libertad de autonomía como lo señalan algunos autores, el cual impone al Estado una limitación para respetarlo y en su sentido más moderno una actuación para posibilitarlo o para garantizarlo (libertad situación), pero en todo caso se refiere a un derecho fundamental para expresar sobre todo los pensamientos, ideas u opiniones. Este derecho, que históricamente arranca de la libertad de conciencia y de religión que nacieron como una reacción al absolutismo político y religioso, tiene antecedentes históricos claros y precisos que sería prolijo enumerar. Por otro lado, el segundo artículo de la Constitución Panameña citado, se refiere al derecho o libertad de información, a la libertad de prensa, al derecho a la información, no tanto al derecho de expresión que desde luego en su condición básica, sino que al derecho a informar, a investigar para obtener informaciones y a su vez ser informado, siendo el contenido de este derecho no solo los pensamientos, ideas u opiniones, sino además y sobre todo la noticia, o sea, la divulgación de hechos; divulgación o difusión que se realiza por medio de los mal llamados Medios de Comunicación Social cuyo efectivo control es ejercido tanto en el ámbito internacional como nacional por grupos de interés. De ahí que los límites a la libertad de expresión y a la información no son ni deben ser siempre los mismos.

Esta distinción no tiene un puro interés de buena técnica jurídica o académica pues sus consecuencias prácticas son de la mayor relevancia. A menudo, y con toda mala intención, se confunden ambos conceptos y los medios masivos de información invocan en su auxilio una supuesta violación a "la libertad de expresión", que es más propia del hombre sólo o en grupos, el cual se encuentra relativamente indefenso y necesitado de garantías y de medios para expresarse, cuando en realidad lo que se intenta es defender al hombre, a la sociedad y al mismo Estado, contra la desinformación las más de las veces interesada de los "medios" nacionales o internacionales, aunque esto de nacionales, es a veces muy relativo ya que son organismos que al menos en el aspecto de la noticia se nutren con alimento suministrado por empresas extranjeras.

Para terminar este comentario, es de hacer notar las primeras conclusiones del Relator:

Primeras conclusiones

En atención a todo lo hasta aquí expuesto arribamos a las primeras conclusiones que sirvieron de base para ir dando forma a un proyecto de convención interamericana sobre el

Derecho de información.

Primera: El derecho de información tiene características muy propias y no debe tratarse en una misma convención conjuntamente con la libertad de expresión y la libertad de investigación;

Segunda: El derecho de información es un derecho del Estado cuyo ejercicio se concreta en la regulación y control de los medios de comunicación social.

Tercera: La facultad del Estado de regular y controlar los medios de comunicación social no implica coartar la libertad de expresión. Ella sólo se ejerce como garantía para los asociados de recibir una verdadera información.

Desde ya señalamos que no estimamos correcta en su totalidad la primera conclusión del relator, pues en una sistematización del derecho de la información, el derecho a investigar, sea como acceso a la fuente o a documentos gubernamentales a fin de obtener información, debe de ser incluido.

Rechazamos la segunda, pues el contenido de un derecho a la información o derecho de información como lo llama el autor, debe ser la totalidad del fenómeno jurídico informativo, dentro del cual el derecho a la regulación dentro de los límites que establecen las constituciones y los tratados, es sólo una de sus partes. Compartimos la tercera conclusión con la reserva de que se trate de controles legales y legítimos, vale decir, razonables.

En el período ordinario de sesiones de enero de 1982, se conoció el informe preliminar que nos ha ocupado. Interesante resulta el resumen del mismo que se hace en el acta n° 16 de la sesión ordinaria del día 28 de enero de 1982 del Comité Jurídico Interamericano. Los comentarios de los miembros del Comité resultan muy ilustrativos, no sólo sobre el ánimo en torno al tema sino sobre su contenido.

Así, el doctor Rubin afirmó:

Que el tema del derecho de información es de la mayor importancia e interés, presentando una gran variedad de aspectos. Las tendencias que se observan en la UNESCO podrían llevar a restringir este derecho y dicha posibilidad merece un detenido estudio.

El Presidente manifestó que: "debía distinguirse entre libertad de información y libertad de expresión. Ambos principios nacen de un derecho del individuo y no del Estado".

El doctor Vieira opinó: "que otro tema que debiera considerarse es el de los excesos de la libertad de prensa.

El doctor Vásquez manifestó que:

El campo de este tema era muy vasto y recordó que hasta se había llegado a hablar de un "terrorismo de la información", cuando comenzaron a circular en

México, poco antes de la reunión de Cancun, noticias sobre una posible desvalorización del peso en ese país.

El doctor Ortiz dijo:

Que la libertad de información era un derecho del individuo". Se refirió a los grandes grupos financieros que controlan la información y al hecho de que día a día muchas empresas periodísticas deben cerrar sus diarios ante los enormes costos que supone la edición de un periódico.

El doctor Leoro consideró que:

El tema era del mayor interés. Afirmó que debía destacarse la importancia del objeto que se persigue con el derecho de información "dentro del que debe destacarse cuál es o debe ser el sentido de la misma, lo cual lleva a la orientación que debe darse a la noticia desde el punto del interés nacional. No cabe que se publiquen las noticias negativas sobre los países del tercer mundo, en especial.

Hubo consenso en el sentido de que el tema aparezca en la agenda con el título de **Derecho de información**.

En el período ordinario de sesiones de julio de 1982 del Comité Jurídico Interamericano, el relator doctor Juan Materno Vásquez presentó bajo el título de *Derecho de información* ya debidamente aprobado por el Comité, una ampliación del primer documento donde se ocupa del Nuevo Orden Internacional de la Información y, en particular, de los resultados de la Reunión de Quito y de la Declaración de Talloires, la que encierra la reacción de los dirigentes de organizaciones periodísticas ante las propuestas de la UNESCO.

Más interesante resulta su estudio de derecho comparado de los textos constitucionales de los Estados Miembros del Sistema Interamericano con el propósito de determinar:

- a) Cómo se consagra en los mismos el derecho individual de la libertad de expresión, en general, y la libertad de prensa, en particular;
- b) Si la forma como están consagrados esos derechos individuales excluyen, o no, la posibilidad de regular el derecho de la información, como un derecho de Estado."

Así concluye que: el texto constitucional de Barbados hace distinción entre los derechos de libertad de expresión y los de recibir ideas e información sin ninguna interferencia. Lo mismo la Constitución de Chile, en igual sentido la Panameña.

Después del análisis de los distintos textos constitucionales de los Estados Americanos concluye: "Los distintos textos constitucionales examinados nos permite hacer las siguientes consideraciones atinentes al tema del Derecho de información.

Primera: En todos se consagra con toda claridad el derecho de libre expresión del pensamiento, en cualquiera de las formas y a través de los distintos medios de comunicación social.

Segunda: En muy pocas de las cartas políticas se alude el derecho de información como derecho autónomo. Los que lo hacen la reconocen como derecho del individuo.

Tercera: En algunas constituciones (Panamá, Ecuador, México, Chile) se hacen aproximaciones del derecho de información como un derecho colectivo el cual se ejerce principalmente, a través de los medios de comunicación social que debe de cumplir una función cultural y de desarrollo de la conciencia nacional."

No podemos sustraernos a la responsabilidad de hacer algunos comentarios sobre este primer período.

Debido al conflicto ideológico-político, principalmente entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, fue mucha la carga emocional que existió en torno al debate de la libertad de prensa de modo que muchas veces los Estados, las personas y las organizaciones expresaban sus verdades o medias verdades según los intereses del bloque en el cual se alineaban en el conflicto Este-Oeste. Así, el grupo capitalista veía en todo intento de la UNESCO de hacer efectiva una libertad-equitativa en la prensa, una estrategia que favorecía los intereses de la Unión Soviética para lograr el monopolio del dominio mundial. Por su parte el grupo comunista y sus aliados, encontraban en los principios "del libre flujo de informaciones", "libre gestión empresarial de la prensa", etc., una política imperialista destinada a desinformar y construir un monopolio mundial informativo por parte de los Estados Unidos.

Con la caída del muro de Berlín y la tendencia a una globalización de la economía el debate ha perdido intensidad, se ha enfriado. Esto nos permite más objetividad para estudiarlo y dar soluciones. Siendo indiscutible que en ambas posiciones antes irreconciliables había algo de verdad, es momento que armonicemos las verdades para encontrar un orden informativo justo. Para América Latina el problema, con independencia de cualquier ideología, no sólo subsiste, sino que se agrava. El periodista Guillermo Piernes tiene un magnífico trabajo sobre la materia. (2)

No olvidemos que la globalización no es sólo económica, abarca prácticamente todas las actividades y desde luego la informativa, pero tampoco debe olvidarse que los globos sólo tienen una boca y que si se les infla mucho explotan. Nos permitimos estas apreciaciones porque los juristas no trabajamos ni en el vacío, ni para el vacío, sino sobre realidades sociales, nacionales o internacionales concretas, sobre las que pretendemos ejercer un efecto positivo.

SEGUNDO PERÍODO

Proyecto de declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre derecho de información

Doctores Jorge Reinaldo A. Vanossi y Francisco Villagrán-Kramer

Al doctor Materno Vásquez le sucedieron, sucesivamente, como relatores del tema, los doctores Aja Espil, Ortiz Martín y Vanossi.

En su período ordinario de sesiones de agosto de 1991, el doctor Vanossi presentó un informe preliminar titulado *Proyecto de Declaración sobre el Derecho a la Información* (CJI/SO/II/doc.4/88 rev.1). El Comité consideró dicho texto y resolvió encargar al relator, junto con el doctor Villagrán-Kramer, la preparación de un nuevo documento que tuviera en cuenta las opiniones vertidas en el Comité. Dicho documento titulado *Proyecto de Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre el Derecho de información* (CJI/SO/II/doc.4/88 rev.2) fue presentado en el período de sesiones de agosto de 1992.

La materia objeto de nuestro estudio es denominada por los relatores "*Derecho a la información*" con lo que, a nuestro juicio, se da un paso atrás al dejar el título de *Derecho de información* ya aprobado por el Comité, más general y contentiva de los distintos aspectos del fenómeno informativo; ya manifestamos por otro lado nuestra decidida inclinación por llamar a nuestra disciplina *Derecho de la información* que, además de ser la denominación imperante en la doctrina más moderna, es comprensiva no sólo del Derecho a la información como complejo coordinado de derechos públicos subjetivos que "comprende no sólo el derecho a informar sino también el derecho a ser informado", como señala la Ley de Prensa Portuguesa de 24 de febrero de 1975, la cual "supone el intento legal más serio de un tratamiento global del derecho a la información, (3) pero siempre limitado al campo de la prensa, pero no contentivo de los demás aspectos del fenómeno informativo que son objeto de regulación jurídica.

(Nos inclinamos pues con la denominación de *Derecho de la información* con su pretensión de autonomía técnica y científica para lo cual podemos, adoptar al menos por ahora, la definición de Desantes citados por Ignacio Bel Mallen (4) "Es la ciencia jurídica universal y general que, acotando los fenómenos informativos le confiere una específica perspectiva jurídica capaz de ordenar la actividad informativa, las situaciones y relaciones jurídico informativas y sus diversos elementos al servicio del derecho a la información").

Independientemente de lo anterior que al fin de cuenta es nuestra posición, pues también no son pocos los autores que se inclinan por la denominación de "Derecho a la información", como disciplina jurídica que abarca otros aspectos de la información diferentes a la libertad de prensa, el documento de los doctores Vanossi y Villagrán-Kramer tiene el mérito indiscutible de abarcar aspectos íntimamente relacionados con la información tanto en su sentido genérico, como ante el problema de los medios de comunicación de masas y de la libertad de expresión. Tal es el caso de el derecho a la vida privada o a la intimidad el cual, junto con otros derechos de la personalidad, es el que más frecuentemente colisiona con los derechos a informar o a ser informado y es posiblemente esta colisión de intereses y derechos subjetivos lo que ha traído el avivamiento e impulso, sobre todo, a partir de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo de la Declaración Universal y de la Americana sobre derechos humanos, una intensificación del debate sobre la armonización de estos derechos que por su lado ha producido y fortalecido el desarrollo del Derecho a la información. Para el caso basta citar la valiosísima obra del doctor Eduardo Novoa Monreal (5) para poner un ejemplo latinoamericano.

Ya señalamos que el doctor Materno Vásquez tuvo el acierto de distinguir entre libertad de expresión y libertad de información, omitimos señalar en el estudio del "primer período" que en el *Addendum 1* del documento *Algunos aspectos acerca del derecho a la libertad de expresión e información* preparado como un apoyo a la labor del relator Materno Vásquez, por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional, se incluyen

entre la documentación anexa: "Comentarios formulados por la Consultoría Jurídica, a petición de la Oficina del Secretario Ejecutivo para la Educación, la Ciencia y la Cultura de la OEA sobre los resultados de la reunión celebrada en París (1979), por el Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la protección de las Obras Literarias y Artísticas ("Unión de Berna") y el Comité Intergubernamental para la Convención Universal sobre Derechos de Autor (de la UNESCO) con el objeto de estudiar los llamados "Principios Orientadores" de la Convención relativa a la Distribución de Programas por Vía Satélite (Convención de Bruselas, 1974). Encontrándose en estos estudios que hay por lo menos algunos aspectos de los derechos de autor que recaen sobre la información que son objeto del contenido de nuestra materia, lo que veremos al tratar del tema "Derecho sobre la Información" (6).

Por su parte el *Proyecto de Declaración* de los doctores Vanossi y Villagrán-Kramer, replantea el problema y sin olvidar lo atinente a los problemas de la desigualdad en la información entre los Estados, emprenden un esfuerzo de sistematización global que, partiendo del conflicto básico entre información y derechos de la personalidad, fundamentalmente de la intimidad o vida privada, comprende además del derecho a la información por la prensa, los siguientes derechos que, a su juicio y al nuestro, deben ser tratados en un Derecho a la información o de la información.

- 1) Derecho de acceso a la documentación personal, en particular sobre los bancos de datos.
- 2) Derecho a la información personal en los registros públicos.
- 3) Derecho de propiedad a la información
- 4) El Derecho de la difusión de la información

Este derecho lo derivan de la propiedad de la misma lo que nos plantea serias reservas. En realidad los relatores tratan de la libertad de prensa en el sentido de difusión de noticias, hechos y opiniones, la cual se estudia dentro del *Derecho a la información* y concretamente en el derecho a ser informado, siempre dentro del campo de la prensa. El error arranca en que al denominar la materia *Derecho a la información* se le está dando un valor preponderante al derecho de ser informado lo cual se verifica por medio de la difusión a través de los medios de comunicación social, olvidándose así de los derechos de la fuente del pensamiento, la idea o la noticia que también tienen sus derechos.

- 5) El Derecho de corrección (aclaración)

Esto a nuestro juicio debe de tratarse también junto a la libertad de prensa que nosotros englobamos limitativamente en el Derecho a la información. Dentro de éste, debe tratarse el Derecho de Rectificación. Aunque en el propuesta de declaración le dan a la rectificación o respuesta un tratamiento original tomado posiblemente de la Constitución de Guatemala al referirse a que:

Para evitar la auto censura de los medios, se debería establecer un fondo público destinado a costear el espacio periodístico que el pedido de corrección exija. Si el espacio es limitado, un jurado de prensa debería estar habilitado para determinar la distribución de los espacios y el mérito para efectuar la corrección.

6) Derecho a la información como instrumento de apertura de la sociedad y del mercado

Afirman con buen criterio, que la legislación debe garantizar la veracidad y objetividad de la información al público sobre el origen, naturaleza, composición y finalidad de los productos y servicios. O sea, que incluyen el *Derecho a la información de los consumidores*. Nosotros comprendemos el tema en el capítulo del *Derecho sobre la información* como parte del *Derecho de la información* y comprendemos además del *Derecho de los consumidores* otros derechos como veremos en su oportunidad.

7) Derecho a la información pública

Partiendo de la *Ley sobre libertad de información* de los Estados Unidos de 1966 que consagran el principio de que "la información poseída por la administración pertenece al pueblo". De este modo queda establecido el Principio Republicano sobre la publicidad de los actos públicos. En realidad este principio es mucho más que un derecho de la publicidad de la función pública, pues comprende: desde la obligación gubernamental de informar al público sobre los actos de gobierno y la marcha de la administración que es un principio de transparencia para fortalecer la democracia y el régimen representativo hasta derechos subjetivos específicos. Así acudiendo al Derecho Comparado el artículo 105 de la Constitución Española, norma:

Artículo 105. La Ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando procede la audiencia del interesado.

Ya desde 1958 la Ley de Procedimientos Administrativos de España en su capítulo "Información y Documentación" normaba: "Los interesados en un expediente administrativo tendrán derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes", y otra de sus disposiciones reza: "Los interesados podrán solicitar que se les expida copia certificada de extremos concretos contenidos en el expediente", la expedición de estas copias no podrá serles negada cuando se trate de acuerdos que les hayan sido notificados".

La Constitución de Guatemala de 1985 nos parece ilustrativa al respecto, así su artículo 30 contiene el Principio General de la Publicidad de los Actos Administrativos y el artículo 31 del Derecho de Acceso a Archivos y Registros Estatales:

Artículo 30. Publicidad de los actos administrativos. Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho de obtener, en

cualquier tiempo, informe, copia, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Artículo 31. Acceso a Archivos y Registros Estatales. Toda persona tiene el derecho a conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

Por su parte la Constitución de la República Federativa de Brasil tiene las siguientes normas:

Artículo 5 XXXIII. Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que será prestada en el plazo de ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellos cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad o del Estado.

XXXIV. Queda a todos asegurado, independientemente del pago de tasa; b) la obtención de certificados en registros públicos, para la defensa de derechos y el esclarecimiento de situaciones de interés personal.

TERCER PERÍODO

El informe sobre derecho de información por el doctor Juan Bautista Rivarola Paoli

Al culminar el mandato de los doctores Vanossi y Villagrán-Kramer, el Comité mantuvo el tema en la agenda y designó como relator al doctor Rivarola Paoli. En agosto de 1993 presentó su informe.

Principia el relator su trabajo refiriéndose a las distintas acepciones de la disciplina que nos ocupa y señala:

En el campo de la comunicación social no existe un concepto generalizado sobre los alcances de la materia que nos ocupa. Por ello es imprescindible antes de entrar en el tema, tan siquiera hacer una distinción que puede ser importante entre Derecho "a" la información y Derecho "de" la información.

Continúa citando a Jorge Zaffore: "Así como el trabajo y el derecho a trabajar constituye el núcleo sobre el cual se edificó la disciplina jurídica que denominamos "derecho del trabajo", la información y el derecho a la información han generado el **Derecho de la información**. En esto seguimos a Villalonga para quien este último se ha edificado sobre aquél, puesto que, en efecto, el derecho "de" la información busca sistematizar y ordenar los diversos instrumentos e instituciones jurídicas que corporizan y regulan el derecho "a" la información conforme a los principios básicos de este último".

De todo lo anterior, podemos inferir que: "el derecho de la información constituye una totalidad estructurada alrededor de unos principios esenciales diseñados para proteger el derecho a la información, es decir, el derecho a dar, recibir y buscar información."

Ya señalamos que en nuestro criterio la materia que estudia, o la rama del derecho objetivo que norma la información debe denominarse *Derecho de la información* como lo hacen los autores citados Zaffore y Villalonga, aunque a nuestro criterio su objeto o contenido es mucho más amplio pues no se agota en sistematizar, corporizar y regular el derecho "a" la información, sino que además del derecho a la información *strictu sensu*, existe otros derechos específicos a "ser" informado o mejor dicho a informarse además de derechos "sobre" la información.

Lamentablemente no podemos señalar si el relator está conforme con el anterior criterio y denominación, pues a continuación de la cita anterior continúa en este caso citando a Miguel Angel Ekmeladjian:

El conjunto de derechos y libertades relacionados con la comunicación de ideas y noticias han tenido y tiene diversas denominaciones en la doctrina y la legislación comparada. Así, se los llama: libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de imprenta, libertad de opinión, libertad de palabra etc.

Nosotros preferimos agruparlos bajo el rótulo común de **Derecho a la información**, abarcando en él a todo el haz de derechos y libertades que se dirigen a la expresión y a la comunicación pública de la idea y de las noticias.

Damos el concepto de *Derecho a la información* el concepto de género. Este se divide en derecho a informar y derecho a informarse. Estas dos especies se subdividen a su vez en: expresión pública de ideas y transmisión pública de noticias".

Decíamos que lamentablemente no queda clara cuál es la posición del relator pues, por una parte parece ser que en la segunda cita se inclina por la denominación Derecho a la información como el nombre de la disciplina en general aunque en realidad ambos autores se complementan, ya que en la segunda cita, si bien Ekmeladjan nos habla de *Derecho a la información*, al definirlo y, dar su contenido lo limita a la comunicación pública de las ideas y las noticias, o sea, lo que comúnmente se conoce como libertad de prensa, que como hemos dicho, es una parte y posiblemente las más relevante del *Derecho de la información*.

En honor a la verdad, el trabajo del doctor Rivarola Paoli es un esfuerzo meritorio y bastante sistematizado. Parece adherirse por el desarrollo que le da a la denominación de Derecho a la información; hace un estudio y clasificación del contenido y extensión de la prensa; al tratar de la libertad de expresión, parece seguir el criterio del doctor Materno Vásquez de distinguir entre libertad de expresión y de información, al menos si sigue el criterio de la Constitución Paraguaya, cuyo artículo 26, cita y que establece:

se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que les imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa".

Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines". (el subrayado es nuestro).

Aunque el tema central que desarrolla el relator es el derecho a la información o libertad de prensa, se refiere también al llamado derecho de acceso a la información personal, entendiendo como su contenido los problemas y peligros para los derechos humanos causados por el avance tecnológico, especialmente en el área de la informática, haciendo una referencia al *Habeas Data* al reproducir el correspondiente artículo de la Constitución Paraguaya, aunque lamentablemente a continuación desarrolla el *Derecho a la Objeción de Conciencia*, el cual corresponde al campo de la libertad de prensa y se estudia al ocuparse de los sujetos de la relación jurídica informativa, concretamente al referirse al sujeto profesional cualificado, vale decir: el periodista.

Innovador al menos, en los relatorios presentados al Comité Jurídico Interamericano es el ocuparse de los: Sondeos de Opinión.

CUARTO PERÍODO

Nombramiento de nuevo relator

Nuevamente al conocer el temario del Comité Jurídico Interamericano, la Asamblea General en su vigésimo cuarto período ordinario de sesiones (Belém do Pará, 1994), resolvió "Recomendar al Comité Jurídico Interamericano que mantenga en su agenda el estudio del *Derecho a la información* (AG./RES.1266 XXIV-01/94)".

Debido al término del mandato del doctor Rivarola Paoli, el Comité en su período de sesiones de agosto de 1994, designó como relator al doctor Mauricio Gutiérrez Castro.

En el período ordinario de sesiones de marzo de 1995, el relator presentó un informe verbal en el que se refirió a la amplitud que reviste el tema y a los distintos aspectos involucrados en su consideración, solicitando del Comité Jurídico se sirvan expresar su opinión respecto a cuáles aspectos del derecho de información revisten mayor importancia para su desarrollo y codificación.

Durante el período ordinario de sesiones de agosto de 1995, el relator presentó un nuevo informe verbal destacó, nuevamente la amplitud y complejidad del *Derecho de información* por lo que solicitó al Comité concretar el estudio del tema a determinados aspectos que sean de mayor relevancia para su desarrollo y codificación; por lo que en virtud de lo anterior el Comité resolvió en su sesión del 17 de agosto: Concretar el mandato dado al relator en el sentido de que el tema del derecho de información que debe desarrollar es el del "acceso y protección de la información y datos personales".

CAPITULO II

DERECHO DE LA INFORMACIÓN

Concepto

Una gran confusión reina en la doctrina sobre el concepto, alcances y contenido del Derecho de la Información. Ya vimos como en el seno mismo del Comité Jurídico Interamericano, primero fue tratado como *Libertad de expresión e información*; que esta situación se mantuvo en los trabajos preparados como apoyo al relator por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Consultoría Jurídica de la Secretaría General de la OEA; que el relator doctor Juan Materno Vásquez al presentar su primer informe preliminar en 1981 lo tituló, ponencia para el Comité Jurídico Interamericano *El Derecho a la información*, haciendo un primer intento aunque limitado de tratar la *Libertad de expresión e información* como una rama de un derecho objetivo global que los comprende, pero que tiene un contenido más amplio; también estudiamos cómo el Comité Jurídico Interamericano en su período ordinario de sesiones de enero de 1982, acordó que el tema pasase a la agenda con el título *Derecho de información*. Lo que abrió el camino para ir encauzando de modo general el fenómeno informativo, cuya amplitud la encontramos ya desarrollada en gran parte, en el relatorio de los doctores Vanossi y Villagrán-Kramer, aunque le denomina: Proyecto de Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre el *Derecho a la información*. Que en este relatorio se da un gran avance, pues se tratan temas incluso más modernos como lo son los planteados por los llamados Bancos de Datos, pero que a nuestro juicio el título que le dan de Derecho a la información es más restringido en su posibilidad de contenido que el de *Derecho de información* adoptado por el Comité. Por su parte el doctor Rivarola Paoli relator que fue del tema en su informe de agosto de 1993, retoma el título de *Derecho de información* y plantea el problema de sus distintas acepciones, ya que en el campo de la comunicación social no existe un consenso generalizado sobre los alcances de la materia y se hace una distinción, siguiendo a Jorge Zaffore, entre derecho "a" la información y derecho "de" la información, señalando que así como el trabajo y el derecho a trabajar constituye "el núcleo sobre el cual se edificó la disciplina jurídica que denominamos "derecho del trabajo", la información y el derecho a la información han generado el **Derecho de la información**, que este último (*El Derecho de la información*) se ha edificado sobre aquél (*El Derecho a la información*), puesto que, en efecto, el derecho "de" la información busca sistematizar y ordenar los diversos instrumentos e instituciones jurídicas que corporizan y regulan el derecho "a" la información, conforme a los principios básicos de este último.

De todo lo anterior, podemos inferir, concluye Zaffore citado por el relator Juan Bautista Rivarola Paoli, que: "el derecho de la información constituye una totalidad estructurada alrededor de unos principios esenciales para proteger el derecho a la información, es decir, el derecho a dar, recibir y buscar información.

Interpretando lo anterior, tanto Zaffore como Villalonga citados por Rivarola Paoli, nos plantean un Derecho objetivo de la Información, o sea como conjunto de normas positivas tendientes a uniformar, corporizar y sistematizar el fenómeno informativo y, fundamentalmente, el derecho a la información concebido como un conjunto de derechos subjetivos "a" dar, recibir y buscar información.

En este orden de ideas, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, en su estudio titulado: *Libertad de expresión y derecho de la información* (7) al tratar el tema "I. De la Libertad de Expresión al Derecho a la información", manifiesta: "Es esta contemplación dialéctica del problema de la formación del pensamiento y sus manifestaciones externas lo que ha conducido a una paulatina sustitución doctrinal del concepto "libertad de expresión" por el de "derecho a la información". Se trata de un concepto que analiza el fenómeno informativo como proceso. Pone en conexión al individuo con el público y sirve para significar conjuntamente -como ha dicho XIFRA- no sólo el acceso del pueblo a una información imparcial y lo más completa posible, sino también la clásica libertad de expresión o de prensa.

Agrega Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, a pie de página el siguiente comentario que subrayamos: En todo caso, con la denominación "derecho a la información", se hace referencia aquí a un complejo coordinado de derechos públicos subjetivos, con independencia de la pretensión de autonomía metódica y científica de un "Derecho de la información" como derecho objetivo.

Por su parte Jorge Xifra Heras en su desarrollo del tema Información, que hace en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo 12.12 expresa lo siguiente: "que es, por otro lado, ejemplificador de que la denominación que se le da está condicionada en gran parte por la amplitud que se le da a su objeto y contenido".

Comenta Xifra, a página 538 en la enciclopedia:

Desde otro punto de vista, las investigaciones sobre la información se centran, por norma general, en el estudio de los medios técnicos informativos (que solemos englobar aunque impropiaemente con la palabra prensa, en su sentido amplio comprensivo de los procedimientos de difusión escritos, orales y audiovisuales) o bien, en la consideración de los destinatarios y de los efectos de la actividad informativa, temas de contenido muy fecundo que absorben entre otros muchos, el tema inagotable de las relaciones entre la información y la opinión pública" y continúa "Es en este primer momento donde debe situarse el ámbito de la tradicional libertad de prensa o de expresión, desplazada hoy por el llamado *derecho de información*, aunque uno y otro conserven su fisonomía particular, por cuanto aquéllos se sitúan en el momento emisor, mientras que el derecho de información se sitúa en el plano receptor.

Rivero lo expresa con todo rigor:

La libertad de prensa es una libertad activa; se coloca en el punto de vista de quien tiene algo que comunicar a sus semejantes, permitiéndole ser uno de los múltiples agentes de formación de la opinión pública; se refiere al emisor si se nos permite tomar prestada esta palabra del vocabulario radiofónico. *El derecho a la información* se coloca, en cambio, en el punto de vista del receptor, es un derecho pasivo; no una libertad de hacer, sino una posibilidad de recibir; confiere al hombre una especie de crédito de información para hacerlo valer frente a la comunidad.

Nótese, como el enfoque que le hace Xifra a los distintos derechos subjetivos, lo lleva a no dar una denominación específica a nuestra materia, cuyo contenido, por otro lado,

centraliza en el problema de la información por los medios de comunicación social, lo que es, si se quiere, el objeto central que ha tenido hasta el momento la disciplina jurídica informativa, aunque no el único.

Así, hace la justificable distinción entre la tradicional libertad de prensa o de expresión de el derecho de información, apareciendo así en principio en el pensamiento de Xifra, al menos, una tendencia a darle una denominación como derecho objetivo, aunque a continuación limita al mismo o lo identifica con el derecho a la información, o sea, al plano receptor de la información o derecho a ser informado en nuestro concepto.

Más adelante el mismo autor hace un esfuerzo alentador por objetivar nuestro derecho, aunque limitándolo siempre a la información por medio de la prensa; al respecto dice así: "La amplitud del grupo social destinatario de la información en relación con el grupo transmisor de noticias, justifica plenamente que en el ámbito doctrinal y aún en el legislativo, se vaya generalizando la nueva expresión de derecho de información, para significar no sólo el acceso del pueblo a una información imparcial y lo más completa posible (derecho a la información), sino también la clásica libertad de expresión o de prensa (derecho a informar)".

Es muy importante el señalamiento de Xifra sobre la amplitud del grupo social destinatario de la información en relación con el grupo transmisor de noticias, pues es precisamente esta centralización de la información y no sólo de las noticias, que se ejerce como es sabido por los medios de comunicación social, las agencias de prensa y las de noticias, o por el Estado, por sus organismos y dependencias: archivos, registros, etc. Como por empresas o entidades privadas; bancos de datos, para poner algunos ejemplos, lo que no sólo legitima sino que impone la necesidad de un derecho de la información que busque el equilibrio de intereses, no sólo como una medida de defensa de los derechos humanos, sino que de la democracia, del principio representativo y del Estado de Derecho. Repetimos, que el poder informativo puede ser un medio valioso de defensa y de construcción de la democracia, pero su mal uso puede convertirlo en la Torre de Babel moderna que permita el control de la humanidad por un solo poder. No en vano Dios confundió las lenguas para impedir que el hombre o un hombre llegara al cielo.

Después de estas si se quiere, divagaciones, en las que saliéndonos un tanto del campo puramente jurídico que nos permitimos hacer para tranquilidad de la conciencia, retomemos el tema: En uno de los estudios más modernos y completos, al menos entre los que han estado a nuestro alcance, titulado **Derecho de la información** de Ignacio Bel Mallen, Loreto Correidora y Alfonso y Pilar Cousido, Editorial Coler, 1992, Madrid, España, el cual nos permitiremos seguir en lo que estimamos más esencial y pertinente, con toda libertad desde su presentación, se señala que:

El contenido de esta obra no abarca todo el *Derecho de la información*, ni como ciencia, ni como ordenamiento, ni tan siquiera como programa de la asignatura, pues -como se verá por su estructura- este primer libro se centra en lo que la doctrina jurídica informativa denomina los sujetos. Es decir, se analiza y estudia el sujeto universal de la información, el sujeto cualificado o profesional y el sujeto organizado de la información -empresa y organizaciones- como titular que es de los medios de comunicación social. Todo ello en el marco del *Derecho de información* como ciencia y como ordenamiento y, a la luz del derecho fundamental a la información, reconocido en nuestra Constitución y en los principales textos

internacionales de Derechos Humanos.

De lo anterior, podemos sacar las siguientes conclusiones: La existencia de un *Derecho de la información* como ciencia y como ordenamiento; que la obra citada, no obstante su amplitud, no abarca todo el *Derecho de la información* (casi 500 páginas); que el *Derecho de la información* comprende el derecho fundamental a la información reconocido no sólo constitucionalmente (en el caso, Constitución Española), sino en los principales textos internacionales de Derechos Humanos.

Señalan como antecedente histórico en España "en la Constitución y configuración actual de la ciencia y de la asignatura Derecho de la información a José María Desantes Guanter, primer catedrático español de Derecho de la información.

La primera parte de la obra se titula **Derecho de la información y derecho a la información**.

Citando a Desantes, conceptualizan los tres significados que pueden extraerse del sintagma *Derecho de la información* en función de que se adopte su sentido subjetivo, objetivo o teleológico.

La contemplación objetiva presenta una disciplina jurídica: Se trata de enfocar normativamente los fenómenos informativos.

La contemplación subjetiva incide sobre la información, objeto de un derecho subjetivo. El derecho se convierte en un límite para una actuación o en un derecho fomentador. Se trata entonces de una disciplina informativa que adopta conceptos, métodos, sistemas, hábitos de la ciencia del derecho.

El enfoque teleológico entrelaza el derecho y la información. El derecho hará eficazmente realizable la información, con la perspectiva de la justicia.

Así, como tantas veces ha señalado Desantes, dos proposiciones permiten calificar una norma de justa o injusta:

1. El derecho es la realización de la justicia.
2. La justicia es la realización del derecho.

Para lo que nos interesa, adoptan de Desantes una definición para el derecho de la información. "Es la ciencia jurídica universal y general que, acotando los fenómenos informativos les confiere una específica perspectiva jurídica capaz de ordenar la actividad informativa, las situaciones y relaciones jurídico-informativas y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la información".

No podemos terminar sin reproducir algunas consideraciones que hacen ya no sobre el derecho de la información, sino sobre el objeto central del mismo: El derecho a la información.

El derecho a la información de las sociedades democráticas actuales significa que, en aras de la participación, el Estado está obligado a informar y que los

profesionales de la información tienen derecho a ser informados por el Estado. En tanto derecho subjetivo se ha dicho de él que se le atribuye a las personas por ser miembros activos de la comunidad (la participación), que lo otorga el ordenamiento; que implica la posibilidad de exigir de los demás, co-activamente, un determinado comportamiento; que se haya institucionalizado y tipificado por el ordenamiento.

En tanto que derecho simplemente comprende una serie de facultades, entre las cuales se encuentra la investigación y la recepción. Articulando el derecho como pilares poderosos, el deber troncal de informar y el derecho a ser informado. Para Sánchez Ferriz, el derecho a ser informado podría ser tratado independientemente, tal es su calibre y lo califica como superior a las libertades públicas, pues a su juicio mientras que a las libertades públicas basta con que no se las trabe, el derecho a ser informado exige incluso potenciación.

Consideraciones finales

Al hacer el estudio de la evolución del tema en el Comité Jurídico Interamericano, hemos hecho algunas reflexiones que nos permiten acercarnos al tema y a dar un concepto amplio de lo que llamamos *Derecho de la información*.

Más de un autor ha llamado la atención sobre la historicidad de los Derechos Humanos. En efecto, la norma jurídica actúa como reacción a las necesidades y presiones que sufren o hacen responder a los grupos humanos. El derecho es y debe ser la reacción u organización del poder coactivo del Estado ante situaciones históricas concretas, ante abusos que se pretende limitar, ante conflictos de intereses que es necesario armonizar e, incluso, ante situaciones que estime valiosas que es necesario aclarar. Esta función, no sólo limitadora sino también potenciadora y posibilitadora del derecho, se ha visto fortalecida sobre todo con el advenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales que establecen obligaciones concretas a cargo del Estado; que le imponen la obligación no sólo de prohibir, sino de tomar acciones positivas para lograr fines sociales o individuales que se estimen valiosos y de crear las condiciones estructurales que permitan la verdadera eficacia de los derechos reconocidos a las personas.

El campo de la libre información históricamente se gestó en torno a la libertad de expresión, condición básica de todo derecho y de un verdadero reconocimiento de las libertades de la igualdad y de la dignidad humana, ya que al derecho le concierne la vida externa del hombre y no su estricta vida interior la que queda reservada a Dios y a la conciencia individual de cada quien. La verdadera antología social del hombre es actuar, comunicarse, exteriorizarse ante sus semejantes, participar con ellos e incluso por qué no decirlo, actuar en contra de ellos si operan causas de justificación.

Así las cosas históricamente, si bien se reconoció la libertad de conciencia y de pensamiento como una reacción a la intolerancia religiosa y al absolutismo político --en realidad, se normaron sus manifestaciones externas-- el derecho a expresar el pensamiento y el sentimiento. Esto a su vez, estaba condicionado por los medios de que disponía el hombre para manifestarse, así primero fue la palabra como comunicación individual de viva voz, "Los límites de una ciudad están marcados hasta donde alcanza la voz del orador" sentencia Platón. Con la aparición de la imprenta y de los movimientos libertadores de signo

democrático en los Estados Unidos primeramente, el problema ya no sólo es de voz, sino también es de medios, y el contenido de este derecho ya no sólo es la libertad individual de expresar pensamientos, ideas u opiniones, sino de hacerlos reproducir, imprimir y publicar. Generándose así, la problemática creada por los medios, la necesidad de protegerlos, pero también la necesidad de crear un sistema de responsabilidades; así, junto al tratamiento jurídico de la imprenta --se fue generando también el de "la prensa"-- surgiendo una normativa alrededor de la misma, cuyo contenido esencial era garantizar la libertad de expresión, sobre todo, la libertad de expresión política del sujeto emisor; pero también, tomando las primeras medidas en el campo penal, para evitar excesos, garantizando así el honor de las personas, la moral imperante y la seguridad del Estado.

La prohibición de la censura previa y de secuestrar la imprenta como instrumento del delito, son propios de este período aunque conserven su actualidad.

De todo lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones: existe la tendencia hacia la creación de una nueva rama del derecho público y por consiguiente de su correspondiente ciencia jurídica, cuyo objeto es el tratamiento ordenado, sistemático y global del fenómeno de la información en cuanto es susceptible de regulación jurídica; este es, un derecho de formación pues abarca una serie de disposiciones y principios dispersos en las correspondientes constituciones, tratados y leyes relativas al fenómeno informativo. La información objeto de esta rama jurídica no comprende toda información, pues queda excluida, desde luego, la que se obtiene por medio de la observación directa de los hechos de la naturaleza, de los actos del hombre, como también la educación y otros aspectos de la formación cultural del hombre que están reguladas por otras instituciones del ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, la información que nos ocupa es aquella destinada a crear opinión y sobre todo la que tiende a crear opinión pública, ya sea en determinados grupos sociales, en la sociedad en general, e incluso, entre las naciones; esto desde luego comprende también y de modo fundamental a la noticia "el derecho al hecho" "a lo que pasa", la que requiere un tratamiento especial pues equivale a la información de la realidad, que se ejercita principalmente por los medios de difusión, lo que los convierte en jueces de la realidad.

De las distintas denominaciones dadas a esta nueva rama del derecho, nos pronunciamos por el derecho de la información porque su concepción más amplia, expresiva y general nos permite incluir a la variedad de derechos subjetivos que en él se tratan, a las distintas realidades que se norman y a los derechos de terceros que se protegen, tanto de personas físicas (vida privada, honor, imagen, etc.) a las personas jurídicas como el Estado (orden público) y a la sociedad (orden social y bien común).

La denominación *Derecho a la información* nos parece limitada pues la doctrina más moderna la reserva al tratamiento jurídico de la información por los medios de información o de difusión de masas (prensa en su sentido amplio); además, parece referirse a un derecho subjetivo específico y no a una rama del derecho objetivo; incluso esta denominación derecho a la información aún dentro del enfoque referido sólo a la prensa, hace referencia más que a la generalidad del fenómeno jurídico en torno a los llamados "medios", al derecho subjetivo a "ser" informado y si se ha adoptado esta denominación es porque el derecho a ser informado es considerado como el más relevante del derecho a la información, haciéndose así una distinción en relación con el derecho a la libertad de expresión de tipo clásico y liberal, tanto por su "antigüedad" histórica como porque el enfoque de esta libertad

se ha centralizado sobre todo en el derecho del sujeto emisor de pensamiento, ideas, opiniones y diríamos nosotros de sentimientos, en un sentido moderno este sujeto emisor, si bien continúa siendo el hombre común de carne y hueso, desde el punto de vista del derecho a la información, se ha profesionalizado y ha pasado sobre todo a ser portavoz de noticias.

La denominación *Derecho de información*, si bien superior y menos particularizada que la anterior, también la deseamos porque semánticamente da a entender un derecho subjetivo concreto y determinado y no un derecho objetivo que globalice y comprenda todos los derechos subjetivos relacionados con el proceso informativo.

Por último, si bien el que llamamos *Derecho a la información* continúa siendo la parte fundamental del tratamiento jurídico del derecho de la información, su contenido no se limita pues, como veremos abarca otros derechos que no se ejercitan o concretizan por "los medios", dentro de estos, que a continuación trataremos adquiere una relevancia especial todo el fenómeno informativo relacionado con la informática y sobre todo el tratamiento de datos por medios automatizados (banco e datos) que generan todo un nuevo campo de riesgo para los derechos humanos por la capacidad no sólo de informar o desinformar que tienen, sino por las posibilidades de manipulación sobre las personas, lo que implica no sólo una amenaza para su libertad sino para estructura misma del sistema democrático: No olvidemos que como señala Sauvy "bien informados los hombres son ciudadanos, mal informados son sólo súbditos".

CAPITULO III

CONTENIDO Y ALCANCES

Intentaremos pasar ahora a determinar el contenido del Derecho de la información partiendo del principio que, a nuestro criterio y de otros juristas más calificados que sería prolijo enumerar, el alcance del mismo va mucho más allá del estudio de la libertad de expresión y de prensa. Tema ya de por si muy basto que comprende además de las anteriores libertades, otras instituciones y derechos relacionados con el fenómeno informativo y que parecen ir tomando definición en las Constituciones y en el Derecho Interno de los Estados, además de que algunos ya son objeto de convenciones internacionales, tal como es el caso del Convenio Europeo para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos con Carácter Personal, de 1981.

En este orden de ideas, resulta ilustrativa la carta que recibimos del miembro del Comité Jurídico Interamericano, doctor Jonathan T. Fried, fechada el 18 de noviembre de 1994, en la que gentilmente dé respuesta a nuestra interrogante sobre cuál sería la mejor forma de enfocar el tópico del *Derecho de información*, denominación que es la que aparece en la Agenda del Comité; el doctor Fried se expresó así:

El *Derecho sobre la información* cubre una variedad de tópicos. Desde el punto de vista más general, el tópico abarca las reglas aplicadas a la creación de información (derechos del autor) y su difusión (telecomunicaciones y radiodifusión). En el mundo moderno el tópico también incluye varios aspectos de leyes sobre el uso de computadores, tales como la protección de la propiedad intelectual que se

les debe otorgar a los programas computarizados (software), bases de datos y otros bancos de información legible por máquina, así como el conjunto de disposiciones que rigen la transmisión, el almacenamiento y el acceso a dicha información (las reglas que rigen tales asuntos internacionales se discuten bajo el título de "flujos de datos transfronterizos" en la OCDE. Algunos comentaristas consideran que las leyes sobre la información incluyen también aspectos más amplios de la reglamentación pública, tales como leyes respecto a la publicidad (por ejemplo las leyes sobre reclamaciones engañosas) y etiquetado (por ejemplo, la necesidad de imponer advertencias adecuadas de salud y seguridad para el consumidor).

Por nuestro lado, haremos en este primer intento un planteamiento más conservador del contenido del *Derecho de la información*, en el entendido que es sólo una aproximación que no pretende, en modo alguno, agotar el tema.

En este sentido entendemos que el *Derecho de la información* debe comprender por lo menos tanto en un aspecto doctrinal y científico como en su concepción normativa, los siguientes tópicos o materias:

Contenido

1. Derecho de libre expresión

Ya señalamos al estudiar el desarrollo del tema en el Comité, como el derecho a la libre expresión del pensamiento tiene su antecedente, primero en la llamada libertad de conciencia, la cual es un producto histórico ocasionado por la lucha en contra de la intolerancia religiosa y del absolutismo político. Que en la medida en que fueron realizándose y cristalizándose las aspiraciones democráticas y los medios materiales de reproducción y difusión de las exteriorizaciones del pensamiento, fueron siendo utilizadas el problema de la exteriorización del pensamiento, de las opiniones y de las ideas, se fue vinculado a los medios materiales para lograrlo, identificándose la libre emisión del pensamiento con la libertad de prensa, aunque como veremos desde un principio existió la tendencia a establecer cierta distancia entre ambos.

En su sentido moderno, el tratamiento jurídico y constitucional de estos principios se originan en las colonias inglesas que luego forman los Estados Unidos.

Así se señala el reconocimiento de la libertad de prensa por vía jurisprudencial, en el caso Zengler (1743) quien fue editor del New York Weekly Journal y fue absuelto por haber criticado al Gobernador Crosby; la Declaración de Virginia de 1776, que reconoció la libertad de conciencia y de prensa, y, sobre todo, la primera Enmienda hecha a la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que consagró a continuación de la libertad religiosa y de culto, la libertad de palabra y de prensa.

El Congreso no aprobará ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna, ni a prohibir el libre ejercicio de ninguna de ellas. Tampoco aprobará ley alguna que coarte la libertad de palabra y de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y solicitar reparación de cualquier agravio.

Nótese que ya en esta norma constitucional se habla de los derechos "libertad de

palabra y de prensa", estableciéndose desde su nacimiento las bases de una distinción que hoy se nos antoja moderna. Desde luego que ambas se penetran, pues no puede existir libertad de prensa sin libertad de palabra o expresión y las más de las veces la libertad de expresión sólo adquiere verdadero significado por medio de la prensa.

La otra interpretación posible es que los términos libertad de palabra se refieren a la libre expresión del pensamiento por vía oral, y libertad de prensa, al ejercicio de la misma libertad por impresos. Pero la anterior interpretación no es acorde con la interpretación histórica de los documentos auténticos que fueron la base para la elaboración del precepto constitucional que nos ocupa. En efecto, Madison que fue el creador de la Declaración de Virginia y que fue quien propuso el proyecto correspondiente para la Enmienda 1 que se refiere a la libertad de prensa, en su concepto francamente moderno "como garantía del sistema democrático". (La enmienda propuesta por Madison el 8 de junio de 1789 sobre la libertad de expresión y de prensa estaba redactada así: "No se negarán ni se restringirán los derechos del pueblo a expresar sus sentimientos por la palabra, el escrito o la publicación; y la libertad de prensa como uno de los grandes baluartes de la libertad será inviolable"). Por su lado, la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su artículo II establecía: "La libre comunicación del pensamiento y de las opiniones es uno de los derechos preciosos del hombre. Todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, sin perjuicio de que responda de esta libertad en los casos determinados por la ley".

Uniendo en su contenido los artículos de la Constitución Norteamericana y la Declaración Francesa, aparecen ya perfilados en sus caracteres básicos los principios fundamentales que normarán ambos derechos y así norman el primero en su concepción liberal: reconocimiento de la libertad de expresión y/o de prensa como una esfera de autonomía personal frente al Estado; prohibición al Congreso de legislar sobre la materia; la facultad de expresarse por cualquier medio; responsabilidad ulterior como resultado del ejercicio ilícito o diríamos ilegítimo del derecho. De estos principios van naciendo otros que se desarrollan en las leyes secundarias y, en gran medida, en el constitucionalismo latinoamericano tendiente a proteger la imprenta, prohibición de secuestro, de licencia o caución que se desarrollan en las llamadas leyes de Imprenta y posteriormente de Prensa.

Lo que queremos señalar hasta aquí, es que desde sus orígenes ya existía el germen de la diferenciación entre la libertad de expresión pura y la libertad de prensa. Si pegamos un salto histórico que es legítimo para los efectos que nos proponemos, nos encontramos que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) en su artículo 19 se declara: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones...". En esta primera parte, desde luego ligada a la segunda, aparece claramente la libertad de expresión u opinión (opinión,, ya que en el fondo el contenido de la disposición en cuanto al ejercicio de facultades políticas es evidente, tanto históricamente como conceptualmente) y en su segunda parte (parte o división hecha por nosotros a fines de exposición)...; "el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirla sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión". Apareciendo así la base constitucional para la diferenciación entre libertad de expresión de pensamiento (juicios, ideas, opiniones) y el Derecho a la información (derecho de investigar-informar y ser informado que es lo que constituye el núcleo de la libertad de prensa y su sentido moderno y en el que adquiere notoriedad la noticia).

Esto, desde luego, no es más que el reconocimiento de una realidad y de un proceso que ya existía: el proceso informativo cuyo poder fue manifiesto durante la Segunda Guerra Mundial y que, desde luego, había que normarlo para garantizar su ejercicio y reglarlo para evitar sus abusos.

Lo declarado se convierte en Derecho Positivo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en su artículo 19:

- 1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones;
- 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección;
- 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a debates, restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y son necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas".

En el Continente americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que precede a la Universal, en su capítulo I, Derechos, artículo IV, declara: Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en su artículo 12, trata de la libertad de conciencia y religión, y su artículo 13, lleva el título de **Libertad de pensamiento y de expresión**.

Artículo 13. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Los artículos citados son si se quiere, textos de transmisión pues no se atreven a declarar tajantemente la diferencia entre ambos derechos, lo que si ocurre en el ámbito internacional, en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 5 reconoce, junto a la clásica libertad de expresión, el derecho a informarse y la libertad de información. Y de modo más claro, en la Ley de Prensa Portuguesa de 1975 que claramente expresa: "El derecho a la información comprende el derecho a informar y el derecho a ser informado".

2. Derecho a la información

Ya señalamos que, con la denominación de Derecho a la información, se designa ante todo un complejo coordinado de derechos públicos subjetivos, interdependientes, interpenetrantes y complementarios tendientes a lograr la difusión de pensamientos, ideas, opiniones y noticias por los medios de comunicación social, los que contribuyen a la formación de la opinión pública.

Estos derechos son, los que de modo general y si se quiere popular, conocidos como "libertad de prensa" y que comprenden no sólo la prensa escrita, sino cualquier medio técnico de difusión.

Señalamos también que la denominación Derecho a la información, ha sido adoptada en buena medida por los tratadistas, para diferenciarlo del derecho a la libre expresión de pensamiento, en su sentido puro de corte liberal, el cual, como bien señala Alfonso Fernández Miranda y Campoamor, en su obra citada es "...un planteamiento unilateral de la comunicación al que escapa la dialéctica entre opinión individual, opinión pública y medios de comunicación atento a la situación jurídica del sujeto emisor del pensamiento, pero ajeno a los derechos del sujeto receptor" (páginas 493-494).

Por lo expuesto, en el llamado *Derecho a la información* se pone especial atención y se toma o trata con mas relevancia el derecho del sujeto receptor pero sin desconocer el momento de la emisión y traslado de la información, y en su caso, el derecho de investigación y acceso a la fuente. En este orden de ideas, el enfoque que se hace de la información es integral, aunque su contenido esencial está marcado por facultades de investigar, difundir y recibir información. Desde luego que esto implica el reconocimiento previo de la libertad de expresión: en la fuente, en el periodista y por el medio, teniendo siempre presente la diferencia de contenido entre pensamiento, ideas u opiniones y las noticias, pues en éstas es exigencia la veracidad.

Si acudimos al derecho comparado, la Constitución Española de 1978, en su artículo 20 distingue claramente y en forma separada ambos derechos.

Artículo 20. I. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Resumiendo: En su sentido moderno el *Derecho a la información* comprende: a) El derecho de libre emisión del pensamiento cuando se ejerce por los medios masivos de comunicación social; b) El derecho o facultad de investigar que se ejerce por medio de los profesionales de la información, o sea, los periodistas; c) El derecho de difusión ejercida por los medios de comunicación; d) Derecho de recibir información.

Sobre esta facultad ya hicimos con anterioridad amplia referencia. En realidad no se trata a nuestro criterio de un derecho subjetivo en sentido estricto que implique una relación jurídica que nos vuelve acreedores a una obligación determinada, en este caso de tipo

informativo con una determinada persona. Es más bien como ya lo señalamos,, una posibilidad de recibir, posibilidad que se debe de potencializar en la medida en que exista pluralidad de medios informativos, lo que nos otorga la libertad de elegir entre distintos medios e informaciones, ya sea sobre hechos, noticias u opiniones. Por último es un derecho que le corresponde a todos a la universalidad.

Desde luego lo enunciado sólo es núcleo central del *Derecho a la información*, al que agregaríamos un derecho muy legítimo, constitucionalizado e interconectado: El Derecho de Rectificación; pero cuyo estudio excede, es mucho el objeto de este trabajo, lo mismo que los demás temas del *Derecho a la información*, como son sólo para ejemplificar, el derecho de empresa o derecho de establecer y administrar libremente medios de comunicación, el estudio de los sujetos de información con especial referencia al sujeto cualificado de la información: el periodista y sobre todo quizás lo más trascendente, el de los límites a la facultad de informar y las responsabilidades; fundamentalmente, cuando agreden los derechos de las personas y sobre todo lo que están en su entorno (honor, intimidad, reputación, etc.) tema que en parte abordaremos al tratar el objeto específico del estudio encargado a este relator: *El acceso y protección de datos personales en archivos, registro y banco de datos públicos o accesibles al público*.

Quisiéramos por último, hacer un breve recorrido del tratamiento a nivel constitucional de ambos derechos (libertad de expresión y libertad de prensa en Latinoamérica); en términos generales en las constituciones latinoamericanas se reconoce sin excepción de modo expreso e indubitable la libertad de expresar y difundir el pensamiento en su concepción clásica, pero existe además, la corriente en el sentido de ir reconociendo, como ya vimos en el campo internacional, los derechos de investigación, difusión y recepción de información, lo mismo que derechos específicos que sólo se explican mediante el reconocimiento constitucional del Derecho a la información y también medidas de protección a la prensa o a las empresas periodísticas y en algunos casos al periodista y en forma bastante generalizada el reconocimiento del Derecho de Rectificación.

En este sentido tenemos el artículo 6 de la Constitución de El Salvador de 1983, que dice:

Artículo 6. Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución, pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes responderán por el delito que cometan.

En ningún caso podrá secuestrarse como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión de pensamiento.

No podrán ser objeto de estatización o nacionalización, ya sea por expropiación o cualquier otro procedimiento, las empresas que se dediquen a la comunicación escrita, radiada o televisada y demás empresas de publicaciones. Esta prohibición es aplicable a las acciones o cuotas sociales de sus propietarios.

Las empresas mencionadas no podrán establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminación por el carácter político o religioso de lo que se publique.

Se reconoce el derecho de respuesta con una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a ley.

La Constitución del Ecuador de 1984 en su artículo 19, numeral 4, reza:

Artículo 19. Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

4) El derecho a la libertad de opinión y a la expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.

Toda persona que fuere afectada por afirmaciones inexactas o agravantes en su honra por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita".

El artículo 6 de la Constitución Mexicana de 1917:

Artículo 6. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Constitución Política de Venezuela, 1983, artículo 16:

Todos tienen el derecho de expresar su pensamiento, de viva voz o por escrito y de hacer uso para ello de cualquier medio de difusión, sin que pueda establecerse censura previa; pero quedan sujetos a pena, de conformidad con la ley las expresiones que constituyan delito.

No se permite el anonimato. Tampoco se permitirá la propaganda de guerra, la que ofenda la moral pública ni la que tenga por objeto provocar la desobediencia de las leyes, sin que por esto pueda coartarse el análisis y la crítica de los preceptos legales.

Constitución Política de Bolivia de 1967:

Artículo 7. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

b) A emitir libremente sus ideas y opiniones, por cualquier medio de difusión.

Constitución de Chile de 1980. En su capítulo III. De los Derechos y Deberes Constitucionales. artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

12i) La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, de conformidad con la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La Ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por un medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por medio de comunicación social en que esa información hubiese sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de defender, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones que señala la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine podrán establecer, o pasar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Radio y Televisión, autónomos y con personalidad jurídica, encargado de velar por el perfecto funcionamiento de esos medios de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicación de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas.

La Constitución Política de Argentina de 1994.

La Constitución Argentina señala escuetamente en su artículo 14:

Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio;... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.

Llama la atención que el constituyente argentino haya mantenido la reducida y lacónica constitucionalización de este derecho, sobre todo si tomamos en cuenta lo actual e inclusive innovador de sus postulados en su capítulo Segundo, Nuevos Derechos y Garantía. En efecto el artículo 42, reconoce el derecho sobre la información que tienen los consumidores en los siguientes términos:

Artículo 42: Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Además, en su artículo 43:

... toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos

públicos, o los privados, destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Esta última parte del artículo, o sea en lo de no afectar el secreto de las fuentes de información periodística, si tenemos una ampliación del tratamiento de derechos relacionados con la libertad de prensa. Sobre el acceso a datos personales, haremos comentarios cuando tratemos del tema.

Constitución de Brasil de 1988.

Es sin duda la Constitución brasileña la que en el constitucionalismo latinoamericano trata el tema del Derecho a la información o, si se quiere, de la comunicación social y de la prensa en forma más moderna, completa y sistemática, siguiendo posiblemente el carácter innovador que en Europa tuvieron sobre la materia la Constitución portuguesa de 1975 y su correspondiente Ley de Prensa sobre lo que oportunamente hicimos algunos comentarios.

La Constitución de Brasil tiene entre otros muchos aciertos, ya que el desarrollo normativo del tema es amplio e integral, el de dividir como Derechos diferentes el de la libre manifestación del pensamiento. En su título II *De los derechos y garantías fundamentales*, capítulo I. *De los derechos y deberes individuales y colectivos*, artículo 5º numeral IV, se norma:

Es libre la manifestación del pensamiento, quedando prohibido el anonimato"; y a continuación en su numeral V. "queda asegurado el derecho de respuesta, proporcional al agravio; además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen". Por otro lado en el numeral XIV, del citado artículo 5, expresa: "queda garantizado a todos el acceso a la información y salvaguardado el acceso de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional.

Pero el constituyente brasileño va mucho más lejos comprendiendo la importancia de la información como fenómeno político-social y la necesidad de su plena constitucionalización jurídica como debe ser ante una manifestación de poder como es la prensa y le dedica de su título VII, *Del orden social* un capítulo, el "v" De la comunicación social, que nos limitamos a reproducir:

Capítulo V. De la comunicación social.

Artículo 220. La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la formación bajo cualquier forma o vehículo no sufrirán ninguna restricción observándose lo dispuesto en esta Constitución.

1. No contendrá la ley ninguna disposición que pueda constituir una traba a la plena libertad de información periodística en cualquier medio de comunicación social, observándose lo dispuesto en el artículo 5º, IV, V, X, XII y XIV.

2. Está prohibida toda censura de naturaleza política, ideológica y artística.

3i. Corresponde a la ley federal:

- I. Regular las diversiones y espectáculos públicos, correspondiendo al Poder Público informar sobre la naturaleza, los límites de edad para los que se recomiendan, los locales y horarios en que su presentación se muestre inadecuada.
- II. Establecer los medios legales que garanticen a la persona y a la familia la posibilidad de defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el artículo 221, así como de la publicidad de productos, prácticas y servicios que puedan ser nocivos a la salud y al medio ambiente.

4i. La publicidad comercial de tabaco, bebidas alcohólicas y agrotóxicos, medicamentos y terapias estará sujeta a restricciones legales, en los términos del inciso II del párrafo anterior, y contendrá, siempre que fuese necesario, la advertencia sobre los perjuicios derivados de su uso.

5i. Los medios de comunicación social no pueden directa o indirectamente ser objeto de monopolio u oligopolio.

6i. La publicación de medios impresos de comunicación no necesita de licencia de la autoridad.

Artículo 221. La reproducción y la programación de las emisoras de radio y televisión, atenderán a los siguientes principios:

- I. preferencia a las finalidades educativas, artísticas, culturales e informativas;
- II. promoción de la cultura nacional y regional y estímulo a la producción independiente que haga posible su divulgación;
- III. regionalización de la producción cultural, artística y periodística, de acuerdo con los porcentajes establecidos en la ley;
- IV. respeto a los valores éticos y sociales de la persona y de la familia.

Artículo 222. La propiedad de empresas periodísticas y de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes es privativa de brasileños de origen naturalizados hace más de diez años, a los cuales corresponderá la responsabilidad por su administración y orientación intelectual.

1º Se prohíbe la participación de personas jurídicas en el capital social de las empresas periodísticas y de radiodifusión, excepto a partidos políticos y sociedades cuyo capital corresponda exclusiva y normativamente a brasileños.

2º. La participación señalada en el párrafo anterior sólo se efectuará a través de capital sin derecho a voto y no podrá exceder del treinta por ciento del capital social.

Artículo 223. Corresponde al Poder Ejecutivo otorgar y renovar concesiones, permisos y autorizaciones para el servicio de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes, observando el principio de complementariedad de los sistemas privado, público y estatal.

1°. El Congreso Nacional examinará el acto en el plazo del artículo 64, 2i y 4i a contar desde la recepción de la comunicación.

2°. La no renovación de la concesión o permiso dependerá de la aprobación de al menos dos quintos del Congreso Nacional, en votación nominal.

3°. La renovación de la concesión o permiso, antes del vencimiento del plazo, depende de la decisión judicial.

4°. El plazo de concesión o permiso será de diez años para las emisoras de radio y quince años para las de televisión.

Artículo 224. A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, el Congreso Nacional instituirá, como órgano auxiliar, el Consejo de Comunicación Social, en la forma de la ley.

3. Derecho a informarse de los actos públicos o del gobierno

Así como en la vida humana lo privado es lo general y lo público la excepción, tratándose del gobierno y de sus actos, su publicidad debe ser la regla y su secreto la excepción.

Al afirmar lo anterior, no estamos recordando un hecho histórico, sino afirmando un principio inherente a la democracia, al régimen republicano, al respeto de los Derechos Humanos, en fin, al Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Esto históricamente no ha sido así, en realidad, empieza a ser así:

Tradicionalmente el tema se ha tratado dentro del Derecho Administrativo y si bien se ha reconocido un "Derecho Genérico a la Información", este ha sido más sobre los fines y objetivos de la administración y no sobre los actos concretos, teniendo más semejanza con la educación que con el acceso al acto, a la fuente o a la noticia. En este sentido acudiendo al Derecho español que en mucho es antecedente del latinoamericano, la Ley de Procedimientos Administrativos de 17 de julio de 1958, establece:

En todo departamento ministerial, organismo autónomo o gran unidad administrativa de carácter civil, se informará al público acerca de los fines, competencia y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios, mediante oficinas de información, publicaciones ilustrativas sobre tramitación de expedientes, diagramas de procedimiento, organigramas, información sobre localización de dependencias y horarios de trabajo y cualquier otro medio adecuado.

Como se ve, más que de información el artículo de mérito plantea toda una cátedra de "anatomía y fisiología administrativa" y cuando se reconocía un derecho a informarse éste era específico y tenía más que ver con garantías procesales que con un cumplimiento del principio de publicidad administrativa. Ejemplo de lo anterior lo constituye el artículo 62 de la referida ley:

Artículo 62. Los interesados en cualquier expediente administrativo tendrán derecho a conocer en cualquier momento el estado de su tramitación, recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes.

Situación similar se ha dado en el campo de los procesos judiciales, lo que nos limitamos a señalar.

En general ha prevalecido al menos en Latinoamérica, siguiendo la tradición ibérica y francesa, el concepto de la administración pública como algo secreto, casi esotérico y que el funcionario estaba en la obligación de guardar.

En su sentido moderno este principio de publicidad en los actos de la administración pública, está íntimamente ligado al hecho histórico de la expansión de la prensa, a su fortalecimiento como poder y a la demanda ciudadana de noticias. Nació y creció sobre todo en los Estados Unidos como nos lo señala doña Gladys B. Alemán en documento que tuvo la bondad de elaborar y enviarnos, en el que citó:

El Derecho del público al acceso a los archivos del Gobierno de los Estados Unidos de América tiene un alcance amplio. Durante las tres últimas décadas ha alcanzado una definición jurídica bien precisa. A fines de 1960 y comienzos de la década de los años 70, el Congreso de los Estados Unidos promulgó y enmendó varias leyes relativas al acceso del público a los archivos, documentos y reuniones del Gobierno en respuesta al furor del público y la prensa originados por la Guerra de Vietnam y el escándalo de Watergate.

El Congreso promulgó leyes separadas, relacionadas con el acceso del público a:

- 1) Archivos, documentos del Poder Ejecutivo;
- 2) Organismos (Agencias) del Poder Ejecutivo;
- 3) Reuniones de estos organismos;
- 4) Comité federal consultivo sobre Archivos y Documentos.

La ley federal más importante es la llamada "Ley de Distribución de Información Libre" en inglés, Freedom of Information Act (FOIA). Con el fin de salvaguardar los derechos individuales; el Congreso promulgó también la ley federal Privacy Act, 1974, que contempla el acceso del individuo de conocer los archivos y documentos del Gobierno sobre su persona, su control sobre la distribución al público de esos documentos, la corrección o enmienda de esa información y su competencia para iniciar juicio al Organismo del Gobierno Federal que incumpla las normas estipuladas a ese efecto.

Al promulgar la legislación sobre libertad de información, el Congreso ha tratado de encontrar un ecuánime balance entre la necesidad de confidencialidad del Gobierno y el de la información del público y la prensa. El Congreso, además, entendió que el permitir la inspección de los archivos y documentos del Gobierno es una forma de promover la democracia, permitiendo que el público ejerza un control sobre la rama ejecutiva y en menos grado el Poder Legislativo.

Ya el doctor Jonathan T. Fried, miembro del Comité, nos había señalado los grandes límites del tratamiento del problema al referirse a lo más pertinente al estudio que se nos encomendó.

Se expresó así el doctor Fried:

Sin embargo en el contexto de la OEA, creo firmemente que la Asamblea General y el Consejo Permanente consideran que los tópicos más pertinentes de estudio para el Comité Jurídico Interamericano, son: a) la ley que rige el acceso a la información en manos del gobierno; y b) la ley que protege la reserva de datos personales proporcionados al gobierno.

Es obvio que estos dos objetivos hasta cierto punto se oponen entre si. Por una parte, los ciudadanos en una sociedad democrática deben tener derecho a velar porque el gobierno elegido rinda cuentas al electorado, y por otra parte, piden tener acceso a la información de gobierno de manera de estar informados acerca de las actividades del mismo. En Canadá, la Ley de Acceso a la Información establece un régimen legislativo para que las personas obtengan documentos en manos del gobierno. La ley es administrada por el Comisionado de la Información de Canadá... El régimen estadounidense equivalente se basa en la Ley de Libertad de Información.

Por su parte, los ciudadanos también tienen el derecho a esperar que la información personal proporcionada al gobierno sea manejada con discreción y sea protegida contra su revelación. Información como las declaraciones de impuestos de renta, solicitudes de préstamos gubernamentales, documentos de empleo e información similar en manos de uno u otro organismo del gobierno debe ser protegida en forma adecuada tanto contra la revelación pública como contra el acceso de personas no autorizadas. En Canadá, la Ley de Protección de la Información Privada establece un régimen legislativo para proteger el derecho de las personas a la reserva. La ley es administrada por el Comisionado de Protección de la Información de Canadá.

Este derecho a informarse se desarrolló tanto alrededor de la exigencia de la prensa por acceder a las fuentes que, al menos en Europa, los tratadistas españoles lo tratan al ocuparse de la libertad de recibir noticias, al tratar del Derecho a la información o en términos populares libertad de prensa. Así, Alfonso Fernández Miranda y Campoamor, comenta:

Por último, dentro del derecho de recepción y directamente vinculado con el de investigación, tiene particular interés el derecho del público a informarse de los actos y opiniones de los gobernantes. Ya se ha dicho que se trata de un principio

estructural del sistema democrático. En este orden de ideas, hay que destacar el principio de publicidad de las sesiones plenarias de las Cámaras Parlamentarias y de las actuaciones judiciales. (8)

El mismo autor en referencia a la Constitución Española, considera que:

La Constitución garantiza en el artículo 105 el principio de publicidad en el funcionamiento de la administración en un triple caso: audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que la afectan, audiencia del interesado en el procedimiento de producción del acto administrativo (audiencias que garantizan junto al principio de participación, un cierto margen de publicidad) y, sobre todo, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos salvo en lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. (9)

Igualmente Ignacio Bel Mallen, Loreto Correidora y Alfonso y Pilar Cousido tratan de este derecho a informarse, dentro de la facultad de investigar que corresponde generalmente a los profesionales de la información o sujeto cualificado.

Visto con detenimiento este derecho, tal como aparece en la legislación de los Estados Unidos y Canadá, como en las constituciones latinoamericanas que lo acogen, trata no del derecho universal de recibir información, sino de un derecho público subjetivo concreto y determinado de acceder directamente a los archivos, documentos y reuniones del gobierno y en su caso de obtener reproducciones de los documentos. Es de hacer notar que en sentido estricto dentro de un Derecho de la información interesa o tiene efecto el conocimiento de los documentos, de sus reproducciones sólo para informarse, y en su caso, para que el informado pueda informar, por lo que el valor probatorio de los mismo y sus efectos legales se regirán por las leyes de la materia.

Nótese que a todo lo largo del desarrollo de este tema de publicidad administrativa, o si se quiere por más amplio, de la publicidad de la administración o del gobierno, hemos hablado de derecho a informarse y no de derecho a la información o a ser informado, pues en estos últimos casos la persona recibe la información como sujeto pasivo, en cambio el derecho de acceso a registros, archivo, papeles y documentos en manos del gobierno o a pedir reproducciones de los mismos, implica el ejercicio concreto de parte de una persona que hace uso del derecho a petición a fin de acceder al archivo o registro estatal, al documento, o a determinada reproducción, así que su ejercicio depende de un actuar del ciudadano encaminado a obtener información, en concreto, de un derecho público subjetivo que se ejercita mediante el derecho de petición general, o mediante un derecho de petición concreto que establecen la Constitución o las leyes de un determinado país.

Las constituciones latinoamericanas que han incorporado este derecho a su Carta de Derechos Fundamentales, lo hacen, en general, en forma global aunque a veces se distingue entre el derecho de acceso a la información directa y el derecho a obtener reproducciones.

En este sentido la Constitución de Brasil en su artículo 5. XXXIII norma:

Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos, informaciones de su

interés particular, o de interés colectivo, o general que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquéllos cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado.

El numeral XXXIV del mismo artículo, reza:

Queda garantizado a todos:

- a) El derecho de petición;
- b) La obtención de certificaciones en oficinas públicas para la defensa de derechos y el esclarecimiento de situaciones de interés personal.

Por su parte la Constitución de Guatemala, establece en su artículo 30:

Publicidad de los actos administrativos. Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

La Constitución de Colombia:

Artículo 14. Todas las personas, tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establece la ley.

Y la Constitución de Paraguay.

Artículo 28. Del Derecho a Informarse. Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime.

Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.

4. Derecho de acceder a la información personal

Este derecho, aunque por momentos parece confundirse con el anterior, es diferente y los tratan por separados los textos constitucionales. Primeramente es un derecho a informarse en el sentido de que depende de un acto u acción, pero no de cualquier ciudadano como en la hipótesis que anteriormente estudiamos, sino que la persona a que pertenezcan los datos o a que éstos se refieren. Esos datos, no son cualquier clase de datos, sino datos personales del impetrante y en este sentido no sólo es un derecho a informarse, sino que el interesado puede informarse porque tiene derecho sobre la información, pues se refiere a su persona y en cierto sentido le pertenece. En cuanto a su contenido, el mismo no se limita a tomar conocimiento de los datos, pues como veremos adelante tiene acción de corregirlos, a fin de mantener la veracidad y hasta a suprimirlos a fin de mantener la intimidad.

Este derecho y sus relaciones con la informática son precisamente el objeto central de este estudio por lo que por hoy que baste lo enunciado.

5. Derechos patrimoniales sobre la información

Ya hicimos alguna referencia a que el doctor Jonathan T. Fried en su carta señala que el derecho sobre la información cubre una variedad de tópicos;

Que abarca las reglas aplicadas a la creación de información (derechos de autor) y su difusión (telecomunicaciones y radiodifusión). Que en el mando moderno, el tópico también incluye varios aspectos de leyes sobre el uso de computadores, tales como la protección de la propiedad intelectual que se le debe dar a los programas computarizados.

En este orden de ideas, nos limitaremos a reproducir lo pertinente de la Constitución Brasileña:

Artículo 5 XXVIII. Están asegurados, en los términos de la ley:

- a) La protección de las participaciones individuales en obras colectivas y de la reproducción de la imagen y voz humanas incluso en las actividades deportivas;
- b) El derecho de los creadores de los intérpretes y de las respectivas representaciones sindicales y asociativas de fiscalización de aprovechamiento económico de las obras que creáanse o en las que participaren.

6. Derecho a la información de los consumidores

Señala el doctor Fried en su carta:

Algunos comentaristas consideran que las leyes sobre la información incluyen también aspectos más amplios de la reglamentación pública, tales como leyes respecto a la publicidad (por ejemplo, las leyes sobre reclamaciones engañosas) y etiquetado (por ejemplo la necesidad de imponer advertencias adecuadas de salud y seguridad para el consumidor).

El artículo 5 de la Constitución de Brasil en su numeral XXXII, norma:

El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor.

En forma más expresa la Constitución Argentina de 1994 en su Capítulo Segundo. Nuevos Derechos y Garantías, en su artículo 42, ordena:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO IV

LEYES DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La protección por vía jurídica de la vida privada no es nueva, pues tanto en la legislación civil como en la penal, nos encontramos con normas que protegen determinados aspectos de la misma.

El problema se plantea en sus términos modernos, con la aparición de la prensa, cuyo papel masivo de divulgación produce desde sus inicios tanto en su labor editorial como noticioso, un enfrentamiento con la vida privada, el honor y otros derechos de las personas.

La discreción en torno a la protección de datos personales, o mejor dicho la protección de la persona ante los abusos de la información, se planteó originalmente, dentro de los proyectos de defensa y protección a la vida privada y otros derechos y libertades de las personas, ocasionados por los avances tecnológicos y apareamiento de nuevos poderes gubernamentales o no, pero con potestades prácticas de coaccionar y sancionar a las personas. Piénsese en los efectos que una mala información produce en la vida del agraviado.

Todo esto produjo una reacción de legítima defensa. Los derechos a menudo nacen como mecanismos de defensa ante realidades concretas, y nuevos derechos públicos subjetivos y adjetivos se fueron configurando ante la realidad de nuevas agresiones.

Así la vida privada, o derecho a la intimidad (*privacy*) en su sentido moderno, arranca según pacífico consenso, con el artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, escrito en 1890, titulado *The right to privacy*, en el cual de los otros derechos de la persona se extrae que la misma, tiene un derecho a la intimidad que debe ser protegido ante agresiones ilegítimas. Nace así el derecho a la privacidad, como también se le llama, no sólo como un reconocimiento de algo que le corresponde a la persona, sino como un reconocimiento de la necesidad de protegerlo frente a los abusos informativos de los periódicos.

Con el tiempo se fue nutriendo la discusión y perfeccionando las instituciones para darle la debida protección a la vida privada, centrando el tema sobre todo, en su defensa, ante los peligros ocasionados por el uso abusivo de los nuevos descubrimientos tecnológicos para procesar y difundir informaciones, aunado al aumento de poder en los llamados medios de comunicación de masas (*mass media*), primeramente en la prensa escrita y luego además en la radio y televisión.

El problema era y sigue siendo, hasta qué punto la prensa tiene derecho a entrometerse en la vida privada para divulgarla o sea determinar cuándo tienen derecho a hacerlo. Lo anterior también nos lo planteamos con otros procesos informativos incluyendo desde luego la informática.

El fondo del asunto no descansa, como algunos autores pretenden, en determinar en abstracto qué derecho prevalece o qué derecho vale más: El del informante o el del informado, o para decirlo en términos más dramáticos, qué derecho debe sucumbir en caso de conflicto, como erróneamente se ha pretendido, sobre todo en el caso de la prensa, aduciendo el valor social del derecho a la información y su papel en el fortalecimiento de la democracia con el consiguiente peligro que esto encierra de convertir a la persona en simples sujetos pasivos del manoseo informativo.

En este orden de ideas, Eduardo Novoa Monreal, expresa: "Entre los juristas que se han ocupado del tema predomina la idea que nosotros compartimos que en caso de conflicto entre el derecho a la vida privada y los derechos de informar y de ser informados, debe reconocerse la superioridad de estos últimos.

Pero esto no significa entender, sin más, que un ejercicio arbitrario del derecho de información pueda prácticamente hacer nugatorio el derecho a la vida privada. Porque para que esa superioridad pueda hacerse efectiva, será necesario que el derecho de información sea ejercitado conforme a sus altos fines y dentro de las exigencias que impone su naturaleza. (10)

Más adelante se declara partidario de la división entre derechos absolutos y relativos y concluye: "Pero del hecho de no ser derechos absolutos ni el de la vida privada ni el de la información, no puede desprenderse sin más, que ambos estén situados a un mismo nivel. Hay otros factores que considerar y que permitieron colocar a cada uno en su rango correspondiente". (11)

En el fondo de estas posiciones extremas que tienden a establecer jerarquías o categorías entre derechos, al grado de pretender clasificar los derechos fundamentales en absolutos y relativos, subyace a nuestro juicio la influencia de las ideologías. Así, tendría más valor o serían absolutos los derechos impregnados de "contenido social". Desde ya rechazamos tal posición que no es conforme con la naturaleza de las cosas, ni con el derecho positivo nacional e internacional.

El problema, a nuestro juicio, se plantea en un conflicto de intereses, es decir, no sólo de legalidad, sino que sobre todo de legitimidad, vale decir de justicia y racionalidad en el ejercicio de un derecho. Por decirlo de otro modo, ambos derechos valen, el de quien informa y el de quien se informa. Pero valen dentro de límites razonables de modo que cuando se abusa del derecho de informar este se ejercita ilegítimamente; o sea, no es que un derecho se imponga a otro por su mayor peso, es que no puede coexistir dos conductas lícitas y legítimas contrapuestas, una debe ceder en el caso concreto ante otro y cuando se cede o es porque no se tenía derecho (legalidad) o porque se llegó a su límite razonable (legitimidad).

Esta es, a nuestro juicio, la posición correcta: Se trata de realizar en el fondo una labor de armonización de intereses, derechos, poderes e instituciones.

Desde luego que el legislador al no resolver problemas concretos como el Juez, se plantea con base en la experiencia o en la imaginación, los conflictos que puedan darse y legisla estableciendo normas para buscar el equilibrio de intereses y aquí sí acontece que para el caso el umbral de la vida privada se extiende o se restringe según el valor del interés

que se le contrapone. Y así, tratándose de información no es lo mismo el conflicto entre el derecho a la vida privada y la libertad de prensa o derecho a la información, que el mismo conflicto con el poder informático, pues en el primer caso, dada las características que como derecho individual, político y social, amén de presupuesto obligado del sistema democrático, le corresponden a ese conjunto de derechos subjetivos que comprenden el derecho a la información, es evidente de que hay situaciones en las que el derecho a la vida privada u otros derechos de la personalidad deben mermar sus exigencias para encontrar la armonía.

Así, Mario G. Losano hace en lo pertinente los siguientes comentarios del proyecto de ley presentado por Lord Mancroft, en relación con los *mass media*, en Inglaterra en 1961: "El proyecto de ley presentado por Lord Mancroft se halla todavía vinculado al concepto de la *Privacy* violada por los *mass media*, en cuanto establece un *general right of privacy* en el caso de que periódicos, cine, radio y televisión den publicidad a los asuntos de una persona sin que ésta haya dado su consentimiento.

En una sociedad celosa de su libertad de prensa, como la inglesa, pone de manifiesto cuál es la característica (y también el problema) de todas las leyes sobre *Privacy*, encontrar un punto de equilibrio aceptable entre la protección de la intimidad individual y los derechos a la información de los *mass media*, realizando en este campo específico los principios generales de una sociedad democrática.

La ponderación entre estos dos elementos se nota claramente en la formulación dada por Lord Mancroft mismo. La finalidad de su proyecto es para él la de "dar a cada individuo una ulterior protección contra la protección de su *privacy*, como es deseable para la salvaguardia de la actividad humana, protegiendo al mismo tiempo el derecho del público a ser informado acerca de los asuntos que puedan interesarlo. Nótese que la propuesta de Mancroft trata de ofrecer una protección ulterior en relación a la ya prevista por leyes existentes. También en las más modernas leyes acerca de la *privacy*, tanto anglosajonas como europeas continentales, el principio esencial será siempre el siguiente: las normas de protección de datos personales, complementan normas ya existentes en cada ordenamiento llevando hacia adelante la tutela del ciudadano. De otra parte, sin embargo, la protección asegurada al ciudadano no es total se puede divulgar una noticia reservada, incluso si el ciudadano no lo ha autorizado, teniendo en cuenta el interés público o la conducta o posición de la persona. El proyecto Mancroft propone este principio de equilibrio: "Todo lo que es razonablemente de interés público debe ser ponderado con la conducta o la posición del individuo en el momento de la publicación" (12).

Todo lo anteriormente expuesto y recordado en relación al conflicto entre los derechos del hombre, los intereses de los medios de difusión y los del público a ser informado, tienen por objeto el recalcar que dentro del Derecho de la Información al regularse diferentes derechos subjetivos vinculados al fenómeno informativo no siempre el grado de protección a la vida privada, para insistir en el derecho con más riesgo de ser vulnerado, es el mismo, pues el punto de equilibrio con otros intereses es más o menos amplio, según la importancia pública que pueda tener el conocer o divulgar la información.

Así, no es lo mismo lo justo y razonable tratándose de la libertad de prensa, del derecho a acceder a la información de los actos públicos o del gobierno (transparencia de la administración), como del derecho a acceder a la información personal en la que los

intereses se contraponen normalmente al poder informático. La distinción entre estos derechos es importantísimo para entender las diferentes normas de armonización de intereses y de protección de la persona según el derecho que se regule y los problemas a solucionar en las correspondientes leyes.

Nos parece oportuno recordar este momento que, habiéndose desarrollado a partir de 1890 la doctrina y legislación de la *privacy* en torno a los problemas ocasionados por la prensa; tanto el derecho positivo interno como los tratados están condicionados, están influidos por esta preocupación y tratan de dar solución a esos problemas. Así en el constitucionalismo americano, para poner sólo un ejemplo, el de la Constitución de la República del Paraguay de 1992, en su artículo 26 garantiza la libertad de expresión y de prensa; en el artículo 27 se norma el empleo de los medios masivos de comunicación social declarándolos de interés público y garantizando el pluralismo informativo, pero a la vez les pone limitaciones al ordenar regular por la ley la publicidad para la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer; el artículo 28 reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Pero a la vez, como una protección a los agraviados, reconoce el derecho de la persona afectada por una información falsa, distorsionada o ambigua, a exigir su rectificación o aclaración, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios. Pero, además, en su artículo 33, reconoce el derecho a la intimidad: "La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte el orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estará exenta de la autoridad pública."

"Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas."

Así que, de la normativa de la Constitución paraguaya, que aún siendo de las más amplias en la materia, es coincidente con lo esencial con el constitucionalismo al menos latinoamericano, podemos ver claramente que una sana interpretación de la misma no nos puede llevar al absurdo de pensar que un derecho, para el caso, el de la libertad de prensa, destruye al de la intimidad, sino que nos obliga, y la misma constitución tiene normas al respecto, a buscar la armonía entre todas las normas constitucionales para encontrar la solución justa tanto a un proyecto legislativo como en una resolución administrativa o una instancia judicial.

Importante resulta poner atención sobre el hecho de que tanto los derechos atinentes a la prensa como los derechos de la personalidad (intimidad, vida privada, etc.) están constitucionalizados, lo que no sucede tratándose de los relacionados con la libertad informática: entendiéndose por tal una positivación jurídica del derecho que pueden tener las personas a recolectar procesos, almacenar y difundir por medios automatizados o manuales, informaciones o datos de la vida de otras personas. Por consiguiente, las soluciones deben ser de compromiso en el orden práctico entre las instituciones aparentemente en pugna. Es de llamar la atención también que los intereses a considerar no son sólo los del medio y los del afectado en su vida privada como a veces se pretende, buscando una solución simplista, sino que además los intereses del público como destinatario de la información los de los periodistas como sujetos profesionales de la misma, los de las personas como fuente de la noticia, etc., para poner el ejemplo de la libertad de prensa.

Por otro lado es de tomar en cuenta que cuando se trata de normar la información, sea la manejada por los medios de difusión, como los manejados por los ordenadores automáticos, existe la justificable tendencia, tanto a nivel de legislación secundaria como de protección constitucional, a considerar la titularidad de los medios informativos o informáticos, como un verdadero poder. Sobre todo ya expusimos algunas ideas en la introducción del presente trabajo, tanto en relación con la prensa, como del poder informático, su peligro para las personas e incluso para el sistema democrático. Pero es oportuno recordar además el hecho de que en el título de los Derechos Humanos, las constituciones más modernas incluyen limitaciones a estos poderes, como mecanismos de defensa de los derechos de las personas en relación con ellos. Como podríamos legitimar para el caso que en el título de los derechos humanos en su concepción tradicional, éstos se han enfocado como derechos frente al gobierno del Estado o si se quiere el poder público, aparezcan desarrollados abundantemente derechos subjetivos como lo es el de rectificación, aclaración o respuesta si no se considera a la prensa como un poder. Así aparece entre otros en las constituciones de Paraguay, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Brasil, Chile, Perú. Además la posibilidad de defensa constitucional del derecho de rectificación conculcados por una empresa periodística, por medio del amparo, como se procede contra un acto de autoridad.

En relación al poder informático, es clara la Constitución española de 1978 al emplazar al legislador en su artículo 184 a "limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos"; e igualmente importante es al respecto lo que dispone la Constitución portuguesa de 1976, para citar en el mundo europeo sólo para los países que han elevado a norma constitucional la protección contra la informática. También como veremos oportunamente la normativa constitucional en Brasil, Colombia, Paraguay, Argentina, Guatemala, Perú y Ecuador.

Al respecto Néstor Pedro Sagués expresa: "El problema que evidencia la última parte del siglo XX es que con el auge de los sistemas computadorizados, ese "derecho informático" genera un "poder informático" de dimensiones insospechadas. La capacidad de registro de las computadoras, la rapidez de consulta y transferencia de datos y la cobertura de toda esa información genera para quien la posee o puede acceder a ella una fuerte dosis de poder (contar con información es, desde ya, contar con poder), que puede ser tanto un poder económico ("la información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro sin que el interesado lo sepa"), como de un poder político (ya que conocer minuciosamente la vida de los demás permite, en buena medida, regular, controlar y vigilar su comportamiento) (13).

Por su parte, el jurista español Antonio Enrique Pérez Luño, expresa: "El tránsito desde el Estado liberal al Estado social de derecho, en la medida en que se traduce en una profundización auténtica de su dimensión democrática, debe comportar la previsión de medidas que hagan del equilibrio de poderes políticos, sociales y económicos una garantía no sólo formal, sino práctica. Ello reviste urgencia en las sociedades actuales, en las que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han dado paso a nuevas formas de poder y control sobre los ciudadanos. En los Estados más avanzados de nuestra época, la posibilidad de acumular cantidades ilimitadas de datos que afecten a circunstancias personales, de almacenarlos ordenadamente, de recuperarlos de forma inmediata y de transmitirlos sin problemas de distancia ha generado un tipo de dominio que era desconocido en etapas anteriores.

En las sociedades informatizadas del presente, el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a medios coactivos. Por ello, la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos sociales, económicos o políticos se hallan determinados por el acceso a la información (14).

De acuerdo con lo expuesto por ambos autores lo cual compartimos, con la salvedad que los medios, tanto informáticos como informativos generan una nueva especie de coacción, es claro que tanto las leyes de protección de datos personales como su medio específico de defensa judicial, el *habeas data*, el problema a resolver no lo toman sólo como un simple conflicto de intereses o de derechos entre particulares (para el caso el derecho al trabajo en medios informáticos contra el derecho a la intimidad), ni tampoco como un problema de jerarquía jurídica entre derechos contrapuestos, sino como la defensa de derechos fundamentales contra verdaderos actos de autoridad, ya sea de los poderes públicos (poder formal y material) o de los poderes no gubernamentales (poder en su sentido material aunque no formal) ante los cuales se debe proteger a las personas mediante una acción rápida y eficaz como es el *habeas data*, que es una ampliación y concretización en el ámbito latinoamericano del juicio de amparo constitucional. De ahí que no se mande a las personas interesadas a discutir sus derechos a la justicia ordinaria, sino que se trata de proteger derechos constitucionalizados y reconocidos en los tratados que son o pueden ser objeto de agravio.

En este sentido, y adelantándonos un poco en el tratamiento del tema, la *Convención americana sobre derechos humanos*, en su artículo 11 establece la protección de los derechos fundamentales de la honra y de la dignidad y vida privada:

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias en esos ataques.

Esta disposición no sólo reconoce una gama de derechos de la personalidad, sino que los ampara contra ataques arbitrarios o ilegales, amén que establece la obligación de legislar para protegerlos; ahora bien, cuando se formuló esta disposición, de los ataques en contra de la vida privada y los otros derechos afines provenían sobre todo de los medios de prensa. Actualmente el peligro se ha acrecentado por otros medios técnicos y la informática, por lo que debe estarse al principio de la ampliación de la protección en el sentido que ante nuevos peligros, mejores medios de defensa de los derechos fundamentales, y que toda ley nueva que se dé amplía la esfera de protección de los mismos. En este orden de ideas, el artículo 2 de la Convención expresa:

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La misma Convención en su artículo 25 establece los principios de protección judicial, que son las garantías de los derechos que reconoce:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso 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, aun cuando tal decisión sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Parte se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Todo lo hasta aquí expuesto tiende a legitimar las siguientes conclusiones:

Tratándose de la información, el conflicto a resolver no es el mismo cuando se trata del derecho a la información o libertad de prensa, del derecho a informarse de los actos públicos o del gobierno o transparencia de la administración o del derecho a acceder a la información personal y más concretamente a la contenida en las bases o bancos de datos. Si bien todos los derechos enumerados tienen por objetivo la normativa jurídica del fenómeno informativo, su contenido es diferente ya en cuanto a su propósito o fines, ya en cuanto a los intereses en conflicto o ya en cuanto a su condicionamiento por los medios de que se disponen o por la titularidad de los mismos. Tratándose del derecho a la información, ya vimos que con tal denominación se designa ante todo un complejo coordinado de derechos públicos subjetivos, interdependientes, interpenetrantes y complementarios tendiente a lograr la difusión de pensamientos, ideas, opiniones y noticias por los medios de comunicación social, los que contribuyen a la formación de la opinión pública.

Por lo anterior en tal conjunto de derechos se encuentran diferentes intereses a armonizar: el de expresar el pensamiento, ideas, opiniones por la prensa, el de los medios, el del público y el del sujeto pasivo de la información, cuando ésta recae sobre personas. Por lo anterior, tratándose de los derechos que podrían ser vulnerados del sujeto pasivo de la información, principalmente de su honra, dignidad y vida privada, ésta se encuentra condicionada al interés legítimo de los otros y fundamentalmente al interés que tiene la

sociedad a estar debidamente informada de todo lo que tenga trascendencia pública para poder así tener criterio y tomar las decisiones inherentes a la democracia. De ahí como ya vimos la *Convención americana de derechos humanos* protege esos derechos contra la injerencia arbitraria y los actos ilegales. Ya vimos cómo en el proyecto de ley sobre la *privacy* de Lord Mancroft, se puede divulgar una noticia reservada, incluso si no se ha autorizado por el ciudadano, teniendo en cuenta el interés público, la conducta o posición de la persona. En este orden de ideas, la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra, publicó el 16 de enero de 1970 un informe titulado *Privacy and the law*.

En este informe se sostiene que una intención de la prensa para ser prohibida deberá presentar dos características: ser sustancial y no razonable.

Ya antes la *Declaración universal de derechos humanos* de 1948 en su artículo 12 proclamó: "Nadie será objeto de injerencias en su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias". En la anterior disposición, que es por cierto el primer reconocimiento oficial a un derecho a la vida privada se reconoce el mismo, se ordena protegerlo por ley pero contra la injerencia arbitraria y los ataques. O sea, se le protege de lo ilegítimo; o sea, que tratándose de los derechos de las personas en relación con la prensa, éstos pueden ceder en parte pero sólo ante situaciones de interés legítimo. Esto como principio general para los efectos que nos ocupan.

Tratándose del derecho a la información de los actos públicos o del gobierno, ya señalamos que así como en la vida humana lo privado es lo general y lo público la excepción, tratándose del gobierno y de sus actos, su publicidad debe ser la regla y el secreto su excepción. Ya hicimos anteriormente mención del origen más destacado de este principio, con la *Freedom of information act* (FOIA) de los Estados Unidos, a la que habría que añadir la *Ley de acceso a la información* del Canadá, la cual establece todo un régimen legislativo para que las personas obtengan documentos e información en manos del gobierno. Es de señalar que en el Canadá la ley en mención es administrada por un Comisionado de la Información. Estableciéndose así un régimen similar al de los comisionados de control de las leyes de la *privacy* en la Europa Continental y en Inglaterra.

Tanto en la legislación norteamericana como la canadiense de acceso a documentos en manos del gobierno, encuentran su contrapartida en la *Privacy act* y en la *Ley de protección de la información privada* respectivamente.

En el constitucionalismo latinoamericano se encuentra abriendo camino este derecho: para el caso la Constitución de Guatemala de 1985, así en el artículo 30 del Título II: Derechos Humanos, Capítulo I: Derechos Individuales, reconoce el principio de publicidad de los actos administrativos en los términos siguientes:

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares, o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

La *Constitución de la República del Paraguay* de 1992 en su artículo 28 trata del Derecho de Informarse y, al respecto, en sus incisos pertinentes establece:

Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime.

Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.

Más específica la *Constitución Política de Colombia* de 1991, norma en su artículo 74:

Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

Y la Constitución del Brasil de 1988, en su artículo 5, numeral XXXIV garantiza:

- b) la obtención de certificaciones en oficinas públicas para la defensa de derechos y el esclarecimiento de situaciones de interés personal.

No resulta ocioso recordar por su amplitud la correspondiente norma Constitucional Española de 1978, la cual garantiza en el artículo 105-B:

El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Ya señalamos a página 185 de este trabajo, que:

Visto con detenimiento este derecho, tal como aparece en la legislación de los Estados Unidos y Canadá, como en las constituciones latinoamericanas que lo acogen, tratan del derecho universal de recibir información, sino de un derecho público subjetivo concreto y determinado de acceder directamente a los archivos, documentos y reuniones del gobierno y, en su caso, de obtener reproducciones de los documentos.

Si marcamos diferencias de este derecho con el derecho a la información, veremos en primer lugar que éste último, al menos en su aspecto esencial de derechos del público a recibir información, o sea una especie de derecho social que no contiene un derecho subjetivo concreto que se puede hacer valer contra el Estado o contra los medios, aunque en el llamado genéricamente derecho a la información si se dan situaciones en las que se reconocen derechos subjetivos como en el caso del Derecho de Rectificación o Respuesta.

Por su lado el derecho a obtener información en manos del gobierno si otorga un derecho concreto a exigirle al Estado una conducta determinada; derecho por otro lado plenamente protegible mediante acción judicial.

Profundizando un tanto en este derecho a la publicidad administrativa o mejor dicho a la administración, diríamos: teleológicamente es un derecho de defensa del sistema

democrático y republicano, pues nos permite estar informados de la conducta pública para controlarla y tomar decisiones es un derecho que debe ejercitarse mediante un actuar del ciudadano o sea, o sea requiere una petición.

Procede en relación con informaciones personales del peticionario como en relación con cualquier información de actos públicos o del gobierno que tengan un interés general. Sólo procede en relación con información en manos del gobierno, por consiguiente no es ejercitable contra particulares o contra grupos de poder.

La información o documentación que se obtenga en principio no produce efectos probatorios, salvo que en casos específicos las leyes se lo concedan, como es el caso de la obtención de certificaciones.

Por último, los intereses en juego y por consiguiente a ser armonizados son: el encontrar un ecuánime balance entre la necesidad de confidencialidad del gobierno y el de la información del público y la prensa, amén de la promoción de la democracia.

Esta finalidad que determina el marco de la institución que nos ocupa ha marcado sus límites en los cuales al ser el Estado, por así decirlo, el sujeto pasivo de la relación jurídica que se entabla son diferentes de los trazados al derecho a la información, en relación con la vida privada y el derecho de acceso a la información personal. En el caso que nos ocupa, sus límites están fijados por razones de interés estatal: seguridad, defensa, secretos diplomáticos, de interés social: averiguación de delitos: o de interés de terceros: protección de la intimidad de terceros, datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Si bien en este último límite encontramos cierto paralelismo con el derecho de acceso a la información personal, es por así decirlo, sólo en el límite del respeto a la privacidad ante la información, pues en éste el caso de la publicidad administrativa, el límite nace cuando tratamos de obtener información de particulares en manos del gobierno, pues si se trata de información personal no se nos podría oponer como privado lo que es privativo nuestro, sino que tendría en su caso que acudirse a razones de seguridad estatal o social. Por otro lado, cuando se trata de información de interés personal en el cual podría haber hipótesis de documentos e informaciones personales, el derecho se agota en solicitarlo y, en su caso, obtener la información o su certificación, pero no comprende toda la gama de controles sobre nuestra información personal que reconocen las leyes de protección de datos personales y en concreto que se tutela judicialmente por el *habeas data*.

Planteado lo anterior volveremos a preguntarnos: ¿Cuáles son los problemas a resolver en una ley de protección de datos personales? ¿Cuáles son los intereses a conciliar? ¿Cuál es el valor fundamental a proteger?

Para contestar lo anterior es oportuno primero, aun a riesgo de parecer repetitivo, recordar algunas posiciones doctrinales para luego ver lo que podemos deducir del derecho positivo, tanto interno como internacional.

El publicista argentino Néstor Pedro Sagués, al tratar del amparo informático plantea así el problema: "Las novedades que plantea la informática han estimulado la necesidad de tutelar, aun constitucionalmente, al habitante frente a posibles ataques de aquella hacia

ciertos derechos constitucionales de la persona" (15).

Eduardo Novoa Monreal en su obra, varias veces citada, al respecto expresa:

Hay datos de la persona que figuran en registros públicos o accesibles al público y que se hallan entre los que podrán tenerse por parte de su vida privada, como una antigua condena, un reconocimiento como hijo natural, un registro como prostituta de muchos años atrás. La circunstancia de estar incorporados en registros o archivos que el público puede conocer, si se interesa en ellos y hacer las indagaciones correspondientes, podrá justificar sobre la base del ejercicio de un derecho al que directamente toma conocimiento de ellos, pero no debe llegar a ampararlo en el caso que los divulgue a otros muchos que lo desconocen. La razón de ello se enlaza en lo que antes se explicó, en relación con hechos privados que son conocidos por algunos o por algunos extraños pero son desconocidos por algún conjunto apreciable de ellos.

Esa es la razón por la que algunas legislaciones (la francesa, entre otras) ponen obstáculos y exigen justificaciones para la búsqueda de datos no personales dentro de los registros del estado civil.

Esta es también la razón de las inquietudes actuales en torno de las amenazas que para los derechos humanos puede tener el empleo de computadores para la recolección de datos personales de toda clase (16).

En este mismo orden de ideas ya vimos cómo en el proyecto del Walden en Inglaterra en 1989, uno de quienes lo apoyaban: Foster, apuntó por primera vez el problema de la protección de los datos personales memorizados en los ordenadores electrónicos. No olvidemos que el proyecto de Walden era encaminado a proteger lo privado de los peligros de los *mass media*.

Ya en el proyecto Baker sobre *Privacy* y ordenadores, según afirmación de Mario G. Losano, "se puede considerar cerrada la discusión sobre la *privacy* en general y se extiende el debate sobre la *privacy* de los datos memorizados en ordenadores electrónicos. La finalidad del proyecto de Baker es, en efecto prevenir la invasión de la *privacy* a través del abuso de la información computadorizada" (17).

Hasta aquí el objetivo legal se ha centrado en la determinación del riesgo y del valor más digno de salvaguardar la vida privada o *privacy*, para hacer una concesión a la terminología anglosajona. Pero el problema es mucho más amplio, pues sino bastaría simple y llanamente con prohibir el almacenar datos personales en bases de datos o en fichas manuales y en su caso imponer las correspondientes sanciones, sin que se necesitara toda una ley de protección de datos, por lo que es conveniente recordar algunos razonamientos dados por los mismos legisladores ingleses y agregar otros nuevos juristas de la misma nacionalidad, los que preferimos para el caso, pues lo plantean en toda su cruda realidad, sin embargo ni reticencias. Para lo anterior, volvamos a lo que nos cita Mario G. Losano al referirse a la intervención del Ministro del Interior, William Whitelaw, en 1983, dirigido a la Cámara de los Lores:

Si queremos continuar mejorando nuestra eficiencia y productividad y mantener

nuestra competitividad comercial y conservar los servicios que el gobierno presta a los ciudadanos, debemos garantizar el desarrollo de la industria, unida a la tecnología de la información. Este es el propósito del proyecto de ley ... para alcanzar este objetivo, el proyecto debe hacer dos cosas: asegurar a los ciudadanos que la memorización de informaciones personales se controle correctamente eliminando así todo malestar y desconfianza, que de otro modo obstaculizaría el uso de ordenadores para este fin; debe también proteger nuestro comercio internacional incluyéndonos gradualmente entre el creciente número de países europeos que tienen ya en vigor legislación protectora de este tipo.

Tiene que subrayarse el deseo de aislar Inglaterra (miembro de la Comunidad Europea) de sus socios comerciales. En efecto, la llamada cláusula de reciprocidad, contenida en casi todas las leyes europeas, prohíbe la exportación de datos personales, hacia países que no ofrecen adecuada protección. Inglaterra ... corría pues el riesgo de verse excluida del flujo transnacional de datos personales (18).

Y señala el mismo profesor Losano:

El 5 de julio de 1983, el Subsecretario de Estado, Lord Elton, comentaba así la segunda lectura del proyecto de ley: "Los señores lores recordarán que este proyecto se ha redactado con dos objetivos. El primero es proteger a los individuos frente a la amenaza proveniente del uso de informaciones erróneas sobre ellos o del abuso de informaciones correctas, memorizadas en ordenadores. El segundo objetivo es el de ofrecer esta protección de tal forma que nos permita satisfacer la *Convención del Consejo de Europa*, sobre protección de datos, y hacer posible de esta manera que nuestra industria informática participe plenamente en el mercado Europeo. En este contexto la elaboración de datos no es sólo una actividad autónoma" sino que constituye parte integral y esencial de la actividad de algunas empresas de grandes dimensiones que dan trabajo a muchos ingleses y que son parte esencial de la actividad económica nacional. El logro del primer objetivo asegurará a la opinión pública, a veces temerosa que los progresos en la tecnología de la información no son dañinos y que su difusión puede, incluso, beneficiarnos. El logro del segundo objetivo ayudará a realizar esta expansión. Otras empresas dependen del hecho de que fluyan libremente a través de las fronteras los datos relativos a sus propios clientes, a su personal y a sus administradores. La no ratificación de la convención impediría este flujo de datos y sería contrario a los intereses nacionales (19).

Por último, el mismo autor Losano ya tomando posición propia, expresa al comentar su propio proyecto de ley sobre la protección de los datos personales en Italia: "Toda ley sobre la intimidad de los datos personales impone normas que se añaden a las ya existentes de tutela de la intimidad, por ejemplo, las normas sobre el secreto profesional de la entidad, o bien el deber de fidelidad a la empresa. En efecto, dado que la informática ha ampliado la posibilidad de conculcar el derecho a la intimidad, es necesario extender la tutela otorgada y superar los límites tradicionales establecidos por las normas preinformáticas. Estas últimas, no obstante, conservan su pleno valor.

El objetivo de una ley sobre la intimidad no es limitar la circulación de los datos personales, sino más bien hacer transparente la circulación, evitando todo abuso.

Sus normas deben, por lo tanto, contrapesar y armonizar la tutela de los derechos fundamentales del individuo con las exigencias de una economía informatizada y supranacional (20).

En 1981, los Estados miembros del Consejo de Europa firmaron el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, en cuyo preámbulo establecen con claridad cuáles son los derechos e intereses que se busca armonizar con el Convenio:

Considerando que es deseable ampliar la protección de los derechos y libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal, que son objeto de tratamiento automatizado.

Reafirmando al mismo tiempo su compromiso en favor de la libertad de información sin tener en cuenta las fronteras."

Reconociendo la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de información entre los pueblos.

Ya vimos que la Constitución española de 1978, que junto con la portuguesa de 1976 son las dos únicas constituciones europeas que tratan a nivel constitucional el problema de la informática, en su artículo 184, emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos:

El mismo legislador español en la exposición de motivos de la Ley Orgánica del 25 de octubre de 1992, sobre Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. En dicha exposición de motivos el legislador hace una amplia exposición de las razones para establecer esta legislación de garantía. En lo más esencial y pertinente dice: "El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza antes desconocida. Nótese que él habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona, el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan un retrato de personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado... Ello es así porque hasta el presente las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio.

Uno y otro límite han desaparecido hoy: las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de la comunicación y acceder a ellos en apenas segundos... Los más diversos datos sobre la información, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado dinero plástico, sobre las relaciones personales, o incluso sobre las

creencias religiosas o ideológicas, por poner sólo algunos ejemplos - relativos a las personas, podrían ser así compiladas y obtenidas sin dificultad. Ello permitiría a quien dispusiere de ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas del comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de la persona ... se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, la protejan frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; la ley está animada por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información.

Y en relación con el flujo transfronterizo de datos que tanto preocupan al Convenio Europeo sobre la materia, el legislador español razona en la exposición de motivos:

Otras disposiciones de la parte especial que procede destacar son las atinentes a la transmisión internacional de los datos. En este punto, la ley transpone la norma del artículo 12 del Convenio 108 del Consejo de Europa, apuntando hacia una solución para lo que ha dado en llamarse flujo transfronterizo de datos. La protección de la integridad de la información personal, se concilia de esta suerte, con el libre flujo de los datos que constituye una auténtica necesidad de la vida actual de las que las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional pueden ser simples botones de muestra. Se ha optado por exigir que el país de destino cuente en su ordenamiento con un sistema de protección equivalente al español.

Termina esta exposición de motivos con la enunciación de un principio al que en más de una ocasión hemos transcrito al hacer citas sobre la materia, el que nosotros llamaríamos, tomándolo del lenguaje económico, principio del valor agregado en materia del desarrollo legislativo de derechos humanos: "el desarrollo legislativo de un precepto constitucional se traduce en una protección reforzada de los derechos fundamentales del ciudadano. En este caso, al desarrollar legislativamente el mandato constitucional de limitar el uso de la informática se está estableciendo un nuevo y más consistente derecho a la privacidad de las personas."

De todo lo hasta aquí expuesto, podemos sacar las siguientes conclusiones respecto a la problemática de resolver por las leyes de protección de datos personales:

Se trata de una legislación cautelar tendiente a dar una protección específica al honor, a la vida privada y a los demás derechos y libertades de las personas.

Esta protección se da contra el procesamiento de datos de carácter personal por medios informáticos generalmente, pero sin excluir otros medios mecánicos e incluso manuales.

Tratándose de datos personales la acción de protección le corresponde al titular de los mismos porque los datos le pertenecen, son lo más mío de lo mío; o lo más tuyo de lo tuyo.

Este derecho entra o puede entrar en conflicto con otros derechos aunque como vimos se trata de una cuestión de legitimidad, pero su limitación y lo que vuelve necesaria su institucionalización, más por razones de interés nacional relacionados con el progreso y con

intereses económicos y de desarrollo del correspondiente Estado y de competitividad e integración internacional por la comunicación de los datos. Es en el fondo en esta armonización de intereses que el legislador cede ante la realidad de la tecnología informática, pero para mantenerse el equilibrio refuerza, por así decirlo, la protección a la vida privada, principalmente.

Aunque estas leyes se encuentran dentro del campo del derecho objetivo de la información, se distinguen de otros derechos subjetivos como son el derecho a la información y el derecho a informarse de los actos públicos de gobierno, tanto en sus fines, en los conflictos de intereses a resolver, en su contenido y en los medios tecnológicos usados.

A diferencia del derecho a la información o libertad de prensa que están plenamente constitucionalizados, y del derecho a acceder a los actos de gobierno que también lo están, siendo ambos derechos, además inherentes al Estado democrático de derecho. El derecho a la información personal o mejor dicho el derecho a recabar información personal sea por computadoras u otros medios, no lo está, por lo que en ningún caso puede hablarse de superioridad jurídica desde el punto de vista del derecho objetivo o de un derecho a recabar información sobre otros con fines a condenarles al efecto de obtener criterios y conclusiones, muy por el contrario cuando se constitucionaliza y se hace referencia a datos personales o a principios informáticos es para limitarlos en su recolección, almacenamiento y distribución y para proteger la vida privada y otros derechos, incluso la libertad e implícitamente el sistema democrático en contra de los abusos que puedan provenir del indebido uso de los bancos o bases de datos.

Véase al respecto el Convenio Europeo, la Constitución española, la portuguesa y en latinoamericanos del Brasil, Paraguay, Guatemala, Colombia, Argentina, Perú, Bolivia y Ecuador.

Consecuencia de lo anterior es que en este campo los derechos individuales ceden menos para mantener la armonía y, si la prensa tiene por límite lo justo y razonable ante la vida privada, lo que usualmente se califica *a posteriori*; la transparencia administrativa tiene por límites la seguridad nacional y estatal, el interés público e incluso el respeto a la privacidad cuando la información en manos del Estado es concernida a terceros; tratándose del acceso de terceros a datos personales con el fin de difundirlos, el umbral de la intimidad se mantiene prácticamente incólume y su gran principio rector es el consentimiento de la persona identificada o identificable o lo que se ha denominado el principio de autodeterminación informativa.

2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN AMÉRICA

A página 184 de este informe aparece la cita de la posición del doctor Jonathan Fried, miembro del Comité, al referirse a los límites del estudio sobre derecho de información que, originalmente, se encargó al relator. En su carta el doctor Fried señaló que en el contexto de la OEA, los tópicos más pertinentes para estudio son: a) La ley que rige el acceso a la información en manos de gobierno; y b) La ley que protege la reserva de datos personales proporcionados al gobierno.

Al respecto decía:

Es obvio que estos dos objetivos hasta cierto punto se oponen entre sí. Por una parte, los ciudadanos en una sociedad democrática deben tener derecho a velar por que el gobierno elegido rinda cuenta al electorado y, por otra parte, piden tener acceso a la información de gobierno de manera de estar informados acerca de la actividad del mismo. En Canadá, la *Ley de acceso a la información* establece un régimen legislativo para que la persona obtenga documentos en manos del gobierno. La ley es administrada por el Comisionado de la Información de Canadá ... El régimen estadounidense equivalente se base en la *Ley de información*.

Por su parte, la ciudadanía tiene el derecho a esperar que la información personal proporcionada al gobierno sea manejada con discreción y sea protegida contra su revelación. Información como las de declaraciones de impuestos de renta, solicitudes de préstamos gubernamentales, documentos de empleo e información similar en manos de uno u otro organismo del gobierno debe ser protegida en forma adecuada, tanto contra la revelación pública como contra el acceso de personas no autorizadas. En Canadá, la *Ley de protección de la información privada* establece un régimen legislativo para proteger el derecho de la persona a la reserva. La ley es administrada por el Comisionado de Protección de Canadá.

Ya vimos que en los Estados Unidos el tratamiento es similar: oponer el acceso del público a la información en manos del gobierno incluso la personal, y en otra ley, la protección a la información personal para mantener su privacidad.

Recordamos cómo este derecho del público al acceso a los archivos del gobierno de Estados Unidos está íntimamente ligado a los escándalos de la guerra del Vietnam y de Watergate.

En Estados Unidos se ha seguido el sistema de promulgar varias leyes para ir mejor protegiendo los derechos en los casos concretos. Lo que en doctrina se llama *Sector by sector* en contraposición al concepto de ley única contentiva de todas las situaciones o sea las llamadas *Omnibus act*.

Así, en 1970, aprobó el Congreso el *Fair credit reporting act*, orientaba a proteger los clientes de las sociedades de crédito frente al uso indebido de la información contenida en sus bancos de datos. En 1974, dictó la *Privacy act*, cuyo núcleo, según expresión de Antonio Enrique Pérez Luño,

...reside en la protección de los individuos frente al asalto de su intimidad por los sistemas de acopio o almacenamiento de datos derivados del uso de la tecnología informática por las agencias federales, es decir, en bancos de datos de la Administración Federal (21).

Para defender a los ciudadanos ante estas posibles injerencias en su intimidad la *Privacy act* garantiza el derecho de información y acceso de las personas a aquellos datos que les conciernen, así como las facultades de rectificar las informaciones erróneas y cancelar las indebidamente procesadas.

También se promulgó la *Right to financial privacy* en 1978, para la tutela de la intimidad financiera y una *Privacy protection act* de 1980.

El modelo norteamericano, a diferencia de los sistemas europeos e incluso del canadiense carece de una magistratura o institución especializada en el control de la aplicación de las leyes sobre *Privacy*, debiendo dirigir sus quejas las personas concernidas a los tribunales ordinarios.

En el Canadá, la ley de *Acceso a la información* otorga a los ciudadanos canadienses, así como a cualquier persona o corporación residente en Canadá, el derecho a tener acceso a los archivos federales que no son de índole personal.

Por su parte, la *Ley de Privacidad* otorga a los ciudadanos canadienses y a las personas presentes en Canadá el derecho a tener acceso a la información que sobre ella se tiene en los archivos federales. También protege contra la publicidad no autorizada de datos personales, además controla estrictamente la forma en la cual el gobierno recolecta, usa, archiva, revela y elimina la información personal.

Nótese que tanto en el sistema norteamericano como en el canadiense, se trata solo de informaciones en manos del gobierno, por lo que la situación se bifurca en una ley de acceso y una ley de privacidad de los datos personales.

Ya señalamos que en Europa las limitaciones a la informática como una forma de proteger los derechos humanos, las encontramos en las constituciones de Portugal de 1976, y de España en 1978. El resto de Estados ha optado por el desarrollo vía legislativa, partiendo en la mayoría de los casos del modelo de la *Convención para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal* de 1977.

Nos permitimos nuevamente, reproducir ambas disposiciones constitucionales, a efecto de facilitar el acceso a las fuentes jurídicas, por ser este estudio ante todo un instrumento de trabajo por lo que es conveniente tener las herramientas a mano.

La Constitución portuguesa de 1976, la primera en otorgar categoría constitucional a las normas de protección de datos, al respecto en su artículo 35, establece:

1. Todos los ciudadanos tienen derecho a tener conocimiento de lo que consta en registros mecanográficos respecto a ellos y del fin a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización.
2. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referente a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de procesamiento de datos no identificativos con fines estadísticos.
3. Está prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.

La Constitución española de 1978 en su artículo 18, numeral 4, ordena:

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

De acuerdo con la tradición latinoamericana de constitucionalizar todos los derechos y garantías que considera fundamentales, varias de sus constituciones tienen normas para garantizar al hombre en relación con los peligros de la informática.

La primera en el tiempo es la *Constitución Política de la República de Guatemala* de 1985, en su Artículo 31:

Artículo 31. Acceso a archivos y registros estatales

Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

Lamentablemente la Constitución guatemalteca limita la protección o acceso a la información personal a los archivos, ficheros y registros estatales, pero eso, a nuestro juicio, no obsta para que a nivel de ley secundaria se amplíe tal protección en relación con las bases de datos en manos de particulares, dada la propia naturaleza de los derechos humanos y a que la misma Constitución en su artículo 44 establece expresamente:

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana

Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

Cronológicamente, a menos a nivel constitucional le sigue la *Constitución de la República Federativa de Brasil* de 1988.

En efecto la Constitución brasileña en su artículo 5, dentro del Título II, *Derechos y garantías fundamentales* y en su Capítulo I, *De los derechos individuales y colectivos* después de reconocer como principios básicos que:

Artículo 5

Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y propiedad en los siguientes términos;

y en su numeral LXXII, a continuación del reconocimiento de las garantías constitucionales del *Habeas Corpus*, del *mandado de segurança* y del *mandado de injunção*, manda:

LXXII. Se concederá *Habeas Data*:

- a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que constan en registros o bancos de entidades gubernamentales o de carácter público;

- b) para rectificación de datos, cuando no se prefiere hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo.

El constituyente brasileño tiene el mérito de no sólo haber reconocido la existencia de un derecho subjetivo a conocer y rectificar los datos personales del impetrante que conste en registros o bancos de datos gubernamentales o en manos de particulares, siempre que sean de carácter público, reconociendo con esto que no es tanto la titularidad del banco o registro lo que importa, sino la posibilidad de conculcar derechos de terceros, sino que crea su garantía de defensa específica: el *Habeas Data*.

El término del *Habeas Data* como medio judicial constitucional para la protección de los datos personales se ha generalizado desde entonces, y no obstante las críticas que se han hecho desde el punto de vista gramatical y técnico es indiscutible que el término ha vendido una nueva institución al grado que en este tiempo *Habeas Data* y protección de datos se confunden.

Gran parte del acierto consiste en su similitud en denominación, con las lógicas diferencias en contenido, con el añejo recurso de exhibición personal o *Habeas Corpus*, si bien éste tiende a que se "traiga el cuerpo" el *Habeas Data* a que se "traían los datos".

Aunque en la norma constitucional brasileña los derechos públicos subjetivos que se enumeran son los de conocer y rectificar las informaciones del impetrante, pensamos, que en cuanto el objeto de rectificar es lograr la veracidad, esto no se opone a que se reconozcan como implícitos otros derechos como para el caso el de actualizar las informaciones, con base en el principio de la interpretación extensiva en materia de derechos humanos, amén de que en el mismo artículo 5 de la Constitución de Brasil, en su numeral LXXVII, se expresa:

LXXVII. Son gratuitas las acciones de *Habeas Corpus* y *Habeas Data* y en la forma de la ley los actos necesarios al ejercicio de la ciudadanía:

1. Las normas definidoras de los derechos y garantías son de aplicación inmediata.
2. Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su Capítulo de *Derechos fundamentales* en un sólo artículo une los derechos de la personalidad, concretamente el derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, con el derecho de acceso y control de datos personales estableciendo así la total vinculación entre protección de derechos humanos y protección de datos como garantía tanto sustantiva como adjetiva de los primeros:

Artículo 15

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido

sobre ellas, en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetará a la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución...

Por otro lado, el artículo 85 de la Constitución colombiana reconoce como de aplicación inmediata los derechos consagrados entre otros, por el artículo 15 que hemos transcrito.

En su artículo 94 desarrolla también el principio de la enumeración constitucional no taxativa de derechos humanos.

Artículo 94

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ellos.

Es de señalar que a la fecha no existe en Colombia una ley de protección de datos personales, por lo que la tutela de los mismos se verifica vía judicial, con base en el amparo constitucional o acción de tutela reconocido por el artículo 95 de la Constitución.

Sumamente ilustrativa e interesante resulta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, Corte Constitucional, que nos demuestra como por vía judicial se puede ir creando toda una serie de precedentes que pueden servir de base a una normativa completa sobre el dato informático/*Habeas Data*, más adelante volveremos sobre lo mismo.

Pero lo que nos interesa señalar desde ahora, en vista de los precedentes judiciales colombianos que tuvo la gentileza de proporcionarme el excelentísimo Embajador de Colombia en El Salvador Doctor Don Tito Nosquera Irurita, es que la carencia de ley secundaria no es un obstáculo insuperable para no tutelar derechos fundamentales sobre todo, si estos aparecen en la Constitución como en los tratados, se reconoce el principio de su auto aplicabilidad o aplicación directa e inmediata, se tienen mecanismos procesales como el amparo, o la acción de tutela y se reconoce el principio de la enumeración no taxativa de derechos, haciendo una acción coordinada e inteligente entre los mismos, como en el caso de la Corte Constitucional colombiana.

No es ocioso recordar que en Colombia se han realizado estudios o propuestas de protección de la persona en contra de los peligros de la información automatizada, como es el caso del estudio elaborado por la Universidad de Los Andes de Bogotá, la cual creó un proyecto de ley sobre la materia.

La Constitución Nacional de Paraguay de 1992, en su Capítulo 12: *De las garantías constitucionales*, las cuales se establecen según lo dispone su artículo 131: "Para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución", reconoce expresamente el *Habeas Data*.

Artículo 135. Del *habeas data*

Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre si misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como

conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad, podrá solicitar ante el Magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Al aparecer en la Constitución paraguaya el *Habeas Data* dentro de las garantías constitucionales, junto con la inconstitucionalidad, el *Habeas Corpus* y el Amparo, nuestro instituto jurídico se nos presenta como una acción constitucional específica para defender derechos frente a un poder concreto: el informático.

No sobra, por lo demás, recordar que la Constitución paraguaya recoge en su artículo 45 el principio de los derechos no enumerados.

Artículo 45. De los derechos y garantías no enunciados

La enumeración de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la personalidad humana no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menos cabar ningún derecho o garantía.

La Constitución del Perú de 1993, en el Capítulo 1 del Título I, *Derechos fundamentales de la persona*, norma:

Artículo 2

Toda persona tiene derecho:

6. A que los servicios informáticos, computadorizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Y en su Título V, *De las garantías constitucionales*, su artículo 200 norma:

Artículo 200. Son garantías constitucionales:

3. La acción de *Habeas Data*, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución.

Más adelante, en su artículo 202, nos señala:

Artículo 202. Corresponde al Tribunal Constitucional:

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones, denegatorias de *Habeas Corpus*, Amparo, *Habeas Data* y Acción de cumplimiento.

Por lo expuesto en el artículo 200 numeral 3, hay que volver al artículo 2, incisos 5, 6 y 7 de la misma Constitución para ver los derechos garantizados por el *Habeas Data*.

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

5. A solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad personal.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computadorizados o no, públicos o privados no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar.
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal o familiar, así como a la voz y a la imagen propia.

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este lo rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

No podemos terminar esta amplia cita de la Constitución peruana sin añadir que también incluye el principio de no exclusión de otros derechos:

Artículo 3

La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Nestor Pedro Sagués, refiriéndose a la amplitud del *Habeas Data* peruano y concretamente a su procedencia, cuando se vulnera o amenazan los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución, comenta:

Estos últimos se refieren a distintos rubros. Por un lado al derecho genérico a la información, a obtener de cualquier entidad pública en el plazo legal, con excepción de las informaciones que afecten la intimidad personal y las excluidas por ley o por razones de seguridad nacional. Añade el inciso 5 que el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido de Juez, del Fiscal de la nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a la ley. El inciso 6 del artículo 2, enuncia el derecho a "que los servicios informáticos computadorizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar". Finalmente el inciso 7 enuncia el derecho "al honor y a la buena reputación, a la intimidad familiar y personal así como a la voz y a la imagen propia", así como el derecho de réplica también llamado de rectificación o respuesta.

Una apreciación global del *Habeas Data* peruano conduce a afirmar que tiene un radio de acción decididamente amplio, probablemente excesivo. Para empezar engloba al derecho de réplica, instituto que es decididamente distinto del *Habeas Data*. Este pecado conceptual, dicho en favor del constituyente peruano, no fue original: ya lo había cometido la ley 2384 de la Provincia Argentina de Río Negro.

Por lo demás, el *Habeas Data* tiene por meta natural proteger a las personas de los excesos del poder informático y no, en términos generales, por cualquier lesión que se infiera, por cualquier medio, a su honor, privacidad o propia imagen, o a la intimidad familiar o la voz.

Para decirlo más claro y como su nombre lo indica, el *Habeas Data* es un amparo especial referente a datos (y a "Datos registrados en bancos o bases de datos").

A raíz de la amplitud de sus términos el *Habeas Data* peruano ha hecho preguntarse a muchos sino podría emplearse para imponer, so pretexto de tutelar el honor y la privacidad, la censura previa a periódicos, radio emisoras y canales de televisión. Una errónea interpretación del inciso cinco del artículo 2 de la Constitución, cuando menciona a los "Servicios Informáticos" como sujetos posibles, mediante el *Habeas Data*, de no suministrar información ha permitido auspiciar aquella hipótesis de la censura previa.

Sin embargo, hay que distinguir entre "Servicio Informático" o "Servicio Informativo". La Constitución cuando menciona a los primeros habla claramente de los servicios informáticos "computadorizados o no". Es decir, a bancos de datos. No alude a medios de comunicación.

Paralelamente el inciso cuatro del artículo 2 de la nueva Constitución excluye enfáticamente cualquier clase de censura previa, autorización para ejercer la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento con lo que según una interpretación orgánica y sistemática de la Constitución, cualquier programación del *Habeas Data* en tutela de los derechos de los incisos 5, 6 y 7 del mencionado artículo 2, debe compatibilizar con la directriz de no "censura" del inciso 4 del mismo artículo.

De todos modos el caso peruano evidencia la necesidad de reducir al *Habeas Data* a sus objetivos propios: "Acceder, actualizar, rectificar, excluir (en su caso) información y reservarla algunas veces en virtud del principio de confidencialidad; y no inflacionarlo con otros propósitos o en protección de otros derechos, para lo cual está la acción de amparo general (22).

Participamos de lo expuesto por tan distinguido jurista argentino con el agregado que en el fondo yace una tendencia muy propia del legislador latinoamericano: su entusiasmo ilimitado con las nuevas instituciones, pero también señalamos la salvedad de que no nos podemos escapar a esta tendencia o mejor dicho imperativo tecnológico y nos preguntamos si el *Habeas Data* no sería también el mejor instrumento para exigir la entrega de documentos en manos del gobierno cuando éste se niega a hacerlo y sobre todo cuando estos encierran un interés personal aún cuando no sean computadorizados, ni consten en bancos de datos.

La Constitución de la nación Argentina de 1994, a su normativa tradicional, agrega un Capítulo Segundo: *Nuevos derechos y garantías*, y así en su artículo 43 al normar el Amparo, dice:

Artículo 43

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de Amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso el Juez podría declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo, y las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los destinados a proveer informes y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de la fuente de la información periodística.

Es de notar como en el constitucionalismo latinoamericano poco a poco se va ampliando no tanto el objeto del *Habeas Data*, sino sus efectos de control en relación con los datos personales, amén de la clara tendencia a controlar no sólo la información en manos del gobierno sino de particulares cuando concierne a personas ya sea naturales o jurídicas.

Así en el constitucionalismo argentino la legitimación activa la tienen tanto las personas físicas como las jurídicas; y la legitimación pasiva el Estado o los particulares (banco de datos personales); su medio procesal es el Amparo; comprende la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de datos personales. No se dice nada sobre si por bancos de datos se entienden sólo los automatizados o manejados por ordenadores automáticos o si se comprende también la automatización mecánica y aún las fichas manuales. Nosotros nos manifestamos más por esta última opción, pues es claro el telos de la normativa argentina de dar una protección amplia a la persona poniendo más interés en evitar cualquier arbitrariedad o ilegalidad que vulnere o amenace vulnerar derechos siendo la informática en el fondo un medio técnico, pero por su naturaleza puede acrecentar el peligro, pero que no excluye a los otros.

Sucede en este campo que por momentos parece que es el medio técnico y los datos en si lo que es el objeto directo de la regulación jurídica, y no los derechos y libertades de las personas. En efecto, la computadora ejerce en si un poder de seducción y atracción que por ratos los podríamos comparar a los cantos de sirena para atraer a los navegantes. Es al navegante al que debemos proteger, no obstante lo anterior, pensamos que quizás lo fundamental del peligro contra las personas se nos olvida, pues si bien los ordenadores automáticos permiten vulnerar la vida privada y otros derechos similares, el principal peligro se encierra en que al monopolizar la información y al acceder a más datos y de un mayor número de personas, se logra el control no sólo de un individuo, sino de una colectividad haciendo nugatoria la libertad misma y por ende pudiendo manipular la sociedad a favor de grupos de interés que tengan el monopolio informático. Pensamos que éste es el peligro fundamental que se debe tratar de prevenir en una normativa de protección de datos, la que debe ser además de protección de libertades y del sistema democrático. Así a nivel

constitucional, pensamos que es esta preocupación la que tuvo el constituyente portugués al prohibir atribuir un número nacional único a los ciudadanos.

Pero volviendo al constitucionalismo argentino, es de señalar que la normativa constitucional de la nación argentina de que nos hemos ocupado, es la culminación de un proceso constitucional que se inicia en sus provincias. Así, la Constitución de Córdoba (artículo 50); San Luis (artículo 21); Jujuy (artículo 23); Río Negro (artículo 20).

Por último es de señalar que la Constitución argentina dispone en su artículo 33:

Artículo 33

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos o garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

El último hito en la constitucionalización de la protección de datos personales lo constituye el proyecto de la reforma a la Constitución Política de la República del Ecuador del presente año, así en su sección segunda, *De las garantías de los derechos, párrafo III del Habeas Data*.

Artículo....

Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre si mismo o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como conocer el uso que se haga de ellos y su finalidad.

Igualmente podrá solicitar ante el funcionario o juez competente la actualización, rectificación, eliminación o anulación de aquellos si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Se exceptúan los documentos reservados por razones de seguridad nacional.

3. ENFOQUE METODOLÓGICO

Antes de seguir adelante y teniendo como objetivo el establecimiento de una normativa de la protección de la información y de datos personales a nivel interamericano, se impone determinar el camino a seguir para lograrlo, las herramientas y medios de que disponemos para determinar el contenido, el alcance y los límites de una convención internacional sobre la materia.

En primer lugar, partiremos de la incuestionable afirmación que una ley de protección de datos personales cae dentro del campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por consiguiente, estaremos condicionados por su especial teleología, por sus características, sus principios y sus particulares medios de interpretación.

No obstante que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos surgió como una nueva rama del Derecho Internacional, recién terminada la Segunda Guerra Mundial "destinada a establecer una suerte de orden público entre los Estados en beneficio de la

persona humana", según feliz expresión de Daniel O'Donnel (23).

Este se encuentra actualmente en franca expansión, tanto por el gran número de tratados y declaraciones sobre el mismo, como por la constitucionalización de los derechos fundamentales y sus principios influidos por el Derecho Internacional; al mismo tiempo que la norma constitucional se proyecta en los tratados creándose una interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos como bien lo señala el distinguido jurista Antônio Cançado Trindade, quien al comentar el actual constitucionalismo latinoamericano expresó: "Las constituciones latinoamericanas anteriormente citadas, reconocen así la relevancia de la protección internacional de los derechos humanos y dispensa atención y tratamiento especial a la materia. Reconociendo que la enumeración de dichos derechos no es exhaustiva o supresiva de otros descartan de este modo el principio de interpretación de las leyes *Inclusio inius est exclusio alterius*. Es alentador que las conquistas del derecho internacional en favor de la protección del ser humano venga a proyectarse en el derecho constitucional enriqueciéndolo, y demostrando que la búsqueda de protección cada vez más eficaz de la persona humana encuentra guarida en las raíces del pensamiento tanto internacionalista como constitucionalista" (24).

Sin perjuicio de volver más adelante sobre este principio de la no enumeración taxativa, supresiva o excluyente en materia de derechos humanos, la que lleva al principio de interpretación extensivo, expansivo o progresivo de los mismos y que aparece en el constitucionalismo americano con anterioridad al europeo, y a las declaraciones y convenciones internacionales y regionales, lo que interesa es llamar la atención sobre la interacción o si se quiere interpenetración del Derecho Internacional y del Derecho interno en este campo, al grado que la concepción dualista que considera al Derecho Internacional y al Derecho interno como dos sistemas de derecho separados y que no pueden confundirse, dado que ambos sistemas jurídicos tienen según esta doctrina, objetivos distintos o fuentes diferentes; amén de que en el Derecho Internacional no existen órganos capaces de hacer cumplir la ley. Ha venido cediendo, ante el desarrollo del Derecho Internacional y particularmente del de los derechos humanos en la post guerra. Todo lo anterior, ha permitido a Daniel O'Donnel rechazar la diferencia señalada, así:

En primer lugar, en cuanto a la supuesta diversidad de sujetos, es tan erróneo afirmar que el Derecho Internacional rige únicamente la conducta de Estados, como creer que el Derecho interno rige únicamente la conducta de individuos. Regir la relación entre el Estado y los individuos que se hallan bajo su jurisdicción es, justamente, la razón de ser del nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos una rama de derecho tan avanzada que muchos tratadistas no dudan en afirmar que el individuo ha llegado a ser sujeto de Derecho Internacional. (25)

Más adelante concluye: "Los monistas rechazan la separación radical entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, postulado por los dualistas, afirmando que ambos aspectos del derecho se entrelazan y forman dos componentes o aspectos de un ordenamiento jurídico único" (26).

Por su lado, y complementando lo anterior, Antônio Cançado Trindade, en su obra citada, concluye:

Los fundamentos últimos de la protección de los derechos humanos trascienden

el derecho estatal, y el consenso generalizado formado hoy en torno a la necesidad de la internacionalización de su protección, corresponde a una manifestación cultural de nuestros tiempos, jurídicamente viabilizada por la coincidencia de objetivos entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en lo que concierne a la protección de la persona humana.(27)

Esta coincidencia de objetivos nos lleva desde luego a una coincidencia de las fuentes, así, G. J. Bidart Campos, citado por el mismo Cançado Trindade, nos habla de : "Una fusión concertada de las fuentes, internacionales e internas, en lo que concierne a la normatividad de los derechos humanos" (28).

Esta coincidencia de objetivos y fuentes nos trae como lógica consecuencia que los principios básicos que rigen un "Derecho" de los derechos humanos, son prácticamente los mismos en el Derecho Constitucional interno y en el Derecho Internacional, y desde luego, que las técnicas de interpretación sean similares por no atrevernos a decir idénticas.

Todo lo anterior trae desde luego efectos prácticos importantes, pues en la medida en que los derechos a proteger son los mismos o los conflictos a resolver o los intereses a armonizar semejantes las soluciones sean nacionales, regionales e internacionales no pueden ser muy diferentes sobre todo en materia de derechos humanos cuya tendencia actual es hacia su total internacionalización y mucho menos si se trata de derechos humanos específicamente determinados. Dicho lo anterior en términos más claros: ni desde el punto de vista jurídico, ni práctico ni razonable hay por que buscar razones diferentes a problemas idénticos, sobre todo en aquellos casos en los que la reacción normativa está estrechamente condicionada, como en el caso que nos ocupa. En estas situaciones no hay nada de exótico. Ni siquiera podemos distinguir, en principios aplicables a cualquier región del mundo de "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas", "para hacer referencia a la peyorativa disposición del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al reconocer las fuentes del derecho a ser aplicados por el tribunal. No tomar en cuenta lo anterior, o puede ser simple ignorancia, o petulancia por parecer diferentes y originales, mal desgraciadamente común en los redactores de instrumentos internacionales y disposiciones constitucionales. Todo lo anterior debe tomarse como debe de tomarse todo, dentro de límites razonables pues no es absoluto y ya sabemos que toda disposición tiene su propio clima, así, tratándose de leyes de protección de datos personales en latinoamérica puede tener mucho más sentido que en Europa el incluir no sólo los bancos de datos automatizados, sino las fichas manuales debido al distinto desarrollo, en igual sentido disposiciones antimonopólicas, pueden ser necesarias un instrumento interamericano con base en la notoria desigualdad entre los países del continente. Lo anteriormente señalado vale también en cuanto a la necesidad de armonizar las disposiciones de derechos humanos que tutelan un mismo bien jurídico.

En todo lo anterior, subyace un principio de nivelación ya que en materia de derechos y libertades sólo podemos lograr la igualdad entre los hombres con la uniformidad internacional de las normas de su aplicación y de su interpretación.

Todo lo señalado nos conduce a concluir que no podemos plantearnos una metodología de trabajo de integrar un complejo normativo puramente americano sobre el acceso y la protección de los datos personales en los bancos, registros o archivos automatizados o manuales, instrumentos que al fin de cuentas no es más que el enunciado de regulaciones y

reconocimiento de nuevos derechos o garantías, tanto en el plano sustantivo como adjetivo, los cuales por otro lado son mecanismos de defensa y si se quiere de armonización de otros derechos fundamentales pre-existentes: concretamente, la vida privada, el honor, la imagen y en general cualquier derecho o libertad susceptible de ser atacado u obstaculizado en especial por la informática, acudiendo a fuentes puramente americanas, pues estas amén de ser insuficientes nos llevarían a una percepción puramente regional de algo que por su naturaleza es internacional. No hay una tecnología de tratamiento automatizado de datos de carácter regional, especial para cada región de la tierra. Incluso tratándose de derechos y valores a salvaguardar la diferencia tiende a irse limitando.

Por todo lo expuesto, el Derecho Comparado nos proporciona una buena herramienta para el trabajo del tema y en ese sentido resulta vital el comentario de lo estrictamente pertinente, en cuanto es relevante para el tratamiento global de derechos de: *La Declaración universal de derechos humanos* de 1948, y del *Pacto internacional de los derechos civiles y políticos* de 1966; esto en el campo no sólo global sino que internacional. En el campo global, pero regional veremos, la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* de 1948, y la *Convención americana sobre derechos humanos* de 1969.

Quisiéramos partir en este momento del reconocimiento de un principio básico, ya señalamos que, las leyes de protección de datos personales, son instrumentales, en el sentido de que sus normas van encaminadas a proteger derechos pre-existentes y reconocidos tanto en el orden interno como en el internacional, en el presente caso para repetir lo expuesto por el constituyente español, se limita la informática:

Para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Por su parte, el constituyente portugués expresa: "Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos, y de la finalidad a que se destinó la información y podrán exigir la rectificación de los datos así como su actualización.

Por lo que antes de proceder al estudio de los instrumentos internacionales citados, es pertinente hacer algunas precisiones terminológicas:

Cuando la Constitución o el Tratado mencionan la vida privada, el honor, la intimidad u otros derechos se refieren a derechos sustantivos o a derechos públicos subjetivos que valen por si mismos o sea que se protegen por su propio valor y no como un medio al menos directo de defensa de otros derechos.

Cuando se habla del Amparo o en su caso del *Habeas Data* se refiere al derecho adjetivo o si se quiere a instrumentos procesales, sean administrativos o jurisdiccionales. Pero a nuestro criterio, hay una tercera categoría de derechos que podríamos llamar derechos-garantía, los que sin perder su naturaleza de sustantivos sólo adquieren sentido en cuanto instrumentos de protección u otro derecho preexistente, tal es el papel para el caso, del derecho a tomar conocimiento de datos personales a conocer su finalidad, a actualizarlos, rectificarlos, cancelarlos, o darle medida a su publicidad, los cuales por medio de instrumentos procesales, típicamente por el *Habeas Data* tutelan el derecho a la vida privada de otros derechos y libertades.

Ya dijimos anteriormente que tratándose de la vida privada, la regla es su respeto y su

conocimiento y divulgación la excepción. Que el umbral de esta excepción se amplía o restringía según el interés o el derecho con el que estaba en conflicto y que así como tratándose de la libertad de prensa que es un derecho constitucionalizado, el umbral se restringía ante el justo interés público, tal situación no se deba o se daba en menos medida ante el fenómeno informático en el que por regla general sólo se podía tener acceso a la vida privada y su entorno para memorizarla en ordenadores o equivalentes, mediante el consentimiento del interesado. Entre otras cosas señalamos que no hay un derecho reconocido en las constituciones a obtener, memorizar y divulgar datos ajenos y que por el contrario, los medios constitucionales o legislativos dan normas para proteger la vida privada principalmente y otros derechos y libertades contra los abusos de la informática. La *Declaración universal de los derechos del hombre* de 1948, en su artículo 12, reconoce por primera vez de manera expresa en un instrumento internacional, el derecho a la vida privada en los términos siguientes.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honor o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

La *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, también de 1948, por su lado expresa:

Artículo 5

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Nótese que en ambas declaraciones se reconoce el derecho a la vida privada y otros, sin ambages ni reticencias y además, se ordena al legislador protegerlo contra lo arbitrario y contra los ataques.

Lógicamente, tratándose del reconocimiento en general de un derecho en una declaración global sobre la materia no se podía entrar en detalles sobre los distintos medios de agredirlo por lo que se acudió al concepto de la injerencia arbitraria (que comprende desde luego lo ilegítimo), y se prohibió todo ataque a la honra o reputación ya que se estimó que tal abuso no puede ser legitimado bajo ninguna circunstancia.

Si bien acudimos no sólo a la *Declaración Americana*, sino también a la *Universal*, esto lo hacemos con base en las siguientes valoraciones: primeramente, los Estados Americanos, posiblemente todos, son partes en ambos instrumentos internacionales y si bien en el Derecho Internacional general, el distintivo de las declaraciones es precisamente no ser obligatorias, esto es cuestionable en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al menos en relación con ambas declaraciones, los que por otro lado, tanto por la generalidad de los Estados parte en las declaraciones, por la práctica de los mismos y que la *opinio juris* existente sobre su obligatoriedad se consideran formando parte tanto del Derecho consuetudinario internacional, como del Derecho consuetudinario regional, en el caso de la *Declaración americana de derechos humanos*.

Sobre lo anterior es relevante lo que manifiesta Daniel O'Donnell: "La *Declaración universal de los derechos humanos* y la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* son justamente instrumentos que inicialmente carecían de obligatoriedad, pero que fueron incorporados al *corpus* del derecho consuetudinario posteriormente a su promulgación por la práctica de los Estados, de la ONU y de la OEA. La obligatoriedad de la Declaración Universal fue reconocida por el Acta Final de la *Conferencia sobre Derechos Humanos*, celebrada en Teherán en 1968, según la cual "La Declaración enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la Comunidad Internacional." Además, la Declaración Universal ha sido aplicada reiteradamente por la Asamblea General en resoluciones que condenan violaciones de derechos humanos y ha tenido una gran influencia en la legislación y en las constituciones de los países e incluso ha sido aplicada por tribunales nacionales" (29).

Continúa el citado autor:

En el sistema regional, la obligatoriedad de la Convención Americana en la protección de los derechos civiles y políticos tiene cada vez menos relevancia, debido al creciente número de Estados parte en la Convención Americana. La Comisión Interamericana analizó la obligatoriedad de la Declaración en una decisión adoptada en 1981, concluyendo que la Carta de la OEA torna obligatoria, tanto la Declaración Americana de 1948, como el Estatuto y Reglamento de la Comisión. (30)

Independientemente de que en la medida en que las grandes Convenciones de derechos humanos han sido ratificadas, han perdido cierta importancia las Declaraciones debido al contenido más pormenorizado de las Convenciones, lo que importa es dejar claro el carácter de Derecho Internacional positivo de las Declaraciones y que por consiguiente éstas se complementan con la Convención, amén de que desempeñan un importante papel en la interpretación de las mismas y de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho interno.

El *Pacto internacional de los derechos civiles y políticos* del 16 de diciembre de 1966, en relación con la vida privada, mantiene el mismo criterio que las Declaraciones.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencia arbitraria o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La *Convención americana sobre derechos humanos*, en su artículo 11, dispone:

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Todo lo anterior nos sirve para señalar como punto de partida el reconocimiento internacional de un derecho a la vida privada y otros derechos similares en contra de la injerencia arbitraria, abusiva o ilegal como ya antes señalamos. Pero es de hacer notar que además se impone una obligación ulterior al Estado, no basta la prohibición, sino que se le impone un deber de actuar legislando, o mejor dicho, protegiendo a la persona por medio de la ley contra tales injerencias y ataques. Desde luego que tal protección no es una protección puramente formal, pues la ley puede y debe ordenar las medidas que hagan viable y realizable el disfrute de este derecho. Dentro de estas medidas podríamos considerar también el Derecho a un recurso eficaz de protección de todos los derechos humanos.

Dicho de otro modo, las anteriores declaraciones y convenciones establecen un *mínimum vital* de reconocimiento y protección de los derechos y libertades humanas, *mínimum* que puede y debe ser desarrollado por el legislador tanto desde el punto de vista garantista como en el del reconocimiento de nuevos derechos.

Un asomo de esto lo encontramos ya en el artículo 28 de la Declaración Universal, así:

Artículo 28. Orden social internacional

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Ya de modo más claro el *Pacto internacional de los derechos civiles y políticos*, nos establece el siguiente principio de interpretación:

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidas en el Pacto o su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricciones a menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Y por último, la *Convención americana*, en su artículo 29, ya de modo más preciso norma:

Artículo 29. Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdos con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática o representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Interesante resulta así mismo el contenido del artículo 30.

Artículo 30. Alcance de las restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Así es como nace no sólo un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino un Derecho con principios diferentes y normas de interpretación distintas al Derecho Internacional Público.

Nótese como con frecuencia en el artículo enumerado no sólo se habla del deber del Estado Parte de respetar los derechos fundamentales, sino que también del deber de los grupos o individuos, rompiéndose así además con la concepción tradicional de que el Derecho Internacional sólo obliga a los Estados, para convertir directamente al individuo en sujeto directo del mismo, no sólo en su carácter de beneficiado o protegido, sino también en el de obligado ya sea unipersonalmente o en grupo. Igual consideración podemos hacer, con referencia a la concepción del Derecho Público interno, concretamente del Derecho Constitucional de considerar a los Derechos Humanos como una relación jurídica entre el Estado y la persona que goza de un Derecho Público subjetivo exigible sólo al Estado. Los derechos humanos por su propia naturaleza operan contra toda persona natural o jurídica sea ésta de Derecho Público o de Derecho Privado.

Del análisis de lo expuesto y fundamentalmente del contenido de las Declaraciones y Derechos aparecen una serie de principios propios del Derecho de los Derechos Humanos: su carácter expansivo, su enumeración no exhaustiva, taxativa o definitiva; su interpretación de la norma en el sentido más favorable al derecho protegido; la prevalencia de los mismos en las relaciones internacionales; la aplicación de la norma más favorable a la víctima sea esta norma de derecho internacional o de derecho interno; su irrevocabilidad, el carácter complementario de protección ulterior o de valor agregado de los nuevos instrumentos y de las normas específicas sobre la materia; interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en razón de la protección de los derechos y libertades; su restricción sólo

por ley y causa justificada y la interpretación restrictiva de las excepciones, restricciones o limitaciones a los mismos. Y con un carácter especial, la complementariedad y la fusión de sus fuentes en suma la confusión ordenada de ambos sistemas jurídicos para la protección del ser humano.

Para el caso, ya vimos el apareamiento a nivel internacional de la normativa referente al carácter expansivo, extensivo o progresivo de los Derechos Humanos. Tal principio lo encontramos en el Derecho Constitucional Americano. Así en la Enmienda 9 del año de 1791 a la Constitución de los Estados Unidos de 1787 ya establecía:

Enmienda 9. Derechos retenidos por el pueblo

El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que también son prerrogativas del pueblo.

Esta disposición históricamente arranca del temor que la enumeración de prerrogativas en la Declaración de Derechos pudiera interpretarse como que los derechos no asentados en ésta quedarían sin la debida protección; esta Enmienda se adoptó para evitar esta interpretación. Desde el punto de vista doctrinario también implica un reconocimiento más afirmado del principio de soberanía popular y del carácter representativo del gobierno con poderes limitados.

Este principio pasó al constitucionalismo latinoamericano el cual se reconoce también como de "enumeración no taxativa o definitiva de derechos", entre otras denominaciones como hemos visto a lo largo de este estudio; y así aparece en la Constitución de El Salvador de 1841, en su artículo 76 con un carácter jus naturalista:

Artículo 76

El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Tiene por principio la libertad, la igualdad, la fraternidad y por bases la familia, el trabajo, la propiedad, el orden público.

Ya en la Constitución salvadoreña de 1886 aparece en su artículo 40 el principio que nos ocupa, redactado en términos precisos:

Artículo 40

Los derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía al pueblo y de la forma republicana de gobierno.

En la Constitución de Argentina de 1853-1860, en su artículo 33, norma:

Artículo 33

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que

nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Bolivia, en su Constitución de 1967, artículo 35, dice:

Artículo 35

Las declaraciones, derechos y garantías que proclame esta Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

En parecido o idéntico sentido, la Constitución de Brasil de 1969, en su artículo LXXVI; Costa Rica de 1949, en su artículo 74; República Dominicana de 1966, en su artículo 10, sección II; Ecuador de 1984 en su artículo 19; Guatemala de 1985, en su artículo 44; Honduras de 1982, en su artículo 63; Nicaragua de 1986, en su artículo 46; Paraguay de 1967, en su artículo 80; Perú de 1979, en su artículo 4; Uruguay de 1966, en su artículo 72; Venezuela de 1983, en su artículo 50, etc..

Son estas normas del Derecho Internacional, entre otras, y del Derecho Constitucional con los principios y normas de interpretación que contienen, amén de los tratados internacionales específicos y las leyes tanto europeas como americanas de protección de datos y sus normas constitucionales, las fuentes materiales y formales a las que acudiremos según el caso para darle forma, contenido, alcance y límites a una normativa de protección de datos personales en América.

Ya dijimos y así lo manifestaron los juristas ingleses que elaboraron los proyectos de leyes de Protección de datos que concluyeron con la *Data Protection Act* de 1984, que una normativa de este tipo otorga una protección ulterior o si se quiere más amplia que la que concede el derecho positivo vigente sobre la *Privacy Act* que por otro lado continúa obligando, salvo desde luego, derogatoria.

Dentro de este orden de ideas y en la categoría de tratados específicos o complementarios de Derechos Humanos, será una de las bases fundamentales como orientación y precedente, el: *Convenio sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, de 28 de enero de 1981, hecho en Estrasburgo y firmado por los Estados Miembros del Consejo de Europa, reconociendo según reza su preámbulo: "la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos.

Hay que tomar en cuenta para valorar la importancia de este Convenio que es el primero sobre la materia; que América no tiene Convenio ni Declaración Internacional al respecto; la identidad de problemas a resolver ante el ataque de la informática a los derechos humanos y la necesidad de conciliar las mismas con el flujo de información a escala mundial.

Por otro lado y reconociendo la importancia del derecho comparado sobre todo en relación con los derechos y libertades de la persona, además de la tantas veces anunciada interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en materia de Derechos Humanos, resulta vital la *Data Protection Act* inglesa de 1984 y la ley orgánica española de 29 de octubre de 1992 sobre Informática. *Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, la que desde su Exposición de Motivos, y conforme con su

Constitución reconoce la obligación y la necesidad de limitar la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos.

Ya en el ámbito americano son cruciales la *Privacy act* norteamericana de 1974, y la *Ley de Protección de la información privada* de Canadá, y en el ámbito constitucional latinoamericano, lo dispuesto por las Constituciones de Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Argentina y Ecuador.

A la fecha, no hemos podido obtener legislación secundaria latinoamericana sobre el tema y que desarrolle sus respectivos preceptos constitucionales, por lo que trabajaremos con el *Anteproyecto de ley colombiano* de 1987, el que, por encargo de la Presidencia de la República Colombiana, se le encargó a la Universidad de los Andes de Bogotá, la cual nos permitirá hacer una comparación con sus equivalentes europeos.

Por otro lado, seguiremos en nuestro proyecto un criterio pragmático, de acuerdo a la regla anglosajona, que es preferible una protección mínima pero eficaz a una enumeración de principios elevados pero difícilmente aplicables.

Posiblemente nadie sintetizó el problema que hoy se nos plantea desde luego sin pensar en la informática, como el gran filósofo Aristóteles cuando sentenció: " La suma de los predicados constituye la esencia del sujeto."

Por último, no podemos resistir la tentación de acudir en nuestro auxilio a san Ignacio de Loyola, quien en sus *Constituciones de la Compañía de Jesús*, en pleno siglo XVI, nos demuestra la conciencia que ya se tenía o que por menos él tenía de la importancia del acopio de informaciones personales, especialmente de los que hoy conocen como sensibles. En efecto nos dice el santo español en su citada obra:

Capítulo III

De algunas interrogaciones para más conocer la persona que quiere entrar en la Compañía.

1. Para más conocimiento de las personas débense demandar algunas cosas, en la respuesta de las cuales se deberá decir toda la verdad sinceramente, y si algunas de ellas pidieren secreto, se guardará cuanto es razón y querrá el interrogado. Así que comenzando del nombre, demándese cómo se llama. De qué edad puede ser. Dónde sea natural.
 - A. La obligación de decir verdad en el examen debe ser a pedido **y reservado al mismo a quien se había de descubrir lo que se ha encubierto, o quien estuviese en su lugar o porque se evite el engaño** que podría haber de no se declarar puramente con su Superior donde pueden nacer inconvenientes en daño notable de toda la religión.
2. Si es de legítimo matrimonio o no, y cómo no. Si viene de cristianos antiguos o modernos. Si alguno de sus Antecesores ha sido notado o declarado en algunos errores contra la nuestra religión cristiana y cómo. Si tiene padre y madre y cómo

se llaman. De qué condición sean y qué oficio o modo de vivir tienen, y si tienen (B) necesidades temporales o comodidad, y en qué manera.

- B. Si estuviesen en presente y extrema necesidad de su ayuda, es cierto que no deberían los tales admitirse, aunque raras veces hay tales necesidades.
3. Si en algún tiempo le viniese alguna dificultad o dubio **cerca deudas algunas**, o que sea obligado a subvenir a sus padres o parientes en alguna necesidad espiritual o corporal o cualquiera otra temporal, visitándolos, o de otra manera, si quiere, su propio sentir y parecer deponiendo, dejar en la conciencia o juicio de la Compañía o de su Superior, que determine lo que sintiere ser justo, y pasará por ello.
 4. Cuántos hermanos y hermanas tiene, casados y por casar. Qué oficio o modo de vivir tienen.
 5. Si en algún tiempo (C) ha dado palabra de matrimonio, y cómo. Si ha tenido o tiene algún hijo.

C. **Si la hubiese dado por palabras de presente consumando el matrimonio** o en modo equivalente, se reputaría el tal tener el 4º impedimento, que no permite aceptar en la Compañía el que le tiene sin las condiciones que se requieren para que un casado pueda hacerse religioso.
 6. Si tiene **algunas deudas** u obligaciones civiles, y si tiene, cuántas y cales.
 7. Si ha aprendido algún oficio mecánico. **Si sabe leer y escribir; y si sabe, pruébese cómo escribe y lee, si ya no se supiese.**
 8. Si ha tenido o tiene enfermedades algunas encubiertas o descubiertas, y cuáles, especialmente demandándole si tiene alguna vejación de estómago o de cabeza, o de otro natural impedimento, o falta en alguna parte de su persona, y esto no solamente se demande, pero se mire en cuanto se puede.
 9. Si **tiene Órdenes algunas**, si tiene alguna obligación de votos de peregrinar o de otra manera.
 10. Qué modo o inclinación ha tenido en su primera edad, y después hasta ahora, cerca las cosas saludables a su conciencia. Primero cerca la oración, cuántas veces acostumbraba hacerla en el día y noche, y a qué hora, y cómo compuesto, y qué oraciones y con qué devoción o sentimiento espiritual.

Cómo se había cerca el oír misas y otros divinos oficios y sermones. Cerca de leer buenas cosas y usar buenas conversaciones. Cerca de la meditación o consideración de cosas espirituales.
 11. Sea demandado si ha tenido o tiene algunas opiniones o conceptos diferentes de los que se tienen comúnmente en la Iglesia y doctores aprobados de ella, y si está aprehendido, cuando algún tiempo los tuviese, para remitirse a lo que en la Compañía se determinare que debe sentirse de tales cosas.

12. Sea demandado si en cualesquiera escrúpulos o dificultades espirituales, o de otras cualesquiera que tenga, o por tiempo tuviese, se dejará juzgar y seguirá el parecer (D) de otros de la Compañía personas de letras y bondad.

D. La elección de estas personas de quienes se debe dejar juzgar quien tuviere semejantes dificultades, será del superior, contentándose de ella el súbdito, o del mismo súbdito con aprobación del Superior, al cual, si en algún caso y por algún justo respecto pareciese será servido Dios nuestro Señor, y más ayudado el que tiene tales dificultades, que alguno o algunos de los que deben juzgar de ellas, sean de fuera de la Compañía, se podrá permitir, quedando la elección o a lo menos la aprobación de los tales en el Superior, como se ha dicho. Si las dificultades tocasen a la persona del mismo Superior, la elección o aprobación dicha será de los consultores. Aunque quien fuese inferior al General o Provincial, sin licencia de alguno de ellos, aunque sea Rector de Colegio o Prepósito de alguna Casa, no podrá poner ni permitir se pongan semejantes dificultades que tocan a su persona, en arbitrio de otros de fuera de la Compañía.

13. Si está determinado de dejar el século, y seguir los consejos de Cristo nuestro Señor. Cuánto tiempo puede haber que así fue determinado en general de dejar el mundo. Después de la tal determinación si se ha en ella aflojado, y hasta que término. Cuánto tiempo sería que los deseos de dejar el século y seguir los consejos de Cristo nuestro Señor le comenzaron a venir, o con qué señales o motivos le vinieron.

14. Si tiene determinación deliberada de vivir y morir in Domino con esta y en esta Compañía de Jesús, nuestro Criador y Señor, y de cuándo acá. Dónde y por quién fue primero movido a ello. Si dijere que no fue movido por alguno de la Compañía, pase adelante.

Si dijese que sí (dado que lícita y meritoriamente le pueda mover), parece que le podría causar mayor provecho espiritual darle término de algún tiempo para que en ello pensando, se encomiende en todo a su Criador y Señor, como si ninguno de la Compañía le hubiese movido, porque con mayores fuerzas espirituales pueda proceder en mayor servicio y gloria de la divina Majestad.

15. Si después de así mirado en ello sintiere y juzgare que mucho le conviene para mayor alabanza y gloria de Dios nuestro Señor, y para mejor salvar y perfeccionar su ánima, ayudando las otras de sus prójimos, entrar en esta Compañía, y pidiere ser en ella con nosotros en el Señor nuestro admitido, entonces se puede proceder adelante en el examen.

CITACIONES

- (1) Estos datos han sido tomados del documento:

"Algunos aspectos acerca del Derecho a la Libertad de Expresión e Información".
Addendum 1. Documentación complementaria, preparado por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Oficina de la Consultoría Jurídica de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. (julio de 1980).

Por su parte el temario anotado del Comité Jurídico Interamericano, período ordinario de sesiones marzo 1995, preparado por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos, en su punto iv: Derecho de información se expresa: "Al establecer el temario de su período ordinario de sesiones de enero de 1980, se introdujo el tema "Libertad de Expresión e Información" y se designó relator del mismo al doctor Francisco Orrego Vicuña, quien en el período de sesiones siguiente fue reemplazado por el doctor Juan Materno Vásquez.

- (2) PIERNES, Guillermo. *Comunicação e desinformação na América Latina*. Brasília : UNB, 1990.
- (3) HERNANDEZ MIRANDA y CAMPOAMOR. *Libertad de expresión y derecho de la información*. p. 496.
- (4) BEL MALLÉN, Ignacio, CORREIDORA, Loreto y COUSIDO, Alfonso y Pilar. *Derecho de la información. Sujetos Medios*. [s. l.] : Coler, 1992.
- (5) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*. 3. ed. México : Siglo Veintiuno, [s. d.].
- (6) La Constitución Española de 1918 en su artículo 20, reconoce y garantiza:
- a) Expresar y difundir libremente los pensamientos;
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica;
 - c) La libertad de cátedra;
 - d) La regulación y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público.
- (7) HERNÁNDEZ MIRANDA y CAMPOAMOR. *Libertad de expresión y derecho de la información*. *Rev. de Derecho Público*. España, t. 2, p. 496.
- (8) *Op. cit.* p. 512.
- (9) *Op. cit.* p. 513.
- (10) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*. Coler, 1996. p.181. (Sujetos medios, s.1)
- (11) *Op.cit.* p.188
- (12) LOSANO G., Mario. *Los orígenes del "Data Protection Act" inglesa de 1984: cuadernos y debates*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.18-19.
- (13) SAGUES, Pedro Néstor. *El derecho público actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p.180-181.
- (14) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La libertad informática: nueva frontera de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.653. (Cuadernos y debates)

- (15) SAGUES, Pedro Néstor. *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astra, 1991. t.III, p.653.
- (16) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op. cit.*, p.51-56.
- (17) LOSANO G., Mario. *Op. cit.*, p.22.
- (18) ----- . *Op. cit.*, p.57.
- (19) ----- . *Op. cit.*, p.58.
- (20) ----- . *Un proyecto de ley sobre la protección de los datos personales en Italia*. Madrid:Centro de Estudios Jurídicos, 1989. p.66. (Cuadernos y debates)
- (21) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p.147.
- (22) SAGUES, Pedro Néstor. *El derecho público actual: el Habeas Data: alcances y problemática*. Buenos Aires, Depalma, 1994. p.189-191.
- (23) O'DONNEL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986. p.16.
- (24) CANÇADO TRINDADE, Antônio. *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos: el juez y la defensa de la democracia*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993. p.240-241.
- (25) ----- . *Op. cit.*, p.41.
- (26) ----- . *Op. cit.*, p.26.
- (27) ----- . *Op. cit.*, p.24.
- (28) ----- . *Op. cit.*, p.24.
- (29) O'DONNEL, Daniel. *Op. cit.*, p.24.
- (30) ----- . *Op. cit.*, p.24.
- (31) *Constituciones de la Compañía de Jesús: normas complementarias*. Roma: Curia del Propósito General de la Compañía de Jesús, 1995. p.54-57.

CJI/SO/II/doc.14/96 rev. 1
10 agosto 1996
Original: español

DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA INTEGRACIÓN Y DEL COMERCIO INTERNACIONAL

La cláusula de la nación más favorecida en los tratados de integración económica suscritos por países de América Latina *

(presentado por el doctor Alberto Zelada Castedo)

Sumario

I. Introducción. II. La CNMF en el Tratado de Montevideo de 1960 (ALALC). III. La CNMF en el Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI). IV. La CNMF en el Tratado de Asunción (MERCOSUR). V. La CNMF en el Acuerdo de Cartagena (Grupo Andino). VI. La cláusula centroamericana de excepción (MCCA). VII. Efectos de la vigencia de la CNMF en las negociaciones orientadas al establecimiento de un régimen de libre comercio de alcance hemisférico.

I. Introducción

1. El empleo de la cláusula de la nación más favorecida en tratados de comercio, por parte de los Estados de la región de América Latina, se remonta a la segunda mitad del Siglo XIX.

A partir, aproximadamente, de 1830, no son pocos los tratados bilaterales de comercio suscritos por estos Estados, tanto entre sí como con Estados de otras regiones, en especial con Estados de Europa y con los Estados Unidos, en los cuales quedó incorporada esta cláusula, algunas veces en su forma condicional y otras en su forma incondicional.²

2. A propósito de la suscripción de este tipo de tratados surgió, también en el siglo pasado, la doctrina que postulaba la no extensión de las obligaciones impuestas por la

^{1*} / Preparado de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 3668/95 de la Asamblea General y la Resolución CJI/RES.II-14/95 del Comité.

2. En el Proyecto de Artículos sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida, preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se diferencian, con precisión a través de sendas definiciones, los conceptos de "cláusula de la nación más favorecida" y de "trato de la nación más favorecida". En este sentido el Art. 4 del Proyecto enuncia la siguiente definición sobre la CNMF: "La cláusula de la nación más favorecida es una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado contrae respecto de otro Estado la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida en una esfera convenida de relaciones". A su vez, el Art. 5 del Proyecto enuncia la siguiente definición sobre el trato de la nación más favorecida: "El trato de la nación más favorecida es el trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a personas o cosas que se hallan en determina relación con ese Estado, no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado, o a personas o cosas que se hallan en la misma relación con ese tercer Estado". Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 30o. Período de Sesiones (8 de mayo a 28 de julio de 1978).

cláusula a las ventajas o beneficios concedidos por los Estados de la región de América Latina en favor de Estados de la misma región.³

Esta doctrina tuvo su expresión en la denominada "cláusula Bello" - así conocida en honor a su autor el distinguido jurista venezolano Andrés Bello - que, en especial, el Estado de Chile incorporó, entre 1830 y 1850, en tratados de comercio suscritos con Estados de fuera de la región de América Latina.⁴

Si bien, hacia los años 70 del siglo pasado, la "doctrina Bello" fue, progresivamente, abandonada por Chile y otros Estados de la región, sirvió de inspiración a la práctica seguida por estos mismos Estados, después de 1960 - o sea después de la suscripción del Tratado de Montevideo que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) -, de incorporar en nuevos tratados de comercio suscritos con países ajenos a la región de América Latina la regla según la cual la correspondiente cláusula de la nación más favorecida no daría derecho, al Estado beneficiario, a invocar el mismo tratamiento acordado por el Estado concedente a terceros Estados en virtud de un tratado de "zona de libre comercio" o de un tratado de "unión aduanera".⁵

La "doctrina Bello" inspiró, asimismo, la práctica adoptada, por los Estados de la región de América Central, de incorporar la denominada "cláusula centroamericana de excepción", en los tratados de comercio suscritos con Estados pertenecientes a otras regiones y en los cuales se incluía una cláusula de la nación más favorecida. Según aquella cláusula, los Estados centroamericanos precisaban que los compromisos adquiridos en virtud de esta última no se harían extensivos a las ventajas o preferencias otorgadas por ellos en favor de otros Estados centroamericanos.

Esta práctica se extendió hasta la época del establecimiento del Mercado Común Centroamericano (MCCA) y el compromiso sobre su empleo se formalizó en el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, suscrito el 13 de diciembre de 1960.

3. Por lo que se refiere a la regulación de sus relaciones comerciales y económicas recíprocas, los Estados de la región de América del Sur y, en general, de la región de América Latina, mantuvieron la práctica de incorporar la cláusula de la nación más favorecida

3.El enunciado de la "doctrina Bello" está contenida en el Mensaje de 1o. de junio de 1833, dirigido por el Presidente de Chile, señor Joaquín Prieto, al Congreso de su país, en los siguientes términos: "En los Tratados de Comercio que esta República se halla en el caso de celebrar con las potencias extranjeras, me he propuesto reservarle el derecho de conceder favores especiales a las Repúblicas hermanas. Esta será la sola excepción al principio de imparcialidad que deseamos observar con todos". Véase ORREGO VICUÑA, Francisco. *Estudio sobre la cláusula Bello y la crisis de la solidaridad latinoamericana en el Siglo XIX*. En Orrego Vicuña, Francisco (Editor) "Derecho Internacional Económico". México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1974.

4. Como ejemplo de la "cláusula Bello" merece ser citada la estipulación contenida en el Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación entre Chile y los Estados Unidos de América, suscrito el 16 de mayo de 1832. En el Art. 2 de este instrumento, luego de consagrar el tratamiento de la nación más favorecida, se estableció: "Bien entendido que las relaciones y convenciones que actualmente existen, o puedan celebrarse en el futuro, entre la República de Chile y la República de Bolivia, la Federación de Centroamérica, la República de Colombia, la República del Perú o las Provincias Unidas del Río de La Plata, formarán excepciones a este artículo". Véase ORREGO VICUÑA, Francisco. *Estudio sobre la cláusula Bello y la crisis de la solidaridad latinoamericana en el Siglo XIX*. En Orrego Vicuña, Francisco (Editor) "Derecho Internacional Económico". México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1974.

5.MORALES PAUL, Isidro. *La cláusula de la nación más favorecida y la evolución de las relaciones comerciales interlatinoamericanas hasta 1950*. En Orrego Vicuña, Francisco (Editor) "Derecho Internacional Económico". México D.F. : Fondo de Cultura Económica, 1974.

en los acuerdos bilaterales de comercio que suscribieron entre sí.

Es recién a partir de 1960, al ser suscrito el Tratado de Montevideo que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), cuando un grupo significativo de Estados de la región adoptaron la práctica de incorporar dicha cláusula en tratados de carácter multilateral.⁶ De este modo, cayó en desuso la práctica de incorporar la cláusula en tratados bilaterales, por lo menos entre los Estados miembros de la ALALC.

4. En la actualidad, todos los tratados multilaterales de integración económica vigentes entre los Estados de la región de América del Sur, vale decir el Tratado de Montevideo 1980 que instituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), el Acuerdo de Cartagena que instituyó el programa de integración económica del Grupo Andino y el Tratado de Asunción que instituyó el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), incluyen la cláusula de la nación más favorecida.

A su vez, el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, instrumento constitucional del Mercado Común Centroamericano (MCCA), incorpora la denominada "cláusula centroamericana de excepción", algunas de cuyas finalidades tienen semejanza, en cierto sentido, con las finalidades de la cláusula de la nación más favorecida.⁷

II. La CNMF en el Tratado de Montevideo de 1960 (ALALC)

5. Una referencia y algunos comentarios sobre la cláusula de la nación más favorecida incorporada en el Tratado de Montevideo de 1960, que instituyó la ALALC, resulta pertinente y útil a los fines de comprender el sentido de las intenciones de un grupo significativo de Estados de la región de América del Sur en el empleo de la misma en acuerdos o tratados multilaterales. De igual modo, es relevante a objeto de apreciar el cambio en los alcances de la cláusula que trajo consigo la suscripción del Tratado de Montevideo de 1980, que instituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en reemplazo de la antigua ALALC.

6. La cláusula de la nación más favorecida fue incorporada en el Tratado de Montevideo de 1960, a través del Art. 18, redactado en los siguientes términos:

Cualquier ventaja, favor, inmunidad o privilegio que se aplique por una Parte Contratante en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de las demás Partes Contratantes.

6.El Tratado de Montevideo que instituyó la ALALC fue suscrito el 18 de febrero de 1960. Formaron parte de la ALALC los siguientes Estados de la región de América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

7. a) El Tratado de Montevideo 1980 fue suscrito el 12 de agosto de 1980 por los mismos Estados signatarios y adherentes del Tratado de Montevideo que instituyó la ALALC, vale decir Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay. b) El Acuerdo de Cartagena fue suscrito el 26 de mayo de 1969 por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Con posterioridad, entre 1972 y 1973 Chile se retiró del Acuerdo y Venezuela adhirió al mismo. En la actualidad, forman parte del programa de integración económica instaurado por este Acuerdo los siguientes Estados: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. c) El Tratado de Asunción fue suscrito el 26 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. d) El Tratado General de Integración Económica Centroamericana fue suscrito el 13 de diciembre de 1960. En la actualidad integran el Mercado Común Centroamericano los siguientes Estados: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

Esta redacción tiene un sentido y un alcance similares a los del texto de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Art. I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947.⁸

Es posible conjeturar que esta similitud se debió, en primer lugar, a que, si el propósito era dar a esta cláusula el mismo alcance que el de la cláusula del Art. I del GATT de 1947, resultaba difícil encontrar una redacción muy diferente y, en segundo lugar, a que el régimen de zona de libre comercio instituido por el Tratado de Montevideo suscrito en 1960 fue concebido, en varios de sus aspectos, con el propósito de adecuarlo, de la manera más rigurosa posible, a las disposiciones del Art. XXIV del mismo GATT de 1947.

7. La expresión "a cualquier otro país" implicaba que la norma establecida por el Art. 18, antes transcrito, era aplicable al trato más favorable derivado tanto de posibles acuerdos entre los Estados miembros de la ALALC como de posibles acuerdos entre éstos y terceros Estados no miembros de la Asociación.

Por esta circunstancia, se puede sostener que el propósito de los Estados signatarios del Tratado de Montevideo de 1960 fue asegurar la preservación del principio de "no discriminación" tanto en el "interior del sistema" como "fuera del sistema".⁹

8. A pesar de esto, el propio Tratado estipuló sobre excepciones a la aplicación de la cláusula. Dos de éstas fueron de singular relieve: una relativa a los acuerdos suscritos entre los Estados miembros de la ALALC para facilitar el tráfico fronterizo y otra inspirada en el propósito de posibilitar la adopción de un tratamiento preferencial en favor de aquellos países calificados como de menor desarrollo económico relativo.

La primera de estas excepciones quedó regulada por el Art. 19 del Tratado en los siguientes términos:

Quedan exceptuados del tratamiento de nación más favorecida previsto en el artículo 18, las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concedieran en virtud de convenios entre Partes contratantes o entre Partes contratantes y terceros países a fin de facilitar el tráfico fronterizo.

La segunda excepción, contenida implícitamente en las normas del Art. 32 del

8. La CNMF está enunciada en el Art. I del GATT de 1947 en los siguientes términos: "En materia de derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, en lo que concierne a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, así como en todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y en todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del Artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio, o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado".

9. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, tal como lo expresa en uno de sus informes, examinó la "relación e interacción existentes entre la cláusula de la nación más favorecida, por una parte, y el principio de la no discriminación, por otra". Al hacerlo, reconoció que "la regla de la no discriminación es una regla general que es una consecuencia de la igualdad de los Estados". A juicio de la Comisión, "la cláusula de la nación más favorecida puede considerarse como un instrumento o medio de promover la igualdad de los Estados o la no discriminación". Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 30o. Período de Sesiones (8 de mayo a 28 de julio de 1978).

Tratado, derivaba de la adopción de un régimen de tratamiento especial en favor de los países de menor desarrollo económico relativo.¹⁰ De acuerdo con el mismo, los Estados miembros de la ALALC quedaron autorizados a otorgar en favor de estos países preferencias o ventajas arancelarias "no extensivas" a los restantes Estados miembros. En otros términos, los países de menor desarrollo económico gozaban del beneficio de recibir un tratamiento comercial especial y, por consiguiente, discriminatorio.¹¹

Esta excepción sirvió de base para la negociación entre los Estados beneficiarios de la misma y los restantes Estados miembros de la Asociación, de las denominadas nóminas de ventajas no extensivas. A través de éstas quedaba formalizado el otorgamiento a los Estados de menor desarrollo económico relativo de un tratamiento arancelario preferencial no extensivo a los restantes Estados miembros de la Asociación.

9. Para algunos comentaristas, la cláusula de la nación más favorecida del Art. 18 del Tratado de Montevideo de 1960, a pesar de contener la expresión genérica cualquier otro país, no debía ser considerada como la base o el supuesto jurídico de la índole multilateral del programa de liberalización del comercio instaurado por el Tratado y desarrollado, entre otros instrumentos, a través de la negociación y adopción de las denominadas listas nacionales de concesiones arancelarias. Estas listas correspondían a cada Estado miembro de la Asociación y contenían las preferencias arancelarias que cada uno de ellos otorgaba, de manera general, a los restantes Estados miembros.

De acuerdo con este punto de vista, el alcance multilateral de estas listas derivaba de su propia naturaleza, como instrumentos de la política orientada al establecimiento de la "zona de libre comercio" postulada por el Tratado. La negociación de las mismas o, lo que es lo mismo, el desarrollo del "programa de liberalización del comercio" estaban guiados o tenían sustento jurídico en otro principio enunciado en el Tratado: el principio de reciprocidad.¹²

10. En el mismo sentido, según esta tesis la autorización estipulada por el Art. 32 del Tratado para otorgar a los países de menor desarrollo económico relativo un tratamiento comercial más ventajoso y, por consiguiente, discriminatorio, tampoco podía ser interpretada,

10. En principio, Bolivia, Ecuador y Paraguay fueron considerados como países de menor desarrollo económico relativo, beneficiándose, en su integridad, del régimen acordado en favor de este tipo de países. Uruguay, en virtud de una disposición expresa aprobada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALALC, obtuvo el tratamiento de país de menor desarrollo económico relativo pero sólo a los efectos del otorgamiento, en su favor, de ventajas arancelarias "no extensivas".

11. Cierta semejanza con esta excepción tiene la excepción dispuesta mediante la denominada "cláusula de habilitación" consagrada por la Decisión de 28 de noviembre de 1979 adoptada por las Partes Contratantes del GATT. Según esta disposición "no obstante lo dispuesto por el Art. I del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a otras partes contratantes". Esta regla aplicable, entre otras, a las situaciones: a) "al trato arancelario preferencial concedido por partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en desarrollo de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencias y b) "a los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las partes contratantes, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo". Véase LAVIÑA, Félix. *Organización del comercio internacional*. Buenos Aires : Editorial Depalma, 1993.

12. PEÑA, Félix. *La cláusula de la nación más favorecida en el sistema jurídico de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (ed.) *Derecho Internacional Económico*. México D.F. : Fondo de Cultura Económica, 1974.

en sentido estricto, como una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. El fundamento de dicha autorización debía ser encontrado, de igual manera, en el principio de reciprocidad.¹³

11. Este razonamiento sirvió de elemento para explicar o dar sustento jurídico, a las decisiones adoptadas por los órganos de la ALALC, en virtud de las cuales se autorizó a los Estados miembros la negociación y suscripción de nuevos "acuerdos" a través de los cuales fue posible aplicar nuevos tratamientos comerciales discriminatorios.

Con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Montevideo de 1960, los órganos competentes de la ALALC dictaron normas especiales autorizando la suscripción entre los Estados miembros de acuerdos de complementación industrial y de acuerdos subregionales. Podían participar en los mismos dos o más Estados miembros de la Asociación, los cuales quedaban autorizados para convenir, por este medio, ventajas o preferencias arancelarias recíprocas, sin la obligación de hacerlas extensivas a los Estados no participantes.

Los acuerdos de complementación industrial estaban destinados a facilitar la reducción y eliminación de obstáculos al comercio por sectores industriales específicos. Los acuerdos subregionales, en cambio, podían estar referidos a la globalidad de los intercambios comerciales entre los Estados participantes, a condición de adoptar un programa de liberalización comercial más acelerado y más amplio que el programa de liberalización comercial establecido por el Tratado de Montevideo de 1960.¹⁴

12. En síntesis, la cláusula de la nación más favorecida incorporada en el Tratado de Montevideo 1960, aparte de tener carácter automático e incondicional, desde el punto de vista de su aplicación, reflejó, por lo menos en el momento de ser suscrito este instrumento, la intención de asegurar la plena vigencia del principio de no discriminación, tanto al "interior" de la ALALC como al "exterior" de la misma.

El mismo Tratado autorizó dos excepciones a la aplicación de dicha cláusula:

- 1) los acuerdos para facilitar el "tráfico fronterizo", y
- 2) las "concesiones o ventajas arancelarias no extensivas" en favor de los países de menor desarrollo económico relativo.

Con posterioridad, por decisión de los órganos competentes de la ALALC, la posibilidad de aplicar un tratamiento comercial discriminatorio entre los Estados miembros se amplió en virtud de las normas que regulaban la negociación y suscripción de dos nuevos instrumentos:

13. PAOLILLO, Felipe H. *La cláusula de la nación más favorecida y los países menos desarrollados de la ALALC*. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (ed.) "Derecho Internacional Económico". México D.F : Fondo de Cultura Económica, 1974.

14. Dentro del marco de estas normas y con arreglo a las mismas fueron suscritos más de 30 acuerdos de complementación industrial entre Estados miembros de la ALALC y, de igual manera, fue suscrito el Acuerdo de Cartagena - con la modalidad de acuerdo subregional - que instituyó el programa de integración económica del Grupo Andino.

- 1) los acuerdos de complementación industrial, y
- 2) los acuerdos subregionales

13. Las obligaciones derivadas de la cláusula de la nación más favorecida del Art. 18 no fueron alteradas o flexibilizadas en lo relativo a posibles ventajas, preferencias, privilegios, inmunidades, etc. otorgados por los Estados miembros de la ALALC en favor de terceros Estados no miembros.

14. En el Tratado de Montevideo de 1960, la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida no estuvo limitada al comercio de bienes. A través de otra norma, los Estados signatarios quedaron reatados a otorgar este mismo trato a los "capitales". Al respecto, el Art. 20 del Tratado, prescribía:

Los capitales procedentes de la zona gozarán en el territorio de cada Parte Contratante de un tratamiento no menos favorable que aquel que se concede a los capitales provenientes de cualquier otro país.

La expresión genérica cualquier otro país daba a entender que la intención fue evitar la discriminación tanto entre los Estados signatarios como con relación a terceros Estados no miembros de la ALALC.

III. La CNMF en el Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI)

15. La diferencia más notoria entre el Tratado de Montevideo de 1960 y el Tratado de Montevideo de 1980 se expresa en el reemplazo del objetivo instrumental de establecimiento de una "zona de libre comercio", postulado por el primero, por el objetivo instrumental, más difuso e impreciso, de establecer un "área de preferencias económicas", postulado por el segundo. Este elemento sustancial condicionó, como no podía ser de otra manera, varias de las normas sustantivas del nuevo Tratado, incluyendo la naturaleza y alcances de la cláusula de la nación más favorecida incorporada en el mismo.

A diferencia del esquema de integración económica instituido por el Tratado de Montevideo de 1960, que se basaba en la pretendida instauración de un régimen de "zona de libre comercio", aplicable a lo "sustancial del comercio" entre los Estados signatarios, o sea en la aplicación, en forma preferente, de instrumentos de alcance multilateral - como las "listas nacionales" y la "lista común" de preferencias arancelarias -, el esquema de integración económica instituido por el Tratado de Montevideo de 1980, está orientado al empleo preferente de instrumentos de negociación de carácter bilateral o de "alcance parcial" para continuar con el proceso de reducción y eliminación de los obstáculos y restricciones al comercio entre los Estados signatarios.

1. El Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980

16. A pesar de instituir un modelo de integración económica más difuso, el Tratado de Montevideo de 1980, incluye la cláusula de la nación más favorecida, enunciada en los siguientes términos:

Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el presente Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes países miembros.¹⁵

17. Se infiere de este texto que la aplicación de la cláusula será "inmediata" e "incondicional" únicamente cuando se trate del otorgamiento de ventajas, franquicias, privilegios, etc., tanto entre los Estados miembros entre sí como entre un Estado miembro y un tercer Estado no miembro, a través de "decisiones" o "acuerdos" no previstos en el Tratado.¹⁶

Por consiguiente, la posibilidad de aplicar un tratamiento comercial discriminatorio, sea en favor de los Estados signatarios del Tratado e, inclusive, en favor de ciertos terceros Estados no miembros de la ALADI, queda autorizada siempre y cuando dicho tratamiento sea acordado a través de alguno de los instrumentos previstos en el Tratado.

18. Los medios a través de los cuales está permitido el otorgamiento de un tratamiento comercial preferencial y discriminatorio en favor de Estados miembros de la ALADI, son dos:

- 1) el Acuerdo de Cartagena, y
- 2) los denominados acuerdos de alcance parcial.

19. El carácter no extensivo de las preferencias o del tratamiento comercial establecidos a través del Acuerdo de Cartagena estuvo ya consagrado en el ordenamiento jurídico de la antigua ALALC, a través de las normas del régimen sobre "acuerdos subregionales". En cambio, los "acuerdos de alcance parcial", como un nuevo medio para aplicar entre los Estados miembros de la ALADI un tratamiento comercial discriminatorio, constituyen una verdadera innovación del Tratado de Montevideo de 1980.

Los "acuerdos de alcance parcial" están expresamente previstos y definidos en el Tratado de Montevideo de 1980, lo que implica que, de entrada, este instrumento fija límites a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

20. Los acuerdos de alcance parcial - según lo dispuesto por el Tratado - son "aquellos en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros". Los derechos y obligaciones que se establezcan en los mismos, "regirán exclusivamente para los países miembros que los suscriban o que a ellos adhieran".¹⁷

La negociación y suscripción de estos acuerdos están sujetas a requisitos y procedimientos precisos fijados por las respectivas normas del ordenamiento jurídico de la Asociación. Sin perjuicio de su aplicación exclusivamente en favor de los Estados que los suscriban, deben estar abiertos a la adhesión de cualquier Estado miembro de la ALADI y

15. Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980.

16. ORÍA, Jorge. *La cláusula de la nación más favorecida en el Tratado de Montevideo 1980*. In: *Integración Latinoamericana*, nos. 62-63, Buenos Aires : BID/INTAL, 1981.

17. Art. 7 del Tratado de Montevideo 1980 y Art. 2 de la Resolución 2 del Consejo de Ministros de la ALADI.

deben incorporar cláusulas que estipulen sobre su "convergencia" o "progresiva multilateralización".

21. El otro límite a la aplicación de la cláusula, se refiere a los "acuerdos de alcance parcial que los Estados miembros de la Asociación negocien y suscriban con un tercer Estado no miembro que pertenezca a la región de América Latina o que sea un "país en desarrollo".

Tal como prescribe el Tratado, "los países miembros podrán concertar acuerdos de alcance parcial con otros países y áreas de integración económica de América Latina", así como "con otros países en desarrollo o respectivas áreas de integración económica de fuera de América Latina". Las "concesiones" que se otorguen a través de estos acuerdos "no se harán extensivas a los demás Estados miembros de la ALADI", salvo a los "países de menor desarrollo económico relativo" miembros de ésta.¹⁸

22. Se desprende de lo expuesto que la aplicación "inmediata" e "incondicional" de la cláusula del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980, procede, únicamente, en las tres siguientes hipótesis:

- 1) Cuando se trate de ventajas, favores, franquicias, etc. acordadas entre Estados miembros de la ALADI en virtud de "acuerdos" no previstos en el Tratado, vale decir en virtud de acuerdos que no sean ni el Acuerdo de Cartagena ni "acuerdos de alcance parcial",
- 2) Cuando se trate de ventajas, favores, franquicias, etc. acordadas por un Estado miembro de la ALADI en favor de un tercer país no miembro de la Asociación que pertenezca a la región de América Latina o que sea país en desarrollo, en virtud de "acuerdos" no previstos en el Tratado, vale decir en acuerdos que no sean "acuerdos de alcance parcial", en los términos prescritos en este instrumento, y
- 3) Cuando se trate de ventajas, favores, franquicias, etc. acordadas por un Estado miembro de la ALADI en favor de un tercer estado no miembro de la Asociación que no sea ni país perteneciente a la región de América Latina ni país en desarrollo, sea cual fuere el "acuerdo" o medio para el otorgamiento de tales ventajas.

23. Como se ve, la cláusula de la nación más favorecida del Art. 18 del Tratado de Montevideo de 1960 era más rígida o exigente - especialmente en cuanto a su aplicación a las posibles ventajas otorgadas a terceros Estados no miembros - que la cláusula de la nación más favorecida del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980.¹⁹

Si bien es cierto que, con el transcurso del tiempo, en el ámbito de la antigua ALALC la aplicación de la cláusula se tornó más flexible en virtud de la adopción de los regímenes

18. Arts. 25 y 27 del Tratado de Montevideo 1980. A los efectos de la aplicación de éstas y otras normas, Bolivia, Ecuador y Paraguay son considerados como "países de menor desarrollo económico relativo".

19. BARROS CHARLÍN, Raimundo. *Nuevas dimensiones de la cláusula de la nación más favorecida*. In: *Integración Latinoamericana*, no. 58, Buenos Aires : BID/INTAL, 1981.

especiales sobre acuerdos de complementación industrial y acuerdos subregionales, no es menos evidente que las normas pertinentes eran menos flexibles que las normas que, dentro del ordenamiento jurídico de la ALADI, regulan la negociación y suscripción de los acuerdos de alcance parcial.

Según las normas adoptadas en la ALALC, tanto los acuerdos de complementación industrial como los acuerdos subregionales, estaban sujetos, antes de su entrada en vigor, a un trámite de "declaratoria de compatibilidad" por el Comité Ejecutivo Permanente de la Asociación,²⁰ el cual debía emitir su pronunciamiento con el voto afirmativo de dos tercios de los Estados miembros y sin que hubiese voto negativo. En contraste, las disposiciones del ordenamiento jurídico de la ALADI, relativas a los "acuerdos de alcance parcial" exigen un trámite de "declaratoria de compatibilidad" únicamente para aquellos acuerdos suscritos entre Estados miembros y terceros Estados no miembros que sean "países en desarrollo" no pertenecientes a la región de América Latina.

24. Con arreglo a una práctica generalizada, el Tratado de Montevideo de 1980 excluye la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los acuerdos, entre los Estados miembros de la ALADI y entre éstos y terceros Estados no miembros, destinados a facilitar el "tráfico fronterizo".²¹ Esta excepción está enunciada en el Art. 45 del Tratado, en los siguientes términos:

Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se se concedieran en virtud de convenios entre países miembros o entre éstos y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo, regirán exclusivamente para los países que los suscriban o los hayan suscrito.

25. El Tratado de Montevideo de 1980 incluye, asimismo, una cláusula de la nación más favorecida aplicable al tratamiento otorgado a los "capitales". En este sentido, el Art. 48 de este instrumento dispone:

Los capitales procedentes de los países miembros de la Asociación gozarán en el territorio de los otros países miembros de un tratamiento no menos favorable que aquel que se concede a los capitales provenientes de cualquier otro país no miembro, sin perjuicio de las previsiones de los acuerdos que puedan celebrar en esta materia los países miembros, en los términos del presente Tratado.

20. El Comité Ejecutivo Permanente era uno de los órganos intergubernamentales de la estructura institucional de la antigua ALALC y estaba integrado por Representantes Plenipotenciarios de los Estados miembros.

21. La práctica de exceptuar los acuerdos destinados a facilitar el tráfico fronterizo de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida ha sido recogida, en sus tareas de codificación, por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El Art. 25 del Proyecto de artículos sobre la materia preparado por la Comisión señala: "1. El Estado beneficiario que no sea Estado limítrofe no tendrá derecho en virtud de la cláusula de la nación más favorecida al trato que el Estado concedente confiera a un tercer Estado limítrofe para facilitar el tráfico fronterizo. 2. El Estado beneficiario limítrofe tendrá derecho en virtud de la cláusula de la nación más favorecida a un trato no menos favorable que el tratado que el Estado concedente confiera a un tercer Estado limítrofe para facilitar el tráfico fronterizo sólo si la materia objeto de la cláusula es la facilitación del tráfico fronterizo". Según la Comisión, "la práctica muestra que, en general, los tratados comerciales concertados entre Estados que no poseen fronteras comunes excluyen del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida las ventajas concedidas a países limítrofes con objeto de facilitar el tráfico fronterizo".

El Art. 20 del Tratado de Montevideo de 1960, sobre esta misma materia, al establecer la obligación de otorgar, a "los capitales procedentes de la zona" - vale decir del territorio de los Estados signatarios -, un tratamiento "no menos favorable" que el otorgado a los "capitales provenientes de cualquier otro país", no hacía diferencia entre capitales procedentes de los Estados signatarios y capitales procedentes de terceros Estados no miembros de la antigua ALALC.

Por el contrario, el Art. 48 del Tratado de Montevideo de 1980 estipula el deber de aplicar a los "capitales procedentes" de los Estados miembros de la ALADI "un tratamiento no menos favorable" que el que se conceda a los "capitales provenientes de cualquier otro país no miembro". Esto implica que dicha obligación no se extiende al tratamiento otorgado, mediante acuerdos entre los Estados miembros de la Asociación, a los capitales provenientes de éstos.

Esta parece ser interpretación más correcta de la expresión "sin perjuicio de las previsiones de los acuerdos que puedan celebrar en esta materia los países miembros", contenida en el citado Art. 48. Esta regla parece dejar abierta la posibilidad de que los Estados miembros acuerden entre sí un tratamiento más favorable a los capitales procedentes del territorio de uno y otro de ellos, sin la obligación de hacer extensivo dicho tratamiento a los capitales procedentes de los restantes Estados miembros.

2. El Protocolo Interpretativo del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980

26. La obligación de extender a los restantes Estados miembros de la ALADI, en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, las ventajas concedidas por alguno de ellos, a través de acuerdos no previstos en el Tratado de Montevideo de 1980, en favor de otro Estado miembro o de un tercer Estado no miembro, ha sido flexibilizada en virtud del Protocolo Interpretativo del Art. 44 del Tratado, suscrito el 13 de junio de 1984.

El Protocolo reitera el contenido de lo dispuesto por el referido Art. 44, si bien con una redacción diferente, al prescribir que "los países miembros que otorguen ventajas, favores, franquicias, inmunidades o privilegios a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el propio Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, deberán extender dichos tratamientos en forma inmediata e incondicional a los restantes países miembros de la Asociación".²²

Al mismo tiempo, dispone que, sin perjuicio de lo anterior, los Estados miembros que sean parte de "acuerdos" no previstos en el Tratado de Montevideo de 1980 y mediante los cuales "otorguen ventajas, favores, franquicias, inmunidades o privilegios a productos originarios o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro", podrán "solicitar al Comité de Representantes la suspensión temporal de las obligaciones establecidas en el Artículo 44 del Tratado de Montevideo 1980".²³

27. Si bien esta última disposición no deroga la cláusula de la nación más favorecida, introduce una importante posible limitación a su aplicación. Según el Protocolo, el deber impuesto por el Art. 44, se mantiene, en principio, plenamente vigente, cuando se trate de

22. Art. 11 del Protocolo Interpretativo.

23. Art. 2 del Protocolo Interpretativo .

ventajas o tratamientos más favorables otorgado mediante acuerdos no previstos en el Tratado, tanto entre Estados miembros como entre un Estado miembro y un tercer Estado no miembro. Esta obligación, sin embargo, podrá ser suspendida, en forma "temporal", por decisión del Comité de Representantes de la Asociación.

Esta autorización está sujeta al cumplimiento de diversos requisitos y trámites.

28. Según las normas del Protocolo, el Estado miembro que solicite esta autorización, al presentar la misma "deberá asumir el compromiso" de llevar a cabo negociaciones "bilaterales" con los "restantes" Estados miembros con relación a los siguientes asuntos:²⁴

- 1) El mantenimiento de las "concesiones" otorgadas a estos Estados en "un nivel general no menos favorable para el comercio que el que resultaba de los acuerdos concertados en el marco del Tratado de Montevideo 1980 preexistentes a la entrada en vigor de los acuerdos" no previstos en este instrumento,
- 2) La aplicación, en favor de aquellos Estados que hubiesen cumplido con la "obligación de eliminar restricciones no arancelarias en el marco de la Asociación", del "tratamiento más favorable concedido a un tercer país" en "materia de restricciones no arancelarias", y
- 3) La adopción, con los Estados que así lo soliciten, de "normas de origen" en caso de que el "régimen de origen pactado en los acuerdos" no previstos en el Tratado de Montevideo 1980, "contenga tratamientos generales o específicos más favorables" que los vigentes en el marco de este instrumento.

Las negociaciones sobre el primero de estos asuntos, deberán ser "solicitadas de manera fundada por el país miembro que se sienta afectado con la finalidad de recibir compensaciones sustancialmente equivalentes a la pérdida de comercio".²⁵

29. La denominada "suspensión definitiva" - que, según el Protocolo, se extenderá por un período de cinco años, renovable por otros cinco - podrá ser otorgada por el Comité de Representantes en las dos siguientes circunstancias:

- a) En caso de que las negociaciones bilaterales entre el Estado "peticionante" y los restantes Estados miembros concluyan con "resultados satisfactorios",²⁶ y
- b) En caso de que ningún Estado miembro, distinto del Estado "peticionante", manifieste la "intención de solicitar negociaciones".²⁷

En la eventualidad de que "algún país solicite negociaciones", el Comité podrá autorizar la "suspensión" del cumplimiento de las obligaciones del Art. 44 del Tratado, en

24. Art. 3 del Protocolo Interpretativo.

25. Art. 3, literal a) del Protocolo Interpretativo.

26. Art. 4 del Protocolo Interpretativo.

27. Art. 5, literal a) del Protocolo Interpretativo.

"forma condicional" y por "un plazo de cinco años". Una vez concluidas dichas negociaciones, el Comité podrá autorizar la suspensión en forma "definitiva".²⁸

30. Para poner solución a las diferencias o controversias entre algún Estado miembro y el Estado "peticionante" sobre las "compensaciones" a ser otorgadas por este último, el Protocolo establece un régimen basado en el arbitraje a cargo de un Grupo Especial, cuya designación corresponde al Comité de Representantes de la Asociación. Al respecto, estipula que "si el resultado de las negociaciones es considerado insuficiente por el país afectado", el Comité designará a los integrantes de un Grupo Especial, el cual tendrá el cometido de "determinar si la compensación ofrecida es suficiente".²⁹

31. En razón de que la entrada en vigor del Protocolo está sujeta a su ratificación por los Estados signatarios, en la misma fecha de su aprobación y suscripción fue adoptada, en el ámbito de la Reunión del Consejo de Ministros de la Asociación, la Resolución 43 (I-E), mediante la cual se estableció un régimen normativo sobre la misma materia, de carácter provisional y aplicable hasta la entrada en vigor del Protocolo. De igual manera, fue aprobada la Resolución 44 (I-E), destinada a regular los procedimientos de solución de diferencias y, en especial, el funcionamiento del Grupo Especial establecido por el Protocolo.

32. Según los antecedentes que se conocen, la negociación y suscripción del Protocolo Interpretativo respondieron al interés o a la necesidad de algunos de los Estados miembros de la ALADI de negociar y suscribir acuerdos comerciales con terceros Estados no miembros de la Asociación. Sin embargo, como se ha visto, la autorización para no aplicar, en forma transitoria, las obligaciones impuestas por la cláusula de la nación más favorecida del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980, se refiere tanto a las ventajas otorgadas a Estados miembros como a terceros Estados no miembros, en ambos casos en virtud de "acuerdos no previstos" en el Tratado.

33. En razón de esto último, algunos comentaristas consideran que el Protocolo más que interpretar el sentido y los alcances de la norma del Art. 44, introduce, de manera indirecta, una verdadera enmienda.

Por igual motivo, los mismos comentaristas plantean dudas sobre la legalidad de la Resolución 43 (I-E) del Consejo de Ministros de la Asociación, pues el Tratado de Montevideo de 1980 dispone que las enmiendas al mismo sólo podrán ser introducidas mediante Protocolos.

Por el contrario, otros analistas consideran que la solución adoptada mediante el Protocolo es una buena "solución práctica", que se ajusta al derecho y que, al mismo tiempo, ofrece a los Estados miembros una apropiada respuesta a su necesidad de ampliar sus opciones de relación comercial.

De cualquier manera, hay que reconocer, en atención a las características de las normas contenidas tanto en Protocolo como en la Resolución 43 (I-E) del Consejo de Ministros, que la solución encontrada refleja una difícil transacción entre aquellos Estados miembros que postulaban el cumplimiento estricto de las disposiciones del Art. 44 del

28. Art. 5, literal b) del Protocolo Interpretativo.

29. Art. 4, segundo párrafo, del Protocolo Interpretativo.

Tratado de Montevideo de 1980 y aquellos otros que postulaban la conveniencia de flexibilizar las mismas con objeto de facilitar nuevas opciones de relación comercial.

IV. La CNMF en el Tratado de Asunción (MERCOSUR)

34. Las normas sobre el trato de la nación más favorecida en el Tratado de Asunción que instituyó el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), forman parte de un conjunto de reglas relativas a las relaciones comerciales de los Estados miembros de este esquema con terceros Estados no miembros, sean o no integrantes de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

El Tratado no incluye, por consiguiente, una cláusula de la nación más favorecida, concebida y redactada en los términos clásicos, pero contiene disposiciones cuyos efectos son prácticamente idénticos a los de la cláusula.

35. Con arreglo a lo dispuesto por el Tratado, los Estados signatarios están comprometidos "a coordinar sus posiciones en las negociaciones comerciales externas que emprendan durante el período de transición"³⁰ establecido para el perfeccionamiento del mercado común.

En virtud de este compromiso, los mismos Estados deberán:³¹

- 1) Evitar "afectar los intereses de los Estados Partes en las negociaciones comerciales que realicen entre sí",
- 2) Evitar "afectar los intereses de los demás Estados Parte o los objetivos del Mercado Común en los acuerdos que celebren con otros países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración",
- 3) Celebrar consultas entre sí siempre que "negocien esquemas amplios de desgravación arancelaria tendientes a la formación de zonas de libre comercio con los demás países de la Asociación Latinoamericana de Integración", y
- 4) "Extender automáticamente a los demás Estados Partes cualquier favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio".

36. Como se puede apreciar, estas normas diferencian la situación de las negociaciones y los acuerdos entre un Estado miembro del MERCOSUR y un tercer Estado no miembro de éste pero sí miembro de la ALADI de la situación de las negociaciones y acuerdos entre un Estado miembro del MERCOSUR y un tercer Estado no miembro ni de éste ni de la ALADI.

En rigor, únicamente la norma referente a esta última situación tiene efectos idénticos al de una cláusula de la nación más favorecida. En efecto, resulta inequívoca la obligación para cualquier Estado miembro de extender en favor de los restantes Estados miembros, en

30. Art. 8 del Tratado de Asunción.

31. Art. 8, literales a), b), c) y d) del Tratado de Asunción.

forma automática, las ventajas más favorables que hubiese otorgado o que otorgue a un tercer Estado no miembro ni del MERCOSUR ni de la ALADI.

En cuanto a posibles "acuerdos" con terceros Estados miembros de la ALADI, los deberes de un Estado miembro del MERCOSUR está limitada a "no afectar los intereses" de los demás Estados miembros ni "los objetivos del mercado común", así como a "celebrar consultas" cuando se trate de acuerdos por los cuales se adopten "esquemas amplios de desgravación arancelaria tendientes a la formación de zonas de libre comercio".

37. Cabe interpretar, por consiguiente, que los Estados miembros del MERCOSUR, como miembros de la ALADI, están reatados con los restantes Estados miembros de ésta, por la cláusula de la nación más favorecida del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980.

Diferente es la situación de las ventajas más favorables concedidas por un Estado miembro del MERCOSUR a un tercer Estado no miembro de la ALADI. En este caso, dichas ventajas deberán ser extendidas, en forma automática, a los restantes Estados miembros.

38. Esta última obligación tiene el mismo alcance que la derivada de la cláusula de la nación más favorecida del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980.

Sin embargo, si se acepta que, por su naturaleza, esta norma es una norma general, mientras que la norma enunciada en el literal d) del Art. 8 del Tratado de Asunción es una norma especial o particular, esta última sería de aplicación preferente. En consecuencia, las limitaciones o excepciones a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida del Tratado de Montevideo de 1980 - incluyendo las incorporadas por el Protocolo Interpretativo del Art. 44 - no serían aplicables a la obligación pactada entre los Estados miembros del MERCOSUR a través del literal d) del Art. 8 del Tratado de Asunción.

Esto significa que, en sus relaciones recíprocas, los Estados miembros del MERCOSUR están obligados, cuando se trate de ventajas más favorables otorgadas a un tercer país no miembro de la ALADI, a aplicar, con preferencia, lo prescrito por el citado literal d) del Art. 8 del Tratado de Asunción.

39. Esta interrelación entre disposiciones del Tratado de Montevideo y del Tratado de Asunción sobre la misma materia, plantea un interesante caso de interpretación.

Al respecto, es pertinente recordar que el Tratado de Asunción está considerado, dentro del ordenamiento jurídico de la ALADI, como un "acuerdo de alcance parcial". En consecuencia, puede ser interpretado como un acuerdo subordinado al Tratado de Montevideo de 1980 y regulado por el sistema normativo de la ALADI.

Esta premisa permite, entre otras cosas, considerar que las normas del Tratado de Montevideo son, para los Estados del MERCOSUR, normas generales y las normas del Tratado de Asunción normas especiales o particulares.

40. La incorporación en el Tratado de Asunción de normas cuyo efecto es similar al de una cláusula de la nación más favorecida, respondió, seguramente, a la necesidad de preservar los objetivos del programa de integración económica del MERCOSUR durante el "período de transición" establecido por este instrumento. Vale decir, durante el período

anterior al perfeccionamiento de la "unión aduanera" postulada como uno de los objetivos centrales de este programa.

Una vez lograda esta meta, que implica, en esencia, la pérdida de la competencia particular de cada Estado miembro en materia de política comercial y, en especial, de manejo de los derechos o impuestos a la importación de bienes, las referidas normas serán, progresivamente, menos relevantes. Al ser adoptado un "arancel externo" común, cualquier negociación sobre ventajas arancelarias con terceros países no miembros del MERCOSUR, estará sujeta a nuevas reglas y, con toda probabilidad, será de competencia de algún órgano común, distinto de los Estados miembros.

V. La CNMF en el Acuerdo de Cartagena (Grupo Andino)

41. En su texto original, el Acuerdo de Cartagena no incluía una cláusula de la nación más favorecida. Esta fue incorporada con posterioridad, como consecuencia de las enmiendas introducidas al Acuerdo por el Protocolo de Quito, suscrito el 12 de mayo de 1987.³²

De este modo, la cláusula quedó enunciada, como Art. 114 del Acuerdo, en los siguientes términos:

Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros.

42. Como se ve, el texto de esta disposición se ajusta al modelo clásico, que deviene del Art. I del GATT de 1947 y que ha sido adoptado en otros tratados multilaterales suscritos entre países de la región de América Latina, como el Tratado de Montevideo 1960 y el Tratado de Montevideo 1980.

Prescribe, en esencia, la obligación de cualquier Estado miembro del Acuerdo de extender en favor de los restantes Estados miembros, en forma inmediata e incondicional, todo tratamiento más favorable, en materia de comercio de bienes, concedido a cualquier tercer Estado no miembro del Acuerdo.

A diferencia de las disposiciones sobre trato de la nación más favorecida contenidas en el ordenamiento jurídico del MERCOSUR, esta cláusula es de aplicación general, o sea que no distingue entre el tratamiento más favorable otorgado a terceros Estados no miembros del Acuerdo pero miembros de la ALADI y a terceros Estados no miembros de la Asociación.

43. El alcance general de esta cláusula ha suscitado algunos interrogantes sobre la interpretación de su verdadero sentido a la luz de la misma cláusula enunciada en el Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980, del cual son signatarios todos los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena y tomando en consideración que éste tiene vigencia y se aplica dentro del marco del ordenamiento jurídico de la ALADI.

32. El Protocolo de Quito entró en vigor el 15 de mayo de 1988.

Según la norma del citado Art. 44, no es obligatoria la extensión del trato de más favor cuando el mismo ha sido acordado mediante acuerdos previstos en el Tratado de Montevideo de 1980, o sea en virtud de los "acuerdos de alcance parcial" y en virtud, precisamente, del Acuerdo de Cartagena. La cláusula del Art. 114 de éste, en cambio, podría ser interpretada en sentido de que es menos flexible que la del Art. 44. En razón de los términos generales en que está redactada, podría ser entendida como una norma que condiciona la capacidad de los Estados miembros del Acuerdo para otorgar ventajas más favorables inclusive a los Estados miembros de la ALADI.

44. Con base en el principio general de derecho, generalmente aceptado, de que la norma especial es de aplicación preferente, varios comentaristas han sostenido que el aparente conflicto entre la norma del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980 y la del Art. 114 del Acuerdo de Cartagena, se resuelve en favor de esta última, en cuanto se refiere a las relaciones recíprocas entre los Estados miembros del Acuerdo.

Según este razonamiento, habría que interpretar que la cláusula del Art. 114 obliga a un Estado miembro del Acuerdo a extender, automática e incondicionalmente, en favor de los restantes Estados miembros, todo tratamiento más favorable otorgado a terceros Estados miembros de la ALADI, así el mismo se hubiese acordado mediante "acuerdos previstos" en el Tratado de Montevideo de 1980. Por consiguiente, no existiría ninguna diferencia, para la aplicación de la cláusula, entre el tratamiento más favorable concedido a un tercer Estado no miembro del Acuerdo pero miembro de la ALADI y el otorgado a un tercer Estado no miembro ni del Acuerdo ni de la ALADI.

45. Esta regla no ha impedido que los Estados miembros del Acuerdo mantengan o negocien "acuerdos de alcance parcial" - según los términos del ordenamiento jurídico de la ALADI - con terceros Estados miembros de la Asociación.

Tales acuerdos han sido motivo de consultas y trámites de adecuación a los compromisos pactados en virtud del Acuerdo de Cartagena, en aplicación de lo prescrito por el Art. 68 de este instrumento. Según esta norma, los Estados miembros del Acuerdo tienen el deber de "no alterar los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo Común". Asimismo, están obligados a celebrar las consultas necesarias "antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión".

En última instancia, corresponde a la Comisión del Acuerdo emitir pronunciamiento "sobre dichas consultas", así como fijar "los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelarios".³³

46. La incorporación de una cláusula de la nación más favorecida en el Acuerdo de Cartagena, antes de la suscripción del Protocolo de Quito, dió lugar a un debate sobre la necesidad y pertinencia de una decisión de este tipo.

En opinión de algunos analistas, la no incorporación de dicha cláusula en el texto original del Acuerdo respondió a la interpretación hecha sobre la naturaleza y los alcances del programa de integración económica instaurado por el mismo. Al tratarse de un programa orientado a la adopción de un arancel externo común o, dicho en otros términos, al

33. Art. 68, segundo párrafo del Acuerdo de Cartagena, según la redacción incorporada por el Protocolo de Quito.

perfeccionamiento de una unión aduanera, no era necesario incorporar una cláusula de la nación más favorecida, puesto que ésta tiene como supuesto el que los Estados involucrados mantienen su autonomía para formular y ejecutar su política comercial o, más específicamente, para negociar rebajas arancelarias con terceros Estados. El establecimiento de una unión aduanera, en cambio, implica transferir estas potestades a la comunidad de Estados o a una entidad de esta comunidad, distinta de éstos, así como aplicar, de esta manera, una política comercial común.³⁴

Este razonamiento encontró respaldo en las normas pertinentes del Acuerdo relativas al programa para el establecimiento de una "unión aduanera", las cuales habían previsto la adopción, como primera etapa de este programa, de un "arancel externo mínimo común". El cumplimiento de este compromiso implicaba condicionar, de entrada, la capacidad de los Estados miembros del Acuerdo para negociar rebajas arancelarias con terceros Estados no miembros. Dicho condicionamiento se ponía de manifiesto en el deber estipulado por el citado Art. 68 del Acuerdo de "no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo Común".

Distinta sería la situación, adujeron los sostenedores de esta idea, si el programa de integración económica del Acuerdo de Cartagena postulase, tal como lo hacía el Tratado de Montevideo de 1960, como objetivo instrumental el establecimiento de una zona de libre comercio. En este caso, al conservar los Estados participantes su autonomía en la formulación y ejecución de su política comercial y, en especial, en el manejo de su política arancelaria, resultaba necesario adoptar una cláusula de la nación más favorecida, como medio para evitar la discriminación.³⁵

47. Otros comentaristas sostuvieron que, a pesar de la naturaleza y alcance de los compromisos relativos al programa para el establecimiento de la "unión aduanera", era necesario regular, de manera más precisa, el compromiso de evitar un tratamiento comercial discriminatorio en perjuicio de los Estados miembros del Acuerdo. Esto en razón de que, por lo menos dos Estados miembros -Bolivia y Ecuador por su condición de países de menor desarrollo económico relativo - estaban exentos de adoptar el arancel externo mínimo común.

En consecuencia, razones de orden práctico, derivadas tanto de la exención otorgada a Bolivia y Ecuador como de la demora en la adopción del "arancel externo común", aconsejaban incorporar en el Acuerdo una cláusula de la nación más favorecida.

48. Al fin de cuentas, esta última corriente de pensamiento se impuso e inspiró la aprobación, a través del Protocolo de Quito, de las dos siguientes importantes enmiendas al Acuerdo:

- 1) La inclusión del Art. 114 que enuncia la cláusula de la nación más favorecida, y

34. En apoyo de este punto de vista, se mencionó que, por ejemplo, el Tratado de Roma que instituye la Comunidad Económica Europea, basada en el previo perfeccionamiento de una "unión aduanera", no contiene una cláusula de la nación más favorecida.

35. ZELADA CASTEDO, Alberto. *El principio de no discriminación y la regla del "standstill" en el Acuerdo de Cartagena*. In: *Integración Latinoamericana*, no. 90, Buenos Aires : BID/INTAL, 1984.

- 2) La inclusión del segundo párrafo del Art. 68 que confiere a la Comisión del Acuerdo la competencia para emitir pronunciamiento sobre las consultas entre los Estados miembros antes de "adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión" y para fijar los "términos a los que deberán sujetarse" dicho compromisos.

Es claro que existe una estrecha interrelación entre estas dos normas, en razón tanto de sus finalidades como de la intención de los Estados miembros del Acuerdo que las mismas reflejan.

49. A partir de la adopción del "arancel externo común" mediante la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobada el 26 de julio de 1988, la cláusula de la nación más favorecida del Art. 114 ha perdido relevancia.

En la actualidad y en el futuro, las eventuales negociaciones sobre rebajas o preferencias arancelarias de cualesquiera de los Estados miembros del Acuerdo, están reguladas y quedan sometidas a los procedimientos y condiciones fijados por la citada Decisión 370. Según sus normas, tanto la Comisión como la Junta del Acuerdo pasan a ejercer importantes competencias en todo lo relativo a la vigencia del arancel externo común.

La Comisión, en su calidad de órgano intergubernamental, tiene las potestad de "fijar los términos a los que deberán sujetarse" los eventuales compromisos de carácter arancelario que los Estados miembros del Acuerdo tengan el propósito de adquirir con terceros Estados. La Junta, a su vez, tiene, entre otras, la prerrogativa de autorizar, a cualesquiera de los Estados miembros, el "diferimiento" de la aplicación de algunos derechos establecidos en el "arancel externo común" y la rebaja transitoria de tales derechos por causas expresamente previstas en la citada Decisión 370 de la Comisión.

VI. La cláusula centroamericana de excepción (MCCA)

50. Los tratados multilaterales de integración económica suscritos por los países de la región de América Central, no incorporan una cláusula de la nación más favorecida.

No lo hace, en particular, el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, considerado como el instrumento constitucional del Mercado Común Centroamericano.³⁶ Es posible que la omisión de una cláusula de este tipo se haya debido a que, en virtud de este Tratado, los Estados signatarios se comprometen a establecer, entre sí, un "mercado común", a perfeccionar, en una etapa previa, una "zona de libre comercio" y a adoptar un "arancel uniforme". Este último instrumento implica, al fin de cuentas, la constitución de una "unión aduanera".³⁷

51. En cuanto a determinadas obligaciones entre los Estados miembros del MCCA, en lo relativo a sus relaciones comerciales con terceros Estados, el Tratado General formalizó el

36. VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *La cláusula de la nación más favorecida en el marco legal del Mercado Común Centroamericano*. In: LIZANO, E. *La integración económica centroamericana*. México, D.F. : Fondo de Cultura Económica, 1975.36.

37. VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *La cláusula de la nación más favorecida en los esquemas de integración económica centroamericana*. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (ed.) *Derecho Internacional Económico*. México D.F. : Fondo de Cultura Económica, 1974.

compromiso para la aplicación de la denominada "cláusula centroamericana de excepción". De esta manera, en virtud de este Tratado, adquirió la calidad de compromiso convencional una práctica que, desde tiempo atrás, era aplicada por estos Estados.

La cláusula centroamericana de excepción es una norma que los Estados centroamericanos se han comprometido a incorporar en todo tratado de comercio con terceros Estados no pertenecientes a la región de América Central que incluya entre sus disposiciones una cláusula de la nación más favorecida. En virtud de aquella cláusula, la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida no se extendería a las preferencias o al trato comercial más favorable convenido entre los Estados centroamericanos.

Dicho de otra manera, en virtud de la cláusula centroamericana de excepción, queda entendido que el tercer Estado beneficiario de una cláusula de la nación más favorecida pactada con un Estado centroamericano, no tiene derecho a invocar la misma para hacer extensivas en su favor las ventajas comerciales más favorables otorgadas por el Estado concedente en favor de otros Estados centroamericanos.

52. Este compromiso de los Estados miembros del MCCA, quedó formalizado en el Tratado General de Integración Económica Centroamericana en los siguientes términos:

Los Estados signatarios convienen en no suscribir unilateralmente con países no centroamericanos nuevos tratados que afecten los principios de la integración económica centroamericana. Asimismo, convienen en mantener la "Cláusula Centroamericana de Excepción" en los tratados comerciales que celebren sobre la base del tratamiento de nación más favorecida con países distintos a los Estados contratantes.³⁸

Resulta claro que el objetivo buscado por este compromiso o, mejor dicho, mediante la incorporación de la cláusula centroamericana de excepción en los tratados comerciales con terceros Estados no pertenecientes a la región centroamericana, consiste en evitar la extensión a éstos, en función de la aplicación de una cláusula de la nación más favorecida, del trato comercial más favorable resultante de la aplicación del programa de integración económica postulado por el Tratado General y orientado, como meta final, al establecimiento de un mercado común.

53. La obligación de no otorgar ventajas arancelarias a terceros Estados o, cuando menos, de hacerlo de acuerdo con ciertos requisitos, está expresada, con mayor precisión, en las normas del Tratado General referidas a la adopción del "arancel centroamericano uniforme", así como del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano.³⁹ En este sentido, el Art. IX del Tratado prescribe:

Los Gobiernos de los Estados signatarios no otorgarán exenciones ni reducciones de derechos aduaneros a la importación procedente de fuera de Centroamérica para artículos producidos en los Estados contratantes en condiciones adecuadas.

Por otra parte, según lo estipulado por el Convenio sobre el Régimen Arancelario y

38. Art. XXV del Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

39. El Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano fue suscrito el 14 de diciembre de 1984.

Aduanero Centroamericano, el "arancel centroamericano de importación" es el instrumento que define:

- 1) la nomenclatura para la clasificación oficial de las mercaderías que sean susceptibles de ser importadas al territorio de los Estados Contratantes, y
- 2) los derechos arancelarios a la importación.⁴⁰

De acuerdo con el Art. 17 del mismo Convenio, "toda importación de mercaderías al territorio aduanero de cualquiera de los Estados Contratantes está sujeta al pago de los derechos arancelarios establecidos" en el arancel centroamericano de importación. Al propio tiempo, según lo dispuesto por el Art. 21 del mismo instrumento, "los Estados Contratantes no otorgarán franquicias o exenciones de derechos arancelarios a la importación".

Únicamente el Consejo Económico Centroamericano - uno de los órganos intergubernamentales de la estructura institucional del MCCA - está facultado para "acordar modificaciones de los derechos arancelarios a la importación". Al adoptar sus decisiones al respecto, el Consejo se atendrá a las "condiciones y criterios" establecidos en el Convenio y se guiará por la finalidad de alcanzar los objetivos de éste y, en particular, de:

- 1) Fomentar actividades productivas,
- 2) Proteger al consumidor, y
- 3) Coadyuvar a la ejecución de la política comercial externa de los Estados Contratantes.

54. En buenas cuentas, la adopción del régimen sobre el "arancel centroamericano de importación" implica la adopción de lo que en otros sistemas de integración económica, como el del Grupo Andino y el del MERCOSUR, se denomina "arancel externo común". Se trata, por consiguiente, del instrumento básico del programa para el perfeccionamiento de una "unión aduanera" entre los Estados miembros del MCCA.

55. En síntesis, los Estados miembros del MCCA, en lo relativo a sus relaciones comerciales con terceros Estados no miembros, están reatados por dos tipos de compromisos:

- 1) El compromiso de incorporar la "cláusula centroamericana de excepción" en los tratados comerciales con terceros Estados no miembros del MCCA, que contengan una cláusula de la nación más favorecida, y
- 2) El compromiso de atenerse, en todo lo relativo a la modificación de derechos a la importación, a las reglas estipuladas por el Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano.

Este último compromiso bien puede ser considerado el supuesto o fundamento para

40. Art. 13 del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano.

la aplicación, por parte de los Estados miembros del MCCA, de una política comercial común y el desarrollo, como corolario, de procedimientos de negociación comercial conjunta con terceros Estados no miembros del MCCA.

VII. Efectos de la vigencia de la CNMF en las negociaciones orientadas al establecimiento de un régimen de libre comercio de alcance hemisférico

56. Es muy probable que dentro de los trabajos que se realizan con miras a impulsar las futuras negociaciones conducentes a la adopción de un régimen de libre comercio de alcance hemisférico, que podría consistir en un régimen de "zona de libre comercio" u otra forma de acuerdo de libre comercio, se preste atención, en el momento oportuno, a los posibles efectos que en tales negociaciones podrían tener los compromisos asumidos por varios de los Estados de la región de América Latina en virtud de la cláusula de la nación más favorecida incorporada en los tratados de integración económica suscritos entre los mismos.

57. El empleo de esta cláusula, de la misma manera que de la cláusula del trato nacional - que también está incorporada en dichos tratados - pone de manifiesto que los ordenamientos jurídicos de integración económica regional del que forman parte los países de la región de América Latina, responde a la naturaleza de este tipo de órdenes jurídicos.

Todo ordenamiento jurídico destinado a regular un programa de integración económica regional, es un ordenamiento discriminatorio, pues consagra situaciones jurídicas diferentes para aquellos sujetos que pertenecen a él y para aquellos otros que no participan. Al mismo tiempo, desde el punto de vista de la situación jurídica de los primeros, todo sistema normativo de integración conlleva, necesariamente, la finalidad de igualar la misma, evitando los tratamientos discriminatorios entre los Estados involucrados.

La teoría de la integración económica regional basa sus análisis en este importante supuesto. Así, por ejemplo, es muy precisa en este sentido la conceptualización de Fritz Machlup:

Whenever it is less than worldwide, integration implies both discrimination and non-discrimination. Regional integration, for example, requires non-discrimination among products and factors coming from (or going to) countries within the region, but discrimination against products or factors coming from (or going to) countries outside the region.⁴¹

58. Las negociaciones para llevar adelante un proyecto de integración económica entre todos los Estados del Hemisferio, implican, para aquellos aquellos Estados de la región de América Latina que forman parte de tratados de integración económica llevar a cabo negociaciones con "terceros Estados", a las cuales serían aplicables las reglas de la correspondiente cláusula de la nación más favorecida. Esta situación se presentaría para los Estados que forman parte del Tratado de Montevideo de 1980, del Tratado de Asunción, del Acuerdo de Cartagena y del Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

59. Para aquellos Estados miembros de la ALADI que, a su vez, son miembros del

41. MACHLUP, Fritz A. *A history of thought on economic Integration*. New York : Columbia University Press, 1977.

MERCOSUR y del programa de integración económica del Grupo Andino, las obligaciones relativas al otorgamiento de ventajas o de un tratamiento más favorable en materia comercial a terceros Estados, provienen de sendas cláusulas de la nación más favorecida incorporadas en dos ordenamientos jurídicos: el ordenamiento jurídico del Tratado de Montevideo de 1980 y los ordenamientos jurídicos del Tratado de Asunción y del Acuerdo de Cartagena, respectivamente. Para estos Estados cobran relieve las reglas o criterios de interpretación del alcance de las correspondientes obligaciones, en función de la interrelación entre las normas sobre la misma materia de uno y otro ordenamiento jurídico.

Distinta es la situación de aquellos Estados que, por el momento, sólo están reatados por la cláusula de la nación más favorecida contenida en el ordenamiento jurídico del Tratado de Montevideo de 1980.⁴²

En virtud de las correspondientes cláusulas de la nación más favorecida, los primeros tienen cierto tipo de obligaciones con relación a los restantes Estados miembros de la ALADI y otro tipo de obligaciones con relación a los Estados miembros del MERCOSUR o del Grupo Andino. Los segundos, en cambio, sólo están obligados, con relación a los restantes Estados miembros de la Asociación, por la cláusula de la nación más favorecida del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980.

60. Por otra parte, los Estados miembros del MERCOSUR y del Grupo Andino, en razón de uno de los principales objetivos instrumentales de los correspondientes programas de integración económica, consistente en el establecimiento de una "unión aduanera", están sujetos, en cuanto a las negociaciones comerciales que intenten llevar a cabo con terceros Estados, al cumplimiento de las normas referentes al "arancel externo" que se han comprometido a adoptar o que ya han adoptado.

Cosa parecida ocurre, con los Estados miembros del MCCA, para quienes serían de cumplimiento obligatorio, en cuanto a negociaciones con terceros Estados, las disposiciones que aprueban y regulan el "arancel centroamericano uniforme".

61. Existe la presunción o, cuando menos, la hipótesis de que la inclusión de la cláusula de la nación más favorecida en tratados de integración económica suscritos entre países de América Latina o, más propiamente, la aplicación de las obligaciones emergentes de esta cláusula, hacen surgir "conflictos" entre los diversos "acuerdos regionales" de comercio o integración económica.

A simple vista, esta presunción o hipótesis es poco plausible. En rigor, es más razonable admitir que la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por las correspondientes cláusulas de la nación más favorecida, puede provocar a los respectivos Estados algunas dificultades al momento de intentar negociaciones comerciales con terceros Estados.

Cabe suponer, por ejemplo, que ciertas dificultades para alguno o algunos Estados

42. Por el momento, estos dos Estados son México y Chile. A pesar de que el primero integra, junto con Colombia y Venezuela el sistema multilateral de integración económica del Grupo de los Tres, su situación no se modifica, pues el Tratado de Libre Comercio de este grupo no contiene una cláusula de la nación más favorecida aplicable al comercio de bienes.

miembros de la ALADI, condujeron a la negociación y posterior suscripción del Protocolo Interpretativo del Art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980, con el objeto de "flexibilizar" las obligaciones establecidas por esta norma.

62. En todo caso, resulta difícil anticipar la índole y alcances de tales dificultades, sin que se conozcan aún ni la meta concreta que sería buscada en las futuras negociaciones relativas al establecimiento de un régimen de libre comercio de alcance hemisférico ni el procedimiento a ser aplicado a tales negociaciones.

De cualquier manera, sea que se las considere como dificultades o como supuestos necesarios de toda negociación de países de América Latina con terceros Estados ajenos a los respectivos ordenamientos jurídicos de integración económica regional, hay que reconocer que las mismas se originan, para algunos Estados, en los compromisos emergentes de la cláusula de la nación más favorecida, mientras que para otros Estados, tanto en estos compromisos como en los relativos al establecimiento de una unión aduanera o a la adopción de un arancel externo común.

63. Por lo que se refiere al proceso de adopción de un régimen de libre comercio de alcance hemisférico, se ha insinuado la posibilidad de adoptar una de las tres siguientes estrategias para llevar a cabo las correspondientes negociaciones:

- 1) La integración progresiva de algunos o varios Estados de la región de América Latina al actual Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), mediante negociaciones llevadas a cabo en forma individual por aquellos,
- 2) La integración progresiva de grupos de Estados de América Latina pertenecientes a diversos programas de integración económica de alcance subregional al actual Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), mediante negociaciones llevadas a cabo en forma colectiva por aquellos, y
- 3) La negociación y suscripción entre todos los países del Hemisferio de un nuevo tratado de libre comercio.

Es claro que las obligaciones emergentes de las cláusulas de la nación más favorecida incorporadas en los tratados de integración económica suscritos por Estados de América Latina, o de las reglas sobre establecimiento de "uniones aduaneras", tendrían distintos efectos según una u otra de las estas presuntas estrategias.

64. Para aquellos Estados que estén reatados por una cláusula de la nación más favorecida incorporada en el tratado de integración económica del que forman parte y que, además, estén comprometidos a llevar adelante un programa encaminado al establecimiento de una unión aduanera, es probable que un procedimiento de "negociación colectiva" sea la opción preferida. La opción de emprender negociaciones en forma individual, implicaría, en primer lugar, el deber de atenerse a las normas sobre el correspondiente arancel externo común y, en segundo lugar, la necesidad de llevar a cabo consultas con los restantes Estados miembros del respectivo tratado de integración económica o, en su caso, de aplicar los procedimientos pertinentes frente al órgano común competente para administrar el

arancel externo común o, cuando menos, para vigilar su aplicación.

Cualesquiera de estas opciones podría estar influida o matizada según el estado o la etapa en que se encuentre el programa para el establecimiento de una unión aduanera o para la adopción de un arancel externo común.

65. Consecuencias muy distintas se derivan de compromisos como los estipulados, entre los Estados del MCCA, a través de la denominada "cláusula centroamericana de excepción". La obligación creada por esta norma, llevaría a estos Estados a plantear la incorporación en un posible tratado de libre comercio de alcance hemisférico de aquella cláusula, en caso de que este último contenga una cláusula de la nación más favorecida.

66. Aparte de la consideración de los efectos que para los respectivos Estados surgen de los compromisos derivados de una cláusula de la nación más favorecida, los trabajos orientados al diseño de la estrategia para llevar a cabo el proceso dirigido al establecimiento de un régimen de libre comercio de alcance hemisférico, no pueden dejar de lado el examen de la conveniencia o no de incorporar en el tratado por el cual quede formalizado dicho régimen una cláusula de la nación más favorecida.⁴³

La urgencia de un debate y de una reflexión sobre este aspecto, surge de la constatación anticipada de que el proyecto a ser adoptado será, casi con seguridad, el de una zona de libre comercio de alcance hemisférico. Esto significa que Estados participantes mantendrían su autonomía en el manejo de su política comercial y de su política arancelaria, lo cual haría necesario regular las condiciones en que los mismos podrían otorgar ventajas o beneficios a terceros Estados no participantes en esa zona de libre comercio.

NOTAS

DOCUMENTOS DE REFERENCIA

ALADI/Secretaría General. Seminario Internacional. *La dimensión jurídica de la integración*. Montevideo: Secretaría de la ALADI, 1993.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTR, 1994.

CASTELIS, Adolfo. *La CNMF en las relaciones comerciales desarrollo-subdesarrollo*. París: RI, 1974.

Centro de Estudios Estratégicos. *Entendiendo el TLC*. México, D.F.: Fondo de Consultura

43. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), pese a que fija como objetivo instrumental del respectivo esquema de integración económica el establecimiento de una "zona de libre comercio", no incluye una cláusula de la nación más favorecida de alcance general o con referencia al comercio de bienes. La obligación de extender el "trato de la nación más favorecida" está referida, únicamente, al comercio de servicios y a las inversiones. Véase VÁZQUEZ PANDO, Fernando A.; ORTIZ AHLF, Loreta. *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Bogotá: Themis, 1994.

Económica, 1994.

Centro Peruano de Estudios Internacionales. *El sistema internacional en sus textos*. Lima: CEPEI, 1990.

COLLINS, Susan M. (ed.). *The New Gatt. Implications for the United States*. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1994.

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Cláusula de la nación más favorecida*. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su Trigésimo Período de Sesiones. In: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1978, v. II, Segunda Parte, (A/CN.4/SERA/1978/Add 12 (Part. 2). Nueva York: NU, 1978.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

Digest of International Law. *Most-Favored-Nation Clause*. Washington, D.C.: Dept. of State, [s.d.].

HALPERIN, Marcelo (comp.). *Instrumentos básicos de integración económica en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: BID/INTAL, 1994.

HERDERGEN, Matthias. *Derecho Económico Internacional*. Bogotá: DIKE, 1994.

SEIDL-HOHENVELDERN, I.. *International Economic Law. C.C. of The Hague Academy of International Law*. t. 198, 1986.

Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. *Derecho Comunitario Centroamericano*. San José, Costa Rica, 1968.

LAVIÑA, Félix. *Organización del comercio internacional*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MORALES PAUL, Isidro. *La CNMF y la evolución de las relaciones comerciales interlatino-americanas*. In: Orrego Vicuña, Francisco (comp.). *Derecho Internacional Económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974.

MUNS, Joaquín. *Organismos económicos internacionales: documentos constitutivos*. Madrid: Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1977.

ORREGO VICUÑA, Francisco. *Estudio sobre la Cláusula Bello y la crisis de la solidaridad latinoamericana*. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (comp.) *Derecho Internacional Económico*. México: D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974.

ORREGO VICUÑA, Francisco (comp.). *Derecho Internacional Económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974.

PAOLILLO, Felipe. *La CNMF y los países menos desarrollados en la ALALC y en el Pacto*

Andino. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (comp.). *Derecho Internacional Económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974.

PEÑA, Félix. *La CNMF en el sistema jurídico de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (comp.). *Derecho Internacional Económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974.

PFIRTER DE ARMAS, Frida M. *La CNMF y la excepción del tráfico fronterizo*. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (comp.). *Derecho Internacional Económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974.

SCHOTT, Jeffrey J. *The Uruguay Round: an assessment*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1994.

SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo. *GATT, ALALC y el trato de más favor*. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (comp.). *Derecho Internacional Económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974.

TUGORES Q., Juan. *Economía internacional e integración económica*. Madrid: McGraw Hill, 1993.

USTOR, E. *International Law Commission: the most-favoured-nation clause*. In: *Journal of World Trade Law*, v. 11, n. 5. Ginebra, 1977.

USTOR, E. *The MFN Customs Union Exceptions*. In: *Journal of World Trade Law*, v. 15, n. 5, Ginebra, 1981

VÁSQUES PANDO, Fernando A. - ORTIZ Ahlf, Loreta. *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Bogotá: Themis, 1994.

VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *La cláusula de la nación más favorecida en el marco legal del Mercado Común Centroamericano*. IN: LIZANO, E. *La integración económica centroamericana*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1975.

_____. *La CNMF en los esquemas de integración económica centroamericana*. In: ORREGO VICUÑA, Francisco (comp.). *Derecho Internacional Económico*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974.

ZELADA CASTEDO, Alberto. *Cuestiones jurídicas e institucionales en el desarrollo de las relaciones externas del Grupo Andino*. In: *Integración Latinoamericana*, n. 92. Buenos Aires: BID/INTAL, 1984.

_____. *Derecho de la Integración Económica Regional*. Buenos Aires: BID/INTAL, 1989.

_____. *El principio de no discriminación y la regla del "standstill" en el Acuerdo de Cartagena*. In: *Integración Latinoamericana*, n. 90. Buenos Aires: BID/INTAL, 1984.

_____. *Convergencia y multilateralismo en la ALADI*. In: *Estudios sobre integración económica y cooperación regional en el Cono Sur*. Santiago de Chile: Instituto de

Estudios Internacionales: Universidad de Chile, 1985.

CJI/SO/II/doc.33/96
27 mayo 1996
Original: español

EL APORTE DEL COMITÉ SOBRE EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Análisis y comentarios al documento
"El derecho en un nuevo orden interamericano",
del Secretario General de la OEA).1/

(presentado por el doctor José Luis Siqueiros)

1. Antecedentes. 2. Aportes del sistema interamericano al desarrollo del Derecho internacional. Breve reseña histórica. 4. La aplicación del derecho interamericano. 5. La cooperación con otros foros e instituciones. Niveles regional y universal. 6. Lineamientos generales en la codificación interamericana. 6.1 Universalismo y regionalismo. 6.2 Derecho latinoamericano y *common law*. 6.3 Codificación gradual y progresiva. 6.4 Armonizar reglas conflictuales con normas de derecho material. 6.5 La incorporación del D.I.Pr. en la legislación y jurisprudencia internas. 7. CIDIPs: el hilo conductor en el proceso de codificación. 8. El Temario de la CIDIP-VI. 8.1 Las recomendaciones de la CIDIP-V. 8.2 Las directrices sugeridas por la Secretaría General para la elaboración de instrumentos jurídicos. 8.3 La importancia de no interrumpir el proceso codificador. 8.4 La selección de las materias en el Temario.

1. Antecedentes

En su primer período de sesiones del año en curso (febrero, 1996) el Comité recibió oficialmente el documento denominado "**El Derecho en un Nuevo Orden Interamericano**", preparado por la Secretaría General de la Organización, instrumento que fuera previamente presentado a la consideración del Consejo Permanente de la OEA.

Este órgano consultivo en Resolución aprobada el 9 de febrero último (CJI/RES.I-7/96), acordó incluir en el temario de su siguiente período de sesiones un análisis de este importante documento; asimismo, formular las observaciones y comentarios que pudieran merecerle a cada uno de sus integrantes.

El trabajo en comentario es a la vez, un diagnóstico y una propuesta. Reseña, entre otras materias, el rol que ha cumplido la Organización en materia del desarrollo del derecho internacional, tanto público como privado, así como su aporte al fortalecimiento de las legislaciones nacionales. Enfatiza que la OEA es el escenario natural para el desarrollo del derecho internacional en el hemisferio americano, situación apunta, "que le concede una gran ventaja comparativa: la de ser el único foro para todos los Estados del continente, desarrollados o en vías de desarrollo, en condiciones de igualdad, para dialogar, buscar soluciones a sus problemas comunes y afianzar su solidaridad"2/.

1. Informe que se somete a la consideración del Comité Jurídico Interamericano en su segundo período de sesiones (agosto de 1996).

2. *El Derecho en nuevo orden interamericano*. Doc. de Trabajo. Oficina del Secretario General,

De la anterior premisa se deriva el gran potencial de la OEA para realizar aportes en el campo del desarrollo de instrumentos jurídicos. Sin perjuicio de otras temáticas que demandan un gran esfuerzo y creatividad y que tienen que ver con la consolidación de la democracia representativa y la profundización de las reformas políticas que la sustentan, la agenda jurídica de la OEA no deja de ser un vasto abanico de materias que incide en la competencia de muy diversos órganos. Sin embargo, bajo el prisma del jurista, dicha agenda propende a subrayar la contribución que el sistema interamericano aporta al desarrollo del derecho de gentes. Este aporte, desde los orígenes del panamericanismo, se proyecta en dos grandes rubros: el derecho internacional público y el derecho internacional privado. El desarrollo progresivo y la gradual codificación del derecho internacional, así como los problemas jurídicos inherentes en el proceso de integración de los países en desarrollo del hemisferio, coinciden con las finalidades primordiales del Comité Jurídico Interamericano.

Dichas metas, como lo apunta certeramente el Secretario General, deben armonizarse con la creación y puesta en marcha de un conjunto de instituciones a nivel regional, que sirven de marco de encuentro y diálogo permanente entre los Estados miembros. Dicho en otras palabras, a la institucionalidad del sistema interamericano.

Por las consideraciones antes expuestas y después de un proceso colectivo de deliberación y análisis, se llegará a la definición de unos parámetros más definidos, más concretos. Estas directrices fundamentales deben cristalizar en un objetivo temático, en un esquema básico, que puede llamarse "agenda", y que comprenderá las metas hacia las que la OEA dirigirá sus prioridades en su concepción jurídica del nuevo orden interamericano.

La Secretaría General conforma esta Agenda Jurídica en doce áreas temáticas, a saber:

1. El fortalecimiento de la democracia;
2. La seguridad hemisférica;
3. Protección y promoción de derechos humanos;
4. La lucha contra el narcotráfico;
5. La eliminación de la amenaza del terrorismo;
6. La lucha contra la corrupción;
7. El lavado de dinero;
8. La integración económica y el libre comercio;
9. La protección del medio ambiente;
10. El desarrollo social;
11. Las telecomunicaciones y
12. Desarrollo del derecho internacional privado.

Desde un enfoque metodológico, de corte tradicional, sería apresurado afirmar que los once primeros temas corresponden exclusivamente a la rama clásica del derecho internacional público. En forma meramente ilustrativa, la integración económica, el libre comercio y las telecomunicaciones, son áreas en las que necesariamente incide el derecho privado, especialmente el comercial. En esa virtud, el listar como apartado singular "el desarrollo del derecho internacional privado", como rama autónoma, separada de las primeras once áreas temáticas, no nos parece "**ratione materiae**" muy ortodoxo, sobre todo

a la luz del Capítulo II del documento que se analiza. Como se apunta en el propio estudio, "es importante destacar que la estrecha interrelación que hoy existe entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado dificulta cualquier intento de clasificación rigurosa"^{3/}. También como el mismo documento apunta, "el derecho internacional privado es el instrumento que ha ido regulando las relaciones entre nuestras sociedades, facilitando el intercambio de personas, bienes y servicios, fomentando la integración y combatiendo actividades ilícitas que no reconocen fronteras".^{4/}

Es, bajo dicha óptica, que el presente Informe pretende resaltar la importancia del desarrollo progresivo y la codificación iusprivatista en el contexto del nuevo orden jurídico interamericano. Sin duda que otros aportes en el seno del Comité Jurídico enriquecerán la temática de ese espacio que la Secretaría General describe como la "**Agenda Jurídica de la OEA**". Sin embargo, cumplirá a este relator el aportar algunas ideas en el campo que ha sido de su afición desde hace muchos años y que pueden coadyuvar en el renovado esfuerzo de la Organización para proyectarse como el escenario ideal en el desarrollo jurídico del hemisferio.

2. Aportes del sistema interamericano al desarrollo del Derecho internacional. Breve reseña histórica

La contribución del continente americano (o hemisferio occidental) al desarrollo del Derecho internacional, es un hecho indiscutible y plenamente aceptado por la doctrina universal.

La génesis del proceso codificador se remonta al **Congreso de Panamá** de 1826.^{5/} La idea de alcanzar una codificación sobre determinados temas de Derecho internacional estuvo presente en numerosas propuestas y reuniones que se sucedieron en diversos países latinoamericanos a lo largo del siglo XIX. Mención especial debe hacerse del **Congreso de Jurisconsultos Americanos**, reunido en **Lima en 1877**, al que asistieron representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Cuba,^{6/} Ecuador y Perú. Los Estados Unidos fueron invitados, pero no concurrieron, argumentando que su organización federal reservaba a los Estados federados la competencia en determinadas materias, lo que impedía al Ejecutivo su participación en esta clase de Congresos.^{7/} El Congreso de Lima elaboró un Tratado para establecer reglas uniformes de derecho internacional privado en sesenta artículos, comprendiendo un amplio espectro de materias. Solamente Perú lo ratificó.

Como una reacción contra el principio de la nacionalidad consagrado en el Tratado de Lima, los gobiernos de Uruguay y Argentina emprendieron una iniciativa conjunta, en buena medida originada por Don Gonzalo Ramírez, a la sazón Ministro de Uruguay en Buenos

3. *Ibid*, p. 15.

4. *Ibid*, p. 62.

5. El Congreso adoptó un Tratado de Unión, Liga y Confederación, en el cual se establecía claramente la validez territorial de las leyes de cada uno de los Estados partes y, en una disposición adicional se planteaba la necesidad de codificar el Derecho Internacional.

6. La presencia de Cuba en este evento es de interés, ya que no había conquistado aún su independencia política.

7. Argumento que los Estados Unidos continuaron utilizando, por casi un siglo, para negarse a participar en Congresos o Conferencias que aprobaran la codificación del Derecho internacional. La política del Departamento de Estado se modificó al ingresar ese país a la Conferencia de La Haya (1964).

Aires, para convocar a un nuevo Congreso Sudamericano. Este se realizó en la capital uruguaya y materializó en los **Tratados de Montevideo** negociados en 1888-89. Estuvieron representados Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

En el Congreso se sancionaron ocho tratados^{8/} y un protocolo adicional^{9/}. Los instrumentos fueron ratificados por Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay. Se adhirieron Colombia (parcialmente), Ecuador, Francia, España, Bélgica, Italia, Austria, Alemania y Hungría.

Al cumplirse el aniversario del medio siglo del Primer Congreso Sudamericano, los dos gobiernos convocantes del original, propiciaron la reunión un **Segundo**. Este se realizó de nuevo en **Montevideo en los años 1939-1940**. Se realizó en dos etapas. A la primera acudieron los delegados de los países representados en 1889, con excepción de Brasil. A la segunda, concurren los mismos Estados, más Brasil y Colombia. En 1939 se firmaron tres tratados^{10/} y en 1940 cinco más ^{11/}, así como un Protocolo Adicional con el mismo objeto que el anterior. La obra de 1939-1940 repite, en general los textos anteriores, presentándose diferencias poco significativas. Argentina, Paraguay y Uruguay ratificaron todos. Los demás sólo firmaron.

Reseñaremos ahora la obra de los órganos interamericanos, destacando la contribución que hicieron las **Conferencias Panamericanas** al desarrollo y a codificación gradual y progresiva del derecho internacional. Hacia fines del siglo XIX, comenzó a gestarse, a instancias de los Estados Unidos, un proceso de alcance continental y de mayor ámbito que el encarnado por los Congresos Sudamericanos de Montevideo.^{12/} El gobierno de aquel Estado empezó a desempeñar un rol protagónico en el continente, orientado a encaminar las relaciones de los Estados americanos entre sí. Esta nueva dirección en las relaciones diplomáticas, comerciales y económicas, dio un giro al enfoque que hasta entonces había guardado el movimiento codificador latinoamericano, cuya influencia cultural y jurídica abrevaba sólo de Europa.

El horizonte geográfico también se amplió, incluyendo ahora, además de los Estados Unidos de América, a México y los países de América Central. Se propagó la idea de un derecho internacional americano, con principios y características propias. Si bien la idea estaba referida en general a la codificación del internacional público, existieron también planteamientos similares en el ámbito del internacional privado. Sin embargo, debe hacerse hincapié que el naciente Derecho internacional americano trataba de identificarse con aquellas cuestiones que se daban con sus propias notas distintivas en América y con las normas pergeñadas para regularlos. En la Primera Conferencia Panamericana que se

8. Tratados de Derecho Civil Internacional, de Derecho Comercial Internacional, de Derecho Penal Internacional, de Derecho Procesal Internacional, de Propiedad Literaria y Artística, de Marcas de Comercio y Fábrica, de Ejercicio de Profesiones Liberales y de Patentes de Invención.

9. El Protocolo se ocupa de regular la aplicación del Derecho extranjero.

10. Tratados sobre Asilo y Refugio Político, sobre Propiedad Intelectual y Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales.

11. Tratados sobre Derecho Civil Internacional, sobre Derecho Comercial Terrestre Internacional, sobre Derecho de Navegación Comercial Internacional, sobre de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional.

12. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Beramar:

Madrid, 1994. p. 123.

celebró en Washington, D.C. (1889-1890) se sancionó una recomendación, sugiriendo a todos los gobiernos en ella representados que ponderaran sobre la conveniencia de adherir a los Tratados de Montevideo de 1889 o expresaran una negativa fundada.

En la Segunda Conferencia (México, 1901-1902), se acordó establecer una Comisión encargada de redactar un Código de Derecho Internacional Privado y otro de Derecho Internacional Público. La Comisión, sin embargo, no llevó su encargo a feliz término.

La creación de la Junta Internacional de Jurisconsultos, fue el dato sobresaliente de la Tercera Conferencia celebrada en Río de Janeiro en 1906. Se le asignó a dicha Junta la tarea de preparar los dos Códigos pendientes. Las diferencias de criterios entre juristas brasileños y rioplatenses frustraron el intento. La Cuarta Conferencia (Buenos Aires, 1910), tampoco avanzó en esta encomienda.

La Quinta Conferencia (Santiago de Chile, 1923) reorganizó la Junta Internacional, la cual pasó a llamarse Comisión. Se convocó a esta última para preparar una codificación a nivel continental, tarea que finalmente materializó en un proyecto preparado principalmente por Don Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, quién había colaborado estrechamente con el Instituto Americano de Derecho Internacional. En honor a su autor fue denominado Código Bustamante, instrumento que fue aceptado por la Comisión y presentado a la consideración de la Sexta Conferencia Panamericana (La Habana, 1928).

La Sexta Conferencia aprobó el Código Bustamante, una obra omnicomprensiva en esta materia (437 artículos), y un hito de trascendental importancia en la historia de la codificación interamericana. Sin embargo, la solución de compromiso adoptada por el Código para conciliar los principios de nacionalidad y domicilio (ley personal), trajo como consecuencia que en el momento de la firma y de la ratificación, se le formularan tantas declaraciones y reservas por los Estados signatarios, que finalmente le hicieron inoperante. No obstante, el Código se encuentra vigente entre un buen número de países latinoamericanos.

Las Séptima y Octava Conferencias Panamericanas (Montevideo, 1933 y Lima, 1938), respectivamente, continuaron tratando el tema, pero esbozando una nueva tendencia; ir a la unificación del derecho privado, es decir, de su normatividad material, dejando de lado la codificación conflictual. Desde un aspecto operativo hubo cambios. La que primeramente fuera Junta y después Comisión, pasó a ser la Conferencia Internacional de Juristas Americanos. Empero, las Reuniones de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, crean el Comité Interamericano de Neutralidad. Este último, a partir de 1942, pasó a llamarse Comité Jurídico Interamericano (CJI), con sede en Río de Janeiro, estableciéndose entre sus funciones, la de "desarrollar y coordinar las labores de codificación del Derecho internacional, sin perjuicio de la competencia de los organismos existentes".

Al realizarse la Novena Conferencia en Bogotá, en 1948, se crea la Organización de Estados Americanos (OEA), con una estructura permanente de órganos. Entre, ellos se mantiene al Comité Jurídico Interamericano, todavía como comisión permanente del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ), vínculo que conserva hasta 1970, cuando deja de existir el segundo. A partir de 1949 el CJI principia a producir una encomiable obra

científica;^{13/} precisamente en el citado año adopta un Plan para el desarrollo y codificación del D.I.P. y del D.I. Pr.

Lamentablemente, el CJI por encargo del entonces existente CIJ, se enfrasca en una tarea ingrata y poco productiva: la de **Revisar el Código Bustamante, a la luz de los Tratados de Montevideo y de las normas del Restatement of the Law of Conflicts of Laws**, éste último elaborado por el American Law Institute de los Estados Unidos. Al cumplimiento de esta encomienda el CJI dedica casi dos décadas, pese a la reiterada posición norteamericana en el sentido de no tener interés en dichas labores de armonización y a la falta de voluntad política de otros gobiernos latinoamericanos.

A mediados de la década de los 1960 se da nuevo giro en la estrategia de codificación del D.I.Pr. El Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en la que sería su última reunión (San Salvador, 1965), recomienda a la Organización la conveniencia de convocar a una Conferencia Especializada y a recabar la opinión de los gobiernos miembros sobre los temas que deberían abordarse en la misma.

Los países consultados contestaron en forma casi unánime, pronunciándose en el sentido de que la Conferencia se abocara a temas concretos. La mayoría inclinó su preferencia para que el temario incluyera materias de Derecho comercial.

La Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-) se realizó en la ciudad de Panamá, en enero de 1975. Asistieron delegados de veinte países miembros de la Organización. Entre los observadores se contó con la presencia de Canadá^{14/}. La CIDIP-I, no obstante su corta duración, fue fructífera. En su seno se aprobaron seis importantes convenciones.^{15/}

La Segunda Conferencia Especializada (CIDIP-II) fue convocada también por la Asamblea General, llevándose a cabo en Montevideo República Oriental del Uruguay, en los meses de abril y mayo de 1979. Estuvieron representados veinte países, pudiéndose afirmar que el nivel académico de las delegaciones fue superior al observado en la CIDIP anterior. Se trabajó a ritmo acelerado y como fruto de sus deliberaciones se aprobaron los textos de ocho Convenciones.^{16/}

13. Sobre la prolífica obra científica del Comité Jurídico, existe abundante bibliografía. Como fuentes más autorizadas ver *Informes y Recomendaciones del CJI*, Tomos I al XXII, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C. y *La Contribución del Comité Jurídico Interamericano de la OEA en el desarrollo y codificación del Derecho internacional*, por Renato Ribeiro, Secretario de dicho órgano por más de treinta años, (CJI/SO/I/doc.26/93).

14. Es interesante destacar que Canadá, no siendo aún miembro de la OEA, expresó su deseo desde 1975, en el sentido de que todas las Convenciones que se aprobaran en el seno de la Conferencia, incluyeran dentro de sus Disposiciones Generales, la llamada "cláusula federal", o sea aquella que permite a los Estados Parte que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos, puedan declarar si la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

15. Convenciones Interamericanas sobre Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; sobre Arbitraje Comercial Internacional; sobre Exhortos y Cartas Rogatorias; sobre Recepción de Pruebas en el extranjero y sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero.

16. Convenciones Interamericanas sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero; sobre Conflicto de Leyes en Materia de Cheques; sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles; sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado; sobre

La CIDIP-III tuvo lugar en La Paz, Bolivia durante el mes de mayo de 1984. Debido, tal vez, a los sucesivos diferimientos respecto a la fecha de su celebración y a problemas inherentes a las tareas organizativas, la Conferencia tuvo una asistencia relativamente menor. Concurrieron dieciocho delegaciones del hemisferio, pero un numeroso grupo de observadores. Con el apoyo técnico de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA y el esfuerzo desplegado por los participantes, se logró la aprobación de cuatro instrumentos de gran relevancia.^{17/}

En el mes de julio de 1989 se reunió la Cuarta Conferencia Especializada (CIDIP-IV) en Montevideo, Uruguay. Asistieron a ella los representantes de diecinueve países de la OEA, así como observadores permanentes (Estados) y de órganos y organismos internacionales. Como producto de la labor de las dos Comisiones formadas, se aprobaron tres Convenciones.^{18/}

En el mes de marzo de 1994 se realizó en la Ciudad de México, la Quinta Conferencia Especializada Interamericana de D.I.Pr. (CIDIP-V). Concurrieron diecinueve países miembros de la Organización, así como observadores permanentes de la misma, organismos y asociaciones internacionales. La Conferencia, siguiendo la pauta marcada por las CIDIPs anteriores, redujo el número de temas en su agenda, aprobándose en la Sesión Plenaria final sólo dos instrumentos interamericanos,^{19/} acordándose, por Resolución específica, diferir para posterior estudio el tercer tema, que consistía en los principales aspectos de D.I.Pr. que son concernientes a los contratos de transferencia de tecnología.^{20/} Antes de concluir sus trabajos la Quinta Conferencia Especializada, resolvió solicitar a la Asamblea General de la OEA que convocara a la celebración de una CIDIP-VI.^{21/} En la propia resolución se recomienda a la Asamblea General, que luego de los estudios pertinentes, incluya ciertas materias (ocho) en el Temario de la próxima Conferencia.^{22/}

El balance de las cinco CIDIPs puede leerse en términos cuantitativos y cualitativos. En los primeros, la cifra es impresionante: 23 instrumentos, incluyendo convenciones y protocolos. En ese panorama, destacan las áreas de la cooperación judicial internacional, el derecho comercial y la protección a menores de edad. Por lo que respecta a la evaluación cualitativa, la doctrina no es unánime. Sin embargo, y aceptando de antemano que las convenciones no han recibido aún el número de ratificaciones o adhesiones que serían deseables, puede afirmarse que el movimiento codificador ha sido positivo y que el "desarrollo progresivo" de esta disciplina se ha reflejado en su incorporación gradual a la

Normas Generales de Derecho Internacional Privado, así como un Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

17. Convenciones Interamericanas sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción a Menores; sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado; sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras y Protocolo Adicional a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

18. Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores; sobre Obligaciones Alimentarias y sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera.

19. Convenciones Interamericanas sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y sobre Tráfico Internacional de Menores.

20. OEA/Ser.K/XXI.5/CIDIP-V doc. 35/94. rev. 1.

21. CIDIP-V/RES. 8 (94).

22. Las materias sugeridas y la determinación de lo que podría ser la Agenda de CIDIP-VI se examinan en el apartado 8 *infra*.

legislación positiva del continente.^{23/}

3. La divulgación y aceptación de las Convenciones Interamericanas

Como lo afirma certeramente la Oficina del Secretario General de la OEA,^{24/} una vez aprobada una norma interamericana, la Organización, muchas veces se ha desentendido de ella, limitándose a la función de mera depositaria de las firmas y ratificaciones. La difusión de los instrumentos aprobados debe suponer un mayor énfasis en la publicación y distribución de sus textos, en el conocimiento actualizado de sus estados de vigencia^{25/} a través de cursos, seminarios, encuentros con centros universitarios, colegios de abogados, capacitación de jueces y magistrados, utilizando incluso la difusión a gran escala que ofrece Internet.

Muchos abogados en ejercicio, que en el curso de un litigio invocan la existencia de una Convención en favor de los intereses de su cliente, se sorprenden cuando la autoridad judicial manifiesta su desconocimiento sobre la existencia del instrumento (aún cuando la misma haya sido ya promulgada y publicada en el Diario o Periódico Oficial). La inexistencia o la dificultad de acceder a colecciones comprensivas de tratados en vigor, así como su conocimiento y aplicación por los jueces, hacen nugatoria su vigencia, a pesar de que en casi todos los países dichos instrumentos internacionales tienen una supremacía constitucional **vis-à-vis** la ley interna.

Es sólo cuando dicho instrumento internacional se incorpora como parte del Derecho positivo interno, o entra a formar parte de los Códigos civiles o de procedimientos civiles o mercantiles, cuando el órgano jurisdiccional toma conciencia de la existencia de la norma internacional. La modernización tecnológica de la informática (discos duros, CD-Roms, servicio de conexión a bancos de datos) puede auxiliar a la difusión del derecho convencional. Su cita y aplicación en la jurisprudencia nacional será un significativo impulso.

4. La aplicación del derecho interamericano

No escapa a la visión del estudio preparado por la Secretaría General, el problema que plantea la expansión en el ámbito del derecho internacional -y en particular del derecho interamericano- regulando actividades que se consideraban privativas del derecho interno.^{26/} Esta yuxtaposición, que propicia la convergencia de ambos órdenes, da lugar a aparentes dicotomías y a la tarea el juez nacional de conocer y saber aplicar las cláusulas pertinentes de las convenciones vigentes y resolver sobre la interpretación, armonización y prevalencia entre los dos órdenes jurídicos.

La jurisprudencia nacional no es uniforme ante el conflicto entre una norma

23. En otra parte de esta relatoría se abundará algo más sobre esto conceptos. Véase también *Contribución de las CIDIP-I, II y III al Desarrollo del Derecho Internacional Privado* (conclusiones). XIII Curso e Derecho Internacional, CJI, 1986, de J. L. Siqueiros.

24. "El Derecho en un nuevo....." p. 12, 62-64.

25. Es justo reconocer que la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, elabora periódicamente (cada seis meses) una relación que guardan las convenciones y protocolos aprobados en el seno de la CIDIPs, indicándose su entrada en vigor, ratificaciones, firmas y adhesiones. Lamentablemente, esta hoja no se distribuye en forma general y es casi de consumo interno.

26. "El Derecho en un nuevo.....". p. 73

internacional y una norma interna. En mucho dependerá, en cada caso, en la relación jerárquica que tales órdenes guarden en las Constituciones nacionales, i.e., si la ley interna es posterior a la Convención, si la norma internacional afecta intereses de las provincias o unidades territoriales que tienen normatividad diversa, etc. Sin embargo, dos instrumentos relevantes, uno universal y otro regional, pueden arrojar luz sobre esta delicada cuestión.

El primero es la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**, de 23 de mayo de 1969.^{27/} El segundo la **Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado**, hecha en Montevideo, en 1979.^{28/} La Convención de Viena, en su Artículo 27, nos dice que una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; ello, sin perjuicio de lo que dispone el Artículo 46.^{29/}

La Convención interamericana establece en su Artículo 1 que "la determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con el derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno".^{30/}

Parecería, de la lectura de estos textos, que existe una clara jerarquía en favor de la norma internacional. La cuestión, sin embargo, es más compleja. Dependerá como ya se apuntó, de la Constitución o leyes fundamentales de cada país. La jurisprudencia nacional irá marcando la pauta a seguir respecto a los trillados argumentos de las escuelas monista y dualista.^{31/}

5. La cooperación con otros foros e instituciones. Niveles regional y universal

El documento de trabajo que se analiza y comenta, contiene una aseveración muy cierta. En su página 64 precisa que, *"así como el desarrollo del derecho internacional interamericano surgido en el marco de la OEA ha sido seguido con atención en otros foros y en otras regiones, éste (el D.I.Pr. Interam.), a su vez se enriquece del conocimiento de las normas y de las prácticas que se dan el campo universal o en otros continentes."*

El desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional (público y privado) no es una área reservada al sistema interamericano. Esta tarea la comparten la Organización de las Naciones Unidas y varios foros regionales, la OEA entre ellos. Es entonces indispensable adoptar una estrategia de interrelación entre los diversos foros que prevenga duplicidades innecesarias y armonice la tarea común.

27. United Nations Treaty Series, no. 18232

28. OEA. Serie sobre Tratados no. 54, p. 1.

29. Este dispositivo establece como excepción que la violación de la competencia del Estado Parte para celebrar el tratado haya sido manifiesta y afecte a una norma fundamental de su derecho interno.

30. De este modo, dice D.P. Fernández Arroyo, "el moderno proceso de codificación internacional del D.I.Pr. americano, se ha decantado expresa y decididamente hacia una concepción monista que tiende a justificar en parte sus esfuerzos" Ver obra citada, p. 258.

31. Ver GOLDSCHMIDT, W. Normas generales de la CIDIP II: hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano. An. Jur. Interam. 1979. p. 151.

Ya el Art. 13, parr. 1 (a) de la Carta de la ONU, desde 1945, colocaba dentro de las atribuciones de la Asamblea General la de "*la de impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación*". La distinción entre "desarrollo progresivo" y "codificación", fue precisada en el Artículo 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), reservando la primera expresión para la preparación de proyectos de convenios en materias desprovistas de regulación o de una práctica suficientemente desarrollada, y la segunda para la formulación y sistematización de las normas en materias en la que ya existe una amplia práctica de los Estados, precedentes y doctrinas.^{32/}

Sin embargo, esta distinción se hizo inoperante en la labor de la CDI. Similar constatación realizó el CJI al cumplir con la finalidad que le confiere la Carta de la OEA,^{33/} sosteniendo la imposibilidad o la intrascendencia práctica de marcar diferencias entre los dos vocablos.^{34/} En realidad, a partir de 1975, se habla ya de "codificación parcial y progresiva", en oposición a una ya obsoleta "codificación global u omnicomprensiva". La codificación en la hora actual es progresiva porque se va realizando materia por materia y porque se va adecuando a las exigencias cambiantes de la realidad.

Además de las labores de "desarrollo progresivo y codificación" ya observadas, otros foros universales, tales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, (Conf. La Haya), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) la Cámara Internacional de Comercio (CIC), sólo para mencionar las más importantes, llevan a cabo mandatos semejantes en sus estatutos. Así advertimos que la "*unificación progresiva*"^{35/}, la "*armonización y la coordinación del derecho privado*"^{36/} y "*la armonización y unificación del derecho mercantil internacional*"^{37/}, constituyen una de las finalidades primordiales de éstas instituciones.

De ahí que la tarea que en este campo lleve a cabo la OEA, deberá fortalecerse con vínculos de cooperación y osmosis recíproca ante estos foros multilaterales. Asimismo, a nivel regional con otros esquemas como el Consejo de Europa y el Comité Jurídico Afro-Asiático. Tampoco hay que olvidar que dentro de la misma Organización de Estados Americanos existen otros órganos con responsabilidades en materia jurídica, que en el desempeño de sus actividades pueden converger con aquellas del CJI, i.e., la CICAD, la CEC, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sólo para citar algunos.

En suma, es necesario establecer coordinación y prioridades. Es preciso evitar duplicidad de esfuerzos y cumplir con el objetivo tratando de captar aquellas cuestiones con características distintivas y particulares de la región.

32. Ver además la Resolución 174 (III) de la A.G.

33. Art. 104 de la Carta vigente. El art. 67 de la Carta aprobada en 1948, en Bogotá señalaba entre las funciones del CJI, "el desarrollo y la codificación del derecho internacional **público y privado**". Al reformarse la Carta por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, se eliminó la alusión a "público y privado", copiándose el texto del Art. 13.1(a) de la Carta de la ONU.

34. El *Informe sobre el plan para el desarrollo y codificación* preparado por el CJI y sometido a la primera reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Washington, D.C., 1949. (Doc. CIJ-3. Ver además, PARRA ARANGUREN, G. *La Revisión del Código Bustamante*. Caracas, 1982. p. 240-241.

35. Conf. de La Haya. Estatuto, Art. 1.

36. UNIDROIT. Estatuto Multilateral, Art. 1.

37. Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas creando la UNCITRAL.

6. Lineamientos generales en la codificación interamericana

6.1 Universalismo y regionalismo

No obstante que la marcha hacia la "globalización", es casi un lugar común en la terminología socio-económica, en el escenario jurídico aún se confronta la dialéctica universalismo-regionalismo. En este binomio, debemos aceptar la doctrina que preconiza las "culturas particularmente diferenciadas", que devienen en regulaciones distintas en ámbitos específicos? Deberá pugnarse por un derecho convencional universal o deben admitirse regulaciones regionales para ciertas materias? Que áreas de las conductas jurídicas se encuentran impregnadas de un particularismo americano y por ende merecen ser codificadas en el ámbito regional? Todas estas interrogantes no son peculiares o exclusivas del hemisferio occidental; se cuestionan y se debaten en otros continentes.^{38/}

El hecho de que algunos países americanos formen parte de varios de los foros universales que se han mencionado, y de que sus gobiernos ratifiquen o adhieran a instrumentos -de vocación universal- concluidos en el seno de ellos, no ha sido obstáculo para que los mismos Estados miembros de la OEA vuelvan a negociar y suscribir convenciones sobre las mismas materias en el marco de las CIDIPs.^{39/} A su vez, la duplicidad de ratificaciones sobre una misma materia crea confusión sobre la prioridad en la aplicación de los dos (o más) instrumentos que regulan idéntico ámbito, lo que conduce a cláusulas conflictuales para resolver posibles colisiones entre la aplicación de uno u otro instrumento, o a reservas en el momento de ratificación o adhesión al segundo.^{40/} Resumiendo, sobre esta dialéctica no es fácil dar un diagnóstico o prescribir una terapia. Sin embargo, si será aconsejable que cada temática susceptible de inscribirse en la agenda futura de codificación regional, se examine rigurosamente en el contexto de su regulación extra-continental. Si la materia cuenta con una normatividad de carácter universal, de la que son Partes la mayoría o un buen número de países americanos, será preferible que la Conferencia Especializada no lo incluya en su Temario, recomendando solamente a los gobiernos que no son Parte de ella ponderar sobre la conveniencia de ratificar o adherir.^{41/}

6.2 Derecho latinoamericano y *common law*

Uno de los problemas que confronta la codificación del D.I.Pr. interamericano, es la

38. La vocación universal de ciertos instrumentos de derecho internacional, no ha impedido que su materia se regule también a nivel bilateral y regional. Como ejemplos concretos tenemos las áreas de arbitraje comercial, de obligaciones alimentarias, de sustracción ilícita de menores, de cooperación judicial, de sucesiones, de ejercicio de profesiones liberales y muchos otros.

39. Esta duplicidad es hasta cierto punto paradójica. Algunos países, signatarios de las Convenciones Interamericanas sobre Obligaciones Alimentarias y de Restitución Internacional de Menores, ambas concluidas en la CIDIP-IV (1989), aún no las han ratificado; en cambio, han adherido a las Convenciones de las Naciones Unidas y de La Haya sobre las mismas materias. Brasil, en cambio, ratificó, la Convención de Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá (1975), pero no ha adherido a la Convención de Nueva York (1958) sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

40. Véase por ejemplo, la reserva hecha por el Gobierno de los Estados Unidos de América al ratificar la Convención de Panamá sobre arbitraje comercial internacional, estableciendo en que casos sus tribunales aplicarán la Convención de Nueva York y cuando la Interamericana.

41. Como ha sido el caso de no menos de seis Resoluciones aprobadas en las Sesiones Plenarias de las CIDIPs IV y V, en torno a convenciones de vocación universal adoptadas bajo los auspicios de UNCITRAL, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya.

convergencia entre el derecho latinoamericano, o sea aquel de tradición romano-germánica (que incluye a todos los países hispano-parlantes y a Brasil) y el derecho angloamericano que tiene sus raíces en el **common law** y que prevalece en Canadá (con excepción de la provincia de Quebec), en los Estados Unidos de América y en la mayor parte de los países del Caribe que forman parte de la **Commonwealth**.^{42/}

De Canadá poco puede especularse. Su integración a la OEA es reciente y sólo ha participado en la CIDIP-V. Su inclusión en estas tareas de unificación y armonización continental será un factor positivo dada su "bi-cultura". Por lo que respecta a los países del Caribe, poco o nada puede esperarse.^{43/} Así que bipolaridad jurídica se ha centrado entre la concepción estadounidense y la iberoamericana.

Además de las reticencias tradicionales de los Estados Unidos para incorporarse a las labores de codificación del derecho privado, aduciendo obstáculos constitucionales derivados de su estructura federal, problemas que no lograron superarse sino hasta los años sesenta de este siglo, su participación ha propiciado problemas de fondo, referidos algunas veces a la falta de equivalencia de las instituciones materia de la regulación, ^{44/} en otros a la utilización de diferentes procedimientos^{45/} y en buena parte también a la falta de correspondencia lingüística^{46/}.

Sin perjuicio de dichos problemas, y dado el rol protagónico de los Estados Unidos en la OEA, y en menor escala, pero muy importante, la participación canadiense, el movimiento codificador del D.I.Pr. en el sistema interamericano no puede ya concebirse sin la interacción del *common law* con el llamado "*derecho civil*" latinoamericano. Independientemente de que los instrumentos adoptados en el seno de las CIDIPs, lleguen a ser ratificados o no por los Estados Unidos y Canadá, los expertos, los funcionarios de la Subsecretaría Jurídica y los delegados diplomáticos a las Conferencias, deben hacer acopio de ingenio, imaginación e información recíproca de los dos sistemas, con el fin de tender puentes de convergencia entre ambos y tratar de alcanzar soluciones conciliatorias. Dicha contemporización será beneficiosa para la armonía en el derecho convencional.

6.3 Codificación gradual y progresiva

En el documento de trabajo preparado por la Secretaría General, objeto de estos comentarios, se anota que la Organización ha abandonado la perspectiva globalista en el proceso de codificación de esta disciplina, iniciándose (desde 1975) una segunda etapa que

42. En los trece países caribeños, con excepción de Haití y Suriname, se conserva, al menos en el derecho privado, la legislación del Reino Unido.

43. Solamente Trinidad y Tobago (CIDIPs-I, II y IV) y Jamaica (CIDIP-I), han participado en las Conferencias. Ninguno de los trece países del Caribe ha suscrito siquiera uno de los textos aprobado.

44. En las negociaciones de la Convención sobre Tráfico Internacional de Menores, tanto en la Reunión de Expertos en Oaxtepec, México, (1993) como en la Conferencia Especializada, Cd. de México, (1994) existió una intensa oposición de los delegados estadounidenses para incluir aspectos penales en el texto del instrumento, estimando que las sanciones delictivas no eran parte del D.I.Pr.

45. A guisa de ilustración, recuérdese el problema suscitado tanto en la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (1979), como en las negociaciones del Protocolo a dicho instrumento (1984), en torno al "*pre-trial discovery of documents*".

46. La totalidad de los proyectos de convención van redactados en español. Al aprobarse la versión final en la Plenaria, existen serios problemas para que la versión inglesa corresponda fielmente al original. Sin embargo, lo mismo puede afirmarse respecto a los textos en francés y portugués.

ha privilegiado la codificación sectorial.47/

Dicho en otras palabras, se ha soslayado la concepción omnicomprensiva, que comenzó con los Tratados de Montevideo y culminó con el Código Bustamante, para adoptar una técnica de temas particulares, cuyo análisis merezca el consenso intergubernamental a la luz de su propia actualidad. Cabe decir, una metodología de tipo sectorial, matizada con las nociones de cooperación interamericana y de consulta previa entre los Estados miembros.

Sería también aconsejable el reducir en lo posible los temas a considerar en las CIDIPs. Quizás dos como máximo.

6.4 Armonizar reglas conflictuales con normas de derecho material

En la actualidad no resulta heterodoxo, en aras de una mejor codificación del D.I.Pr., el conjugar y armonizar reglas conflictuales con normas de derecho material (unificado). Si bien dichas tareas se encuentran separadas en la metodología tradicional, varias convenciones emanadas de las CIDIPs48/ contienen, además de las reglas de conflicto, típicas normas de derecho uniforme. Se abre, además, un amplio abanico de posibilidades entre distintos mecanismos jurídicos -leyes modelo, guías jurídicas, leyes uniformes- que ya se han ensayado con éxito en otros foros multilaterales, v.gr. UNCITRAL.49/

6.5 La incorporación del D.I.Pr. en la legislación y jurisprudencia internas.

Sin perjuicio del mecanismo constitucional que cada Estado establezca para ratificar o adherir al Derecho convencional, i.e., vía aprobación del Parlamento (Senado), o vía implementación a través de ley expedida por el Congreso, es indiscutible que el instrumento internacional, un vez aprobado, se incorpora al Derecho doméstico. Es decir, tiene un impacto en la legislación nacional de los países de la región americana, así como en la jurisprudencia de sus tribunales. En última instancia, en la vida cotidiana de las personas.50/

La anterior consideración es mayormente válida para los países de derecho codificado. La actualización o "puesta al día" de sus diversos ordenamientos en materia civil, comercial, procesal, depende de la actuación de sus legislaturas para modificarlos. La incorporación del derecho internacional moderniza la normatividad y el criterio de los tribunales. Disposiciones obsoletas, pero aún contenidas en los códigos, desaparecen al adoptarse los principios aprobados en las convenciones, sea por la introducción de nuevas leyes que los incorporan, o por las sentencias de los jueces o magistrados que las interpretan.51/

47. "El Derecho en un nuevo orden...." p. 21

48. Convenciones sobre el Régimen Legal de los Poderes para ser utilizados en el Extranjero, sobre Arbitraje Comercial Internacional y sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

49. En el documento preparado por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional, de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos (OEA), CJI/doc.7/95 de 16 de agosto de 1995, en la definición de "instrumentos jurídicos", se incluye a las leyes modelo.

50. "El Derecho en un nuevo orden...." p. 62.

51. Como dato meramente ilustrativo, la legislación mexicana (Código Civil, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código de Comercio, entre otros) ha sido decisivamente influida y actualizada como consecuencia de la ratificación y adhesión de México a diversas convenciones de las CIDIPs.

7. CIDIPs: el hilo conductor en el proceso de codificación

Según se definen en el Artículo 127 de la Carta de la OEA, las conferencias especializadas son "*reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana*". De conformidad con el Artículo 128, el temario y el reglamento de las Conferencias Especializadas serán preparados por los Consejos correspondientes (en el caso específico, por el Consejo Permanente).....y sometidos a la consideración de los Estados miembros.

Dentro del contexto histórico que se ha reseñado y bajo los parámetros esbozados en el apartado anterior, creemos que el proceso codificador de esta disciplina tendrá que continuar sobre el andamiaje de estas conferencias especializadas. Más aún, nos atrevemos a pensar que es el único viable. Sin embargo, siendo el mejor cauce, la producción jurídica a fluir tendrá que ser más decantada. Se requerirá de mecanismos de planeación, evaluación y consenso por parte de los gobiernos. Será necesario modificar los esquemas operativos de las CIDIPs para asegurar un nivel de excelencia aceptable.

8. El Temario de la CIDIP-VI

8.1 Las recomendaciones de la CIDIP-V

En la última CIDIP celebrada en la Ciudad de México en marzo de 1994, al solicitarse por la Asamblea Plenaria la convocatoria para una próxima Conferencia,^{52/} se recomendó a la Asamblea General que, luego de los estudios pertinentes, se incluyeran las siguientes materias en su Temario:

- a) El mandato y la representación comercial.
- b) Conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual (delimitado a un ámbito específico).
- c) Documentación mercantil uniforme para el libre comercio.
- d) Quiebras internacionales.
- e) Problemas de derecho internacional privado sobre los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada.
- f) Responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza. Aspectos de derecho internacional privado.
- g) Protección internacional del menor en el derecho internacional privado: patria potestad, guarda, visita y filiación.
- h) Uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales.^{53/}

52. A la fecha de este informe aún no se ha fijado fecha para la Conferencia, ni se han recibido propuestas de Gobiernos para la sede de la misma.

53. CIDIP-V/RES.8 (94).

8.2 Las directrices sugeridas por la Secretaría General para la elaboración de instrumentos jurídicos

Antes de adelantar comentarios sobre la relevancia e idoneidad de los temas enunciados en el párrafo anterior, nos parece prudente hacer alusión a un interesante documento de trabajo preparado por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional (DDC. del D.I.) de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA^{54/} documento que se presentó para revisión y comentarios del CJI, órgano que oportunamente someterá su dictamen al Consejo Permanente para que este último presente el informe correspondiente a la Asamblea General; ésta había instruido a la Secretaría General para que formulara dichas directrices en torno al proceso que sigue la Organización en la preparación y adopción de tales instrumentos jurídicos interamericanos^{55/}.

El documento en comentario, en su Parte III, fija un Proyecto de Directrices, pero hace énfasis en que aquellas deben utilizarse como una guía y no como un procedimiento rígido. En síntesis, las "directrices" sugieren que el procedimiento de elaboración de los instrumentos jurídicos incluyan: a) una propuesta inicial por cualquier Estado miembro sobre alguna materia específica; b) el respaldo de dicha propuesta por otros dos Estados miembros; c) evaluación preliminar en torno al asunto propuesto; d) que el Consejo Permanente coincida con las conclusiones de la evaluación preliminar; e) que la Subsecretaría de Asuntos jurídicos coordine el proceso preparatorio, incluyendo consultas y cuestionarios a los Estados miembros; f) la culminación de este proceso preparatorio, incluyendo los proyectos preliminares del instrumento, estarían a cargo de una "Comisión de Trabajo"^{56/}; g) el proyecto inicial concluido por la citada Comisión se distribuiría entre los Estados miembros para su análisis y observaciones; h) se elaboraría el proyecto definitivo en los cuatro idiomas oficiales; i) este proyecto sería el que conociera la Conferencia Diplomática que resolvería sobre su aprobación.

La evaluación a que se refiere el literal (c) la llevaría a cabo uno o más de los "foros" que se listan y que incluyen a distintos órganos de la OEA.^{57/} Dicha evaluación preliminar determinaría si el tema propuesto es verdaderamente necesario en el marco interamericano, determinación que tomará en cuenta diversas consideraciones; algunas de ellas han sido ya expuestas en el desarrollo de este Informe.^{58/} Un aspecto trascendental en la evaluación, sería el grado de respaldo que darían los Estados miembros al proyecto.^{59/}

Resumiendo, este Relator estima que las directrices propuestas están inspiradas en consideraciones sustantivas y procedimentales, orientadas a obtener en el derecho convencional interamericano, una elaboración selectiva y realista. Muchos de sus

54. *Directrices para la elaboración de Instrumentos Jurídicos Interamericanos: estudio de antecedentes*, documento citado en Nota 48 **supra**.

55. Resolución adoptada por la AG el 9 de junio de 1995. OEA/Ser. P. AG/doc. 3269/95.

56. En esta "Comisión de Trabajo" se incluye, como uno de sus órganos componentes, al Comité Jurídico Interamericano.

57. Uno de ellos es el CJI.

58. Por ejemplo, la existencia de otros instrumentos bilaterales o multilaterales sobre la misma temática; los planes o agendas de otros foros para abordarla en un próximo futuro; la "americanidad" del asunto, como materia característica o particular del continente.

59. Este "grado de respaldo" es un elemento un tanto subjetivo y aleatorio. No es predecible.

lineamientos son sólidos, pero no pueden aplicarse en forma rígida.

Este Relator opina que el documento en comentario no da la relevancia que merece al Comité Jurídico Interamericano. Sólo lo incluye (entre otros muchos órganos), en materias de evaluación y trabajos preparatorios. En mi opinión, el CJI debería ser el órgano consultivo por excelencia en la elaboración de instrumentos jurídicos interamericanos.

8.3 La importancia de no interrumpir el proceso codificador

A la luz de las directrices planteadas en el documento de la Secretaría General y otro estudio preparado por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional en octubre de 1995 ^{60/}, se concluye "que sería apropiado el diferir la selección del Temario para la CIDIP-VI, hasta que haya existido oportunidad para considerar los resultados de la iniciativa (referida a las directrices esbozadas por el propio DDC del D.I.), conjuntamente con las recomendaciones que formule el CJI al Consejo Permanente respecto a dicha propuesta. En el ínterin se podría comenzar con la preparación de ciertos estudios preliminares."^{61/}

El Relator difiere de esta apreciación. Sin perjuicio de las recomendaciones que pueda formular este órgano al Consejo Permanente en torno a la propuesta de "directrices" y de la indiscutible bondad de muchas de ellas, debe enfatizarse que el proceso de codificación del D.I.Pr. interamericano, desde 1975, tiene ya una dinámica propia. Las CIDIPs vienen celebrándose en forma periódica cada cuatro o cinco años, siguiendo un procedimiento acorde con la Carta de la Organización. Es obvio que dicho procedimiento puede perfeccionarse y que a la luz de los antecedentes y resultados obtenidos en las cinco Conferencias realizadas, la siguiente pueda alcanzar un nivel de excelencia superior; sin embargo, simplemente "diferir" su celebración en forma indefinida y sólo llevar a cabo "ciertos estudios preliminares", significaría terminar con un proceso ya institucionalizado.

Estamos conformes en que el Consejo Permanente, con la opinión de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, realice una cuidadosa evaluación de los temas de la próxima agenda, oyendo las opiniones de los Estados miembros; asimismo, que dichos temas se reduzcan en términos cuantitativos (tal vez, dos como máximo), y se seleccionen en forma cualitativa, siguiendo los parámetros sugeridos para determinar si la temática propuesta es idónea en el marco convencional interamericano. Dicha evaluación puede materializar a través de cuestionarios y consultas que contestarían los Estados miembros y de cuyas respuestas se desprendería la deseabilidad de codificar la materia y la posibilidad de arribar a un resultado concreto satisfactorio. Dicho en otras palabras, asociar los criterios técnicos con la voluntad política de los Estados.

Una vez escogidos los temas, la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, encomendaría la elaboración de estudios técnicos a especialistas en la materia, se celebrarían Reuniones de Expertos para examinar los Proyectos que preparen los Estados miembros; se formarían sendos Comités ad-hoc par redactar en los idiomas oficiales los ante-proyectos aprobados, los que se circularían con suficiente

60. *Selection of Agenda for the Sixth Interamerican Conference on Private International Law. (CIDIP-VI): a preliminary background study*, documento aún no clasificado, en versión inglesa solamente.

61. *Selection..... Ibid*, p. 5.

antelación a la Conferencia. Al reunirse la CIDIP, se exhortaría a los Estados miembros para que su Delegación incluya especialistas nacionales (en la temática a discusión) y se solicitaría al Estado anfitrión que la Conferencia tuviera un mínimo de seis días hábiles.62/

La dinámica organizativa de las Conferencias Especializadas está correctamente delineada en el Reglamento que ha sido preparado por el Consejo Permanente, y que con pequeñas adaptaciones ha resultado idóneo para las CIDIPs. Por lo que respecta a la divulgación y aceptación de las convenciones que llegaren a aprobarse, nos remitimos a las observaciones hechas en el apartado 3 de este estudio.

8.4 La selección de las materias en el Temario

En el documento objeto de este análisis y comentarios, se apunta que de la Agenda propuesta para la CIDIP-VI, puede deducirse con claridad la marcada inclinación de los Estados a tratar allí cuestiones directamente relacionadas con el derecho comercial, el comercio internacional y el derecho económico internacional; se agrega que esta tendencia apartará a las futuras CIDIPs del sólo estudio de temas ligados a la solución de conflicto de leyes, para irse adentrando en un ejercicio normativo que se aproxima más a la armonización y unificación de leyes en el plano regional.63/

Nos parece que la aseveración de la Secretaría General es correcta. El "desarrollo gradual y progresivo" del Derecho internacional, como se anotó en el apartado 6.4 de este Informe, abarca también la codificación de normas conflictuales en conjunción con normas de derecho uniforme. A mayor abundamiento, entre las tareas encomendadas por la Carta al CJI se encuentra "la posibilidad de uniformar sus legislaciones (las de los países del Continente) en cuanto parezca conveniente."64/

Esta misión ha sido ya intentada en diversos foros iberoamericanos. Partiendo de la constatación de elementos comunes, producto de herencias compartidas, se han elaborado ambiciosos trabajos sobre distintas ramas del Derecho, tanto público, como privado. En este orden pueden mencionarse los proyectos que bajo el nombre de "Ley Tipo" o "Código Tipo", se han generado en el ámbito latinoamericano y que abarcan materias tan disímiles como el Derecho procesal civil65/, el Derecho Procesal Penal,66/ el Derecho tributario,67/ el aeronáutico,68/ el arbitraje,69/ títulos valores70/ y sociedades.71/ Lamentablemente,

62. Las CIDIPs tienen un elevado costo, que se distribuye proporcionalmente entre la OEA y el Estado anfitrión. Los mayores gastos involucrados son el elevado costo de intérpretes, traductores, personal administrativo de apoyo, seguridad, papelería, fotocopiado, transporte y otros.

63. *El Derecho en un nuevo.....* p. 63.

64. Art. 104 de la Carta de la OEA.

65. *Código-Tipo y reforma del proceso en América Latina*. BEREZIO, R.O. p. 29.30.; *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia; Antecedentes, Exposición de Motivos*, Montevideo: Instituto Iberoamericano. Secretaría General, 1998.

66. Ver Fairén Guillén. *Notas sobre el proyectado Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica*. Bo. Mex. de Der. Comp. Vol. XXIV No. 70, 1991, p. 97-168.

67. *Reforma tributaria para América Latina, Modelo de Código Tributario*, Washington, D.C., 1967.

68. *El Proyecto de Código Aeronáutico Latinoamericano. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Enrique Aztiria*, Buenos Aires, 1966 p. 168-297 y *Códigos y Leyes de Aviación Civil de Iberoamérica* de MALPELLI LÓPEZ, E. Madrid, 1970.

69. CABANAS RODRÍGUEZ, M. "La Ley-Tipo de Arbitraje para Iberoamérica". In: R.C.E.A. v. 1, 1984. p. 29-34.

ninguna de estas iniciativas han cristalizado en la práctica.

Otro aspecto que la OEA debe promover es el estudio de la normatividad emanada de los distintos esquemas de integración regional y sub-regional (ALADI, MERCOSUR, PACTO ANDINO, NAFTA, SICA, CARICOM). Dicho estudio tendría como objetivo el lograr, gradualmente, la armonización de las legislaciones nacionales aplicables a las relaciones comerciales que están entrelazadas con los procesos de integración. Materias como subsidios, inversión, propiedad intelectual, compras de Gobierno, reglas de origen, control de calidad, antidumping y otras, deberán gradualmente armonizarse.^{72/} Estas tareas, si bien no trascienden necesariamente al ámbito de las CIDIPs, no dejan de tener una influencia indirecta en algunos de los temas propuestos.^{73/}

En suma, debe hacerse un balance del bagaje científico acumulado en más de dos décadas de codificación interamericana del D.I.Pr. Con las experiencias adquiridas planear el futuro sobre bases más sólidas y realistas. Uno de los efectos más importantes de este proceso, tal vez no sea la aplicación directa de los convenios celebrados en su seno, sino la "homogeneización" indirecta que se produce como reacción en las legislaciones internas de la región. Muchas de ellas acusan la influencia de los criterios establecidos para la regulación del tráfico privado externo en el ámbito interamericano, lo cual implica de algún modo, un efecto "modernizador" a través de los convenios.^{74/}

Para un autor alemán, quién ha estudiado a fondo este proceso, dicha obra de codificación es "un modelo y un punto de orientación que asegura su constante evolución y modernización y tal vez una cierta armonización en un no remoto futuro".^{75/}

Este Relator, quién ha vivido personalmente las vicisitudes y resultados de las cinco CIDIPs anteriores, confía en que este proceso como cualquier otro quehacer humano,

70. *Proyecto de legislación uniforme para Latinoamérica de títulos valores*. Buenos Aires, 1967.

71 Véase doc OEA/Ser. I. VI. 1, CN-94 (1968) titulado *Armonización de las legislaciones de los países latinoamericanos sobre sociedades*, incluyendo el problema de las sociedades de carácter internacional.

72. *El Derecho en nuevo orden.....* p. 53.

73. Varios de los temas sugeridos por la Asamblea Plenaria de la CIDIP-V, para la CIDIP-VI, fueron propuestos por los delegados estadounidenses a la luz de problemas que requieren de armonización en el marco de NAFTA (V.gr. literales a), c), e) y h) del Temario, apartado 8.1 *supra*).

74. FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. *La Codificación del Derecho...* obra citada, p. 180. A juicio del autor español la influencia de las CIDIPs en el D.I.Pr. nacional, ha sido más visible en Argentina, Perú, México, Uruguay, Paraguay y Venezuela.

75. SAMTLEBEN, Jurgen. *Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea*. Madrid, 1993 p. 302.

pueda perfeccionarse en el futuro y así alcanzar más altos niveles de excelencia.

CJI/SO/II/doc.34/96
16 julio 1996
Original: español

**INFORME DEL OBSERVADOR DEL
COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DE LA OEA,
EMBAJADOR MIGUEL ÁNGEL ESPECHE GIL,
ANTE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

Señor Presidente y señores miembros de la Comisión de Derecho Internacional:

En mi carácter de Observador del Comité Jurídico Interamericano de Rio de Janeiro, tengo el honor de presentarme ante esta Comisión y en su nombre exponerles la relación de sus principales trabajos a partir del período de sesiones de agosto de 1995.

Existe ya una tradición de cooperación que vincula al órgano de asesoramiento jurídico de la Organización de los Estados Americanos con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Como es de conocimiento de esta Comisión, el Comité Jurídico Interamericano viene efectuando aportes significativos a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional, labor que lleva a cabo desde 1906 y desde 1948 con su actual denominación.

Los trabajos del Comité durante el año último, realizados a continuación de lo reseñado en este mismo ámbito en junio del año pasado por el Embajador Vío Grossi, abarcan una amplia gama temática. Muestra de ello es el volumen que tengo la satisfacción de poner a disposición de la Comisión, con los trabajos referidos a los sistemas de solución de controversias en el ámbito de los esquemas de integración que se están desarrollando en el Continente, titulado "Estudio de los Métodos de Solución de Controversias en los Sistemas de Integración y Libre Comercio del Hemisferio", editado en Buenos Aires por la Universidad Argentina de la Empresa.

Las principales resoluciones adoptadas en las sesiones que tuvieron lugar en el mes de agosto, en las que el Comité tuvo la satisfacción de recibir al Representante de esta Comisión, Embajador Calero Rodríguez, fueron las siguientes:

- . Derecho de información: acceso y protección de la información y datos personales;
- . Incremento efectivo de la reglamentación bursátil en el Hemisferio;
- . Efectos jurídicos internacionales de la insolvencia;
- . Perfeccionamiento de la administración de Justicia en las Américas;
- . Cooperación internacional para reprimir la corrupción en países americanos.

Esta última cuestión ocupó gran parte del período de sesiones dando como resultado el Informe del Comité en el que formulo observaciones a un anteproyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción, inicialmente basado en un proyecto presentado por la Misión Permanente de Venezuela.

Las observaciones y el articulado alternativo redactado por el Comité Jurídico sirvieron de fundamento a la adopción, el pasado mes de marzo, de una Convención Interamericana que fue firmada en la ciudad de Caracas. Este nuevo instrumento internacional constituye un avance significativo en la cooperación para la prevención y represión de los ilícitos englobados bajo el título "Corrupción". Establece una tipificación adecuada de los actos que vulneran el bien tutelado de la probidad y la ética cívicas en la función pública. Innova al establecer la obligatoriedad para los Estados Partes de prohibir y castigar *"el ofrecimiento u otorgamiento, por parte de sus ciudadanos, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en el mismo, a funcionarios públicos de otros Estados, directa o indirectamente, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de la realización u omisión, por esos funcionarios, de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial"*.

Esta norma bajo el título de "Soborno transnacional" abre perspectivas para el castigo efectivo de esos ilícitos en el ámbito hemisférico y tuvo como antecedente inmediato la legislación, pionera en ese campo, que rige en los Estados Unidos de América. Otra novedad es la obligatoriedad, para los Estados Partes, de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito en sus respectivas legislaciones si no estuviere aún incriminada y la de asistencia y cooperación para la recuperación de bienes malhabidos.

El régimen de extradición sortea dificultades que parecían insalvables para quienes consideraban que esas normas podrían comprometer la vigencia del Derecho de Asilo en las Américas. El instituto del Asilo, tan arraigado en el Sistema Interamericano, no ha sido afectado, pero éste tampoco podrá servir de escudo para quienes, habiendo cometido actos de corrupción, pretendieren eludir la acción de la justicia.

Cabe destacar que la Convención dispone que los Estados Parte requeridos no podrán negarse a proporcionar asistencia invocando el secreto bancario. Como contrapartida, los Estados Parte requerientes se comprometen a no usar las informaciones protegidas por el sigilo bancario con fines distintos del proceso que motivó el requerimiento, salvo que contaren con la autorización del Estado Parte requerido.

Pongo de resalto, asimismo, la norma del artículo 17, que establece que el hecho de que los bienes provenientes de actos de corrupción hubieren sido destinados a finalidades políticas o la alegación de que fueron utilizados con motivaciones o finalidades políticas, no serán suficientes, por sí solos, para considerarlos como delito político o como delito común vinculado a un delito político.

Todas estas son innovaciones necesarias para una más acabada cooperación interamericana en esta materia.

El ejercicio efectivo de la Democracia Representativa, como elemento fundamental de la *affectio societatis* del sistema interamericano, viene mereciendo preferente atención del Comité. Es ya derecho positivo vigente la obligatoriedad para los Estados Miembros de defender ese ejercicio efectivo y el deber internacional de restaurarlo si fuere vulnerado. En este sentido cabe destacar que en la resolución sobre esta materia el Comité resolvió analizar *"La posible ilicitud internacional de las acciones que distorsionen o pretendan distorsionar los resultados electorales, tanto por coartar la libertad de expresión del sufragio*

como por afectar la autenticidad del escrutinio electoral". La inclusión de este tópico obedece a las propuestas doctrinarias esbozadas en el sentido de que no sólo los golpes de Estado típicos de triste memoria vulneran el bien jurídico tutelado de la democracia representativa sino que también lo atacan el fraude electoral y los actos que afectan la libertad del sufragio. El derecho de los ciudadanos a que su voto, libremente expresado, sea auténticamente escrutado, y que éste constituya la base genuina de la representación de los gobiernos así elegidos, es una exigencia de coherencia, ética y lógica de la democracia representativa, valor intrínseco del Sistema Interamericano.

El Comité también tomó conocimiento de un informe acerca de los aspectos jurídicos de la deuda externa y de la propuesta de llevar el tema a la Corte Internacional de Justicia mediante un pedido de opinión consultiva a ser eventualmente formulado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esa iniciativa está basada en los trabajos realizados por el Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina (CEISAL), el Consejo Consultivo del Parlamento Latinoamericano, y las exhortaciones de la XII Conferencia Interparlamentaria Unión Europea-América Latina y otras entidades. La propuesta comenzó a ser considerada en el ámbito del Grupo de los 77 de la AGNU durante el período de sesiones de 1995.

El ya tradicional Curso de Derecho Internacional de Rio de Janeiro que el Comité organiza junto con la Subsecretaría Jurídica de la OEA se llevó a cabo con éxito el año pasado. Para este XXII curso fueron mayores las exigencias en materia de formación jurídica de los aspirantes, lo que redundó en un mejor aprovechamiento de las enseñanzas impartidas y en los resultados de los trabajos efectuados por los cursantes. El curso XXII, integrado por 38 estudiantes fue dictado por profesores universitarios, diplomáticos, miembros del Comité, asesores de la Subsecretaría Jurídica de la OEA. En esa oportunidad tuvo el privilegio de contar con dos distinguidos miembros de la CDI: los Embajadores Calero Rodríguez y Vargas Carreño.

Las exposiciones versaron sobre: la solución de controversias en los procesos regionales americanos de integración, la protección internacional de los derechos humanos, aspectos jurídicos de la deuda externa, el ejercicio efectivo de la democracia en el Sistema Interamericano, el sistema jurídico de la Unión Europea, el desarrollo del derecho internacional en la OEA, la intervención humanitaria, los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales, la aplicación del derecho internacional por los órdenes jurídicos internos, el derecho del mar, la cooperación para combatir el terrorismo, la responsabilidad internacional de los Estados y la Organización Mundial del Comercio.

Es interesante destacar la participación activa de los estudiantes en dos grupos de trabajo: uno, sobre los medios de solución de controversias y su aplicación a los procesos regionales de integración económica y, otro, sobre el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.

Con relación a los futuros Cursos de Derecho Internacional, el Comité acordó la adopción, cada año, de un tema central a fin de evitar que el excesivo número de tópicos pueda impedir su adecuado aprovechamiento y profundización. Para el XXIII Curso, que se realizará en el próximo mes de agosto, el tema central será: "La Justicia y el Derecho Internacional". Se dispuso difundir, con la debida anticipación, la información sobre los cursos entre el mayor número posible de facultades de Derecho de todos los países de

América.

En la sesión de enero-febrero el Comité debatió también sobre los siguientes tópicos:

1. Procedimientos para elaborar y aprobar instrumentos jurídicos interamericanos en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos.
2. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional.
Métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio.
3. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas. Protección y garantías para jueces y abogados en el ejercicio de sus funciones.
4. Derecho ambiental.
5. Solución pacífica de las controversias.
6. Cooperación interamericana para enfrentar al terrorismo.
7. Propuesta para incluir un nuevo tema sobre: jurisdicción nacional y personalidad de las personas jurídicas.

Varios nuevos asuntos han sido incluidos en la agenda del Comité: el examen en función del texto del Estatuto, de los criterios aplicados para la composición de la Corte Internacional de Justicia; el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Jurisdicción estatal y personalidad de las personas jurídicas. Además ha recibido el requerimiento de la Asamblea General de la OEA para que "examine, concluya y presente de manera prioritaria su opinión sobre la validez, conforme con el derecho internacional de la ley Helms-Burton" de los Estados Unidos.

La grave cuestión del terrorismo fue incorporada a la agenda del Comité en 1994. Se prepararon varios informes acerca de la cooperación interamericana para combatir y prevenir ese flagelo. El tema ha adquirido particular importancia para el Sistema Interamericano. El pasado mes de abril se realizó en Lima una Conferencia especializada en la que se formularon diversas estrategias contenidas en la Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el Terrorismo. En dicho documento se establece que el marco global para combatir al Terrorismo es la vigencia del derecho internacional, el pleno respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, la soberanía de los Estados y el principio de no intervención. Los actos terroristas serán considerados delitos comunes graves y se estudiará, a la luz de la evaluación de los instrumentos internacionales existentes, la necesidad y conveniencia de una nueva convención interamericana sobre terrorismo.

Otra actividad en la que el Comité se halla empeñado es la realización de reuniones conjuntas con los asesores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA. Durante los días 3 y 4 de agosto de 1995 se llevó a cabo la segunda de esas reuniones en el Palacio Itamaraty, de la que resultó un fructífero intercambio de información y experiencias entre los órganos asesores en materia de derecho internacional de los Estados Miembros y el de la OEA. Cabe destacar que el Comité, gracias al ofrecimiento del gobierno brasileño, tendrá su sede próximamente instalada en un anexo del Palacio Itamaraty.

Señor Presidente: el Comité Jurídico Interamericano enfrenta una etapa de trabajo

singularmente activa en la que abordará la consideración de un documento de la Secretaría General titulado: *El derecho en un nuevo orden interamericano*. Es auspicioso comprobar que la Década del Derecho Internacional, proclamada por las Naciones Unidas, transcurre en las Américas en un marco de renovado interés por la temática jurídica; se advierte una saludable revalorización del derecho internacional como cimiento de la convivencia y para conducir las soluciones de los conflictos. Ese interés se ve reflejado además en el considerable número de candidaturas que fueron presentadas por los Estados Miembros de la OEA para la provisión de las vacantes que se producen en la composición del Comité.

Como bien lo señaló aquí el año pasado mi colega en el Comité, el Embajador Vío Grossi, *"el desafío para el CJI parece no ser su función codificadora sino el de llegar a ser un eficiente y oportuno colaborador de los legisladores internacionales de los Estados Americanos cuando estos actúan a través de la OEA, y ese reto implicaría prever y sugerir creativas y oportunas soluciones a novedosos y angustiantes problemas. Es decir, la tarea más significativa sería hoy la de colaborar en la creación del derecho internacional y no sólo la de dar cuenta de cómo él ha surgido"*.

Deseo finalmente reiterar a la Comisión de Derecho Internacional que el Comité Jurídico Interamericano aprecia la fructífera relación establecida entre ambas instituciones y que la presencia periódica de uno de los miembros de la Comisión en las sesiones de Rio de Janeiro, le permite una puesta al día de las tendencias, problemas y logros en el perfeccionamiento del derecho internacional en el ámbito mundial y son un aporte insoslayable para sus trabajos. En las sesiones de agosto tuvimos el honor de contar con la presencia del distinguido miembro de la CDI, doctor John de Saram.

La importancia de esta vinculación ha sido puesta de manifiesto en la reciente Asamblea General de la OEA en la que se aprobó la Declaración de Panamá, cuyo numeral 11 expresa:

"Su convencimiento de que es necesario reforzar los vínculos de coordinación y de cooperación de la OEA con otras organizaciones internacionales en el campo de la codificación y del desarrollo del derecho internacional, en especial con los de las Naciones Unidas."

Muchas gracias.

CJI/SO/II/doc.49/96
8 agosto 1996
Original: español

**FECHA, TEMARIO Y RELADORES PARA EL
PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DE AGOSTO DE 1996**

(Revisión de la Resolución CJI/RES.I-8/96)

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO:

Que el artículo 30 del Reglamento dispone que, al término de cada período de sesiones, debe acordar el temario y la fecha del siguiente;

Que en el documento *El Derecho en un Nuevo Orden Interamericano*, el señor Secretario General sugiere que este órgano realice un examen crítico de los temas que actualmente se encuentran en su Agenda y proponga a la próxima Asamblea General la derogatoria de algunos mandatos o la reformulación o incorporación de otros;

Que, conforme se ha dispuesto en la Resolución CJI/RES.I-7/96, dicho examen crítico se efectuará en el próximo período de sesiones; y

Que, con todo, parece conveniente acoger, en lo que sea procedente y posible desde ya y aunque sea parcialmente, la sugerencia antes referida,

RESUELVE:

Primero: Realizar su segundo período ordinario de sesiones de 1996 del 5 al 30 de agosto de 1996.

Segundo: Suprimir de su temario, por haberse alcanzado los correspondientes cometidos, los siguientes temas:

- a) Métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración y libre comercio;
- b) Facilitación de la actuación internacional de personas naturales y jurídicas;
- c) Derecho ambiental; y
- d) Aspectos jurídicos de la deuda externa.

Tercero: Readecuar el tema Derecho de Información, pasando a denominarse Derecho de Información: acceso y protección de la información y datos personales;

Cuarto: Incluir, por propia iniciativa, los siguientes temas:

- a) Examen de la composición de la Corte Internacional de Justicia a la luz de lo dispuesto por el artículo 9 de su Estatuto (CJI/SO/I/doc.22/96).
Relator: doctor Keith Highet; y
- b) El cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CJI/SO/I/doc.23/96)
Relator: doctor Keith Highet.

Quinto: Aprobar el siguiente temario, conforme al esquema que se señala:

I. NUEVOS ASUNTOS

A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO

- 1. Libertad de comercio e inversión en el hemisferio (AG/doc.3375/96)
- 2. Procedimientos para elaborar y aprobar instrumentos jurídicos interamericanos en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (AG/doc.3269/95)
Relatores: doctores Luis Herrera Marcano y Jonathan T. Fried
- 3. Proyecto de convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación por razones de discapacidad (AG/doc.3380/96)
- 4. Convocatoria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP-VI, (AG/doc.3403/96)

B. INCLUIDOS POR INICIATIVA PROPIA

- 5. Análisis y comentario al documento de trabajo *El Derecho en un Nuevo Orden Interamericano*, presentado por el señor Secretario General (CJI/RES.I-7/96)
- 6. Examen de la composición de la Corte Internacional de Justicia a la luz de lo dispuesto por el artículo 9 de su Estatuto (CJI/SO/I/doc.22/96)
Relator: doctor Keith Highet
- 7. El cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CJI/SO/I/doc.23/96)
Relator: doctor Keith Highet

II. ASUNTOS EN LOS QUE YA SE HAN PREPARADO INFORMES PRELIMINARES O PARCIALES

A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO

8. Solución pacífica de las controversias [AG/RES.54 (I-O/71)]
Relatores: doctores Galo Leoro, Keith Highet y Alberto Zelada
9. Cooperación interamericana para enfrentar el terrorismo (Agosto 1994)
Relator: doctor Miguel Ángel Espeche Gil
 - a) Principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo [AG/RES. 1328 (XXV-O/95)]
Relatores: doctores José Luis Siqueiros, Alberto Zelada Castedo y Jonathan T. Fried
 - b) Mercado de valores bursátiles. Marco normativo de los principios que se consideren básicos en su regulación en el Hemisferio (CJI/RES.II-2/91)
Relatores: doctores José Luis Siqueiros y Jonathan T. Fried, con la colaboración del doctor Seymour J. Rubin

B. INCLUIDOS POR INICIATIVA PROPIA

10. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas (CJI/RES.I-2/85)
 - a) Designación de magistrados y funcionarios de justicia. Protección y garantía de los jueces y abogados en el ejercicio de sus funciones (CJI/RES.II-17/93)
Relator: doctor Jonathan T. Fried
11. La Democracia en el Sistema Interamericano
(CJI/SO/II/doc.10/93)
Relator: doctor Eduardo Vío Grossi
12. Derecho de Información: acceso y protección de la información y datos personales (enero 1980)
Relator: doctor Mauricio Gutiérrez Castro
13. Cooperación internacional para reprimir la corrupción en países americanos
(CJI/SO/II/doc.2/92)
Relatores: doctores Eduardo Vío Grossi y Luis Herrera Marcano
14. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional
[AG/RES.944 (XVIII-O/88)]

III. ASUNTOS EN LOS QUE NO SE HAN PREPARADO INFORMES

A. INCLUIDOS POR INICIATIVA DE OTRO ÓRGANO

Nada pendiente.

B. INCLUIDOS POR PROPIA INICIATIVA

15. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional
[AG/RES.944 (XVIII-O/88)]a) Efectos jurídicos internacionales de la insolvencia
(CJI/RES.II-13/93)

Relatores: doctores José Luis Siqueiros y Jonathan T. Fried, con la colaboración del doctor Seymour J. Rubin

16. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas (CJI/RES.I-2/85)

a) Facilitación del acceso a la justicia. Simplificación de procedimientos judiciales (CJI/RES.II-17/93)

Relator: por designar, con el que colaborará el doctor Seymour J. Rubin

* * *