

# ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS



COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

CJI

57° PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES  
31 de julio al 25 de agosto de 2000  
Rio de Janeiro, Brasil

OEA/Ser.Q/VI.31  
CJI/doc.45/00  
25 agosto 2000  
Original: español

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

**2000**



## NOTA EXPLICATIVA

Hasta el año 1990, las Actas finales y los Informes anuales del Comité Jurídico Interamericano han sido publicados por la Secretaría General de la OEA, en la serie denominada *Informes y Recomendaciones*. A partir de 1997, la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos reinició la publicación de los mencionados documentos, bajo el título de *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General*.

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



## TABLA DE CONTENIDO

	Página
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>9</b>
1. EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO: ORIGEN, BASES JURÍDICAS, ESTRUCTURA Y PROPÓSITOS .....	11
2. PERÍODO QUE COMPRENDE EL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO .....	13
A. LVI Período ordinario de sesiones .....	13
B. LVII Período ordinario de sesiones.....	15
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>23</b>
<b>TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE LOS PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES CORRESPONDIENTES AL AÑO 2000 .....</b>	<b>25</b>
1. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SEGURIDAD HEMISFÉRICA .....	26
2. DERECHOS HUMANOS Y BIOMEDICINA.....	57
3. PERFECCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LAS AMÉRICAS .....	69
4. DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA INTEGRACIÓN Y DEL COMERCIO INTERNACIONAL.....	91
5. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES POR PARTE DE UNO DE SUS PADRES .....	100
6. CONSIDERACIÓN DE TEMAS SUGERIDOS AL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO POR ASESORES JURÍDICOS Y REPRESENTANTES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OEA .....	102
7. DERECHO DE LA INFORMACIÓN: ACCESO Y PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DATOS PERSONALES .....	105
8. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR DE 1982 POR PARTE DE LOS ESTADOS DEL HEMISFERIO .....	143
9. DEMOCRACIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO .....	169
10. PREPARACIÓN DE LA CONMEMORACIÓN DEL CENTENARIO DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO .....	177
11. COOPERACIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL TERRORISMO .....	177
12. CONVOCATORIA DE LA SEXTA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP-VI) .....	177
13. ESTUDIO DEL SISTEMA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO.....	178
14. LA LUCHA CONTRA EL TABACO: NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE COMBATIR EL TABAQUISMO .....	179
15. POSIBILIDADES Y PROBLEMAS DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL .....	187
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>201</b>
<b>OTRAS ACTIVIDADES.....</b>	<b>203</b>
1. ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE EL AÑO 2000 .....	203
A. Presentación del Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano.....	203
B. Curso de Derecho Internacional.....	203
C. Cuarta Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros .....	210
D. Relaciones y formas de cooperación con otros organismos interamericanos y con organizaciones regionales o mundiales similares.....	210
2. OTROS ASUNTOS.....	220
Otras resoluciones aprobadas por el Comité Jurídico Interamericano .....	220
<b>ÍNDICE ONOMÁSTICO .....</b>	<b>225</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>231</b>
A - Lista de resoluciones y decisión aprobadas por el Comité Jurídico Interamericano.....	233
B - Lista de documentos que se incluyen en el presente Informe Anual .....	235
C - Otros documentos .....	237



## **INTRODUCCIÓN**



## INTRODUCCIÓN

El Comité Jurídico Interamericano tiene el honor de presentar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos su *Informe Anual* referido a las actividades realizadas durante el año 2000, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 91 f) de la *Carta de la Organización* y 13 de su *Estatuto*, y a las instrucciones de las resoluciones de la Asamblea General AG/RES.1452 (XXVII-0/97), AG/RES.1669 (XXIX-O/99), y AG/RES.1735 (XXX-O/00) relativas a la preparación de los informes anuales de los órganos, organismos y entidades de la Organización.

Durante el período al que se refiere el presente *Informe Anual*, el Comité Jurídico Interamericano tuvo en su agenda temas tales como: los aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica; los derechos humanos y la biomedicina; el perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas; la dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional; la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres; la consideración de temas sugeridos al Comité Jurídico Interamericano por asesores jurídicos y representantes de los Estados miembros de la OEA; el derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales; la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 por parte de los Estados del hemisferio; la democracia en el sistema interamericano; la preparación de la conmemoración del centenario del Comité Jurídico Interamericano; la cooperación interamericana contra el terrorismo; la convocatoria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI); el estudio del sistema de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano; la lucha contra el tabaco: necesidad y conveniencia de combatir el tabaquismo; y, las posibilidades y problemas del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

De los temas antes citados, cabe resaltar el de los aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica, en el cual el Comité Jurídico Interamericano transmitió a los Estados miembros de la Organización un cuestionario sobre la materia con base a cuyas respuestas pretende elaborar criterios jurídicos para una definición sobre seguridad hemisférica. Igualmente, en el tema de derechos humanos y biomedicina, el Comité Jurídico Interamericano aprobó un proyecto de guía legislativa sobre fecundación asistida el cual fue remitido a los Estados miembros a fin de recabar sus observaciones o proposiciones sobre el mismo. Por su parte, en el tema de derecho de la información, el Comité Jurídico remitió a los Estados miembros dos informes preparados por el relator sobre el tema, reiterando el pedido de información a los mismos sobre la legislación nacional existente o propuesta, así como las reglas y políticas que gobiernan el acceso y la protección de la información y datos personales.

El presente *Informe Anual* contiene principalmente el desarrollo de los estudios en los temas anteriormente citados y comprende tres capítulos. El primer capítulo se refiere al origen, bases jurídicas y estructura del Comité Jurídico Interamericano, así como al período que comprende el *Informe Anual*. El capítulo segundo desarrolla los temas tratados por el Comité Jurídico Interamericano durante los períodos de sesiones

correspondientes al año 2000, y contiene además los textos de las resoluciones aprobadas en ambos períodos de sesiones, acompañadas de los documentos específicos. Finalmente, el tercer capítulo se refiere a otras actividades desarrolladas por el Comité Jurídico, así como a las otras resoluciones aprobadas y a los asuntos presupuestarios. Acompañan al *Informe Anual* unos anexos con la lista de resoluciones aprobadas, documentos elaborados, índice onomástico y por asunto con el fin de ayudar al lector a ubicarlos dentro de este *Informe*.

## **CAPÍTULO I**



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Rio de Janeiro pero en casos especiales puede celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente. Además, está integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros de la Organización, los cuales representan el conjunto de los Estados y tiene la más amplia autonomía técnica.

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

### A. LVI Período ordinario de sesiones

El LVI Período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano se realizó del 20 al 31 de marzo de 2000 en la ciudad de Washington, D.C., sede de la Organización de los Estados Americanos.

Durante dicho período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano estuvo integrado por los siguientes miembros: Keith Highet, João Grandino Rodas, Jonathan T. Fried, Luis Herrera Marcano, Luis Marchand Stens, Brynmor T. Pollard, Gerardo Trejos Salas, Eduardo Vío Grossi, Kenneth O. Rattray, Sergio González Gálvez y Orlando Rebagliati.

Actuó como Presidente el doctor Keith Highet, y como Vicepresidente el doctor João Grandino Rodas.

La sesión inaugural se llevó a cabo en el Salón de las Américas de la sede de la Organización de los Estados Americanos, y contó con la presencia de los Representantes Permanentes y Alternos de los Estados miembros de la OEA. En dicha oportunidad hicieron uso de la palabra los señores Keith Highet, Presidente del Comité Jurídico Interamericano, César Gaviria, Secretario General de la OEA, James Schofield Murphy, Representante Permanente de Belice ante la OEA y Presidente del Consejo Permanente de la Organización. Dichas intervenciones figuran en los anexos del presente *Informe Anual* como documentos CJI/doc.19/00, CJI/doc.17/00 y CJI/doc.18/00.

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

Luis Marchand Stens  
João Grandino Rodas  
Jonathan T. Fried  
Eduardo Vío Grossi  
Brynmord T. Pollard

Orlando Rebagliati  
Luis Herrera Marcano  
Keith Highet  
Sergio González Gálvez  
Gerardo Trejos Salas

El doctor Kenneth Osborne Rattray no pudo asistir a la sesión.

En representación de la Secretaría General brindaron soporte técnico y administrativo los doctores Enrique Lagos, Subsecretario de Asuntos Jurídicos; Jean-Michel Arrighi, Director del Departamento de Derecho Internacional; Manoel Tolomei Moletta y Dante M. Negro, Oficiales Jurídicos del Departamento de Derecho Internacional.

Durante este período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí la siguiente agenda, aprobada mediante resolución CJI/RES.12/LV/99:

**CJI/RES.12/LV/99**

**AGENDA PARA EL  
56° PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES  
DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

**A. Temas prioritarios**

1. Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica  
Relatores: doctores Sergio González Gálvez, Luis Marchand Stens y Eduardo Vío Grossi
2. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas  
Relatores: doctores Jonathan T. Fried, Brynmor T. Pollard, Luis Marchand Stens y Gerardo Trejos Salas
3. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional  
Relator: doctor Jonathan T. Fried
4. Sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres  
Relatores: doctores João Grandino Rodas y Eduardo Vío Grossi

**B. Otros temas**

1. Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales  
Relator: doctor Jonathan T. Fried
2. Elaboración de un informe sobre los derechos humanos y la biomedicina, o sobre la protección del cuerpo humano  
Relator: doctor Gerardo Trejos Salas
3. La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por parte de los Estados del hemisferio  
Relator: doctor Keith Highet

**C. Temas en observación**

1. Cooperación interamericana contra el terrorismo  
Relatores: doctores Luis Marchand Stens y Luis Herrera Marcano
2. Convocatoria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)  
Relatores: doctores Brynmor T. Pollard y João Grandino Rodas
3. Estudio del sistema de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano  
Relator: doctor Gerardo Trejos Salas
4. La lucha contra el tabaco: necesidad y conveniencia de combatir el tabaquismo  
Relator: doctor Gerardo Trejos Salas

5. Democracia en el Sistema Interamericano  
Relator: doctor Eduardo Vío Grossi

El Presidente del Comité Jurídico, de conformidad con el artículo 12 del *Reglamento del Comité Jurídico Interamericano*, rindió su informe sobre las actividades llevadas a cabo durante el receso del mismo.

Cabe resaltar que durante dicho período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano recibió la visita del Representante Permanente de la República Dominicana ante la OEA, Embajador Flavio Darío Espinal, Presidente de la Comisión de Seguridad Hemisférica del Consejo Permanente y del Representante Alterno de la República Oriental del Uruguay, Embajador Álvaro Moerzinger, Vicepresidente de dicha Comisión. Asimismo recibió la visita de la Representante Permanente del Perú ante la OEA, Embajadora Beatriz Ramacciotti.

## **B. LVII Período ordinario de sesiones**

El LVII Período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano se realizó del 31 de julio al 20 de agosto de 2000 en su sede, la ciudad de Rio de Janeiro, decisión aprobada mediante resolución CJI/RES.9 (LVI-O/00). Asimismo, los días 21, 22, 23, 24 y 25 de agosto, el Comité Jurídico Interamericano sesionó en la ciudad de Brasíla, en atención a las invitaciones recibidas por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Tribunal Superior de Justicia del Brasil. Esta decisión fue aprobada por resolución CJI/RES.10 (LVII-O/00). Ambas resoluciones se transcriben a continuación:

### **CJI/RES.9 (LVI-O/00)**

#### **FECHA Y SEDE DEL 57º PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el artículo 15 de su *Estatuto* dispone la realización de dos períodos ordinarios de sesiones anualmente,

RESUELVE llevar a cabo el 57º Período ordinario de sesiones en la sede del Comité Jurídico Interamericano, en la ciudad de Rio de Janeiro, del 31 de julio al 25 de agosto de 2000.



Jonathan T. Fried  
 Orlando Rebagliati  
 João Grandino Rodas  
 Brynmor T. Pollard  
 Eduardo Vío Grossi

Gerardo Trejos Salas  
 Luis Marchand Stens  
 Sergio González Gálvez  
 Luis Herrera Marcano  
 Kenneth O. Rattray

En representación de la Secretaría General brindaron soporte técnico y administrativo los doctores Jean-Michel Arrighi, Director del Departamento de Derecho Internacional; Manoel Tolomei Moletta y Dante M. Negro, Oficiales Jurídicos del Departamento de Derecho Internacional.

Durante el XXX período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA (Windsor, junio, 2000), fueron reelegidos como miembros del Comité Jurídico Interamericano los doctores Jonathan T. Fried de Canadá y Brynmor T. Pollard de Guyana, quienes ocuparán dichos cargos desde el 1 de enero de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2004. También se eligió como miembro del Comité Jurídico Interamericano al doctor Felipe Paolillo de Uruguay para el mismo período de tiempo.

Asimismo, durante este período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano eligió al doctor João Grandino Rodas como Presidente y al doctor Brynmor T. Pollard como Vicepresidente de dicho Órgano para un período de dos años.

Durante su LVII período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí la siguiente agenda, aprobada mediante resolución CJI/RES.8 (LVI-O/00):

**CJI/RES.8 (LVI-O/00)**

**AGENDA PARA EL  
 57º PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL  
 COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(31 de julio al 25 de agosto de 2000)

**A. Temas prioritarios**

1. Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica  
 Relatores: doctores Sergio González Gálvez, Luis Marchand Stens y Eduardo Vío Grossi
2. Derechos humanos y biomedicina  
 Relator: doctor Gerardo Trejos Salas
3. Consideración de temas sugeridos al CJI por Asesores Jurídicos y representantes de los Estados miembros de la OEA  
 Relatores: doctores Luis Herrera Marcano y Luis Marchand Stens

**B. Temas en preparación**

1. Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales  
Relator: doctor Jonathan T. Fried
2. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional  
Relator: doctor Jonathan T. Fried
3. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas  
Relatores: doctores Jonathan T. Fried, Brynmor T. Pollard, Luis Marchand Stens y Gerardo Trejos Salas
4. La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 por parte de los Estados del hemisferio  
Relatores: doctores Keith Highet y Orlando R. Rebagliati
5. Democracia en el Sistema Interamericano  
Relator: doctor Eduardo Vío Grossi
6. Preparación de la conmemoración del centenario del Comité Jurídico Interamericano  
Relator: doctor Eduardo Vío Grossi

**C. Temas en seguimiento**

1. Cooperación interamericana contra el terrorismo  
Relatores: doctores Luis Marchand Stens y Luis Herrera Marcano
2. Convocatoria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)  
Relatores: doctores Brynmor T. Pollard y João Grandino Rodas
3. Estudio del sistema de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano  
Relator: doctor Gerardo Trejos Salas
4. Sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres  
Relatores: doctor João Grandino Rodas y Eduardo Vío Grossi

El Presidente del Comité Jurídico Interamericano, de conformidad con el artículo 12 del *Reglamento* del Comité, rindió su informe sobre las actividades llevadas a cabo durante el receso del mismo.

Durante las sesiones celebradas en la ciudad de Brasilia, acompañaron al Comité Jurídico Interamericano el Embajador Luiz Augusto de Araújo Castro, Director General del Departamento de Organismos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil; el Embajador Marco Antônio Diniz Brandão, Director General del Departamento de Derechos Humanos y Temas Sociales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil; el doctor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Consultor Jurídico de dicho Ministerio; la Jefe de la División de la OEA en Brasil, Consejera Lúcia Maria Maierá; el Embajador de Chile en Brasil, señor Carlos Eduardo Mena; la primera

secretaria de la Embajada de Guyana, señora Gillian Rowe; el Ministro Haroldo Valladão Filho, asesor de la Consultoría Jurídica de Itamaraty; el señor José Bonifácio Borges de Andrade, Subjefe para Asuntos Jurídicos de la Casa Civil de la Presidencia de la República, el doctor Gustavo Henrique Badaró, asesor del Ministro de Justicia para Asuntos Penales; el Consejero Antônio Pedro, Jefe de la División de Derechos Humanos; y el Embajador Luiz Felipe de Seixas Correa, Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Asimismo, los miembros del Comité Jurídico Interamericano asistieron a un almuerzo en el Palacio de Itamaraty ofrecido por el señor Ministro de Relaciones Exteriores, Embajador Luiz Felipe Lampreia y sostuvieron una audiencia con el Ministro de Justicia, doctor José Gregori. Finalmente se reunieron con el Presidente de Brasil, doctor Fernando Henrique Cardoso.

Durante este período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano también aprobó su agenda para el LVIII período ordinario de sesiones, contenida en su resolución CJI/RES.20 (LVII-O/00), y decidió, mediante resolución CJI/RES.15 (LVII-O/00) llevar a cabo dicho período de sesiones en la ciudad de Ottawa, Canadá, del 12 al 23 de marzo de 2001. A continuación se transcriben ambas resoluciones:

#### **CJI/RES.20 (LVII-O/00)**

#### **TEMARIO PARA EL 58° PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(Ottawa, Canadá, del 12 al 23 de marzo de 2001)

##### **A. Temas en consideración**

1. Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica  
Relatores: doctores Sergio González Gálvez, Luis Marchand Stens y Eduardo Vío Grossi
2. Derechos humanos y biomedicina  
Relator: doctor Gerardo Trejos Salas
3. Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales  
Relator: doctor Jonathan T. Fried
4. Democracia en el Sistema Interamericano  
Relator:

##### **B. Temas en preparación**

1. Posibilidades y problemas del Estatuto de la Corte Penal Internacional  
Relator: doctor Sergio González Gálvez
2. Posibles medidas adicionales a la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas)  
Relatores: doctores Sergio González Gálvez y Luis Herrera Marcano

3. Tráfico de armas con base en las decisiones que sobre el particular ha tomado el Comité Jurídico Interamericano  
Relator: doctor Sergio González Gálvez
4. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional: derecho de competencia en las Américas  
Relatores: doctores Jonathan T. Fried y João Grandino Rodas
5. Preparación de la conmemoración del centenario del Comité Jurídico Interamericano  
Relator: doctor Eduardo Vío Grossi

**C. Temas en seguimiento**

1. Cooperación interamericana contra el terrorismo  
Relatores: doctores Luis Marchand Stens y Luis Herrera Marcano
2. Convocatoria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)  
Relatores: doctores Brynmor T. Pollard y João Grandino Rodas
3. Estudio del sistema de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano  
Relator: doctor Gerardo Trejos Salas
4. Sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres  
Relator: doctor João Grandino Rodas
5. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas  
Relatores: doctores Jonathan T. Fried, Brynmor T. Pollard, Luis Marchand Stens y Gerardo Trejos Salas
6. La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 por parte de los Estados del hemisferio  
Relator: doctor Orlando R. Rebagliati

**CJI/RES.15 (LVII-O/00)**

**FECHA Y SEDE DEL  
58° PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL  
COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO la gentil invitación del Gobierno de Canadá para que el Comité Jurídico Interamericano realice su 58° Período ordinario de sesiones en la ciudad de Ottawa, en fecha anterior a la próxima Cumbre de las Américas, que se celebrará igualmente en aquel país en la tercera semana de marzo del año 2001;

CONVENCIDO de que la realización de sesiones fuera de su sede le da oportunidad de hacer conocer su obra y establecer nexos con personas e instituciones dedicadas a las diversas actividades del campo jurídico;

TENIENDO PRESENTE que la celebración de períodos de sesiones fuera de su sede está prevista en el artículo 14 de su *Estatuto* y artículo 13 de su *Reglamento*,

RESUELVE:

1. Llevar a cabo su 58º Período ordinario de sesiones en la ciudad de Ottawa, Canadá del 12 al 23 de marzo de 2001.
2. Solicitar a la Secretaría General, por conducto de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, que realice los arreglos necesarios para hacer posible la celebración del período de sesiones de marzo de 2001 en Ottawa, Canadá.
3. Enviar una nota al Gobierno de Canadá expresando el más efusivo reconocimiento por la amable invitación.



## **CAPÍTULO II**



**TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE  
LOS PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES  
CORRESPONDIENTES AL AÑO 2000**

Durante el año 2000, el Comité Jurídico Interamericano celebró dos períodos ordinarios de sesiones. El primero de ellos se desarrolló en la ciudad de Washington, D.C., en el mes de marzo y el segundo de ellos se realizó en la ciudad de Rio de Janeiro, en el mes de agosto. En el transcurso de ambas reuniones, el Comité Jurídico tuvo en su agenda los siguientes temas: aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica; derechos humanos y la biomedicina; perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas; dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional; sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres; consideración de temas sugeridos al Comité Jurídico Interamericano por asesores jurídicos y representantes de los Estados miembros de la OEA; derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales; aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 por parte de los Estados del hemisferio; democracia en el sistema interamericano; preparación de la conmemoración del centenario del Comité Jurídico Interamericano; cooperación interamericana contra el terrorismo; convocatoria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI); estudio del sistema de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano; lucha contra el tabaco: necesidad y conveniencia de combatir el tabaquismo; y, posibilidades y problemas del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A continuación se desarrolla cada uno de estos temas y se incluyen, de ser el caso, los documentos preparados y aprobados por el Comité Jurídico Interamericano sobre el particular.

## 1. Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica

### Resoluciones

CJI/RES.3 (LVI-O/00): *Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica*

CJI/RES.16 (LVII-O/00): *Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica*

### Documentos

CJI/doc.9/00: *Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica: segundo preinforme sobre la "Carta de la Organización de los Estados Americanos: conceptos"*

(presentado por el doctor Eduardo Vío Grossi)

CJI/doc.4/00 corr.1: *Reflexiones preliminares sobre la problemática derivada de la marginación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), la viabilidad de un nuevo instrumento para la preservación de la paz en el ámbito hemisférico y el proceso en torno al nuevo concepto de seguridad*

(presentado por el doctor Luis Marchand Stens)

CJI/doc.11/00 rev.1: *Hacia un nuevo concepto de seguridad hemisférica*

(presentado por el doctor Sergio González Gálvez)

Durante su LVI período ordinario de sesiones (Washington, D.C., marzo, 2000), el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí el documento CJI/doc.9/00, *Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica: segundo preinforme sobre la "Carta de la Organización de los Estados Americanos: conceptos"*, presentado por el doctor Eduardo Vío Grossi, co-relator del tema.

El doctor Eduardo Vío Grossi recordó que el documento que había presentado en el anterior período ordinario de sesiones delimitaba el tema de la seguridad hemisférica al ámbito de la *Carta de la OEA*, teniendo en cuenta que la OEA es una Organización con vocación política cuyo objetivo fundamental es la paz y la seguridad; que es una Organización de coordinación, es decir, que no dispone de poderes supranacionales; y que es una Organización de estructura flexible, con varios órganos formados por los representantes de todos los Estados miembros. Señaló que el documento que presentaba en este período ordinario de sesiones plantea un segundo problema en referencia a diversos conceptos que emplea la Carta sin definirlos entre ellos, paz, seguridad, seguridad colectiva, fuerza, fuerza armada, otras medidas de fuerza, agresión, guerra de agresión, agresión que no constituye ataque armado, ataque armado, legítima defensa, legítima defensa colectiva, ocupación militar, medidas coercitivas económicas y políticas, defensa, y hecho o situación que pueda poner en peligro la paz. En ningún momento en la Carta se habla de seguridad hemisférica, señaló, ni de seguridad humana, intervención humanitaria, paz o seguridad regional. De lo que se trata entonces es de analizar si estos conceptos habilitan en alguna medida a la OEA para hablar de seguridad hemisférica. En dicho análisis, apuntó el doctor Vío, había que excluir el tema del conflicto pues aún existiendo éste puede haber paz y seguridad. El doctor Vío define en su documento el concepto de paz como "ausencia de agresión y/o uso de la fuerza". También define el

concepto de “seguridad”, la “seguridad colectiva” y la “legítima defensa colectiva”, concluyendo que existe un amplio margen para los Estados americanos de realizar discrecionalmente la calificación del hecho o situación que pone en peligro la paz o que constituye agresión, hipótesis ambas que jurídicamente permiten la acción colectiva, sea o no de carácter armado, contra el Estado infractor.

En este mismo período de sesiones el Comité Jurídico Interamericano tuvo también ante sí el documento CJI/doc.4/00 corr.1, *Reflexiones preliminares sobre la problemática derivada de la marginación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), la viabilidad de un nuevo instrumento para la preservación de la paz en el ámbito hemisférico y el proceso en torno al nuevo concepto de seguridad*, presentado por el doctor Luis Marchand Stens, co-relator del tema.

El doctor Luis Marchand explicó que este documento contiene una selección de textos estipulativos que podrían tenerse en consideración para un eventual ejercicio de reflexión en torno a un nuevo instrumento interamericano para la preservación de la paz en el ámbito hemisférico. El relator sostuvo que si bien existían muchos componentes del concepto de “seguridad integral”, se tenía que hacer una decantación de estas materias para así llegar a un punto central. Dentro de este concepto, el doctor Marchand distinguió tres aspectos, a saber, la definición de lo que constituía la “seguridad integral”, las limitaciones e inoperancia del TIAR, y la solución pacífica de conflictos. Expresó que era peligroso que se incluyan bajo la aplicación del capítulo VII de la Carta de la ONU asuntos que eran de competencia exclusiva de los Estados y que el derecho de injerencia por razones humanitarias desvirtuaba el principio de no intervención. Añadió que en la actualidad la OEA no tenía un instrumento jurídico específico para la preservación de la paz y la seguridad, debido precisamente a la inoperatividad del TIAR y a que el Protocolo de Reformas de Washington a la Carta de la OEA tenía otra naturaleza.

En cuanto a la labor de la OEA en esta materia, señaló que durante la última década ésta se había limitado al estudio de las medidas de la confianza mútua, dejando de lado el tema central por falta de uniformidad de criterios. Indicó que era peligroso no contar con un instrumento dirigido exclusivamente al tema de la paz y seguridad dejando la responsabilidad de éste a otros organismos regionales como la OTAN. Señaló pues la importancia de contar con un instrumento de esta naturaleza. Como caminos alternativos sugirió el fortalecimiento de los sistemas de solución pacífica de controversias, y el planteamiento, de que la próxima Conferencia sobre Seguridad convocada por la Cumbre de las Américas tenga un sólo tema: la definición de las materias que comprende el concepto de seguridad, su alcance y su procesamiento.

Finalmente, durante el mismo período de sesiones, el doctor Sergio González Gálvez, co-relator del tema, presentó el documento CJI/doc.11/00 rev.1, *Hacia un nuevo concepto de seguridad hemisférica*, que recoge los lineamientos expresados por el relator en períodos de sesiones anteriores, así como las ideas centrales expresadas por los otros dos relatores.

El doctor González Gálvez hizo una breve reseña de los documentos que se habían presentado en el Comité Jurídico Interamericano durante su pasado período ordinario de sesiones y realizó algunas reflexiones que a su juicio eran fundamentales. En primer lugar manifestó su duda sobre si se podía lograr una definición de lo que era “seguridad hemisférica” debido a la diferencia que existe entre los esquemas estratégicos militares desarrollados en la región.

El co-relator explicó también que al concepto de seguridad se habían agregado nuevos elementos. En ese sentido, se refirió al nuevo concepto de “seguridad humana” impulsado por Noruega y especialmente por Canadá. Opinó que este constituía un cambio radical en la manera de enfocar el tema. El relator recordó la discusión sobre el tema en el seno de la XXX Asamblea General de la OEA, las intervenciones de Costa Rica, México y St. Lucia sobre el particular, y al documento que sobre la materia presentó la delegación de Canadá. Mencionando una serie de declaraciones de diversas autoridades gubernamentales, concluyó que no existe hoy en día una visión general sobre el tratamiento de este concepto como parte de la seguridad internacional. Advirtió que atribuir ciertas consecuencias a esta nueva definición podría traer serios problemas, pues surge la posibilidad de otorgar una cierta garantía jurídica al llamado derecho de intervención con fines humanitarios que se discute ya en el seno de las Naciones Unidas y sobre la que se ocupan numerosos tratadistas en la actualidad. El relator se refirió a la existencia de algunas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que propugnan que la violación masiva de los derechos humanos se puede enmarcar dentro de la definición de amenaza a la paz y seguridad internacionales del capítulo VII de la Carta de dicha Organización. Indicó asimismo que el documento presentado adelantaba algunas ideas sobre el particular pero que todavía no realizaba por ahora ninguna recomendación. Sin embargo, recordó que en la próxima Cumbre de las Américas, uno de los temas centrales sería el de seguridad humana, y que el Comité Jurídico Interamericano debía tener un pronunciamiento sobre este tema.

Asimismo, el doctor González Gálvez explicó que el concepto de seguridad hemisférica tenía como base el TIAR, la Carta de la OEA y el Tratado de Tlatelolco (por primera vez, explicó, se ha planteado que en la base del sistema de seguridad se incluya el Tratado de Tlatelolco, lo cual a su juicio, constituye un enfoque muy novedoso).

El co-relator señaló que además existían otros elementos que no estaban presentes en los documentos que se habían presentado anteriormente en el seno del Comité Jurídico Interamericano. En primer lugar citó la tendencia de los organismos regionales a redefinir el concepto de seguridad. Explicó que era la OTAN la que había avanzado más en este sentido, adoptando una resolución en 1991, que fue confirmada por la Cumbre de Washington de 1999, y que establece un nuevo criterio llamado “seguridad estratégica”. Esto, a juicio del relator, era un asunto delicado, pues la OTAN había empezado a considerar que podía adoptar acciones bélicas fuera de la zona límite cuando consideraba que sus intereses podían estarse viendo afectados.

El co-relator también citó la tendencia hacia la constitución de una jurisdicción penal internacional, aún cuando la misma Corte todavía no se hallaba operando. No obstante ello, señaló que existía un buen número de países que habían empezado a ampliar sus legislaciones internas de manera tal de contemplar dicha jurisdicción universal, entre ellos, Alemania, Bélgica, España, Etiopía, Finlandia, Nicaragua, Paraguay, Portugal, Rusia, Eslovenia, Suiza, entre otros.

Finalmente, el co-relator hizo referencia a la Junta Interamericana de Defensa, a la que calificó de órgano asesor que no podía tener bajo ninguna circunstancia mandatos operativos referidos a asuntos que eran de competencia de la OEA.

Una vez finalizada la presentación de los tres documentos antes mencionados, los miembros del Comité Jurídico realizaron una serie de apreciaciones sobre el particular.

En cuanto al tema de la seguridad humana, algunos miembros del Comité Jurídico Interamericano opinaron que este asunto había obtenido un gran apoyo y revestido un gran interés por parte del Grupo de los 8 (G-8) y que en el *common law* existen una serie de casos de los cuales se puede extraer un conjunto de principios y a través de los cuales se puede constatar una práctica generalizada en el espacio y extendida en el tiempo como evidencia de una conciencia jurídica determinada. Se sugirió que en vez de observar este concepto como novedoso en el derecho internacional, sería mejor analizarlo como una práctica ya existente en el sistema jurídico internacional. Se señaló asimismo que la práctica de lo que constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales ha evolucionado en las últimas décadas y tener esto en cuenta llevará al Comité Jurídico Interamericano a un estudio mucho más completo de la materia.

Otros miembros subrayaron que la seguridad humana no sólo está referida a la eventual agresión física, sino sobre todo a la agresión económica que se muestra muy tangible en nuestros tiempos en una era en que el mundo se ha globalizado. También se hizo referencia a la importancia del concepto de no intervención y a su funcionalidad en relación al concepto de seguridad humana. Se indicó que se trata de crear un sistema que tenga integridad, en que se tengan en cuenta todas las dimensiones posibles y que se conduzca en una dirección comprensible para poder así esperar resultados viables para los Estados. Indicaron que no se puede negar el derecho de la comunidad internacional a reaccionar ante atroces violaciones de los derechos humanos, pero que se debía tener en claro las condiciones y procedimientos para que dicha acción se desarrolle de tal manera de asegurar el cumplimiento de los fines y objetivos de la Carta de las Naciones Unidas.

Otros miembros del Comité Jurídico Interamericano opinaron que el tema de la seguridad humana debe cubrir la seguridad económica, alimentaria, de salud, personal, comunitaria, ambiental y política. Se indicó que la pregunta medular era si el concepto de seguridad humana requiere o no establecer el derecho de injerencia, siendo este el trasfondo político de la propuesta. Se señaló que a nivel latinoamericano existen países que tienen recuerdos negativos de intervenciones pasadas. Ello no permite desconocer

que el principio de no intervención ha evolucionado para comprender los casos de intervenciones humanitarias. Sin embargo, la pregunta es cómo hacer que en esos casos se responda a los intereses de la comunidad universal y no sólo a intereses particulares. Se expresó que si el derecho de injerencia es manejado en el marco de pautas muy claras que garanticen la transparencia del procedimiento en el ámbito de Naciones Unidas y no regional, éste podría ser desarrollado sobre bases más sólidas.

Con relación al tema de la solución pacífica de controversias, los miembros del Comité Jurídico opinaron que era un punto fundamental pero sólo complementario al tema del uso de la fuerza y que en todo caso éstos eran dos componentes del tema de la seguridad.

En cuanto a la Junta Interamericana de Defensa, se señaló que éste era un órgano asesor en materia de defensa que no puede exceder dicho alcance.

Finalmente, y sobre la base de estas discusiones el Comité Jurídico Interamericano adoptó la resolución CJI/RES.3 (LVI-O/00), *Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica*, mediante la cual se resuelve continuar el examen de este tema y otorgar al mismo la más alta prioridad. A continuación se transcribe el texto de dicha resolución así como los tres informes de los relatores del tema antes citados.

### **CJI/RES.3 (LVI-O/00)**

#### **ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SEGURIDAD HEMISFÉRICA**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

HABIENDO CONTINUADO el debate sobre el tema “Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica”;

CONSIDERANDO los comentarios formulados a propósito de este tema, por el Presidente y Vicepresidente de la Comisión de Seguridad Hemisférica en una reunión especial del Comité Jurídico y, por los representantes de los Estados miembros, en una sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA celebrada el 28 de marzo en curso;

HABIENDO RECIBIDO tres nuevos documentos presentados por los co-relatores, doctor Luis Marchand Stens (*Reflexiones preliminares sobre la problemática derivada de la marginación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), la viabilidad de un nuevo instrumento para la preservación de la paz en el ámbito hemisférico y el proceso en torno al nuevo concepto de la seguridad - CJI/doc.4/00 corr.1*), doctor Sergio González Gálvez (*Hacia un nuevo concepto de seguridad hemisférica - CJI/doc.11/00*) y doctor Eduardo Vío Grossi (*Aspectos Jurídicos de la seguridad hemisférica: segundo preinforme sobre la "Carta de la Organización de los Estados Americanos: conceptos" - CJI/doc.9/00*),

RESUELVE continuar el examen de este tema y otorgar al mismo la más alta prioridad dada la importancia que reviste en el esfuerzo común de fortalecer el Sistema Interamericano.

## CJI/doc. 9/00

**ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SEGURIDAD HEMISFÉRICA**  
**SEGUNDO PREINFORME<sup>1</sup> SOBRE LA**  
**“CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: CONCEPTOS”**

(presentado por el doctor Eduardo Vío Grossi)

**Introducción**

1. En el marco del estudio emprendido, procede determinar lo que, de acuerdo a sus términos, la propia Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>2</sup> entiende por paz y seguridad, cuyo mantenimiento y restablecimiento prevé como su objetivo central<sup>3</sup>.

2. Lo anterior resulta necesario habido cuenta, en especial, que la Carta de la OEA menciona la palabra “paz” en siete ocasiones<sup>4</sup>, mientras en otras tres oportunidades emplea el término “seguridad”<sup>5</sup> y en tres se refiere a “seguridad colectiva”<sup>6</sup>. A ello habría que añadir que en su Preámbulo alude en cuatro ocasiones a la “paz”<sup>7</sup> y en una a la “seguridad”<sup>8</sup>.

3. Habría, además, que agregar que la convención de base de la OEA se refiere asimismo a los conceptos de “agresión”<sup>9</sup>, “fuerza”<sup>10</sup>, “fuerza armada”<sup>11</sup>, “guerra”<sup>12</sup>, “coacción”<sup>13</sup>, “ocupación militar”<sup>14</sup>, “ataque armado”<sup>15</sup> y “legítima defensa”<sup>16</sup>.

I. La paz, ausencia de agresión y uso de la fuerza

4. Obviamente, el texto fundamental de la OEA no define el término “paz”. Empero, ello no es obstáculo para intentar desprender de ella el sentido y alcance con que la emplea.

5. En esta dirección, se podría sostener que, para la Carta de la OEA, existe paz en la medida en que no haya agresión y/o, en general, ejercicio de la fuerza en las relaciones internacionales.

6. En efecto, en tanto la letra d) del artículo 2° del dicho cuerpo normativo prevé, entre los propósitos esenciales de la entidad, “organizar la acción solidaria... en caso de agresión”, en las letras g) y h) del artículo 3° del mismo tratado se mencionan, entre los principios que los Estados americanos reafirman, la condena a “la guerra de agresión” y que “la agresión

<sup>1</sup> El *Primer Preinforme*, titulado *La Carta de la Organización de los Estados Americanos: limitaciones y posibilidades* (CJI/doc.38/99 corr. 1), emitido también como documento para discusión en el seno del CJI, se publica en el *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 1999*, OEA/Ser.Q CJI/doc.52/99, 27 agosto 1999, original: español, p. 275-282.

<sup>2</sup> OEA/Ser.G CP/INF.3964/96 rev. 1, 6 octubre 1997, original: español. Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993. [Publicación provisional]

<sup>3</sup> Art. 1, par. 1°.

<sup>4</sup> Arts. 1, par. 1°, 2, letras a), 3, letras j) y n), 23, 29 y 30.

<sup>5</sup> Arts. 2, letra a), 23 y 30.

<sup>6</sup> Art. 6, título Capítulo VI, art. 66.

<sup>7</sup> Preámbulo, par. 2°, 3°, 7° y 8°.

<sup>8</sup> Preámbulo, par. 8°.

<sup>9</sup> Arts. 2, letra d), 3, letras g) y h), 28, 29, 68.

<sup>10</sup> Arts. 19, 21 y 22.

<sup>11</sup> Art. 19.

<sup>12</sup> Art. 3, letra g).

<sup>13</sup> Art. 21.

<sup>14</sup> Art. 21.

<sup>15</sup> Arts. 29 y 65.

<sup>16</sup> Arts. 22 y 29.

a un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados americanos”, lo que reitera el artículo 28, siempre del mismo texto, al indicar que “toda agresión a un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos”.

7. Por su parte y en la que aquí interesa, mientras el artículo 19 de la Carta de la OEA define que el principio de no intervención excluye el empleo de la “fuerza armada”, el artículo 21 de la misma convención de base establece que el territorio de un Estado “no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado”.

8. Finalmente, el artículo 22 de la Carta de la OEA consagra la prohibición general de “recurrir al uso de la fuerza” en las relaciones internacionales entre los Estados.

## II. La agresión y el uso de la fuerza

9. Lo reseñado conduce derechamente a preocuparse del concepto de “agresión” que utiliza la Carta de la OEA, la que, al igual que en el caso de la paz, nada expresa directamente sobre el particular.

10. Lo que dicho tratado establece, como ya se transcribió –artículo 28– es que “toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos”.

11. También esa convención señala en su artículo 29 que “si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado americano fuesen afectadas por un ataque armado o por una agresión que no sea ataque armado... los Estados americanos ... aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en tratados especiales, existentes en la materia.”

12. De la interpretación armónica de tales normas, así como las demás que hacen una referencia genérica a la agresión, se podría concluir que la Carta de la OEA hipotéticamente distingue, por una parte, entre agresión “contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía e independencia política de un Estado americano” y lo que no atenta contra estas últimas y por la otra parte, entre la agresión que es un “ataque armado” y la que no lo es.

13. Además, en lo que atañe al uso de la fuerza, distingue entre “fuerza armada” y “cualquier otra forma de injerencia” en los asuntos internos y externos de otro Estado<sup>17</sup>; entre “ocupación militar” y “otras medidas de fuerza”, ambas tomadas por un Estado respecto del territorio de otro<sup>18</sup>; entre “fuerza” y “cualquier otro medio de coacción”, para adquirir territorio u obtener ventajas especiales en esa materia<sup>19</sup> y, por último, entre el “uso de la fuerza” y “la legítima defensa”, de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento a dichos tratados<sup>20</sup>.

## III. La seguridad, garantizar la paz

14. La Carta de la OEA tampoco señala expresamente lo que entiende por “seguridad”, pero, en razón de que en su Preámbulo<sup>21</sup> y en tres ocasiones<sup>22</sup> utiliza ese término junto al

<sup>17</sup> Art. 19.

<sup>18</sup> Art. 21.

<sup>19</sup> Art. 21.

<sup>20</sup> Arts. 22, 29, 68. Este último se refiere a “la defensa contra la agresión”.

<sup>21</sup> Parágrafo 7º.

de “paz”, con la conjunción “y” entre ambos, podría presumirse que tiene una connotación distinta a este último.

15. Ahora bien, la única disposición que podría indicar el sentido y alcance que la palabra “seguridad” tiene para el citado tratado es el artículo 29 de ese texto normativo cuando señala que:

si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado americano fueren afectadas por un ataque armado, o por una agresión que no sea ataque armado o por un conflicto extracontinental o por un conflicto entre dos o más Estados americanos o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, los Estados americanos en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa colectiva, aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en los tratados especiales existentes en la materia.

16. Es decir, apoyándose en esa disposición y de conformidad a las reglas generales de interpretación de los tratados, se podría sostener que, para la Carta de la OEA, el término “seguridad” implica una situación o hecho en que la “paz” no estaría en peligro. La fórmula genérica empleada por la disposición en comento –“cualquier hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América” – avala esta interpretación.

17. Por lo mismo, igualmente se podría sostener que, según el artículo transcrito, no sólo la agresión o el uso de la fuerza –el ataque armado a que alude aquél– pueden poner en peligro la paz. También pueden ponerla en peligro “una agresión que no sea ataque armado” o “un conflicto extracontinental” o “un conflicto entre dos o más Estados americanos”. En tales casos, al igual que en el concerniente a “cualquier otro hecho que pueda poner en peligro la paz de América”, ellos deben afectar “la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado americano”.

18. La “seguridad” es, pues, un concepto más amplio que el de “paz”. Este último es, como se expresó, la ausencia de agresión y/o del uso de la fuerza. Aquél se refiere a cualquier hecho o situación, constituya o no uso de la fuerza, que, afectando la inviolabilidad o integridad del territorio o la soberanía o la independencia de un Estado americano, pueda poner en peligro a la paz, es decir, llegar a provocar o a causar una agresión y/o empleo de la fuerza.

#### IV. La seguridad colectiva y legítima defensa colectiva

19. Pues bien, en el evento de que los Estados americanos consideren que concurren los elementos previstos en el artículo 29 citado, es decir, que califiquen políticamente la situación de que se trate como prevista en su disposición, pueden aplicar “las medidas procedimientos establecidos en los tratados especiales, existentes en la materia” y ello sea “en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa colectiva”.

20. Esto es, la Carta de la OEA remite a otros tratados el establecimiento de las medidas y los procedimientos aplicables a la materia, sin que, empero, ello implique que a la Organización no le corresponde rol alguno<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Arts. 2, letra a), 23 y 30.

<sup>23</sup> La OEA puede, por de pronto, y acorde a lo previsto en el artículo 65 de la Carta, actuar “en caso de ataque armado al territorio de un Estado americano o dentro de la región de seguridad que delimita el tratado vigente”. En ese evento, “el Presidente del Consejo Permanente reunirá al Consejo sin demora para determinar la convocatoria de la Reunión de Consulta, sin perjuicio de lo dispuesto en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca por lo que atañe a los Estados

21. Pero, lo relevante para los efectos de este documento es que el concepto de seguridad colectiva que utiliza el título del Capítulo VI de la Carta de la OEA es más amplio que el de legítima defensa colectiva.

22. En efecto, el propio ya transcrito artículo 29 distingue las formas en que los Estados americanos “aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en los tratados especiales, existentes en la materia”. Lo puede hacer “en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa”.

23. Pues bien, en virtud de que el artículo 22 de la Carta de la OEA dispone que “la legítima defensa, de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de dichos tratados” es una excepción al principio de la proscripción del uso de la fuerza, lógico es concluir que en el caso de que se actúe “en desarrollo de los principios de la solidaridad continental”, ello no podría implicar uso de la fuerza.

#### V. Conclusión

De la breve reseña acerca de los elementos centrales de los conceptos de paz y seguridad internacionales empleados por la Carta de la OEA, se puede constatar el amplio margen que se otorga a los Estados americanos para realizar discrecionalmente la calificación del hecho o situación que pone en peligro la paz o que constituye agresión, hipótesis ambas que jurídicamente permiten la acción colectiva, sea o no de carácter armado, contra el Estado así determinado infractor.

#### **CJI/doc.4/00 corr.1**

### **REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA MARGINACIÓN DEL TRATADO INTERAMERICANO DE ASISTENCIA RECÍPROCA (TIAR), LA VIABILIDAD DE UN NUEVO INSTRUMENTO PARA LA PRESERVACIÓN DE LA PAZ EN EL ÁMBITO HEMISFÉRICO Y EL PROCESO EN TORNO AL NUEVO CONCEPTO DE LA SEGURIDAD**

(presentado por el doctor Luis Marchand Stens)

Durante el 55° Período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, celebrado en agosto de 1999, presenté en relación con el tema de Seguridad Hemisférica el estudio titulado *Consideraciones sobre la situación actual del Sistema Interamericano de Seguridad y las medidas de confianza mutua* (CJI/doc.26/99 rev.1 corr.1).

En la parte central de dicho documento y como derivación de la problemática que plantea la marginación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), sugerí que se podría explorar, como vía para subsanar esa marginación, la sustitución del TIAR por un nuevo instrumento esencialmente orientado a la preservación de la paz y la seguridad dentro del ámbito interamericano, en base a una selección, tipificación y modificaciones, muy precisas, de aquellas disposiciones del TIAR, del Protocolo de Reformas de San José de Costa Rica y del Protocolo de Cartagena de Indias, referidas fundamentalmente –como se ha señalado– a la preservación y mantenimiento de la paz en el hemisferio.

Con afán ilustrativo, podría resultar útil remitirme a algunas fundamentaciones que, al respecto, hice en el citado documento de agosto de 1999. Como cuestión inicial es oportuno recordar que la Guerra de las Malvinas produjo determinadas secuelas, entre ellas, la marginación política del TIAR que, desde ese grave suceso acaecido en 1982, no ha vuelto a ser invocado.

Es dable, también, rememorar que en el año 1975, en San José de Costa Rica, los países miembros de la OEA adoptaron un Protocolo de Reformas al TIAR. Fue el primer resultado del denominado proceso de reestructuración del sistema hemisférico, que se inició a comienzos de la década de los años setenta, en cuyo decurso se perfiló la conveniencia de modificar dicho tratado *vis-à-vis* de la realidad imperante en esos años. El citado Protocolo de Reformas no ha alcanzado, no obstante 25 años transcurridos, el número de ratificaciones necesario para su entrada en vigor, por lo tanto, el instrumento concertado en 1947, aunque cuestionado y –como se ha dicho– marginado de la vida interamericana, sigue siendo una realidad jurídica.

La cuestión que plantea la anotada marginación política del TIAR está dada por el hecho de que la OEA sólo tiene como base jurídica para adoptar decisiones obligatorias para los Estados miembros, el citado instrumento multipartito.

En efecto, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) no ofrece sustento legal para la adopción de medidas vinculantemente obligatorias. Las decisiones que se toman dentro del marco contractual de dicha Carta, están investidas del peso moral propio de las declaraciones y resoluciones internacionales, pero no trascienden el límite facultativo *invivito*, por lo general, en tales documentos.

Es oportuno puntualizar una salvedad. El Protocolo de Washington, de 14 de diciembre de 1992, introduce en la Carta fundamental del sistema un nuevo y sí obligatorio compromiso vinculado a la defensa de la democracia<sup>1</sup>.

En efecto, el aludido Protocolo –que incide sobre un ámbito jurídico-político diferente al del TIAR– establece que un miembro de la Organización cuyo gobierno, democráticamente constituido, sea derrocado por la fuerza, podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización, de las Conferencias Especializadas y demás cuerpos deliberantes. La decisión correspondiente requiere el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros.

Pero, la realidad política en materia de seguridad y paz es que el sistema interamericano de seguridad sustentado en el TIAR, ha perdido su eficacia debido a la marginación del aludido instrumento pluripartito, único contexto (por el momento) de alcance regional jurídicamente vigente para la adopción de medidas de carácter obligatorio para todos los Estados Partes del mismo.

Es oportuno aclarar que la conformación del TIAR es *sui generis*, ya que no todos los Estados del sistema forman parte del Tratado. La OEA cuenta actualmente con 34 miembros, de los cuales 23 han ratificado dicho instrumento. En otras palabras, del total de miembros de la Organización, sólo 23 países están obligados por el marco estipulativo del Tratado de Río.

La limitación jurídica de la OEA para adoptar medidas obligatorias fuera del marco del TIAR quedó en evidencia *vis-à-vis* de la delicada situación surgida en Haití. El embargo

<sup>1</sup> Dentro de un contexto mundial y regional distinto al actual y bajo diferente visualización política, durante los años más tensos de la guerra fría, el sistema interamericano aprobó numerosas resoluciones sobre defensa de la democracia contra el totalitarismo internacional. MARCHAND, Luis, Instituciones de derecho internacional: el sistema interamericano de seguridad y de paz, t.II. [s.l.], p. 161-185.

económico decidido por la Reunión Ad Hoc de Cancilleres, si bien fue acatado por la mayoría de los gobiernos del hemisferio, no revistió carácter obligatorio por cuanto se enmarcó en la Resolución.1080 (AG/RES.1080 (XXI-O/91)) sobre Defensa de la Democracia adoptada en junio de 1991, en la Asamblea General de la OEA celebrada en Santiago de Chile, documento de particular importancia pero sin fuerza legal obligatoria. Obviamente, el caso haitiano, por sus características de asunto político interno, recaía – como se ha señalado– en un marco operativo diferente al del TIAR, cuyo objetivo –al igual que el de cualquier futuro instrumento sobre la materia– debe ser exclusivamente la preservación de la paz y la seguridad.

La anotada medida de embargo económico contra el Gobierno haitiano sólo adquirió obligatoriedad cuando fue homologada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en base a una resolución de dicho órgano mundial tipificando la cuestión haitiana como una amenaza para la seguridad internacional. Durante las deliberaciones previas a la adopción de dicha resolución, surgieron observaciones respecto del precedente que podría significar, en relación con el principio de no-intervención, el determinar –para los efectos de la aplicación del Capítulo VII de la Carta de San Francisco –como amenaza para la seguridad internacional, una situación de orden interno.

El punto central de la marginación política del TIAR es que actualmente en materia de seguridad y preservación de la paz, las decisiones de la OEA para que revistan carácter obligatorio tienen que ser confirmadas por el Consejo de Seguridad de la ONU.

Esta situación genera en caso de requerirse decisiones obligatorias, una dependencia sistémica de dicho Consejo y comporta una *capitis diminutio* para la OEA, pues, si bien la Carta de la ONU prevalece sobre los instrumentos básicos constitutivos de las organizaciones regionales (artículo 103, Carta de la ONU), debe tenerse presente que tales organizaciones tienen un entorno en que les corresponde actuar con autonomía (Capítulo VIII de la misma Carta). Por consiguiente, una dependencia sistemática del Consejo de Seguridad en procura de homologar, para fines de obligatoriedad, determinadas decisiones inherentes a la paz y la seguridad<sup>2</sup> conlleva un recorte de la autonomía de la OEA y puede dar pie a que la organización mundial asuma *motu proprio*, en detrimento del sistema hemisférico, situaciones regionales insertas en su ámbito de competencia.

Algo más, la anotada dependencia del Consejo de Seguridad de la ONU, significa, por ejemplo, que en una circunstancia dada, la OEA podría aprobar por mayoría estatutaria la forma de conducir una situación vinculada con la preservación de la paz. Sin embargo – para efectos de su obligatoriedad– tal decisión quedaría sujeta a la aprobación determinante, de los 5 miembros permanentes –con derecho a veto– de dicho Consejo de la ONU.

Indudablemente, esta problemática ha motivado, en parte, que dentro del seno de la Organización se estudie el asunto de la seguridad internacional a la luz de la evolución y de los nuevos conceptos sobre este tema y que se analice, también, las implicancias que tiene para la OEA, la inoperancia del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca que, desde el año de 1947 hasta la Guerra de las Malvinas en 1982, fue la base para las decisiones interamericanas jurídicamente vinculantes en materia de preservación de la paz y la seguridad continental.

Desde mi punto de vista y con visión de perspectiva, uno de los temas, la inoperancia del TIAR, podría tener una solución netamente funcional a mediano plazo. El otro asunto, la determinación y el alcance de los nuevos conceptos sobre seguridad y su contenido

---

<sup>2</sup> Obviamente, se trata de decisiones que no revisten naturaleza coercitiva y que no recaen dentro del artículo 53 de la Carta de la ONU, salvo el caso de legítima defensa individual o colectiva prevista en el art. 51 de dicha Carta y hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas del caso.

demandarán posiblemente un mayor plazo dado el carácter integral que debe revestir ese nuevo concepto, actualmente en debate tanto a nivel regional como mundial.

No obstante que el objeto central de este trabajo es la presentación de un proyecto esquemático y preliminar sustitutorio del TIAR, sin embargo me referiré sucintamente al tópico de mayor aliento: los nuevos alcances de la seguridad hemisférica.

De manera general, podríamos adelantar que es un lugar común decir que el nuevo concepto internacional de seguridad trasciende lo militar y, sin excluir su importancia, se incorporan también a dicho concepto diversos y complejos temas, tales como, el desarrollo económico-social, la pobreza crítica, el medio ambiente, el terrorismo, el narcotráfico, las medidas de fomento de la confianza, etc. Cabe agregar que, cada vez con mayor fuerza, se afirma que seguridad, desarrollo económico-social y democracia conforman una inseparable trilogía.

Dentro de este contexto general y como punto de partida, hay que señalar que las cuestiones regionales deben ser visualizadas siempre dentro de un escenario mayor, es decir, el contexto mundial y las corrientes que subyacen de manera convergente o antitética en la dinámica internacional contemporánea, o sea, las fuerzas integradoras y las desintegradoras que se manifiestan a nivel global a las que hizo referencia el doctor Enrique Iglesias, Presidente del BID, en el seminario sobre democracia, efectuado en la sede de la OEA, en Washington DC, bajo los auspicios del CJI y de la Secretaría General.

Por ejemplo: como fuerzas integradoras podríamos señalar: el marco de la ONU, con sus principios y normas; los organismos internacionales de cooperación; el fin de la guerra fría y de la confrontación nuclear; la caída del Muro de Berlín (1989); la globalización en sus alcances informativos y tecnológicos, etc. Por el contrario, y como fuerzas desintegradoras, podríamos mencionar las luchas étnicas, religiosas y las cruentas confrontaciones regionalistas nacionales; las migraciones internacionales; el tráfico ilegal de armas; el narcotráfico; etc.

Siguiendo esta línea de pensamiento, deberíamos ahora identificar las fuerzas integradoras y las desintegradoras que se contraponen a escala regional. Ello es importante, porque su identificación debe guiar tanto el contenido como los alcances de un nuevo concepto de seguridad de naturaleza integral.

Como fuerzas integradoras podríamos puntualizar las siguientes:

- las Cartas de la OEA y de la ONU como marcos constitucionales internacionales a nivel universal y regional;
- el Tratado de Tlatelolco;
- los organismos internacionales de cooperación regional y subregional;
- la armónica convivencia interamericana en base a los principios inherentes a los derechos y deberes de los Estados: soberanía, independencia e igualdad jurídica, no-intervención, proscripción de la amenaza y uso de la fuerza, etc.;
- cooperación para el desarrollo económico social y la lucha contra la pobreza;
- integración regional y subregional;
- consolidación de la democracia y derechos humanos;
- ayuda mutua en caso de desastres naturales;
- protección del medio ambiente;
- medidas fronterizas de confianza mutua;
- limitación de armamentos;
- establecimiento de una zona de paz;
- promoción de una cultura de paz.

Entre las fuerzas desintegradoras, podríamos mencionar el:

- narcotráfico;

- terrorismo;
- tráfico ilegal de armas;
- armamentismo;
- potenciales focos de tensión fronteriza.

En base a lo anterior podríamos concluir –desde luego de manera muy general y tentativa- que la seguridad internacional debería entenderse como un concepto integral que además de promover la solidaridad y la confianza entre los países americanos y consolidar la paz mediante oportunas y adecuadas medidas preventivas, debe garantizar: de un lado, el respeto a los derechos fundamentales de los Estados establecidos en el Derecho Internacional, la Carta de la ONU y de la OEA; así como fomentar políticas efectivas que coadyuven al desarrollo socioeconómico de los países de la región. Y, de otro, el compromiso de cooperar activamente para combatir y erradicar los factores que atentan contra dichos objetivos: el narcotráfico; el terrorismo; la pobreza; el tráfico ilegal de armas; el deterioro del medio ambiente, etc.

Tenemos la impresión –ojalá sea equivocada– que la amplitud y complejidad del tema y las diversas apreciaciones de los países del Continente respecto de las materias que debe contener y los alcances que tales materias deben tener, no han permitido, hasta el momento, alcanzar resultados concretos, salvo la cuestión de las medidas fronterizas de confianza mutua, que han sido objeto de reuniones especializadas interamericanas.

Por lo mismo, creo que una próxima reunión regional debería tener por objeto abordar este asunto en su integridad y adoptar un documento de consenso interamericano que determine las materias que debe comprender el nuevo concepto de la seguridad integral y el seguimiento que se debe efectuar de los temas contenidos en dicho documento de consenso, a fin de adoptar, *prima facie*, de manera sectorial, compromisos básicos sobre aquellos tópicos que ofrecen mayor grado de convergencia, sin perjuicio, desde luego, de continuar desarrollando, gradualmente, un sostenido esfuerzo para procurar el consenso en el resto de las materias que fueran aprobadas por la aludida reunión regional.

Obviamente, el objetivo final de este vasto y complejo proceso sería concertar un tratado marco sobre seguridad integral, pero ello –a mi entender– sólo será posible lograrlo gradualmente en base a concordancias sobre cada una de las materias que debe cubrir el nuevo concepto de seguridad, las cuales hemos ya mencionado de manera tentativa. Desde luego, la dinámica del proceso dependerá de la voluntad política de los Estados de la OEA.

Concluida esta somera apreciación sobre el nuevo concepto integral de seguridad me referiré –como he adelantado– al ejercicio central de este trabajo, o sea, explorar alguna solución práctica tendiente a subsanar el vacío que plantea actualmente la inoperancia del TIAR *vis-à-vis* de la preservación de la paz y la seguridad. Esta situación – como lo he dicho anteriormente– comporta para la OEA una sistémica dependencia del Consejo de Seguridad de la ONU en caso de requerirse medidas obligatorias, no obstante la competencia que otorga de modo expreso el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas a las organizaciones regionales, en materia de preservación de la paz dentro de sus ámbitos geográficos.

Como es de conocimiento general, el TIAR adoptado en 1947, fue producto de un contexto histórico –la guerra fría– caracterizado por una acentuada rivalidad bipolar de carácter ideológico y la consiguiente tensión confrontativa militar bajo la amenaza de una guerra nuclear.

Por lo tanto, determinados aspectos de su estructura conceptual vinculados con amenazas extracontinentales han devenido inoperantes. En cambio otras estipulaciones

referidas a la preservación de la paz y la seguridad hemisférica mantienen, en términos generales, su vigencia.

Resulta oportuno recordar que ciertas imprecisiones normativas que dieron lugar a tipificaciones o situaciones coyunturales de índole política, fueron cuestionadas –como ya se ha dicho– en los debates que, con motivo del denominado proceso de reestructuración del sistema interamericano, se produjeron en el transcurso del primer lustro de la década de los años setenta. De ese proceso de reestructuración surgió un significativo esfuerzo para actualizar el TIAR, darle mayor precisión a fin de evitar ambiguas interpretaciones e incorporar lo económico al contexto de la seguridad interamericana. Dicho esfuerzo culminó con la adopción de un Protocolo de Reformas que no ha logrado entrar en vigor no obstante los 25 años transcurridos desde la fecha de su suscripción. Sólo ocho Estados de los 21 países signatarios lo han ratificado.

Aunque lo único permanente en la vida es el cambio, la impresionante evolución del escenario internacional en estos últimos años, la revisión de que está siendo objeto el concepto de seguridad y el evidente desinterés político de los Estados miembros de la OEA respecto del TIAR y del Protocolo de Reformas, ofrecen un margen de predictibilidad aparentemente adverso a la posibilidad de revitalización, en su totalidad, de ambos instrumentos.

Antes de continuar, deseo hacer una salvedad dictada por la prudencia y la experiencia. Hemos tenido la oportunidad de expresar, en diversos trabajos, que en el escenario internacional lo único cierto, algunas veces, es la incertidumbre, porque esa pluma omnímoda –y no infrecuentemente sorpresiva– del mañana, puede generar hechos imponderables hasta la víspera misma de su configuración. Ese es el talón de Aquiles de las afirmaciones pontificales. No podría afirmarse categóricamente que no existe la posibilidad de que pudiera emerger una situación cuyas características perturben la paz hemisférica.

Ello hace aconsejable explorar algún esquema contractual expeditivo que, sin afectar el proceso actual de más largo aliento, encaminado a establecer un nuevo concepto de seguridad integral, coadyuve a resolver el vacío del TIAR. Este esquema tendría una finalidad muy clara y precisa. 1) Su objetivo contractual debería únicamente estar referido a la preservación de la paz en el hemisferio. 2) Su ámbito de aplicación, por lo tanto, sería únicamente intracontinental.

Antes de continuar y a modo simplemente referencial, es útil precisar que los enunciados principistas sobre conducta pacífica interamericana que aparecen en el TIAR y en su Protocolo de Reformas de 1975, prácticamente están recogidos en la Carta de la OEA y en su última reforma global: el Protocolo de Cartagena de Indias, de 1985.

Por consiguiente, una tipificación muy precisa y concreta –como la que señalaré seguidamente– de aquellas disposiciones contenidas en dichos instrumentos y ligadas exclusivamente a la preservación de la paz entre las naciones americanas, nos permitiría estructurar un nuevo instrumento interamericano para la preservación de la paz.

A mi juicio –y como he puntualizado– el instrumento contendría sólo las disposiciones básicas e indispensables para prevenir y superar un eventual conflicto intraregional. De manera muy esquemática, se podrían citar, entre otras, las siguientes:

1) La sesión inmediata del Consejo Permanente para determinar la convocatoria de la Reunión de Consulta de Cancilleres y considerar, hasta tanto llegan los Ministros de Relaciones Exteriores:

- a) En caso de conflicto armado: el cese inmediato de las hostilidades, el restablecimiento de las cosas al *statu quo ante bellum* y el establecimiento

de mecanismos de diálogo y conciliación que conduzca a la solución pacífica el conflicto y promuevan un marco de confianza.

- b) En caso de una situación de tensión de características serias: el establecimiento igualmente de mecanismos preventivos de diálogo y entendimiento para evitar el agravamiento de la situación y derivarla, si fuera el caso, hacia un método de solución pacífica y un marco de confianza.

2) El compromiso de someter toda controversia a los métodos de solución pacífica y hacia el fomento de la confianza.

3) La obligación de no recurrir en sus relaciones internacionales a la amenaza ni al uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con las Cartas de la ONU y de la OEA.

4) La obligatoriedad de las decisiones que asuma la Reunión de Consulta, salvo que se adopten con carácter de recomendaciones.

5) El sistema de votación para adoptar decisiones y para suspenderlas y el quórum necesario.

6) La reafirmación de los artículos 34 y 35 de la ONU y 24 y 131 de la OEA.

7) Las medidas colectivas que se pudieran adoptar en caso de renuencia o rebeldía de un país agresor, para resolver pacíficamente el conflicto surgido, teniendo presente los alcances del artículo 53 de la Carta de la ONU.

8) La información, que fuere del caso, al Consejo de Seguridad de conformidad con los artículos 51 y 54 de la Carta de la ONU.

9) El condicionamiento de cualquier ayuda conjunta a un Estado, al expreso consentimiento de dicho Estado.

## **REFLEXIONES FINALES**

A. Respecto al asunto de mayor procesamiento y complejidad: la determinación del contenido y alcances del nuevo concepto sobre seguridad integral nos parece oportuno que la Conferencia Interamericana Especializada convocada por la Segunda Cumbre de Presidentes de América, realizada en Santiago de Chile, en abril de 1998, y que seguramente se celebrará en el curso de este año, debería tener como objetivo fundamental, determinar –como se ha dicho– el contenido y los alcances del nuevo concepto de la seguridad integral y, además, adoptar un plan de acción que establezca un cronograma de trabajo para ir concretando, a su vez, gradual y sectorialmente, el contenido y los alcances de cada una de las materias que debe contener la seguridad integral.

El citado tratamiento gradual y sectorial, nos parece el método más realista y viable para armonizar los diversos enfoques que, sin duda, plantearán los gobiernos de los países de la OEA.

En todo caso, del buen resultado de ese ejercicio multilateral de armonización defenderá, también, que el sistema interamericano cuente, en un determinado momento, con un documento marco y, en lo posible, compromisorio, en materia de seguridad integral interamericana.

B. El vacío producido, desde 1982, por la marginación del TIAR, como consecuencia de la Guerra de las Malvinas, puede resolverse –si esa fuere la voluntad de los gobiernos de

los países de la OEA– a mediano plazo en base a un nuevo instrumento únicamente referido a la preservación de la paz y la seguridad dentro del ámbito regional.

C. Obviamente, dichos gobiernos deben decidir, previamente, si es conveniente adoptar un nuevo instrumento regional que permita la adopción de decisiones obligatorias o si, *contrario sensu*, debe mantenerse el *statu quo*, es decir, la dependencia sistémica del Consejo de Seguridad de la ONU para esta clase de medidas, no obstante que ello recorta la competencia que el propio Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas confiere a las organizaciones regionales y que –como he puntualizado– condiciona cualquier eventual decisión adoptada por mayoría estatutaria en el seno de la OEA, a la aprobación de los cinco miembros permanentes –con derecho a veto– del citado Consejo de la ONU.

D. Es conveniente reiterar que la eventual exploración –dentro del contexto puntualizado– de un nuevo instrumento para la preservación de la paz en el hemisferio, no obsta ni interfiere con el desarrollo del proceso internacional relativo a la determinación de la seguridad integral.

E. No obstante, de un lado, la actual marginación política del TIAR y el hecho de que el Protocolo de Reformas de San José de Costa Rica (destinado a perfeccionarlo e imprimirle mayor precisión jurídica y un mejor balance político) no ha logrado las ratificaciones necesarias para su vigencia; y, de otro, el dinámico y notable cambio producido en el escenario internacional desde el fin de la Guerra Fría; sin embargo –y hasta tanto no se logre un mejor marco contractual– el TIAR –que sigue siendo una realidad jurídica vinculante– tiene, por lo mismo, que figurar entre los diversos instrumentos, mecanismos, entidades y pronunciamientos hemisféricos que deberán ser analizados por la OEA, para determinar –a lo largo del actual proceso de estudio y debate– en qué medida y con qué alcances podrían ser incorporados o descartados algunos de los aspectos de ese variado acervo convencional, documental y operativo *vis-à-vis* de lo que debería ser y de las materias que debe cubrir el nuevo concepto de la seguridad regional. Es innecesario agregar que el fortalecimiento de la seguridad regional comporta una vía esencial para el robustecimiento de todo el sistema y lo es, también, para afianzar el multilateralismo como método fundamental de convergencia democrático-internacional dentro del marco de una organización con características asimétricas.

F. Seguidamente, se presentará –con afán de ejercicio exclusivamente reflexivo y auscultativo– una selección de los artículos del TIAR, del Protocolo de Reformas de San José de Costa Rica y del Protocolo de Cartagena de Indias, con algunas variables tendientes a centrar sus efectos y alcances de manera específica en la preservación de la paz y la seguridad en el ámbito hemisférico.

**SELECCIÓN DE TEXTOS ESTIPULATIVOS QUE PODRÍAN TENERSE EN  
CONSIDERACIÓN PARA UN EVENTUAL EJERCICIO DE REFLEXIÓN EN TORNO  
A UN NUEVO INSTRUMENTO INTERAMERICANO PARA LA PRESERVACIÓN  
DE LA PAZ EN EL ÁMBITO HEMISFÉRICO**

Artículo I

Las Altas Partes Contratantes condenan formalmente la guerra y se obligan, en sus relaciones internacionales, a no recurrir a la amenaza ni al uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con las disposiciones de las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas o del presente Tratado.

### Artículo II

Como consecuencia del principio formulado en el artículo anterior las Altas Partes Contratantes se comprometen a resolver pacíficamente las controversias entre sí y adoptar medidas preventivas tendientes a fomentar la confianza, afianzar la paz y evitar conflictos.

Las Altas Partes Contratantes harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias, por medio de los procedimientos y mecanismos previstos en el sistema interamericano, antes de somerterlas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Esta disposición no se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados Partes de acuerdo con los artículos 34 y 35 de la Carta de las Naciones Unidas.

### Artículo III

1. Las altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado de cualquier Estado contra otro Estado Parte será considerado como un ataque contra todos los Estados Partes y, en consecuencia, cada una de ellas se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones

2. A solicitud del Estado o Estados Partes directamente atacados y hasta cuando la Reunión de Consulta de Cancilleres prevista en este Tratado tome una decisión, cada uno de los Estados Partes podrá determinar, según las circunstancias, las medidas inmediatas que adopten individualmente, en cumplimiento de la obligación de que se trata el párrafo precedente.

3. Para los efectos del párrafo 2 de este artículo, la Reunión de Consulta de Cancilleres se reunirá sin demora, por convocatoria del Presidente del Consejo Permanente, con el fin de examinar las medidas inmediatas que hubieren adoptado los Estados Partes con base en el párrafo 1 del presente artículo y acordar las medidas conjuntas que sean necesarias, incluso la acción que puedan emprender solidariamente ante las Naciones Unidas a fin de que se hagan efectivas las disposiciones pertinentes de la Carta de dicha Organización.

4. Lo estipulado en este artículo se aplicará en todos los casos de ataque armado que se efectúe contra un Estado Parte o en territorio bajo la plena soberanía de un Estado Parte.

5. De conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, podrán aplicarse las medidas de legítima defensa individual o colectiva en tanto el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

### Artículo IV

Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado Parte fueren afectadas por un acto de agresión o por un conflicto o hecho grave que pueda poner en peligro la paz de América, la Reunión de Consulta de Cancilleres se reunirá inmediatamente, a fin de acordar las medidas que deban tomarse en ayuda del Estado Parte afectado y las medidas y gestiones que convenga adoptar para el mantenimiento de la paz y la seguridad del Continente.

Lo dispuesto en el presente artículo podrá ser aplicado en favor de cualquier otro Estado americano que solicite dicha aplicación.

#### Artículo V

En caso de conflicto entre dos o más Estados americanos, sin perjuicio del derecho de legítima defensa, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, las Altas Partes Contratantes reunidas en consulta instarán a los Estados contendientes a suspender las hostilidades y a restablecer las cosas al *statu quo ante bellum* y tomarán, además todas las otras medidas necesarias para restablecer o mantener la paz y la seguridad interamericanas, y para la solución del conflicto por medios pacíficos. El rechazo de la acción pacificadora será considerado para la determinación del agresor y la aplicación inmediata de las medidas que se acuerden en la Reunión de Consulta.

#### Artículo VI

Sin perjuicio de las gestiones de orden conciliador o pacificador que la Reunión de Consulta realice, éste podrá, en los casos previstos en los artículos III y V adoptar una o más e las siguientes medidas; el retiro de los jefes de misión, la ruptura de las relaciones diplomáticas, la ruptura de las relaciones consulares, la interrupción parcial o total de las relaciones económicas, o de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, telefónicas, radiotelefónicas, radiotelegráficas, u otros medios de comunicación. El empleo de la fuerza armada deberá efectuarse de conformidad con los artículos 51 y 53 de la Carta de las Naciones Unidas.

#### Artículo VII

Las consultas a que se refiere el presente Tratado se realizarán por medio de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados que lo hayan ratificado, o en la forma o por el órgano que en lo futuro se acordase.

El Consejo Permanente queda facultado para actuar provisionalmente como Reunión de Consulta. Los acuerdos procedimentales del Consejo Permanente se adoptarán por mayoría absoluta de los miembros con derecho a voto.

#### Artículo VIII

Las consultas serán promovidas mediante solicitud dirigida al Consejo Permanente por cualquiera de los Estados signatarios que haya ratificado el Tratado.

#### Artículo IX

La Reunión de Consulta de Cancilleres, salvo lo dispuesto en el siguiente párrafo, adoptará todas sus decisiones o recomendaciones, por el voto de los dos tercios de los Estados Partes.

Para dejar sin efecto las medidas adoptadas, se requerirá el voto de la mayoría absoluta de dichos Estados.

#### Artículo X

En las votaciones a que se refiere el presente Tratado sólo podrán tomar parte los representantes de los Estados signatarios que lo hayan ratificado.

#### Artículo XI

Cuando se trate de una situación o disputa entre Estados americanos serán excluidas de las votaciones a que se refieren los dos artículos anteriores, las partes directamente interesadas.

#### Artículo XII

Para constituir quórum en todas las reuniones a que se refieren los artículos anteriores se exigirá que el número de los Estados representados sea por lo menos igual al número de votos necesarios para adoptar la respectiva decisión.

#### Artículo XIII

Las medidas mencionadas en el artículo VI podrán ser adoptadas por la Reunión de Consulta en forma de:

- a) Decisiones de aplicación obligatorias por los Estados Partes, o
- b) Recomendaciones a los Estados Partes.

Si la Reunión de Consulta adoptara las medidas a que se refiere este artículo contra un Estado, cualquier otro Estado que fuera parte en este Tratado y que confrontase problemas económicos especiales originados en la ejecución de las medidas en cuestión, tendrá el derecho de consultar a la Reunión de Consulta acerca de la solución de esos problemas.

Ningún Estado estará obligado al empleo de la fuerza armada sin su consentimiento.

#### Artículo XIV

Las medidas que se acuerden en la Reunión de Consulta se ejecutarán mediante los procedimientos y órganos existentes en la actualidad o que en adelante se establecieren.

#### Artículo XV

Toda ayuda que el Órgano de Consulta acordara prestar a un Estado Parte deberá contar para su ejecución con el consentimiento de dicho Estado.

#### Artículo XVI

Nada de lo estipulado en este Tratado se interpretará en sentido de limitar o disminuir en forma alguna el principio de no-intervención y el derecho de cada Estado a escoger libremente su organización política, económica y social.

#### Artículo XVII

Las Altas Partes Contratantes enviarán inmediatamente al Consejo de Seguridad, de conformidad con los artículos 51 y 54 de la Carta de las Naciones Unidas, información completa sobre las actividades desarrolladas o proyectadas en ejercicio del derecho de legítima defensa o con el propósito de mantener la paz y la seguridad interamericanas.

#### Artículo XVIII

El Consejo Permanente actuará en todo lo concerniente al presente Tratado como órgano de enlace entre los Estados signatarios que lo hayan ratificado y entre éstos y las Naciones Unidas.

#### Artículo XIX

Ninguna de las estipulaciones de este Tratado se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de las Altas Partes Contratantes de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas.

#### Artículo XX

El presente Tratado entrará en vigor, entre los Estados que lo ratifiquen, cuando los dos tercios de los Estados signatarios del mismo hayan depositado sus instrumentos de ratificación. En cuando a los Estados restantes, entrará en vigor en el orden en que se depositen sus instrumentos de ratificación.

#### Artículo XXI

El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) continuará vigente entre los Estados Partes, sólo hasta la fecha en que entre en vigor el presente Tratado. Los Estados ratificantes quedarán desligados del TIAR a partir de la fecha de dicha entrada en vigor.

#### Artículo XXII

Este Tratado sólo podrá ser reformado en una conferencia especial convocada con tal objeto por la mayoría de los Estados Partes. Las enmiendas entrarán en vigencia tan pronto como los dos tercios de los Estados Partes hayan depositado sus instrumentos de ratificación.

#### Artículo XXIII

El presente Tratado queda abierto a la firma de los Estados miembros de la OEA y será ratificado de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales. El instrumento original, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la cual enviará copias certificadas a los Gobiernos de los Estados signatarios para los fines de su ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados en la Secretaría General.

#### Artículo XXIV

El presente Tratado será registrado en la Secretaría General de las Naciones Unidas por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

**CJI/doc.11/00 rev.1**

### **HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE SEGURIDAD HEMISFÉRICA**

(presentado por el doctor Sergio González Gálvez)

#### 1. Elementos para una definición de seguridad hemisférica aplicable a partir del siglo XXI

La discusión sobre el alcance del concepto de seguridad y las posibles opciones a futuro en el Continente americano, después de la guerra fría, están estrechamente relacionadas con dos tipos de problemas. En primer término, el que se relaciona a la indisoluble liga en ese tipo de temas entre el ámbito global y el regional. En segundo lugar, la

evaluación de las diferentes agendas de los distintos miembros de una región determinada, a partir de la cual, será posible fijar hasta dónde integran entre ellos una real comunidad con identidad de propósitos en materia de seguridad, con temas y preocupaciones distintas en relación al resto de los miembros de la comunidad internacional.

## 2. Regionalismo y universalidad

Este asunto, debatido ampliamente, debe encararse desde dos ángulos. Por una parte, a partir de la consideración de la naturaleza misma de los ámbitos de acción regional y la normatividad existente al respecto en la actualidad. Por la otra, desde la perspectiva que da la consideración, tanto de los desarrollos alcanzados en la tecnología militar como del surgimiento de lo que ha dado en llamarse “Nuevos Temas” en la discusión político-estratégica internacional. Ha sido ésta, de hecho, una pregunta crucial en la historia, no sólo en el contexto de las relaciones internacionales de América Latina y el Caribe y del Continente americano en general —área del mundo donde el regionalismo cuenta con una significativa tradición —sino en la creación de un concepto más global. Normar y dar una justificación satisfactoria del regionalismo, fuera de una óptica de esferas de influencia, ha sido un objetivo buscado sin mucho éxito.

Sin pretender revisar en forma exhaustiva las formas que este objetivo ha asumido en los períodos históricos más significativos, cabe hacer referencia al importante “cambio de período” que marcó el de la Segunda Guerra Mundial, cuando el tema se convirtió en un asunto fundamental de las negociaciones que llevaron a la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Las decisiones incorporadas en la Carta que establece la Organización reflejan un compromiso entre el deber ser del derecho internacional, encarnado en principios tales como la igualdad jurídica de los Estados, y la cruda realidad de una distribución asimétrica de poder en el escenario mundial.

## 3. Aportes a un nuevo concepto de seguridad hemisférica

Durante la Asamblea General de la OEA efectuada en Santiago de Chile en 1991, los Estados miembros de la OEA manifestaron su decisión de iniciar un proceso de consulta sobre la seguridad hemisférica, a la luz de las nuevas circunstancias regionales y mundiales, desde una perspectiva integral de la seguridad y el desarme como objetivos comunes.

Con tal propósito, en 1992, la XXII Asamblea General tras recibir el informe del grupo de trabajo sobre seguridad hemisférica, aprobó las resoluciones AG/RES.1179 (XXII-O/92) y AG/RES.1180 (XXII-O/92) que encomendaron al Consejo Permanente continuar el tratamiento del tema sin adoptar decisiones sobre el fondo del problema.

## 4. Intentos de definir “seguridad hemisférica”

### a) Junta Interamericana de Defensa

El Presidente del Consejo de Delegados de la Junta Interamericana de Defensa, con Nota fechada el 12 de octubre de 1993, sometió a la consideración del Consejo Permanente el documento *Aportes para definir el concepto de seguridad hemisférica* elaborado con base en la resolución AG/RES.1240 (XXIII-O/93) de la Asamblea General.

El documento de la JID propone la siguiente definición del concepto sobre seguridad hemisférica:

La seguridad del Continente americano es un bien fundamental de su sociedad y se entiende como la condición permanente de paz, libertad, justicia y desarrollo que, dentro del marco del derecho deben procurar los gobiernos y los organismos internacionales regionales, para el logro de los objetivos

continentales, equilibrando dinámicamente los intereses de los países americanos y los del Continente en el ámbito global; salvaguardando la integridad territorial continental y garantizando el ejercicio pleno de la soberanía e independencia de los países del Hemisferio.

b) Comisión Especial sobre la Seguridad Hemisférica

En mayo de 1993 el entonces Presidente de la Comisión Especial sobre Seguridad Hemisférica presentó a su vez un documento sobre el particular, con la intención de que fuera examinado en la XXIII Asamblea General de la OEA (junio 1993) lo cual no se logró por diferentes razones. Sin embargo, como antecedente vale la pena reproducir algunos conceptos de esta propuesta.

En el primer apartado de este documento se aportan definiciones sobre seguridad, defensa y seguridad colectiva, a partir de las cuales se plantea que la instauración de un nuevo sistema de seguridad hemisférica presupone la existencia de valores e intereses compartidos. Mantenimiento de la paz, promoción de los derechos humanos, fortalecimiento y consolidación de los regímenes democráticos, el desarrollo económico y social y la generación de mecanismos eficaces de integración hemisférica, la voluntad común de protegerlos y de prevenir colectivamente las situaciones que puedan derivar en agresiones contra los mismos. En cuanto a la dimensión militar de la seguridad hemisférica se hacía la siguiente reflexión.

La seguridad es un concepto que se sustenta en la promoción y fortalecimiento de medidas de confianza entre los Estados que otorguen la mayor transparencia a sus relaciones, así como en la aplicación de políticas generales destinadas a alcanzar la proscripción total de las armas de destrucción masiva, incluyendo químicas y bacteriológicas; la autolimitación de las armas convencionales ofensivas procurando limitar su ejercicio al derecho a la legítima defensa de cada Estado; la participación en fuerzas multinacionales para el establecimiento, mantenimiento o consolidación de la paz y el fomento de medidas de confianza mutua.

Asimismo, la seguridad –según esta tesis- debe ser un “sistema de interacciones interestatales que, coordinando políticas gubernamentales, previene y contiene las amenazas a los intereses nacionales y evita que las percepciones que de éstas tienen los Estados, se transformen en tensiones, crisis o abiertas confrontaciones”.

La citada teoría plantea la búsqueda de fórmulas de consulta en vez de confrontación; seguridad y confianza en lugar de disuasión, transparencia en vez de ocultamiento; prevención en vez de corrección e interdependencia en lugar de imposición.

c) Otras sugerencias

Por otra parte, en diciembre de 1994 FLACSO-CHILE y el WILSON CENTER de Washington D.C. presentaron conjuntamente a la Cumbre de las Américas en Miami, un documento que contiene algunas sugerencias en el ámbito de la seguridad, entre las que cabe destacar las siguientes:

- a) creación de un sistema de seguridad hemisférica de postguerra fría que proteja la paz hemisférica. En cuyo caso es necesario instrumentar cambios graduales hacia un nuevo criterio;
- b) definir la seguridad como un sistema de interacciones interestatales que prevenga y contenga amenazas a los intereses nacionales y que evite que entre los Estados se produzcan tensiones, crisis o confrontaciones abiertas;

- c) para la aplicación práctica de este concepto, se sugiere adoptar medidas en las áreas de: prevención de crisis, equilibrios regionales, medidas de confianza mutua, control y limitación de armamentos y desarme, regímenes de *ad hoc* de seguridad en subregiones, respuestas a crisis bilaterales que pueden poner en peligro la paz, y métodos para asegurar la participación de los Estados Unidos de América y Canadá en un sistema de seguridad hemisférico, sin que se afecte la soberanía e integridad territorial de los países latinoamericanos y del Caribe;
- d) dentro de las recomendaciones presentadas por ambas instituciones, en el apartado relativo a la institucionalidad de la seguridad hemisférica, se señala que este esfuerzo debe ser visto como multidimensional, lo que implica la creación de un nuevo sistema en el cual existan coordinadamente nuevos regímenes de seguridad. La coordinación creciente de políticas a nivel global, hemisférico y regional posibilitará aumentar los niveles de cooperación bilateral.

##### 5. Una propuesta con miras al siglo XXI

Si bien esas definiciones contienen elementos que deben ser tomados en cuenta en una nueva definición de seguridad en el Continente americano se requeriría, entre otros elementos básicos incorporar necesariamente los siguientes:

- a) la seguridad regional debe ser un proceso esencialmente preventivo y no basarse, salvo casos excepcionales y previamente definidos en medidas coercitivas;
- b) sin duda la seguridad abarca aspectos estratégicos militares, pero cada vez más, aspectos económicos, políticos y sociales. La determinación de la problemática vinculada con estos últimos y la manera de enfrentarla tiene que encargarse a los órganos correspondientes de la OEA y basarse en su Carta constitutiva;
- c) las amenazas a la supervivencia de cada uno de los Estados nación son o pueden ser diversas. Por ello, las concepciones, las políticas y las estrategias para enfrentarla son o pueden ser diferentes. Así, la importancia de mantener intercambios frecuentes de puntos de vista en la búsqueda de elementos comunes en las estrategias debe ir aparejada al respecto absoluto a la soberanía y la libertad de acción de los países involucrados;
- d) sería un error convertir a la OEA en un organismo supranacional con la capacidad para juzgar y calificar la conducta política de sus miembros y menos aún para sancionarlos. El sistema interamericano está basado en la cooperación voluntaria entre los Estados para lograr ciertos objetivos muy precisos. Una organización que trate de imponer sus decisiones, antes de ser vista como un factor de confianza sería percibida como una amenaza. Como consecuencia de lo anterior debe rechazarse la creación de fuerzas militares regionales permanentes o *ad hoc* con cualquier objetivo que se pretenda establecerlas, por estimar que esas acciones son contrarias al espíritu y la letra de los instrumentos básicos del sistema interamericano;
- e) dentro de cualquier contexto debe promoverse la transparencia en asuntos de defensa a través del intercambio de información relativa a los gastos de defensa y un mayor diálogo civil-militar.

En agosto de 1995, FLACSO y el WILSON CENTER publicaron un documento en el marco de programa de paz y seguridad en las Américas en el que, entre otros puntos, señalan que el enfoque multilateral para resolver las amenazas a la seguridad debe iniciarse entre pequeños grupos de naciones, es decir enfoques subregionales, e ir ampliando paulatinamente ese enfoque, hasta convertirlo en regional aplicable en nuestro caso a las Américas; sin embargo, estimamos que este enfoque en particular es inadecuado y no responde algunas de las preocupaciones expuestas en párrafos anteriores.

6. Mecanismos generales para aplicar el nuevo concepto de seguridad hemisférica

- a) Carta de la OEA reformada;
- b) Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca reformado;
- c) Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de Controversias (Pacto de Bogotá);
- d) Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y del Caribe (Tratado de Tlatelolco);
- e) Tratado de Seguridad Democrática de América Central;
- f) Junta Interamericana de Defensa;
- g) Medidas de fomento de la confianza de seguridad adoptadas en las dos conferencias regionales de la OEA sobre la materia;
- h) Posibles medidas de autocontrol de armamento convencional ofensivo en América Latina y el Caribe, según las propuestas presentadas en el Grupo de Río;
- i) Posibles acuerdos complementarios en aspectos específicos de un nuevo sistema de seguridad, o inclusive acuerdos sustitutivos de los existentes.

7. Análisis preliminar de las tesis que pueden tener impacto en un nuevo sistema de seguridad hemisférica: el llamado derecho de injerencia con fines humanitarios

El tema más controvertido en el panorama mundial, relevante al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, es el llamado derecho de injerencia con fines humanitarios. Esa tesis consiste en tratar de justificar una intervención armada emprendida, supuesta o realmente por razones humanitarias, sin embargo, esa posibilidad, conforme a derecho, tiene que sujetarse a las normas relativas a la licitud del empleo excepcional de la fuerza armada en las relaciones internacionales, es decir, al *jus ad bellum*. Recordemos que la no intervención de un Estado en los asuntos internos o externos de otro sigue siendo la piedra angular de la política exterior de nuestros países, y que, abrir la puerta para intervenciones armadas externas, aunque sea con fines humanitarios, fuera de un marco jurídico claramente definido, revive tesis como la de las guerras justas e injustas, ya que la intervención, en términos generales, es la peor amenaza a la autonomía y autodeterminación de los pueblos.

Hay autores, como Marc Trachtenberg<sup>1</sup> que señalan que actualmente han revivido teorías que sostienen que el “derecho de injerencia” más que proteger un bien común, trata de implantar por la fuerza los valores de un grupo de países. Es una forma de manejar -señala ese autor- la relación entre los países que se consideran parte del mundo ‘civilizado’ el resto de la humanidad. Aceptamos que en la nueva agenda global, los derechos de los individuos ocupan un lugar crecientemente importante, al lado de los derechos de los Estados. Esto, sin embargo, no debe transformarse en una excusa para injerencias indebidas de unos Estados en los asuntos de otros. No es posible permitir que el fin de la bipolaridad se reduzca sencillamente a la desaparición de uno de los polos y al surgimiento, sin oposición, de una capacidad de imposición de las formas particulares que deben asumir, en cada caso, los valores compartidos por todos nosotros, o, peor aún, de otros objetivos confundidos con esos valores.

<sup>1</sup> TRACHTENBERG, Marc. *Intervention in historical perspective*. In: REED and KAYSEN. *Emerging norms*, 16.

Si pudiéramos analizar los escenarios en los que puede darse una intervención armada, independientemente del objetivo que tenga, cabría señalar los siguientes:

Primera hipótesis, la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro, lo cual está prohibido por la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional; la segunda hipótesis sería la intervención de un grupo de Estados en otro u otros Estados, que también está prohibido conforme al Derecho Internacional y conforme a la Carta de la ONU, la Carta de la OEA, la Convención Interamericana de Derechos y Deberes de los Estados y sin duda es en la Carta del organismo regional, al que pertenecemos, donde ese principio alcanza su elaboración más acabada al señalar:

Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que los constituyen.

Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza<sup>2</sup>

Posteriormente la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 21 de diciembre de 1965 la declaración intitulada *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los estados y protección de su independencia y soberanía*, donde se reafirmó el carácter universal del principio de no intervención.

La tercera hipótesis se presentaría cuando ocurre la intervención armada de un organismo regional sin la autorización de las Naciones Unidas, lo cual es ilegal conforme a la propia Carta de la ONU y debe estar prohibida en cualquier circunstancia, pues de otra manera se propicia una anarquía mundial que aceptaría la existencia de "cotos" regionales que, obviamente, serían dominados por las naciones más fuertes de cada región, o acciones armadas de organismos regionales en países que ni siquiera son miembros de esa entidad, como se prevé ya en el documento aprobado por la OTAN, bajo el título de *Concepto estratégico de la alianza*, en la Cumbre de Washington celebrada en abril de 1999.

La cuarta y última hipótesis se daría cuando la intervención la lleve a cabo un organismo regional con la autorización del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o por la organización mundial misma, situación en la que sin duda deben analizarse y aprobarse los requisitos necesarios para emprender una acción de esa naturaleza. Por ejemplo, es claro que hay una tendencia de cambiar el alcance del concepto de seguridad internacional que es el concepto que dispara el mecanismo detonador de acciones conforme el Capítulo VII de la Carta de la ONU, en donde se tipifican amenazas a la paz y a la seguridad, para incluir por ejemplo lo que algunos llaman la "Seguridad Humana", que es una novedosa y controvertida tesis que pretende cambiar el vínculo entre Estados soberanos por una serie de medidas para proteger al individuo; es decir a la persona humana, incluyendo la posibilidad de usar la fuerza armada cuando hay violaciones de derechos humanos en un país determinado, aún sin autorización de las autoridades territoriales.

Estimamos que esta tendencia debe ser evaluada con extremo cuidado, no porque debamos permanecer impasibles ante el sufrimiento humano, sino porque, para asegurar la estabilidad del mundo sobre bases justas y equitativas, requiérese analizar, las

---

<sup>2</sup> Carta de la Organización de los Estados Americanos, Arts.19 y 20.

consecuencias de un cambio en el Estado de derecho que rige a la comunidad internacional hoy en día.

a) Alcance del término "humanitario"

Empecemos con el término "humanitario", bajo el que se pretende justificar una intervención armada, y las múltiples interpretaciones que en teoría puede tener ese concepto. La más amplia incluye la posibilidad de tomar acciones a propósito de cualquier tipo de sufrimiento humano, causado por inundaciones, hambre, guerra, conflicto civil o dictadura; y la más limitada que se tipifica sólo cuando la acción que se tome no se lleva a cabo con un interés político, militar o económico determinado, independiente del tratar de ayudar a otro pueblo; esto está basado en la premisa de que el carácter humanitario de una intervención se pierde cuando los objetivos incluyan intereses de ese tipo, de los países que actúan, o cuando toman partido con alguna de las partes en el conflicto existente, o si es selectivo con los beneficiarios o, lo que es peor, se amenaza o provoca sufrimiento o muerte en nombre de la "protección de los derechos humanos" o de la paz.

Pero inclusive, entre los que señalan la necesidad de "hacer algo" a nivel internacional para "proteger la integridad física, la dignidad moral y la libertad política de todos los individuos", no se ponen de acuerdo en las medidas a adoptar. Por ejemplo, Bernard Kouchner<sup>3</sup> señala cuatro opciones de una posible acción humanitaria, a saber: a) la llamada etapa de la Cruz Roja Internacional, estrictamente limitada a ayudar al que sufre, con especial cuidado de no tomar partido en el conflicto en un país y no actuar en terrenos que corresponden al Gobierno territorial; b) los llamados contingentes de "médicos sin fronteras" que deben llegar a las víctimas dondequiera que se encuentren, inclusive frente a la oposición de las autoridades territoriales, sobre todo si ellas toleran la anarquía y la violencia; c) un supuesto nuevo "derecho" basado en algunos precedentes en la práctica de la ONU, a fin de garantizar el acceso a donde están las víctimas, estableciendo "corredores humanitarios" o "zonas de seguridad"; y d) intervención para liberar a las personas oprimidas por un gobierno, donde ocurren violaciones de derechos humanos, utilizando todos los medios a su alcance.

Por otra parte, examinando los objetivos de una supuesta intervención humanitaria, uno tiene que distinguir entre el objetivo final y metas intermedias.

En primera instancia, el concepto "humanidad" significa compasión y la necesidad de luchar contra quienes producen daños físicos y morales a los seres humanos, especialmente civiles, pero inmediatamente surge la interrogante de si la intervención humanitaria debe tener como objetivo, indefinido en el tiempo, el de tratar de lograr que avance un proceso democrático como la mejor forma de proteger los derechos humanos; o uno más limitado y modesto, que consistiría en luchar contra los obstáculos que impiden ese proceso, como el hambre y el genocidio, o aliviar los efectos de las catástrofes humanas, sean de causas naturales o provocadas por el hombre.

Sin embargo, la subjetividad de todos estos criterios hace casi imposible fijar parámetros para una eventual decisión de la ONU, única organización que tiene la facultad para autorizar una intervención armada con fines estrictamente humanitarios. Más aún, si reconocemos que la persuasión y el convencimiento son preferibles a la coacción; la presión diplomática a bloqueos y embargos; el castigo a los líderes de delitos internacionales, conforme tratados en vigor, a bombardeos indiscriminados sobre la población civil.

<sup>3</sup> Mencionado en el artículo de HASSNER, Pierre. *From war & peace to violence & intervention*. In: *Hard choices; moral dilemmas in humanitarian intervention*, Oxford: Jonathan Moore, Rowman & Littlefield, 1998. p. 20.

Ni aún los lineamientos que sugiere J. Bryan Hehir<sup>4</sup> para justificar una intervención armada, que son el "declarado objetivo humanitario", y que se trata de un "último recurso" nos harían reconsiderar nuestras reservas a apoyar este intento de mediatizar aún más la validez universal del principio de no intervención y, el hecho de que en el Consejo de Seguridad de la organización mundial se hayan adoptado, a partir de 1991, varias resoluciones que, en cierta forma, avalan que una crisis humanitaria puede llegar a constituir una amenaza a la paz y seguridad internacionales (Resoluciones 688 y 794), básicamente porque en la práctica esos casos (los kurdos en Iraq, Somalia, Rwanda, la ex-Yugoslavia) han probado las dificultades de garantizar una intervención con fines exclusivamente humanitarios en la que no se presenten, de alguna forma, consideraciones estratégicas, militares, políticas o económicas que ratifican la ilegalidad de estas acciones.

b) Breve resumen de la lucha de América Latina por consagrar el principio de no intervención

Cabe recordar sobre este tema que no estamos frente a un problema novedoso, resultado del reciente reconocimiento de la importancia de los derechos humanos en las relaciones internacionales, sino que es una nueva expresión de un fenómeno contra el que han luchado nuestros países por años.

Vale reiterar, en este contexto, que Latinoamérica ha sido históricamente el campo más propicio para la intervención. Nacimos a la vida independiente cuando está en su apogeo el concepto "europeicéntrico" de la sociedad internacional.

Durante buena parte del siglo XIX, la llamada comunidad de "naciones civilizadas" se amplió tan sólo de hecho para incluir a la gran democracia norteamericana. Los escasos países independientes de Asia y África y las naciones latinoamericanas vivían aún en la frontera de esa comunidad, al menos en lo que toca a la aplicación del principio de igualdad soberana de los Estados; desigualdad de fuerzas, desigualdad de trato, desigualdad real de derechos; tales fueron las relaciones que privaban entre las grandes potencias de esa época y las jóvenes repúblicas latinoamericanas.

Ello explica los dos conceptos distintos y opuestos acerca del principio de no intervención. Uno, el que establece una distinción entre intervenciones lícitas e ilícitas, incluyendo entre las primeras a las que tenían por objeto el control financiero de los Estados deudores insolventes, y otro, la llamada intervención por causas humanitarias, la intervención para proteger los bienes de sus nacionales en otro país, y aún la intervención en interés del equilibrio del poder regional o subregional.

En el sentido inverso, casi desde que se inicia nuestra vida independiente, los estadistas latinoamericanos advierten el peligro y repudian toda forma de intervención, pues ya cuando Santander contesta el histórico llamado del Libertador Bolívar en 1825, emplea términos inequívocos sobre este particular. Como es natural, las formulaciones más características surgen en las épocas de crisis. Benito Juárez formula su inmortal apotema *El respeto al derecho ajeno es la paz*, cuando México luchaba contra la intervención extranjera. Drago proclama la ilicitud del cobro *manu militar* de deudas con motivo de la intervención tripartita, en 1902, contra Venezuela; y cuando México es nuevamente objeto de intervenciones constantes a raíz de nuestras turbulentas luchas revolucionarias, se alza la limpia voz de Carranza para enunciar la no intervención en términos que la comunidad latinoamericana hizo suyos, casi textualmente, cuatro lustros más tarde. Dijo en 1915: "ningún país debe intervenir, en ninguna forma ni por ningún motivo, en los asuntos interiores de otro y todos deben someterse estrictamente y sin excepciones al principio universal de no intervención".

<sup>4</sup> HEHIR, Bryan J. *Military intervention and national sovereignty: recasting the relationship*. In: *Hard choices: moral dilemmas in humanitarian intervention*, Oxford: Jonathan Moore, Rowman & Littlefield, 1998. p. 29-53.

En el curso de este siglo, los esfuerzos de los países latinoamericanos para consagrar la no intervención se enlazan e institucionalizan. La historia del panamericanismo es, ante todo, una lucha acerba y prolongada que libran los países latinoamericanos para proscribir la intervención del Continente americano. Esta lucha hace crisis en la histórica Conferencia Interamericana de La Habana, de 1928, cuando la tendencia latinoamericana se estrella ante la intransigente actitud del Secretario de Estado norteamericano, Charles Evan Hughes, quien aún entonces pretendía distinguir entre intervención y lo que llamaba "interposición de carácter temporal".

Pocos años después asume F.D. Roosevelt la presidencia de los Estados Unidos e inicia la "política de la buena vecindad", y por primera vez se acepta por unanimidad, en la Conferencia de Montevideo de 1933, una formulación categórica del principio, aunque la reserva norteamericana de carácter general limitó su aplicación. Correspondió a la Conferencia Interamericana celebrada en Buenos Aires en 1939, la consagración definitiva y total del principio. El Protocolo Adicional relativo a la no intervención, que fue entonces aprobado unánimemente y sin reserva alguna, disponía lo siguiente: "Las Altas Partes Contratantes declaran inadmisibles la intervención de cualquiera de ellas, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos interiores o exteriores de cualquiera otra de las Partes". Y la Conferencia de Lima de 1938, y de Chapultepec de 1945, reiteran el principio y todo ese largo proceso culmina en 1948 en la Conferencia de Bogotá, en la cual se formuló el principio de no intervención de la manera más completa y estricta que se haya logrado en cualquier ámbito, ya sea regional o mundial; nos referimos a los artículos pertinentes de la propia Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos.

Los largos y pacientes esfuerzos de todos los países del Continente americano para conciliar dos posiciones y dos intereses opuestos y la consagración final de una fórmula aceptable para unos y otros, que ha servido de base a una cooperación fructífera entre los Estados americanos, constituyen una experiencia valiosa a la que nuestro Continente no puede ahora renunciar y sí la puede ofrecer a la comunidad internacional, donde se da una oposición de intereses semejantes. Las oposiciones que superamos y los problemas y dificultades que sorteamos no son distintos ni mayores que los que confrontaron las Naciones Unidas al elaborar la resolución de la Asamblea General 2131 sobre no intervención, que ratificó a nivel universal la existencia y vigencia de este precepto.

#### 8. Aplicación de medidas coercitivas a través de los organismos regionales

El jurista y diplomático mexicano Antonio Gómez Robledo publicó en 1974, en su calidad de miembro del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, uno de los mejores trabajos a propósito de los conflictos jurisdiccionales entre Naciones Unidas y el Sistema Interamericano<sup>5</sup> que estimamos muy pertinente para fijar los criterios bajo los que un organismo regional puede aplicar medidas coercitivas, sea cual fuera la razón. De ese excelente estudio hemos tomado algunas ideas básicas, agregando algunas consideraciones y conclusiones.

A tenor del artículo 53 de la Carta de las Naciones Unidas, los organismos regionales no podrán aplicar medidas coercitivas sino bajo la autoridad o con la autorización del Consejo de Seguridad, siendo del propio Consejo la iniciativa en el primer caso, y del organismo regional en el segundo. El Consejo de Seguridad, en efecto, puede o bien "utilizar" a los organismos regionales en la ejecución de la "acción" acordada por el primero, o simplemente limitarse a autorizar las medidas acordadas por el organismo regional.

<sup>5</sup> Véase GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *Naciones Unidas y sistema interamericano: conflictos jurisdiccionales*. [s.l.i.], enero 1974. p.47-54.

En resumen, el llamado Derecho de Injerencia Armada con Fines Humanitarios carece de una sólida base conforme a derecho y, aplicado sin estrictos controles, puede convertirse en un instrumento más para establecer o preservar hegemonías políticas en el mundo, sin lograr el propósito que supuestamente inspiró esas acciones, si bien reconocemos que la comunidad internacional hoy en día, no puede permanecer pasiva ante violaciones masivas de derechos humanos en un determinado país, sobre todo cuando son avaladas abiertamente por el Gobierno en el poder, pero difícilmente podemos endosar el uso de la fuerza armada en casos no previstos en la Carta de la ONU, mientras el sistema de seguridad internacional, incluyendo el Consejo de Seguridad, no sea reestructurado drásticamente para reflejar en forma más adecuada los intereses de la comunidad de naciones en su conjunto.

Si en algún momento se lograra viabilidad para aprobar cambios en la Carta de la ONU, podría concebirse —junto con la reestructuración del Consejo de Seguridad y la limitación del derecho de veto— establecer un régimen de excepción para crisis humanitarias que, para tomar medidas sobre situaciones de esta naturaleza, requiera una recomendación de la Asamblea General por el voto de dos tercios de sus miembros y la decisión correspondiente del Consejo de Seguridad, conforme al Capítulo VII, estableciendo una restricción para que en primera instancia, el Consejo, sólo pueda adoptar las medidas a que se refiere el artículo 41 de la Carta, es decir, medidas coercitivas de carácter no militar, y para hacer uso de la fuerza armada, se necesitaría que la Asamblea General vuelva a considerar el tema y específicamente recomiende el uso de la fuerza al Consejo. Además, para evitar un retraso ante situaciones de real emergencia, podrían establecerse plazos perentorios para que la Asamblea, en ambas instancias, resuelva sobre el particular.

El uso de la fuerza en caso de ser aprobado bajo un régimen de excepción, tendría que ser en términos específicos, siguiendo las etapas que plantea Bernard Kouchner limitada a las dos primeras.

Sabemos lo difícil de llevar a la práctica esta propuesta; sin embargo, no quisiéramos concluir nuestros comentarios sobre este controvertido tema, sin hacer una sugestión concreta que, desde luego, tendrá que ser analizada a la luz de la situación parlamentaria que viva la organización mundial en el momento que llegue a presentarse.

#### Recomendación:

1. **Tomando en cuenta** la resolución AG/RES.1704(XXX-O/00) del 5 de junio de 2000, en la que se señala que el Comité Jurídico debe continuar sus estudios sobre los aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica centrándose en el análisis del estado actual de la Carta de la OEA, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá).
2. **Recordando** los relatorios presentados sobre el tema por los doctores Luis Marchand Stens, Eduardo Vío Grossi y Sergio González Gálvez, y el importante intercambio de puntos de vista sobre el tema en el propio Comité Jurídico, durante las sesiones.....

#### El Comité Jurídico Interamericano

**Resuelve** solicitar a los Estados miembros, por los conductos adecuados, que comuniquen su opinión sobre los puntos siguientes:

- a) ¿Consideran los Estados miembros que debería iniciarse una revisión del TIAR y del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas y de la propia Carta de la OEA, para reflejar los cambios ocurridos en cuanto al alcance del concepto de seguridad hemisférica?, o

- b) ¿Estiman los Estados miembros que la dinámica de la situación internacional requiere iniciar la negociación de un nuevo acuerdo sobre seguridad hemisférica?
- c) ¿Existe la necesidad de crear nuevos mecanismos regionales para aplicar los criterios de seguridad, aparte de los ya existentes?
- d) Si lo estiman conveniente, podrían los Estados miembros pronunciarse sobre los elementos básicos de la propuesta de definición incorporados en el documento CJI/doc.11/00 rev.1, punto 5: Una propuesta con miras al siglo XXI.

La XXX Asamblea General de la OEA (Windsor, junio, 2000), mediante resolución AG/RES.1704, solicitó al Comité Jurídico Interamericano continuar sus estudios en este tema, centrándose en el análisis del estado actual de la Carta de la OEA, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), y el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá).

Con dichas instrucciones, durante su LVII período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2000), el Comité Jurídico Interamericano aprobó la resolución CJI/RES.16 (LVII-O/00), *Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica*, con la abstención del doctor Eduardo Vío Grossi, mediante la cual se solicita a la Secretaría General que transmita a los Estados miembros de la Organización un cuestionario sobre la materia y decide dar prioridad, con base a las respuestas que se reciban a dicho cuestionario, a la elaboración de criterios jurídicos para lograr una definición de seguridad hemisférica.

El texto de la resolución aprobada por el Comité Jurídico Interamericano se transcribe a continuación:

**CJI/RES.16 (LVII-O/00)**

**ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SEGURIDAD HEMISFÉRICA**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

EN CUMPLIMIENTO CON el encargo recibido de la Asamblea General de la OEA, indicando que el Comité Jurídico Interamericano continúe sus estudios sobre el tema relativo a la seguridad hemisférica concentrando sus esfuerzos "en el análisis del estado actual de la Carta de la OEA, Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)";

TOMANDO EN CONSIDERACIÓN importantes instrumentos hemisféricos, inclusive la Carta de la OEA, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, y el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá), así como la práctica reciente de los Estados, y las medidas de fomento de la confianza y de la seguridad adoptadas en las Conferencias de Santiago y El Salvador y, las actividades de la OEA en relación con casos específicos así como significativas prácticas subregionales sobre esta materia,

RESUELVE:

1. Solicitar a la Secretaria General, que transmita a los Estados miembros de la Organización el siguiente cuestionario:

- a) ¿Considera su gobierno que los instrumentos internacionales antes mencionados reflejan el concepto de seguridad hemisférica necesario para enfrentar la dinámica de la situación internacional con miras al siglo XXI?
- b) En caso contrario, ¿considera su gobierno que se hacen necesarias una o más de las cuestiones indicadas a continuación:
- enmiendas a la Carta de la OEA;
  - enmiendas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca;
  - enmiendas al Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá);
  - un nuevo acuerdo sobre seguridad hemisférica que podría incorporarse en un tratado o en una solemne declaración?

2. Dar prioridad con base en las respuestas que se reciban a este cuestionario y en coordinación con la Comisión de Seguridad Hemisférica del Consejo Permanente de la OEA a la elaboración de criterios jurídicos para lograr una definición de seguridad hemisférica, que responda a los retos que enfrentaremos en el siglo XXI.

## 2. Derechos humanos y biomedicina

### Resolución

CJI/RES.18 (LVII-O/00): Proyecto de guía legislativa sobre fecundación asistida  
(Anexo: CJI/doc. 33/00 rev.3)

### Documento

CJI/doc.33/00 rev.3: Proyecto de guía legislativa sobre fecundación asistida  
(presentado por el Comité Jurídico Interamericano)

Durante el LVI período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Washington, D.C., marzo, 2000), el doctor Gerardo Trejos, relator del tema, rindió un informe verbal de seguimiento. Sobre el particular, el doctor Trejos expuso acerca de un problema jurídico que sobre la materia, se había presentado recientemente en su país. Señaló que la Sala IV del Tribunal Supremo de Costa Rica declaró inconstitucional un decreto del Poder Ejecutivo que establecía los requisitos para la fecundación *in vitro*. La derogación de dicho decreto posibilita, según el relator, un amplio margen para la manipulación genética. Con relación al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el doctor Trejos señaló que la declaración de inconstitucionalidad de la Sala IV se basa fundamentalmente en que cualquier decreto o ley sobre esta materia es contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos que protege la vida desde el momento de la concepción. Indicó asimismo que el problema que se presenta es que los alcances de la Convención se pueden interpretar de forma distinta en diversos países y que por lo tanto debe preverse un mecanismo en el sistema interamericano semejante al recurso de casación de los derechos internos que permita resolver en última instancia dichas discrepancias.

Los miembros del Comité Jurídico Interamericano expusieron a continuación sus puntos de vista. Sobre el particular, se preguntaron en qué medida el embrión era o no sujeto de derecho internacional, y coincidieron además en la conveniencia de no abordar el tema del aborto, por su clara connotación política en algunos países del hemisferio. El relator del tema señaló que ninguno de los dos asuntos debía representar un obstáculo para las labores del Comité Jurídico si acogían el punto de vista que sostiene que la vida humana nace desde el momento de la concepción. Es sólo entonces que se plantea la pregunta de cuál es el alcance del derecho de dicho embrión frente al derecho de los demás, aludiendo claramente al problema que plantea el tema de los embriones supernumerarios en la fecundación *in vitro* que se desechan una vez que se logra un resultado positivo con uno de ellos. Sostuvo que si se adoptaba una posición pro vida, se podía fácilmente defender el mecanismo de la fecundación *in vitro* pero evadiendo los abusos que puedan cometerse, evitando a la vez que el derecho deje de legislar en un campo tan importante como este.

Otros miembros del Comité Jurídico Interamericano sostuvieron que una tarea fundamental era determinar en qué momento se hace la diferencia entre la vida y la persona humana. En el transcurso de los debates se aportaron una serie de definiciones útiles. Se sostuvo que la palabra "persona" tenía connotaciones jurídica y éticas; y que la

personalidad jurídica del feto era considerarlo nacido para todo lo que le favorezca pero sólo a condición de que nazca vivo y dicha vida tenga viabilidad. También se aclaró que la fecundación *in vitro* como procedimiento consistía en fecundar varios óvulos al mismo tiempo y que una vez que uno de ellos había alcanzado viabilidad se destruían los otros (llamados también supernumerarios), presentando un grave problema pues en todos los casos ya se había producido la concepción. También opinaron que lo más práctico sería elaborar una guía legislativa, como había sido la intención inicial del relator. Esta, en contraposición a un proyecto de ley modelo, tenía la ventaja de identificar problemas sin envolver ningún tipo de posición en particular.

Varios miembros del Comité Jurídico Interamericano advirtieron que en el informe previo presentado por el relator del tema, éste se enfocaba básicamente en el derecho interno de los países y que con el presente informe se daba paso al ámbito del derecho internacional y específicamente al de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dentro del campo de la Convención, se señaló que nos hallábamos frente al derecho a la vida (el que abarca todo el tema del aborto, además de la fecundación *in vitro*), y dentro de este marco, el Comité Jurídico Interamericano debía definir en qué consistía dicho derecho antes de seguir con el estudio del tema tal como había sido establecido. Se señaló, sin embargo, que estudiar el tema en el marco de la Convención era limitativo pues aquella no se aplicaba a todos los Estados miembros de la OEA y que por lo tanto debía hacerse referencia a otros instrumentos tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Por su parte, la XXX Asamblea General de la OEA (Windsor, junio, 2000), mediante resolución AG/RES.1704, solicitó al Comité Jurídico Interamericano continuar sus estudios en este tema, y que, en una primera etapa, enfoque sus esfuerzos en conocer el estado actual del derecho internacional y las principales tendencias de la doctrina en este campo, en coordinación con la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

Durante su LVII período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2000), el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí el documento CJI/doc.33/00 rev.3, *Guía legislativa sobre fecundación asistida*, presentado por el doctor Gerardo Trejos, y que recoge las opiniones vertidas por los demás miembros del Comité Jurídico en sus LVI y LVII períodos ordinarios de sesiones. El doctor Gerardo Trejos hizo un resumen sobre el estado de la cuestión del tema. Recordó que el año pasado, el Comité Jurídico decidió desistir de la idea de elaborar una convención o una declaración sobre la materia, y trabajar más bien sobre una guía legislativa en vez de una ley modelo, relativa a la fecundación médicamente asistida, exponiendo las distintas posibilidades para regular esta materia y explicar las consecuencias que derivarían de optar entre una u otra. Algunos miembros del Comité Jurídico señalaron que sería importante que la guía legislativa más que sentar bases para la construcción de leyes propiamente dichas, sirva de punto de partida para una discusión mayor sobre la materia.

Sobre la cuestión de fondo, el relator expuso que se puede afirmar que existe un derecho a la maternidad y a la paternidad que derivan de dos derechos reconocidos en el derecho internacional convencional: el derecho a fundar una familia y el mismo

derecho a la vida (que implica además el derecho a dar vida y a mantener la especie humana).

Los miembros del Comité Jurídico consideraron que la guía legislativa no debía pretender ser una guía comprehensiva, sino que más bien debía dejar un espacio para otro tipo de consideraciones. También se sugirió considerar esta guía como un proyecto a ser distribuido entre los Estados miembros para sus comentarios respectivos. Asimismo, se expresó que sería interesante abordar los problemas de derecho internacional que el tema puede presentar, como por ejemplo cuando los actores del proceso o los lugares en que éste se realiza están sometidos a diferentes jurisdicciones, incluyendo además los aspectos comerciales eventualmente implicados. Se indicó que, teniendo en cuenta la complejidad de esta esfera, por lo menos se debía dejar constancia de la existencia de esta problemática. Por otro lado, se expresó que dada la complejidad moral del tema, se debía dejar constancia que el Comité Jurídico Interamericano estaba abordando exclusivamente la problemática jurídica del mismo. Igualmente se hizo mención a los posibles límites del acceso a todas o algunas formas de fecundación asistida, como es el caso de las personas solteras, viudas o divorciadas.

Finalmente, el Comité Jurídico Interamericano decidió aprobar una resolución que acompañe el documento presentado y que incorpore los comentarios realizados durante el período ordinario de sesiones. Dicha resolución, CJI/RES.18 (LVII-O/00), *Proyecto de guía legislativa sobre fecundación asistida*, resolvió aprobar el Proyecto de guía legislativa sobre fecundación asistida; solicitar a la Secretaría General que remita dicho proyecto a los Estados miembros a fin de recabar sus observaciones o proposiciones sobre el mismo, antes del 31 de enero de 2001; y agradecer al relator doctor Gerardo Trejos Salas su importante contribución al estudio de este tema en el seno del Comité Jurídico y solicitarle que continúe el estudio del tema a la luz de las observaciones o proposiciones que formulen los Estados miembros. Asimismo, se decidió dar consideración prioritaria al tema en el próximo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico. A continuación se transcriben la resolución y el documento antes citados.

**CJI/RES.18 (LVII-O/00)**

**PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE  
FECUNDACIÓN ASISTIDA**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

HABIENDO CONSIDERADO el nuevo informe del relator, doctor Gerardo Trejos Salas, titulado *Proyecto de guía legislativa sobre fecundación asistida* (OEA/Ser.Q CJI/doc.33/00 rev.3),

RESUELVE:

1. Aprobar el *Proyecto de guía legislativa sobre fecundación asistida* anexo a la presente resolución.
2. Solicitar a la Secretaría General que remita dicho proyecto a los Estados Miembros a fin de recabar sus observaciones o proposiciones sobre el mismo antes del 31 de enero de 2001.

3. Agradecer al relator, doctor Gerardo Trejos Salas, por su importante contribución al estudio de este tema en el seno del Comité Jurídico y solicitarle que continúe el estudio del tema a la luz de las observaciones o proposiciones que formulen los Estados miembros.

4. Dar consideración prioritaria al tema en su próximo período ordinario de sesiones.

**CJI/doc.33/00 rev. 3**

**PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE  
FECUNDACIÓN ASISTIDA**

(presentado por el Comité Jurídico Interamericano)

Uno de los campos donde se registran los mayores avances en las aplicaciones de la biología y la medicina es el campo de la reproducción humana. Sin embargo, como suele ocurrir, la ciencia avanza más rápidamente que el derecho y por ello frecuentemente el legislador y el juez se encuentran perplejos ante realidades sociales que dan origen a conflictos jurídicos que el juez tiene necesariamente que resolver, a pesar de no existir una normativa legal para solucionar esos conflictos.

Buen ejemplo de ello es la resolución de la Cámara de Familia, Sección del Centro, San Salvador, de las 9:30 horas del 13 de julio de 1995 que, llamada a resolver un conflicto sobre filiación asistida (pese a la ausencia de normas sobre esta materia en el Derecho salvadoreño), expresó lo siguiente:

... existe una impostergable necesidad de que los Estados decreten leyes que regulen dicho *status*, ya que, por lo general, los avances científicos van por delante del derecho, retrasando acomodación. Este asincronismo entre la ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que, lógicamente, deben solucionarse jurídicamente, no pudiendo evadir o dejar a estas personas, los menores nacidos bajo estas circunstancias, en situaciones de abandono o indefensión.

Por esta razón, la ausencia de normativa legal en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (excepción hecha, según veremos, de la Provincia de Quebec en Canadá y de algunos Estados de la Unión Americana y de manera muy parcial en Costa Rica y Bolivia), hemos preferido circunscribir este informe a las consecuencias de la biomedicina en la procreación humana, y hemos redactado un proyecto de guía legislativa con el propósito de facilitar a los legisladores de los países miembros del sistema interamericano algunas orientaciones para la elaboración de una futura legislación sobre esta materia. Esta vía la hemos considerado más práctica y útil que la elaboración de un proyecto de declaración o de convención americana sobre este tema.

**I. Las técnicas de reproducción humana artificial**

La procreación asistida o médicamente asistida, llamada también **procreación artificial**, por oposición a la carnal o natural, es aquella que es el fruto de una asistencia médica operatoria, ya sea mediante inseminación, o por implantación en la mujer de un embrión después de la fecundación del óvulo en el laboratorio (fecundación *in vitro*, F.I.V.E.T.E.)

Su finalidad, según la opinión mayoritaria de quienes defienden la utilización de estas técnicas, es exclusivamente terapéutica, si bien el objeto de la asistencia médica no es

curar la esterilidad o la infecundidad masculina o femenina sino permitirle a la pareja la procreación a pesar de su situación, o para evitar la transmisión de enfermedades.

Estas técnicas se basan en la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*. En esta última, la fecundación tiene lugar fuera del cuerpo humano, es decir, se lleva a cabo extracorporalmente.<sup>1</sup> Son medios de reproducción no sexuales para lograr la procreación en la especie humana.

En la inseminación artificial una vez extraído el semen del hombre se introduce en la vagina de la mujer, bien sea en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente en su interior, denominándose en este caso inseminación intrauterina.

En la inseminación artificial se distingue la **homóloga** (inseminación artificial con semen del marido, cuando se trata de mujer casada) de la inseminación con semen de donante (inseminación **heteróloga**). En este caso los gametos no son del esposo sino de un tercero.<sup>2</sup>

En la fertilización *in vitro* el óvulo se extrae del cuerpo de la mujer, en el laboratorio, usualmente mediante laparoscopia, ante la imposibilidad de que el semen lo fertilice naturalmente en las trompas de Falopio. Una vez fecundado el óvulo fuera del cuerpo de la mujer, se implanta en su útero, con el propósito de que anide. Se habla entonces de trasplante de embriones desde el laboratorio al interior del útero femenino, donde se implantan.

La transferencia intratubaria de gametos es una variante de la técnica anteriormente aludida. Es una operación que consiste en depositar conjuntamente los óvulos, recientemente extraídos y el semen, fresco o congelado, en el interior de las trompas de Falopio de una mujer en la misma intervención quirúrgica de recogida de óvulos para lograr la fecundación.

La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* han dado lugar a un nuevo fenómeno, comúnmente llamadas “madres de alquiler”, “sustitutas” o “subrogadas”. Tal es el caso de una mujer que es inseminada con el esperma de un hombre casado con otra mujer y la de una mujer que se encarga de gestar y alumbrar el embrión producido *in vitro* a partir del óvulo y del semen de una pareja. En estos casos la “madre subrogada” se compromete a entregar el niño que dé a luz, pero en el primer caso llamamos madre de alquiler a una verdadera madre, mientras que en el segundo cabe preguntarse cuál es la verdadera madre del recién nacido, si la genética o la gestante.<sup>3</sup>

## II. La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* en los Estados miembros del sistema interamericano

De las informaciones que se dispone aparece que entre los Estados miembros del sistema interamericano únicamente Costa Rica y Bolivia (de manera muy parcial) regulan la inseminación artificial humana, mientras que de manera más amplia algunos Estados de la

<sup>1</sup> A los niños así nacidos se les llama “bebés-probeta”. El término es impropio pues ningún feto ni embrión ha podido, hasta el presente, crecer fuera de su medio natural, el útero.

<sup>2</sup> La fecundación asistida podrá aplicarse en forma homóloga y heteróloga. La primera resulta de la unión de gametos procedentes de los cónyuges o convivientes que integran la pareja beneficiaria. La fecundación heteróloga ocurre cuando uno o ambos gametos han sido donados por terceras personas.

<sup>3</sup> En estas hipótesis se suele distinguir entre “madre genética” y “madre biológica”, haciendo referencia a quien aportó el óvulo y a quien gestó, respectivamente. Sin embargo, ésta no es más que otra de las muchas incorrecciones terminológicas que se dan en esta materia –como bien señala María Carcaba Fernández– “pues si biológico es el hecho del parto, no menos biológica es la aportación genética”. Vid. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de la procreación humana*. Barcelona: J.M. Bosch, 1995. p. 17, nota 10.

Unión Americana y la Provincia de Quebec en Canadá norman la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Veremos:

a) Costa Rica: El párrafo tercero del artículo 72 del *Código de Familia* de 1974 se refiere únicamente a la pareja casada. No regula, por consiguiente, la inseminación artificial de la pareja que vive en unión de hecho, ni la de la mujer sola que desea someterse a las técnicas de procreación asistida.

En relación con la pareja casada regula dos supuestos: a) la fecundación asistida con semen del marido (homóloga) y, b) la fecundación asistida con semen de un tercero (heteróloga).

El primer supuesto no presenta ningún problema especial. La única particularidad reside en la artificial forma de hacer llegar los gametos masculinos cerca del óvulo. Todo lo demás, material genético y voluntad del marido coincide con la procreación natural. La inseminación artificial con semen del marido equivale a la biológica y jurídicamente a la cohabitación sexual de los esposos. Así lo dice expresamente el párrafo tercero del artículo 72: “la inseminación artificial equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad”.

Por consiguiente, el marido no podrá impugnar su paternidad alegando y probando su impotencia para generar.

En la inseminación con semen de un tercero (heteróloga) hay que distinguir, según que haya mediado o no consentimiento del marido. Si se ha llevado a cabo con el consentimiento de ambos cónyuges, también la inseminación equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y de paternidad. Tampoco en este caso podrá el marido impugnar la paternidad.

El tercero, que ha aportado el material genético para la fecundación, dice expresamente el párrafo tercero del artículo 72, no adquiere los derechos y obligaciones inherentes a la calidad del padre.

Cuando la inseminación se ha llevado a cabo sin el consentimiento del marido, la solución parece clara: el esposo nada tiene que ver con el hijo aun cuando haya nacido en matrimonio, pues en su procreación no ha tenido intervención alguna, ni genética ni volitivamente.

b) Bolivia: El artículo 187, párrafo 2 del *Código de Familia* de Bolivia, de 1972, dispone que el desconocimiento del hijo por parte del marido “no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido”.

La formulación amplia del precepto boliviano, no restrictivo en modo alguno, deja inferir que la fecundación artificial puede ser hecha no sólo con semen del marido, sino de cualquier otro varón.

c) Estados Unidos: En Estados Unidos<sup>4</sup> hay cerca de treinta Estados que tienen regulada la IAD y prácticamente en todos ellos se declara legítimo al hijo nacido por ese procedimiento con consentimiento del marido, y a éste, padre, al tiempo que niegan tal calidad y todo derecho respecto del nacido al donante del semen.

Véase, a título de ejemplo: en los Estados de Oklahoma, desde 1967, y de California, desde 1968, se atribuyó la paternidad del nacido por IAD al marido que la consintió. En el Estado de Louisiana el actual art. 188 (modificado al efecto en 1976) dispone que “el

<sup>4</sup> Vid., al respecto, LACRUZ, José Luis, SANCHO, Francisco y RIVERO, Francisco. *Derecho de Familia*. Barcelona, 1989. v. 2, p. 156-157.

marido no puede impugnar la paternidad de un hijo nacido como resultado de inseminación artificial de la madre a la que él ha consentido". En el Estado de Florida se dispone: "el niño constante matrimonio que hubiese sido concebido por IAD se presume irrefutablemente legítimo si ambos esposos han consentido por escrito la inseminación artificial". (Florida Stat., sect. 742.11 [1986]. *Domestic Relations*, Chapter 742). En el Estado de Texas, el *Código de la Familia* dispone: a) Si el esposo consiente la inseminación artificial de su esposa, el niño es legítimo de ambos. El consentimiento será escrito. b) Si una mujer es inseminada artificialmente el niño no es hijo del donante salvo que éste sea el esposo (Sec.12.03). En el Estado de Washington se ha establecido que el donante de semen en caso de IAD no será considerado padre del niño así procreado, a menos que él y la mujer inseminada hayan convenido por escrito que el donante sea considerado padre. (*Wash. Rev. Ann. Sect. 26.26.050 (2)*, (1976)). Y la propuesta de legislación uniforme sobre esta materia es del siguiente tenor: a) Si bajo la supervisión de un médico autorizado y con el consentimiento de su esposo, el marido es considerado como padre del niño así concebido. El consentimiento del esposo se hará por escrito y estará firmado por él y por su esposa... b) El donante de semen entregado a un médico autorizado para ser utilizado en la inseminación de mujer casada distinta de la esposa del donante no será considerado como padre del niño así concebido (*Uniform Parentage Act. Sec. 5*) Esa propuesta de legislación uniforme ha sido aceptada y aprobada como ley del Estado, en algún caso con pequeñas modificaciones, por los Estados de Alabama, Dakota, Ohio, Rhode Island, Washington, Montana, Wyoming... (Para mayores precisiones sobre estas legislaciones véase HEALEY, J. *Legal regulation of artificial insemination and the new reproductive technologies*. In: ANNAS, Milunsky. *Genetic and the Law*. New York, 1985. p. 141 y ss.).

d) Canadá: Las nuevas tecnologías de reproducción las regula el nuevo *Código Civil* de la Provincia de Quebec en cinco artículos (art. 538 a 542 C.C.Q). Establece en primer término la regla a seguir, la cual un aporte genético no es suficiente para fundar un vínculo de filiación entre el donante y el hijo (art. 538). En seguida extiende la regla que prohíbe la impugnación o contestación de paternidad del hijo nacido mediante inseminación artificial al conjunto de técnicas de procreación asistida (art. 539). Consagrada, además, la regla según la cual el hombre que, después de haber otorgado su consentimiento para la procreación médicamente asistida no reconoce al hijo, es civilmente responsable frente a la madre y el hijo. Finalmente, prohíbe completamente los contratos referentes a la maternidad de sustitución o maternidad subrogada.

e) Estados miembros de la OEA que tramitan proyectos para regular la fecundación asistida. En al menos dos Estados miembros del sistema interamericano se han presentado al Parlamento iniciativas legislativas tendientes a regular la procreación asistida. Tal es el caso de la República Argentina (cinco proyectos, denominados, respectivamente, técnicas de reproducción humana asistida, reproducción humana médicamente asistida, fertilidad asistida, régimen legal aplicable a los establecimientos que practiquen técnicas de reproducción humana asistida y reproducción humana médicamente asistida).

En la República de Colombia el 15 de diciembre de 1990, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes aprobó un proyecto del Diputado Javier García Bejarano que pretendía regular la reproducción humana asistida, que no llegó a convertirse en ley. Y en 1999 la representante María Paulina Espinoza López presentó un nuevo proyecto, que aún no es ley de la República.

Señalamos, como dato curioso, que el párrafo cuarto del artículo 42 de la *Constitución de 1991 de la República de Colombia* dispone que "Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes...". Es, probablemente, la única constitución en el Continente que se refiere a la procreación médicamente asistida.

Como se ha señalado, los progresos de la biomedicina han venido creando situaciones no previstas por el derecho vigente en los distintos países y el proceso de adaptación de la legislación vigente o de creación de nueva legislación es generalmente lento y complejo.

La falta de legislación adecuada puede a veces crear serias dificultades, y aún sufrimientos morales y económicos a las personas que se encuentran en situaciones generadas por la aplicación de las nuevas técnicas médicas o, inversamente, que se ven impedidas de acceder a ellas.

Algunas veces el proceso puede retrasarse por existir otras prioridades o por dar lugar a controversias de carácter moral o religioso.

En otros casos, sin embargo, el proceso puede sufrir retrasos por falta de suficiente información o de claridad respecto de la materia que debe regularse y los problemas jurídicos que están envueltos.

Con el ánimo de contribuir a facilitar la labor del legislador en esta materia, el Comité Jurídico ha elaborado el presente *Proyecto de guía legislativa*, cuyo propósito es brindar al legislador un elenco de problemas en forma analítica e informativa.

El presente *Proyecto de guía legislativa* no prejuzga en forma alguna acerca de cuál pueda ser la mejor solución de cada uno de esos problemas. Se limita a señalar algunos de los asuntos que deberían ser tomados en cuenta por el legislador, sin emitir ningún tipo de juicio de valor. De ninguna manera debe interpretarse la inclusión de un asunto en el listado de materias relevantes como una toma de posición por parte del Comité Jurídico acerca de si debe legislarse en la materia, ni acerca del contenido que deba tener la legislación que eventualmente se adopte. En particular, no debe interpretarse el presente documento como una toma de posición respecto de los aspectos que pueden suscitar cuestiones de carácter ético o religioso.

El Comité Jurídico ha dado al documento que sigue el carácter de simple proyecto, en la esperanza de que, con las opiniones y aportes que pueden recibirse de los gobiernos y de otras entidades que se ocupan de la materia, pueda adoptarse una guía que sea de la mayor utilidad posible a los Estados que deseen legislar en la materia

### **III. Proyecto de guía legislativa**

1. Definiciones. A los fines del presente trabajo, se utilizan los términos que a continuación se enumeran, con el sentido que en cada caso se expresa:

- Fecundación asistida: cualquier forma de fecundación distinta a la producida por el acto sexual. No comprende los tratamientos destinados simplemente a promover la fertilidad de la pareja.
- Inseminación artificial: toda operación destinada a fecundar el óvulo en el interior del cuerpo de la progenitora. Puede producirse con espermatozoides provenientes del marido o de un tercero. Los espermatozoides pueden haber sido conservados mediante congelación.
- Fecundación *in vitro*: operación mediante la cual uno o más óvulos extraídos de la aportante son fecundados en el laboratorio para luego ser implantados en el útero. Tanto los óvulos como los espermatozoides utilizados pueden provenir de la pareja o de terceras personas.

- Uso de vientre ajeno: consiste en la implantación en el útero de una tercera persona de un embrión obtenido mediante la fecundación *in vitro*, para que se desarrolle hasta su nacimiento.
  - Manipulación genética: consiste en modificar el código genético del óvulo o del espermatozoide, mediante la supresión, modificación o implantación de material genético.
  - Clonación: consiste en producir un embrión a partir de material genético de una sola persona. El embrión así producido se implantaría en el útero de una mujer, que puede o no ser la aportante del material genético, hasta el nacimiento.
  - Aportante: la persona, sea o no parte de la pareja, que suministra el material genético, ya se trate de óvulos, espermatozoides, o de material genético parcial.
2. Extensión de la ley. La ley puede cubrir uno o más de los aspectos siguientes:
- inseminación artificial;
  - fertilización *in vitro*;
  - uso de vientre ajeno;
  - manipulación genética.
3. Inseminación artificial. Al reglamentar la inseminación artificial deben considerarse los siguientes aspectos y alternativas:
- Inseminación con semen del marido. Este caso no parece presentar problemas especiales, salvo en el caso de inseminación después de la muerte del marido, con semen de éste que haya sido conservado por congelación. En este último caso se presentan los siguientes asuntos que pueden ser objeto de regulación:
    - Filiación: determinar si el niño nacido después del término de la presunción legal de concepción (normalmente hasta 300 días después de la terminación del matrimonio) tiene el estado civil de hijo del matrimonio (“hijo legítimo”), con las consecuencias civiles y patrimoniales (derecho al nombre; parentesco con la familia paterna, derechos sucesorios y derecho de alimentos) frente a los parientes patrilineales.
    - Consentimiento: determinar si se requiere que el padre haya autorizado en vida el uso del semen preservado, las formalidades que debe revestir ese consentimiento. Determinar, si se requiere, el consentimiento de otros parientes o herederos del marido. Determinar si se establece un plazo pasado el cual este tipo de inseminación no pueda efectuarse. Determinar las normas que rigen la conservación o la eventual destrucción de los espermatozoides conservados.
  - Inseminación con semen de un tercero. Entre los asuntos que deben ser objeto de consideración y posible regulación se destacan los siguientes:
    - Consentimiento: determinar, si se requiere el consentimiento del marido, las formalidades que debe revestir el consentimiento y los efectos jurídicos de la ausencia de consentimiento, tanto en lo que se refiere a la filiación como en lo que se refiere a su calificación en relación con la definición de adulterio u otros causales de divorcio.

- Filiación: determinar si el niño procedente de una fecundación de este tipo tiene el carácter de hijo del matrimonio (“hijo legítimo”) a todos los fines de estado civil y patrimoniales, entre ellos:
    - uso del nombre del marido;
    - parentesco con la familia del marido;
    - derechos sucesorios y derechos de alimentos con respecto al marido y su familia.
  - Relación con el tercero: determinar si el niño conserva algún tipo de vínculo jurídico con el aportante (progenitor biológico). Determinar si éste tiene algún derecho a prohibir o restringir el uso del semen aportado o exigir su destrucción.
  - Confidencialidad: determinar la naturaleza y extensión de la obligación de confidencialidad respecto de la identidad del aportante, así como los recursos o penas a que dé lugar la violación de esa obligación por parte de las personas o instituciones directamente involucradas en la fecundación.
  - Derecho de información: determinar la naturaleza y extensión del derecho del hijo a conocer la identidad del progenitor biológico (por ejemplo, para determinar la existencia de enfermedades hereditarias).
  - Gratuidad: determinar si se prohíbe que el hombre que hace el aporte genético perciba una remuneración por el uso de su semen y las sanciones a que dé lugar la violación de esa prohibición.
4. Fecundación *in vitro*. Al considerar la fecundación *in vitro* deben considerarse los siguientes aspectos y alternativas:
- Caso en el cual tanto el óvulo como el espermatozoide son aportados por la pareja. No difiere substancialmente del caso de la inseminación artificial con semen del marido.
  - Caso en el cual el óvulo o el espermatozoide provienen de tercero aportante. Los problemas jurídicos que suscita son substancialmente iguales a los de la inseminación artificial. En el caso de que ni el óvulo ni el espermatozoide procedan de la pareja, sería necesario determinar si se aplica una normativa especial distinta de la que rige en el caso de la adopción.
  - Destrucción de embriones: en la fecundación *in vitro*, generalmente se fertilizan varios óvulos y solamente uno de los embriones resultantes es implantado en el útero. Corresponderá al legislador determinar si la destrucción de los embriones sobrantes constituye o no un acto prohibido o penado por la ley.
5. Uso de vientre ajeno. El legislador deberá determinar si esta modalidad es permitida o no. En caso de ser permitida, sería preciso determinar si se restringe a ciertas personas (por ejemplo, a parientes inmediatos de cualquiera de los miembros de la pareja), si se establece la gratuidad obligatoria, así como reglamentar la relación contractual que se establecería entre la pareja y la tercera persona.
6. Manipulación genética. El legislador debe considerar si esta operación se permite. En caso afirmativo, debería establecer si se restringe a ciertos casos (por ejemplo, la supresión de genes causantes de enfermedades o deformaciones hereditarias), así como la reglamentación correspondiente.
7. Clonación. Hasta el presente no se ha producido ningún caso de clonación humana con fines de reproducción, aunque los medios técnicos parecen estar disponibles. El

legislador deberá determinar si esta operación está permitida. En caso afirmativo, reglamentar sus consecuencias; en caso negativo, determinar las sanciones aplicables.

#### 8. Materias comunes a las anteriores

- Reglamentación de la actividad de las personas o entidades que participan en la fecundación asistida. El legislador debería considerar la reglamentación de las actividades de las personas o entidades que asisten en la fecundación, tales como profesionales de la medicina, clínicas, bancos de semen o de otros materiales genéticos, etc. Entre otros aspectos, debe considerarse:
  - operaciones permitidas o prohibidas y sanciones por violación de las normas;
  - registros obligatorios;
  - confidencialidad y derecho a la información por parte de los interesados;
  - normas sobre la destrucción de material genético;
  - consentimientos y autorizaciones requeridos y formalidades que deben revestir;
  - garantías mínimas y responsabilidad.
- Problemas de Derecho Internacional, especialmente en el campo del Derecho Internacional Privado, que pueden suscitarse en relación con la fecundación asistida y sus consecuencias.
- Límites al acceso a todas o a algunas formas de fecundación asistida, por ejemplo:
  - a personas solteras, viudas o divorciadas;
  - a personas por debajo o por encima de ciertos límites de edad;
  - a personas que no llenen ciertos requisitos de salud física o mental o que hayan sido condenadas por delitos contra menores;
  - a personas cuya motivación sea exclusivamente eugenética.
- Determinación de las acciones penales o civiles (en materia de derecho de familia o de sucesiones), y posibles titulares de esas acciones.

#### **BIBLIOGRAFIA SUMARIA**

- ADORNO, Roberto. *El derecho ante las nuevas tecnologías de la reproducción humana*. In: VII Congreso Mundial de Derecho de Familia, San Salvador, 1992, p. 327-337.
- ARDÓN SÁNCHEZ, Hiram Estella. *La fecundación in vitro a través del derecho*. Tesis de grado. San José: Escuela Libre de Derecho, 1998.
- ASSOCIATION HENRY CAPITANT. *La vérité et le droit*.
- BAUDOIN, Jean Louis. *Les nouvelles technologies de reproduction: l'état du droit au Canada*. Québec: Yvon Blais, 1993. p. 201-211.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J.M. Bosch, 1995.
- CORNU, Gérard. *L'art du droit en quête de sagesse*. Paris: PUF, 1998.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 1989. 3. ed., v. 2, p. 147-171.
- LETTERON, Roselina. *Le droit de la procréation*. Paris: PUF, 1997.
- NARANJO, Gloria Patricia. *La Ley colombiana ante la reproducción asistida*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, n. 98. Medellín, Colombia, 1997. p. 103-116 .
- SILVA-RUIZ, Pedro F. *La inseminación artificial: reproducción asexual: implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías de reproducción humana*. In: Memoria de VII Congreso Mundial de Derecho de Familia. San Salvador, 1992. p. 301-326.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derechos de familia*. Buenos Aires: Astrea, 1998. 3. ed., v. 2, p. 501-549.

### 3. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas

#### Resolución

CJI/RES.5 (LVI-O/00): *Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas*

#### Documento

CJI/doc.2/00: *Propuesta de una Convención Interamericana sobre efectos y tratamiento de la teoría del tribunal inconveniente: el “forum non conveniens” y la Convención de La Haya. Óptica Latinoamericana* (presentado por el doctor Gerardo Trejos Salas)

Durante el LVI período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Washington, D.C., marzo, 2000), el doctor Jonathan Fried, co-relator del tema, presentó un informe verbal haciendo un recuento del desarrollo de este tópico en el seno del Comité Jurídico Interamericano. Señaló que en varios de los Estados miembros aun existen problemas para mantener la total independencia del poder judicial e indicó que, en esta medida, se hace necesario reafirmar las recomendaciones anteriores del Comité Jurídico realizadas a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre este particular. También señaló el relator la importancia de trabajar coordinadamente con el recientemente establecido Centro de Estudios de Justicia de las Américas, sobre todo en lo relativo al acceso a la administración de justicia.

Asimismo, durante el mismo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, el doctor Gerardo Trejos, co-relator del tema y observador ante la III Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas (Costa Rica, 1-3 marzo, 2000) informó sobre los resultados de dicha Reunión. Señaló que una de las principales decisiones tomadas fue la designación de Chile como sede del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, quedando pendiente la designación del Director Ejecutivo del mismo. Destacó los temas de la agenda de dicha reunión, en especial, la reforma penitenciaria, la resolución alternativa de conflictos y la situación de las personas privadas de la libertad en cuanto a los temas de salud, en particular en referencia al sida.

Con estas consideraciones, el Comité Jurídico Interamericano adoptó la resolución CJI/RES.5 (LVI-O/00), *Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas*, mediante la cual decidió acoger con beneplácito la creación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y expresar su disposición de apoyar y cooperar con el mismo de la manera que se estime apropiada a fin de hacer posible que el Centro cumpla su mandato. También se decidió seguir considerando el asunto del acceso a la justicia en los Estados miembros en colaboración con el Centro.

Por otro lado, el doctor Gerardo Trejos, co-relator del tema, presentó el documento CJI/doc.2/00, *Propuesta de una Convención Interamericana sobre efectos y tratamiento de la teoría del tribunal inconveniente: el “forum non conveniens” y la Convención de La Haya. Óptica Latinoamericana*. El doctor Trejos se refirió a que el

artículo 22 del anteproyecto de Convención sobre Competencia y Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, propuesto por la Conferencia de La Haya, se refiere al *forum non conveniens*, y dispone que en circunstancias excepcionales, cuando la competencia del tribunal no se basa en una cláusula exclusiva de elección del fuero, el tribunal puede, a solicitud de parte, suspender el procedimiento si en tal caso resultare claramente inapropiado para el tribunal ejercer su competencia, y en el caso de que otro Estado fuese competente y claramente más apropiado para decidir el litigio.

En esa medida, el doctor Trejos sugirió no intentar elaborar una convención en esta materia en el marco del Comité Jurídico Interamericano y discutir el tema en el siguiente período ordinario de sesiones con más amplitud con el objetivo de hacer llegar a la Conferencia de La Haya los puntos de vista del Comité sobre este asunto.

Por su parte, la XXX Asamblea General de la OEA (Windsor, junio, 2000), mediante resolución AG/RES.1704, solicitó al Comité Jurídico Interamericano continuar con el estudio de los distintos aspectos relativos al perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas manteniendo la necesaria coordinación y la mayor cooperación posible con otros órganos de la Organización que realizan trabajos en este tema, en especial, con el Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

A continuación se transcribe el texto de la resolución del Comité Jurídico Interamericano, así como el informe presentado por el doctor Gerardo Trejos sobre la teoría del tribunal inconveniente.

**CJI/RES.5 (LVI-O/00)**

**PERFECCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA  
EN LAS AMÉRICAS**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que, mediante su resolución CJI/RES.6/LV/99, recomendó que la Tercera Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas incluyera en su temario los siguientes puntos:

- a) garantías de la independencia del poder judicial y la protección a los jueces y abogados en el ejercicio de sus funciones, y
- b) perfeccionamiento del acceso a la justicia;

CONSIDERANDO que en la mencionada resolución, también solicitó al Consejo Permanente que encamine todos los trabajos anteriormente aprobados por el Comité Jurídico y, en particular, el estudio sobre la independencia del poder judicial en los Estados miembros y la protección adecuada a los jueces y abogados en el ejercicio de sus funciones, adjunto a la resolución CJI/RES.II-19/94 al Grupo de Trabajo sobre el Perfeccionamiento de la Administración de Justicia en las Américas y a los otros órganos de la Organización responsables de la elaboración del temario de la Tercera Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas, con miras a:

- a) instar a los Estados miembros a que señalen a la atención de jueces, abogados, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y público en general los instrumentos internacionales en esta área, e
- b) instar a los Estados miembros a otorgar prioridad a los esfuerzos por asegurar que dichos principios sean respetados;

OBSERVANDO, sin embargo, que ni las conclusiones de la Segunda ni de la Tercera Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas incluyen referencias a las recomendaciones contenidas en el informe de 1995 del Comité Jurídico en el sentido de que los órganos pertinentes de la Organización realicen lo siguiente:

- a) eleven a la atención de los Estados miembros los principios básicos de la independencia del poder judicial y la función de los abogados, según lo estipulado en los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la independencia del poder judicial y los principios básicos sobre la independencia de la función de los abogados y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, medidas que se necesitan para fortalecer la autonomía, la independencia y la integridad de los miembros del poder judicial y que son apoyadas por el Código de la Asociación Internacional de Abogados sobre las normas mínimas de independencia judicial y la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia;
- b) insten a los Estados miembros a que señalen a la atención de jueces, abogados, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y público en general los instrumentos internacionales en este campo;

CONSIDERANDO que el Comité Jurídico Interamericano resolvió continuar el estudio del tema, teniendo en cuenta las conclusiones de la Tercera Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas, celebrada en San José, Costa Rica, del 1 al 3 de marzo de 2000;

OBSERVANDO que dicha Reunión acogió con beneplácito la creación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, con sede en Santiago, Chile, así como la aprobación de los estatutos del Centro y la elección de su Junta Directiva por parte de la Asamblea General de la OEA, cumpliendo así con el mandato que le otorgara la Segunda Cumbre de las Américas,

RESUELVE:

1. Acoger con beneplácito la creación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas como otra entidad importante de la Organización que se espera habrá de desempeñar una función significativa en el continuo proceso de reforma y modernización de los sistemas de justicia de los Estados miembros de la Organización.

2. Expresar su disposición de apoyar y cooperar con el Centro de Justicia de las Américas de la manera que se estime apropiada a fin de hacer posible que el Centro cumpla su mandato;

3. Seguir considerando el asunto, de creciente importancia, del acceso a la justicia en los Estados miembros en colaboración con el Centro.

CJI/doc.2/00

**PROPUESTA DE UNA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE EFECTOS Y TRATAMIENTO DE LA TEORIA DEL TRIBUNAL INCONVENIENTE: EL "FORUM NON CONVENIENS" Y LA CONVENCION DE LA HAYA. OPTICA LATINOAMERICANA**

(presentado por el doctor Gerardo Trejos Salas)

## I. Introducción

### **Illegalidad y problemas causados por el *forum non conveniens***

Durante el período de sesiones anterior fue presentado un informe (OEA/Ser.Q, CJI/doc.29/99, 14 julio 1999) sobre el *forum non conveniens* (FNC). Algunas de las ilegalidades y problemas presentados por tal doctrina pueden resumirse del siguiente modo:

**Incompetencia para juzgar actos realizados fuera del territorio.** No causa sorpresa alguna hallar que las normas jurisdiccionales latinoamericanas difieren de aquéllas del *common law*. Desde un punto de vista estadounidense, las reglas jurisdiccionales latinoamericanas parecen más restringidas. Por ejemplo, no existe la teoría estadounidense de *long-arm jurisdiction*, ni la noción que la notificación del juicio confiere competencia. De igual forma, también hay incompetencia cuando una persona realizó toda la actividad en cuestión fuera del país latinoamericano<sup>1</sup>. Si la conducta desplegada en el extranjero produce efectos adversos, el derecho latinoamericano presupone la competencia del país extranjero donde se realizaron tales actos. Conversamente, los países latinoamericanos serían competentes respecto de actos allí realizados, aun y cuando hubiesen surtido efecto en el extranjero<sup>2</sup>.

A pesar de ello, algunos jueces extranjeros se empeñan en decretar FNC y en ordenar que se radiquen juicios en Latinoamérica, aun y cuando los actos relevantes han ocurrido en el extranjero, por lo que no existe competencia latinoamericana.

**Incompetencia por falta de imperio.** Como puede verse en las notas 60 y 61, junto con el texto correspondiente, el demandado en un juicio de FNC no queda obligado a obedecer una sentencia firme del segundo tribunal. Ello también es causal de incompetencia pues la competencia no puede existir sin "*la facultad de compeler la*

<sup>1</sup> Por ejemplo, el Código Procesal Civil de **Costa Rica** establece que es competente el juez costarricense "*Cuando la pretensión se origine en un hecho ocurrido o en un acto practicado en Costa Rica.*" (art. 46, para. 3). Tal fué la interpretación que se utilizó en *Carlos Luis Abarca y Otros v. Shell Oil Company y Otros*, ratificado por la Corte Suprema de Costa Rica el 21/2/96. En **Brasil**, el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil establece exactamente el mismo principio: "*La autoridad judicial brasileira es competente cuando: ... III. La acción se origina en un hecho ocurrido o en un acto realizado en Brasil.*" En **Honduras**, el art. 146, primer párrafo, de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, no acuerda competencia contra la persona que no realizó acto alguno en Honduras (opinión del Procurador General de Honduras, 2/6/95). Según la opinión del Procurador General de **Nicaragua**, del 24/5/95, "*Las reglas jurisdiccionales de nuestro derecho no otorgan competencia a los Tribunales Nicaragüenses contra fabricantes ... que tan sólo han fabricado y vendido su producto en el extranjero, sin haber realizado actos en territorio nicaragüense. Código de Procedimiento Civil, artículo 265, inciso 1.*" En **Panamá** existe un fallo del Primer Tribunal Superior de Justicia, del 18/4/95, estableciendo que la competencia sobre empresas extranjeras "*la tiene el juez del lugar donde se encuentra ubicada la sede de las mismas.*" Este precedente ha sido seguido dos veces en casos de FNC, en 1995 y en 1999.

<sup>2</sup> Esta concepción territorial de la competencia judicial tiene una vertiente política. Es una forma de proteger la integridad territorial del propio país y su soberanía: absteniéndonos de juzgar actos realizados en otros países, al amparo de leyes extranjeras, es más probable que tribunales extranjeros se abstengan de juzgar actos realizados en nuestro país. Es una modalidad de la expresión *par in parem imperium non habet*. Se aparta así Latinoamérica del derecho francés, donde la nacionalidad del actor habilita la competencia local, aun por actos ocurridos en el extranjero (**Francia**, Cod. Civ., art. 14).

*ejecución de lo que se ha decretado.*" (MORALES LEBRÓN, M. *Diccionario jurídico según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico*. San Juan, 1977. p. 563).

**La competencia cesa.** Aun existiendo competencia concurrente, la demanda entablada en un tribunal extingue la competencia del otro<sup>3</sup>.

**Y no renace.** Para que sea regenerada la competencia en latinoamérica, debe mediar un desistimiento (voluntario) del juicio y la demanda debe ser entablada nuevamente (libremente)<sup>4</sup> ante el segundo tribunal. Un juicio por FNC no genera competencia.

A pesar de una regla tan clara, ciertos tribunales extranjeros persisten en aplicar FNC. Cuando el tribunal latinoamericano desestima el caso por incompetencia, se niegan a recibirlo, o bien permiten que permanezca inactivo por años. (Como ejemplo, ver notas 15 - 18 y texto correspondiente)

**Libertad procesal.** El FNC *fuera y/o constriñe* al actor a entablar una segunda demanda. Resulta intolerable que un juez nacional fuerce o constriña a un ciudadano a entablar una demanda<sup>5</sup>. Peor aun, si quien fuerza y constriñe es un juez extranjero.

**Actor sequitur forum rei.** El tribunal apropiado para las acciones personales es el del domicilio del demandado<sup>6</sup>. Un tribunal extranjero competente no puede exportar sus teorías de FNC cuando éstas violentan tal principio.

**Tratados bilaterales con EUA.** El FNC es una norma de derecho interno. Consecuentemente, los tratados internacionales tienen mayor jerarquía<sup>7</sup>. Resulta de ello que el FNC no puede bloquear el acceso a los tribunales que es, justamente, lo que tales tratados garantizan<sup>8</sup>.

**Soberanía.** Un juez extranjero no debe tratar de imponer, unilateralmente, la realización de actos procesales en Latinoamérica, particularmente si tal conducta viola el

<sup>3</sup> Cuando un tribunal adquiere competencia, ésta no puede ser alterada. Ver, por ejemplo, los Códigos de Procedimiento Civil de **Guatemala**, art. 5; **Ecuador**, art. 15 (ver también la Constitución del Ecuador, art. 24, para. 11); **Honduras**, arts. 138 y 141; **Panamá**, art. 253; **Brasil**, art. 87; **Nicaragua**, art. 255. La palabra técnica es "prevención", o "competencia preventiva". Del Latín, "prevenire", significando llegar (*venire*) antes (*pre*) y, consecuentemente, previniendo o impidiendo el acceso a otros.

<sup>4</sup> Tan obvio resulta que un tribunal latinoamericano no puede disponer la radicación de una demanda, que los códigos procesales latinoamericanos no se molestan en explicar este principio. Como excepción, el Código de Procesal Civil de **Costa Rica** especifica que "*Nadie podrá ser obligado a demandar...*" (arts. 122 y 477).

<sup>5</sup> El derecho latinoamericano conoce la teoría del acto personalísimo. Se trata de actos jurídicos en los que la libre voluntad de la persona juega un rol tan importante, que nadie puede ser forzado a realizarlos. Como ejemplo puede mencionarse el matrimonio y la redacción del testamento. La radicación de una demanda cae en esta misma categoría. Un juez latinoamericano no puede ordenar que nadie entable un juicio. Y, con mayor razón, en latinoamérica, un juez no puede intervenir en un proceso que se ha entablado en seguimiento de la orden de un juez extranjero. El equivalente de ello en la práctica sería pretender que las naciones latinoamericanas sobre la porción legítima fuesen aplicadas en una sucesión tramitada en EUA, por el simple hecho que el causante era latino. Ver también, por ejemplo, el art. 70 de la Constitución de **Honduras**: "...*nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente prescripto ni impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe.*" Obviamente, el FNC no puede violentar esta norma.

<sup>6</sup> Basta con mencionar el artículo 323 del Código Bustamante, adoptado por **Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú** y la **República Dominicana**. Los países latinoamericanos no han adoptado el Código Bustamante, igual siguen el mismo principio. Por ejemplo: **Argentina**, Código de Procedimiento Civil, art 5(4), que establece: "*en las acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos [será juez competente], el del lugar del hecho o el del domicilio del demandado, a elección del actor.*" (Énfasis agregado).

<sup>7</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27. En el derecho latinoamericano la situación es idéntica. Ver, por ejemplo, la Constitución de **Honduras**, arts. 16 y 18 (supremacía de los tratados).

<sup>8</sup> En algunos tratados el acceso a los tribunales no se haya condicionado. En otros, el acceso se acuerda en igualdad de trato con los nacionales del país.

derecho latinoamericano<sup>9</sup>. El FNC no puede exportarse si transgrede las leyes del segundo país<sup>10</sup>.

**Igualdad ante la ley.** Este principio es una norma de jerarquía constitucional<sup>11</sup>. El FNC discrimina abiertamente contra el actor extranjero<sup>12</sup>. Lógicamente, el juez latinoamericano no puede, ni debe, convertirse en el continuador o cómplice de la discriminación procesal iniciada por el tribunal original. Cabe agregar que la discriminación que el FNC realiza contra el actor extranjero viola también importantes tratados multilaterales como, por ejemplo la Carta Organizativa de la OEA<sup>13</sup>.

**El primer tribunal permanece como tribunal de alzada del segundo y actúa como Tribunal Constitucional del segundo país.** Por extraño que parezca, la sentencia final y firme del segundo tribunal, no es tal. Según el derecho de EUA, esta sentencia es todavía atacable ante el primer tribunal y por causales del derecho estadounidense<sup>14</sup>. El control final sobre el juicio –ordenar efectivamente que el demandado pague una sentencia adversa- permanece bajo el control del primer tribunal y de su sistema jurídico. La pretendida “competencia” y “soberanía” del segundo tribunal es sólo un espejismo. Se ve así por que los jueces latinoamericanos no se entusiasman por aceptar estos casos.

**Litispendencia.** Mientras el caso se tramita en el segundo país, la sentencia de FNC puede todavía estar siendo apelada en el primer país. Normalmente no se le informa al segundo tribunal sobre tal apelación pues, el actor está “amordazado” por el primer tribunal y el demandado no quiere hacer nada que disminuya la posibilidad de permanecer en el

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, la Constitución de Honduras establece en su art. 82 que “*Los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes.*” Obviamente, tales leyes son las hondureñas, no las extranjeras.

<sup>10</sup> Leyes, sentencias y opiniones de Procuradores Generales latinoamericanos dicen muy explícitamente que el FNC viola importantes normas constitucionales y procesales.

<sup>11</sup> Por ejemplo, ver Constituciones de: **Brasil**, art. 5; **Costa Rica**, art. 33; **Ecuador**, art. 23(3); **Guatemala**, art. 4 y **Honduras**, art. 60, para 1 y 2 y art. 61.

<sup>12</sup> Por ejemplo, el caso *Gerardo Denis Patrickson y Otros v. Dole Food Company, Inc. y Otros*, causa Nr. 97-0156, ante el Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito de **Hawaii**, establece que “*Cuando el actor no es extranjero, hay una fuerte presunción en favor del tribunal elegido por el actor, que sólo podrá ser derrotada cuando factores de interés públicos y privados indiquen que el proceso debe desarrollarse ante un tribunal alternativo.* Ver: *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 255-56 (1981). *Esto es así pues “[c]uando el actor ha elegido un tribunal de su domicilio, es razonable suponer que tal elección es conveniente.”* *Id.* **Cuando el actor es extranjero, sin embargo, tal presunción es menos razonable y su elección de tribunal merece menos respeto.** *Id.* *En tal caso la prueba necesaria para lograr que se deseche la acción es reducida.* Ver: *Empresa Lineas Marítimas Argentinas, S.A. v. Schiachau-Unterweser, A.G.*, 955 F.2d 368, 371 (5<sup>th</sup> Cir. 1992).” (Énfasis agregado).

La sentencia de forum non conveniens del caso *Delgado v. Shell Oil Company*, publicada en 890 F. Supp. 1324 (S.D. Tex. 1995), dice virtualmente lo mismo.

Otro ejemplo es el caso *Ruth Linares Polanco v. H. B. Fuller*, causa Nr. 3-96-8, tramitada ante United States District Court, District of Minnesota, Third Division. En un auto del 23 de Septiembre de 1996, al aplicar la teoría del *forum non conveniens*, se manifiesta en la página 25 de la sentencia, refiriéndose al caso *Piper*, lo siguiente: “*El Tribunal comenzó su propio análisis notando que si bien la escogencia del tribunal por el actor gozaba normalmente de una fuerte presunción favorable, los tribunales de primera instancia están “enteramente justificados” en acordar menor peso a tal escogencia cuando el actor es extranjero.* *Id.* p. 2555-256. *Esto es así pues es mucho menos razonable pensar que un actor extranjero ha seleccionado un tribunal estadounidense por razones de conveniencia.*” (Énfasis agregado). En la página 35 del mismo auto, se expresa el mismo pensamiento: “*La continua referencia que hace el actor al caso Reid-Walen es desacertada nuevamente, puesto que el actor en ese caso era un ciudadano estadounidense, hecho que acordaba al actor una fuerte presunción de respeto en la elección del foro.*” (Énfasis agregado).

<sup>13</sup> El artículo 5(j) de la Carta organizativa de la OEA, re-numerado 3 (j) en la versión de 1967, establece así: “*Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales del individuo sin distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.*” (Énfasis agregado). EUA ratificó esta convención primero el 19 de junio de 1951 (ver 2 U.S.T. 2394, T.I.A.S. Nr. 2361 y, luego del Protocolo de Buenos Aires, el mismo texto fue ratificado por Estados Unidos el 26 de abril de 1968 (ver T.I.A.S. Nr. 6847. O.A.S.T.S. Nr. 1-A, O.A.S.O.R., O.E.A./Ser.A/2.add 2). En su segunda redacción, la convención entró en vigencia en EUA el 27 de febrero de 1970. Todos los países latinoamericanos, a excepción de **Cuba**, son miembros de este tratado.

Cabe destacar que en 1959 la OEA creó una **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** cuya misión es avanzar el respeto por los derechos humanos, expresamente “*aquellos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”. Al re-estructurarse la Carta de la OEA en 1967 se le dió a la Comisión Inter-americana de Derechos Humanos el rango de “*órgano principal*” (art. 51), incumbiéndole a tal Comisión vigilar por el cumplimiento de los derechos humanos. (Ver Thomas Burgenthal, *The revised OAS Charter and the protection of human rights* 69 A. J. Int'l L. 828, 1975).

<sup>14</sup> Ver la sección VIII, más abajo, para mayor detalle.

segundo tribunal. Esto ocurrió, por ejemplo, en los casos *Delgado* y *Patrickson*. Los jueces latinoamericanos en estos casos podrían hallar, para su sorpresa, que un tribunal de apelaciones extranjero ha decidido que los casos retornarán al primer país.

El juez que dispone FNC acude a un mecanismo excepcional. Siendo competente y no estando descalificado por razones personales, espera que otro juez se encargue del caso. Si el segundo juez decide no tener competencia, entonces el primer tribunal debería reasumir el caso. En *Re Ecuadorean Shrimp Litigation* ello no ocurrió<sup>15</sup>. El juicio fue desechado por FNC, ordenándose a los actores que reinstaurasen la demanda en Ecuador. El tribunal de EUA había establecido que reasumiría la adjudicación del caso si la Corte Suprema de Ecuador decidía que había incompetencia. Eventualmente la Corte Suprema ecuatoriana confirmó sentencias inferiores de incompetencia y el caso fue presentado nuevamente frente al tribunal de EUA. El juez estadounidense finalmente rechazó la demanda basándose en dos razones. Una de ellas fue que el derecho ecuatoriano (la Ley 55 y el artículo 15 del Código Procesal Civil) “*causan el efecto de viciar el derecho de Florida sobre forum non conveniens y fuerzan a los tribunales de Florida a aceptar competencia ...*” La segunda razón fue que los actores se comportaron con mala fe al hacer “lobbying” para promulgar la Ley ecuatoriana Nr. 55, que destruye la opción de FNC.

Se trata de dos argumentos equivocados, ilustrativos de por que el FNC no puede exportarse. El hecho que tales leyes ecuatorianas hubiesen “viciado” el derecho de Florida sobre FNC no es razón para ignorarlas. El FNC es el *sistema subordinado* al derecho extranjero. No es que el derecho extranjero debe adecuarse al FNC, lo que debe ocurrir es exactamente lo opuesto<sup>16</sup>.

También cae el segundo argumento. Las Constituciones latinoamericanas permiten, y hasta fomentan, el derecho de peticionar a las autoridades<sup>17</sup>. Se trata de una de las grandes bases de todo sistema democrático. Cuando los actores –de nacionalidad ecuatoriana- fueron enviados a Ecuador, tenían un derecho absoluto, mientras estaban en Ecuador, para hacer lobby en favor de las leyes que quisiesen<sup>18</sup>. Resulta políticamente incorrecto que un juez extranjero envíe a los actores a re-entablar una demanda a Ecuador para luego penalizarlos por haberse servido, mientras litigaban en Ecuador, de los derechos brindados por la Constitución ecuatoriana. Resulta también jurídicamente incorrecto el penalizar a una parte por hacer lo que es legal en un país determinado, cuando esa parte fue enviada a litigar a tal país.

Al decidir que ciertas leyes ecuatorianas -ultra pertinentes- no se aplican, pues “vician” el derecho de Florida, el juez extranjero se comporta como un tribunal constitucional, usando el derecho de Florida como si fuera la Constitución del Ecuador.

La exportación del FNC parece salida de una novela de George Orwell. La regla parecería ser: “*Vaya a litigar al país X. Pero si ejercitase Ud. un derecho brindado por el país X, que a mi no me gustase, será Ud. sancionado.*”

<sup>15</sup> Caso Nr. 94-10139 (27), *Circuit Court of the 17<sup>th</sup> Judicial Circuit, in and for Broward County, Florida, decisión del 24/9/99*. Otras veces el tribunal extranjero no rechaza abiertamente la decisión de incompetencia latinoamericana, pero tampoco asume competencia, permitiendo que el juicio permanezca inactivo por años. Como ejemplo, ver *Delgado v. Shell Oil Co*, 890 F. Supp. 1324 (S.D. Tex. 1995).

<sup>16</sup> El FNC se basa en la “disponibilidad” del tribunal extranjero. La norma de FNC no dice que las leyes extranjeras que no admitan juicios de FNC deban ser dejadas de lado. El FNC *depende de* la existencia de un foro alternativo. No a la inversa.

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, la Constitución de **Honduras**, art. 80 “*Toda persona ... tiene el derecho de presentar peticiones a las autoridades ...*”

<sup>18</sup> Como lo denota el origen de la palabra “*lobbying*” se inventó y se practica asiduamente en EUA. En 1992, un grupo de demandados en casos de FNC (caso Alfaro) realizó un lobbying, exitoso, para derogar la ley de **Texas** contra el FNC. Las empresas tabaqueras son famosas por hacer lobbying en el Congreso de EUA. Inclusive hacen lobby en los Congresos de Latinoamérica. Ningun tribunal estadounidense ha penalizado a empresas estadounidenses por hacer lobbying. Por que no pueden los actores ecuatorianos hacer lo mismo en su propio país? Y si esos actores hubiesen hecho lobby ante el Congreso de EUA, el juez de Florida los habría sancionado por ello?

Las ilegalidades y los problemas que el FNC causan en latinoamérica no se limitan a los arriba expuestos. Existen obstáculos adicionales, igualmente importantes, en materia de orden público, tratados multilaterales, litispendencia, etc. Como el punto parece suficientemente explicado, resulta más expeditivo avanzar hacia otros temas.

**Hipótesis en la que el FNC puede ser legal.** Existe, sin embargo, una posibilidad para que el FNC sea viable en Latinoamérica. Se trata del caso en que el actor radica una acción personal ante tribunales que no son los correspondientes al domicilio del demandado. Si el demandado, valiéndose del FNC, logra el traslado del caso a sus tribunales domiciliarios, el nuevo juicio así entablado sí sería viable en Latinoamérica. Se debe ello a que de esta forma el FNC coincide con el principio que el tribunal domiciliario del demandado es competente para dilucidar acciones personales. Expresado distintamente, en esta hipótesis el FNC concuerda con el principio de *actio sequitur forum rei*.

**Convención de La Haya.** La problemática del FNC se ha enriquecido recientemente con el Anteproyecto de convención sobre competencia y sentencias extranjeras en materia civil y comercial, propuesto por la Academia de Derecho Internacional de La Haya (de ahora en más, la “Convención”). El FNC está contemplado en la Convención. Debería determinarse entonces si para los Estados latinoamericanos sería más conveniente ratificar la Convención en su momento oportuno, o preparar un tratado independiente. Esta cuestión, precisamente, es el tema central del presente informe.

Varios artículos de la Convención son pertinentes a FNC, por lo que resulta oportuno analizarlos. Por orden de importancia deben mencionarse, en primer lugar, los artículos 3, 10 y 22<sup>19</sup>. En segundo término deben destacarse los artículos 17, 25 (2), 26, 38 (2) y 37, este último en forma de anexo.

## II. Convención de la Haya

### Análisis de los artículos 3, 10 Y 22

#### *Artículo 3 – Fuero del demandado*

**1. Sujeto a las disposiciones de la presente Convención, la demanda puede radicarse ante los tribunales del Estado donde el demandado reside habitualmente.**

**2. Para los fines de esta Convención, una entidad o persona distinta de una persona jurídica se reputa habitualmente residente en el Estado:**

- a) **donde tiene su asiento estatutario,**
- b) **donde fue creada,**
- c) **de su administración central, o**
- d) **de su establecimiento principal.**

El artículo utiliza el término “residencia habitual” como sinónimo de “domicilio”. Impone el sistema de *actor sequitur forum rei*. Este es un principio muy claro del derecho latinoamericano, con el que guarda armonía. Por mencionar sólo algunos países del área que adoptan tales criterios, podrían indicarse los siguientes: **Argentina**<sup>20</sup>, **Brasil**<sup>21</sup>, **Costa**

<sup>19</sup> El texto completo de la Convención puede consultarse en <ftp://www.hcch.net/doc/241e.rtf> (versión inglesa) y /241f.rtf (versión francesa).

<sup>20</sup> Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 5.

<sup>21</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 88, 94 y 100, inc. IV (a). Código Civil, art. 35.

Rica<sup>22</sup>, Ecuador<sup>23</sup>, Guatemala<sup>24</sup> y Panamá<sup>25</sup>. Del resto del articulado se ve que la presente norma se aplica sólo respecto de las acciones personales<sup>26</sup>.

La importancia del principio *actor sequitur forum rei* ha sido abordada ya en el informe anterior<sup>27</sup>. Resultando harto clara, no merece mayor comentario.

### **Artículo 10 – Responsabilidad civil extracontractual**

#### **1. El actor puede entablar una acción por responsabilidad civil extracontractual ante los tribunales del Estado**

- a) *en el cual ocurrió el acto u omisión que causó el daño; o*
- b) *en el cual el daño se originó, excepto si el demandado establece que la persona presumida responsable no podría haber razonablemente previsto que el acto o la omisión fuese susceptible de producir un daño de la misma naturaleza en tal Estado.*

#### **2. El Párrafo 1 b) no será aplicable a daños causados por violaciones de ley anti-trust, particularmente respecto de concertación de precios o prácticas monopólicas o conspiración para causar pérdidas económicas.**

#### **3. El actor también puede entablar una acción según el párrafo primero cuando el acto u omisión, o el daño sea susceptible de producirse.**

#### **4. Si se entabla la acción ante los tribunales de un Estado, sólo en razón del lugar dónde el daño se originó o es susceptible de producirse, tales tribunales son competentes sólo respecto de los daños ocurridos o susceptible de producirse en tal Estado, salvo si la parte dañada tiene su residencia habitual en tal Estado.**

Establece el inciso primero que la acción puede entablarse ya sea en el lugar donde “*ocurrió el acto u omisión que causó el daño*” (párrafo a), o donde “*el daño se originó*” (párrafo b). Supongamos un cuasidelito que se orquesta en un país X, pero que sólo surte efectos en un país Y. El actor podría demandar ante los tribunales de X, según el referido párrafo (a), o ante los tribunales de Y, acorde con el párrafo (b).

La posibilidad de demandar por un cuasidelito en el lugar donde se produjo el daño, cuando el demandado no realizó acto alguno en tal país, agregaría una nueva base jurisdiccional al derecho latinoamericano.

### **Artículo 22 – circunstancias excepcionales para declinar competencia**

#### **1. En circunstancias excepcionales, cuando la competencia del tribunal no se basa en una cláusula exclusiva de elección del fuero válida según el artículo 4<sup>28</sup>, o de los artículos 7<sup>29</sup>, 8<sup>30</sup> o 12<sup>31</sup>, el tribunal puede, a solicitud de una parte,**

<sup>22</sup> Código Procesal Civil, arts. 24 y 46.

<sup>23</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 27.

<sup>24</sup> Código Procesal Civil y Mercantil, art. 12.

<sup>25</sup> Código Judicial de la República de Panamá, arts. 254 y 255.

<sup>26</sup> Respecto de las acciones sobre inmuebles, por ejemplo, el artículo 13 (1) acuerda competencia exclusiva al país en cuyo territorio se encuentre tal inmueble.

<sup>27</sup> Ver sección I.2.(b) y (c). El artículo 323 del Código Bustamante, que es ley en **Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y la República Dominicana**, se pronuncia en igual sentido.

<sup>28</sup> Se refiere a la competencia pactada por las partes.

**suspender el procedimiento si, en tal caso, resultase claramente inapropiado para el tribunal ejercer su competencia y el tribunal de otro Estado fuese competente y claramente más apropiado para decidir el litigio. Tal solicitud debe ser hecha no luego del tiempo establecido para la primer defensa en cuanto al fondo del asunto.**

**2. El tribunal tomará en consideración, en particular -**

- a) los inconvenientes para las partes en vista de su residencia habitual o de su establecimiento;
- b) la naturaleza y el lugar donde se hallan los medios de prueba, incluyendo los documentos y testigos, así como los procedimientos para obtener tal prueba;
- c) los plazos aplicables de prescripción; y
- d) la posibilidad de obtener el reconocimiento y la ejecución de cualquier decisión en cuanto al fondo.

**3. Al decidir sobre la suspensión del procedimiento, el tribunal no utilizará ninguna discriminación fundada en la nacionalidad o la residencia habitual o el establecimiento de las partes.**

**4. Cuando el tribunal decide suspender el procedimiento según el párrafo 1, puede ordenar al demandado que deposite fianza suficiente para satisfacer una decisión del otro tribunal en cuanto al fondo. Sin embargo, la fianza será ordenada si el otro tribunal es competente sólo según el artículo 17, a no ser que el demandado demuestre la existencia de bienes suficientes en el Estado del otro tribunal o en otro Estado donde la decisión del tribunal pueda ser ejecutada.**

**5. Cuando el tribunal hubiese suspendido el procedimiento en virtud del párrafo 1,**

- a) declinará ejercer su competencia si el tribunal del otro Estado ejerce competencia, o si el actor no entabla el juicio en tal Estado dentro del plazo establecido por el tribunal, o
- b) procederá a adjudicar el caso si el tribunal del otro Estado decide no ejercer su competencia.

El artículo 22, a diferencia del 3 y del 10, merece serias objeciones, que se analizarán en la sección siguiente.

Vemos que, sin mencionar específicamente el FNC, esta norma lo contempla al hablar de “suspender el procedimiento” si tal fuere “resultase claramente inapropiado para ejercer su competencia” y otro tribunal “fuese competente y claramente más apropiado para decidir el litigio.” En alguna medida, el citado artículo 22 es bienvenido pues arroja luz e impone un cierto orden en un área jurídica que ha causado muchos inconvenientes<sup>32</sup>. Para

<sup>29</sup> Se refiere a contratos concluidos por consumidores.

<sup>30</sup> Se refiere a contratos individuales de trabajo.

<sup>31</sup> Se refiere a casos de competencia exclusiva, por ejemplo la del país donde se encuentra un inmueble para casos de acciones reales.

<sup>32</sup> Fuera del área latinoamericana el tema se presenta como muy confuso. La confusión se ve, especialmente, en las sentencias extranjeras que no alcanzan a comprender que el FNC es normalmente ilegal en América Latina y, por ende, incapaz de generar competencia. Además, se advierte la escasa doctrina existente al respecto en lengua española. Como excepción a ello, ver la lúcida monografía del Profesor Francisco Javier Zamora Cabot *Accidentes en Masa y “Forum Non Conveniens”: el caso Bhopal*, en XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (1989), reimpressa en Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, pp. 821 – 852, octubre – diciembre 1990.

aquellos casos en los que el FNC es capaz de generar competencia en Latinoamérica, explicados en párrafo 2 de este informe, es importante analizar esta norma detenidamente.

### III. Crítica del artículo 22

Este artículo intenta imponer ciertos límites al FNC. A continuación se explica como, en la práctica, tales limitaciones son mayormente inoperantes o fáciles de eludir.

#### **Artículo 22 (1) – Circunstancia excepcional**

**Aplicación “in extremis”. El párrafo 1 implica que el FNC se aplica sólo de darse las hipótesis siguientes:**

- a) **“en circunstancias excepcionales”,**
- b) **cuando el caso sea “claramente inapropiado” ante el primer tribunal, y**
- c) **cuando un tribunal extranjero con competencia concurrente resulte “claramente más apropiado” para resolver la disputa.**

En realidad este párrafo nada cambia, pues recita aproximadamente lo que ya establece el derecho estadounidense. El problema radica en la subjetividad de las pautas. Las “circunstancias excepcionales” no explican gran cosa. En la práctica los casos de FNC son todos excepcionales pues normalmente afectan a miles de personas. Como ejemplo basta con mencionar el caso Bhopal.

Lo que es “claramente apropiado” o “claramente más apropiado” para una parte no lo es para la otra. Este párrafo aparenta una objetividad que en los hechos no se da.

Cabe agregar que el FNC es totalmente desconocido en el derecho latinoamericano, donde el juez competente siempre ejerce su competencia y nunca transfiere el caso a otro tribunal competente por considerarlo “más apropiado”. Sólo existe “suspensión” del procedimiento por causas personales del juez como amistad o enemistad manifiesta con alguna de las partes, parentesco cercano, etc... Algunos códigos hablan de “impedimento”, de “recusación”, “inhibición”, “excusación”. En ciertas jurisdicciones se contempla también la “suspensión” de la competencia por encontrarse la causa a disposición del tribunal de alzada.<sup>33</sup> La existencia o no de otro tribunal con competencia concurrente es un hecho completamente irrelevante para un juez latinoamericano.

Por ello en Latinoamérica resulta contradictorio hablar de un tribunal que, siendo competente en un caso, se considere “claramente inapropiado” para ejercer jurisdicción. Si el tribunal tiene competencia, por ello mismo, es apropiado para ejercerla. En Latinoamérica lo que resulta “inapropiado” es exactamente lo contrario: que un tribunal cuya competencia haya sido activada, decida desentenderse del caso<sup>34</sup>.

#### **Artículo 22 (2) - Consideraciones**

Esta norma brinda cuatro pautas de aplicación: a) conveniencia de las partes según su residencia habitual, b) naturaleza y ubicación de la prueba, c) prescripción y d) posibilidad de ejecución de la sentencia.

**a) Conveniencia.** La única verdad en cuanto a este criterio es que a la actora le conviene obtener una sentencia condenatoria, elevada y lo antes posible. A la demandada

<sup>33</sup> Ver por ejemplos los códigos de procedimiento civil de **Argentina**, arts. 8, 12, 16 y 30; **Brasil**, arts. 134, 135, 265 par. III, 304, 305, 306; **Costa Rica**, arts. 49, 51, 79 y 80; **Ecuador**, art. 21; **Guatemala**, art. 4 (prórroga de competencia por impedimento); **Panamá**, art. 239, par. 2 y 3.

<sup>34</sup> Ver nota 3 y texto correspondiente.

le conviene exactamente lo contrario. Se trata de una verdad simple, que todos conocemos. La gimnasia psicológica, o parapsicológica, que el tribunal emprende para determinar “los inconvenientes” que las partes tendrían en un foro o en otro no corresponden a la realidad, tal cual la viven y la perciben las partes.

Por ello no puede hablarse de “conveniencia” como si fuera un elemento neutro o un valor ligado a la residencia habitual de las partes. Es esclarecedor considerar que las partes normalmente se baten para que el proceso se realice en el lugar que corresponde a la residencia habitual de la parte opuesta.

Al mencionar que el proceso “es más conveniente” en un país que en otro, lo que se está diciendo realmente es que el proceso es más conveniente *para el actor, o para el demandado*, en tal otro país. El proceso es una abstracción intelectual, por lo que no puede imputársele “conveniencia” o “inconveniencia” propia. Tanto una como la otra se manifiestan en la posición procesal de las partes. El tribunal que dispone que el juicio “es más conveniente” en otro país suele expresar su sentencia en términos neutros, apoyándose en opiniones de expertos, citas jurisprudenciales, etc. Pero la objetividad y el razonamiento científico aparentes no cambian en nada que el desplazamiento de caso conviene a una de las partes, no al proceso.

Si la rapidez de la sentencia final fuese elemento importante para decidir sobre la conveniencia del foro, jamás se aplicaría el FNC. Empíricamente resulta fácil demostrar que el FNC agrega años al proceso.

**b) Prueba.** Esta pauta suele ser equívoca. Normalmente la prueba se halla en ambos países, sin poderse decir que una sea más importante que la otra. Sin embargo, hay países como EUA donde los medios procesales para la obtención de la prueba son poderosísimos (*discovery*). Si el criterio de facilidad para obtener prueba fuese realmente aplicado, todos los casos se quedarían en EUA pues desde allí la prueba es más contundente. Además, la *Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias* – de la que EUA es parte– establece la posibilidad que el tribunal de un país solicite al tribunal de otro el diligenciamiento de medidas de prueba. Finalmente debe recordarse que el peso de la prueba, incumbe al actor. Por ello es desconcertante usar el argumento de la facilidad de la prueba para enviar al actor a litigar a un foro que él no ha elegido.

**c) Prescripción.** En la práctica este tipo de problema se resuelve con la promesa del demandado, hecha ante el primer tribunal, que no opondrá tal excepción ante el segundo tribunal. Esta es la única pauta que funciona correctamente, toda vez que la prescripción es un derecho disponible, que la parte en cuestión puede oponer o no, según le plazca.

**d) Ejecución.** La cuarta pauta corre la suerte de las dos primeras. Es insatisfactoria pues lo que interesa no es la posibilidad de obtener la ejecución de la sentencia del segundo tribunal ante el primero, sino la certeza<sup>35</sup>. Y además interesa que la ejecución, ante el segundo tribunal, sea rápida, lo que la norma no contempla. Además, esta “posibilidad” está limitada a las decisiones que se obtengan en el segundo tribunal “en cuanto al fondo”. No es difícil para un demandado que supone perderá con certeza, manipular el caso para que la sentencia sea por razones procesales, en rebeldía, etc., con lo que se evita la decisión de fondo.

Más importante aun, hay que recordar que en algunos sistemas, por ejemplo el estadounidense, una sentencia extranjera siempre puede ser impugnada por razones de inconstitucionalidad. Bastaría al demandado alegar que la sentencia condenatoria del

<sup>35</sup> Si el caso permaneciese ante el tribunal domiciliario del demandado, donde están sus bienes principales, la sentencia condenatoria firme sería ciertamente ejecutable.

segundo tribunal violó su derecho al debido proceso (*due process*) para que la cuestión deba ser litigada, frente al primer tribunal<sup>36</sup>.

Como se ve el FNC lleva el caso de la jurisdicción donde la sentencia es directamente ejecutable, a otra donde no lo es. Podría compararse el FNC a un evento deportivo en el que el partido comienza a jugarse en un campo normal, donde los tantos pueden computarse a favor de uno o de otro contrincante (el primer tribunal). En un momento dado, el partido se suspende y se traslada a otro campo (el segundo tribunal), donde los tantos en contra de cierto jugador (el demandado) no son inmediatamente computados, sino que al final deberán ser convalidados (ejecutados) ante otras autoridades. Frente a una desproporción tan colosal, en nada sorprende que los demandados y los actores, respectivamente, abracen o rechacen el FNC con igual energía.

En definitiva la sentencia del segundo tribunal se ejecutará o no, según el derecho del primer tribunal. Continuado con el símil deportivo, ello obligaría a uno de los contrincantes (el actor) a jugar bajo dos reglamentos, el del lugar del segundo proceso y el del lugar donde en definitiva desea la ejecución.

El FNC triplica el número de juicios: el primero, ante el tribunal original; el segundo ante el tribunal dispuesto por el primer juez; y el tercero, nuevamente ante el primer tribunal, para obtener la ejecución del fallo del segundo tribunal. Advértase que aun y cuando el actor consiga ejecutar la sentencia del segundo tribunal ante el primero, ello se hace a costa de un gran esfuerzo en tiempo y en dinero. El demandado que haya perdido ante el segundo tribunal tiene todavía un gran argumento para extraer concesiones de la parte victoriosa. Efectivamente, el demandado podría proponer pagar sólo el 50% de la condena voluntariamente, amenazando con oponerse a la ejecución en su país si el actor persiste en cobrar el 100%. Se trata de un argumento de mala fe, pero contundente. El actor bien puede encontrarse en la imposibilidad de rechazar tal propuesta. Lo importante es que el FNC permite, y hasta invita, actitudes de tal tipo.

#### **Artículo 22 (3) – No discriminación**

Se intenta impedir aquí la discriminación por nacionalidad o por lugar de residencia de las partes<sup>37</sup>. El principio es loable. Permanece la duda sobre la efectividad de esta norma. No resultaría difícil el continuar discriminando pero en forma disimulada. Por ejemplo, sin mencionar la nacionalidad extranjera del actor pero basando la decisión de FNC en que el proceso en otro país es “mas conveniente”.

#### **Artículo 22 (4) - Fianza**

Este párrafo intenta paliar uno de los efectos más injustos del FNC. En la inmensa mayoría de los casos los bienes del demandado se encuentran en su domicilio. Es allí donde la sentencia puede ser ejecutada directamente. Pero con el FNC el demandado normalmente desplaza el juicio fuera de su domicilio, a una jurisdicción donde no se encuentran sus bienes principales.

La Convención incluye la idea de que el demandado deposite fianza suficiente, ante el primer tribunal, para cubrir una eventual sentencia condenatoria del segundo tribunal. Sin embargo, más conducente sería que la fianza fuese constituida ante el segundo tribunal<sup>38</sup>. Con ello se evitaría el costoso y largo proceso de ejecución de sentencia en el extranjero. Además, si el demandado seriamente quiere que el segundo

<sup>36</sup> Ver texto y notas de la Sección VIII.

<sup>37</sup> Con ello la doctrina de *Piper Aircraft Co v Reyno*, 454 U.S. 235, 255-56 (1981) quedaría abolida. Dispone este caso que la elección del foro por parte del actor extranjero merece “menor respeto” (*less deference*) que cuando se trata de un actor nacional. Ver nota 11 y texto correspondiente.

<sup>38</sup> Ver nota 62 y texto correspondiente.

tribunal decida la cuestión, no hay motivo para que sea el primer tribunal el que custodie la fianza.

En definitiva, obligar al actor a litigar fuera del domicilio del demandado, sin una fianza ante el segundo tribunal, es injusto. En términos de derecho laboral, es como pagarle a un empleado, no en dinero efectivo, sino con un título de crédito que “pueda” ser ejecutado. O con un objeto que “pueda” ser vendido por un precio equivalente al salario. En términos de derechos reales sería como hablar de propiedad, pero sin el derecho de posesión. No es una propiedad plena, sino disminuída.

El argumento –ingenuo e impráctico- que la sentencia “puede” ser ejecutada en la primera jurisdicción (o ante una tercera), le impone al actor falta de certeza, enormes costos y pérdidas de tiempo, que no tiene por qué soportar.

#### **Artículo 22 (5) – Retorno del caso**

El párrafo 5 determina que el tribunal original “procederá a adjudicar el caso” si el segundo tribunal decide no ejercer su competencia.

Lo ahora corriente en casos de FNC es que el juez del primer tribunal disponga que sólo retomará el caso “si el tribunal más alto” del segundo país declara incompetencia<sup>39</sup>. Con ello el actor queda obligado a apelar, en el segundo país, decisiones intermedias de incompetencia, aunque él esté convencido que se ajustan a derecho. Así el primer tribunal fuerza al actor a apelar –de mala fe- ante el segundo tribunal. La obligación se ve claramente, puesto que si el actor permite que, en el segundo país, una decisión intermedia de incompetencia quede firme, no puede continuar allí, ni tampoco retornar al primer tribunal.

Sería deseable que la Convención estableciese pautas<sup>40</sup> para que el primer tribunal no pudiese imponer la obligación –o la abstención- de apelar ante el segundo tribunal.

Respecto de posibles mejoras en la redacción del artículo 22, ver la sección VI.

#### **IV. Otros artículos relevantes**

En forma algo más tangencial, pero relevante aun, habría que considerar los siguientes artículos: 17, 25 (2), 28, 38 (2) y 37 del Anexo, que a continuación se transcriben:

#### **Artículo 17 – Competencia basada en derecho nacional**

**Salvo los artículos 4, 5, 7, 12 y 13, la Convención no impide la aplicación por los Estados Contratantes de las normas de competencia según el derecho nacional, siempre que ello no estuviese prohibido por el artículo 18.**

Los artículos específicamente mencionados establecen lo siguiente. El artículo 4 se refiere a la competencia pactada por las partes. El 5 dispone que el demandado que se defiende sin oponerse a la competencia la acepta y que el tiempo para oponerse a ella vence al momento de presentarse la primer defensa de fondo. A los artículos 7 y 8 ya se ha hecho referencia arriba. El artículo 13 se ocupa de las medidas precautorias y básicamente establece que competencia para ello le cabe al país donde se hallan los bienes. Lo más

<sup>39</sup> Véase por ejemplo *Delgado v. Shell Oil Co*, 890 F. Supp, 1324 (S.D. Tex. 1995) y *Gerardo Dennis Patrickson et al. v Dole Food Company, Inc.*, causa 97-0156, United States District Court for the District of Hawaii.

<sup>40</sup> Al menos en un caso, cuando la Corte Suprema del segundo país desestimó el juicio por incompetencia, el primer tribunal continuó negándose a tomar el caso. Ver nota 11 y texto correspondiente.

interesante de todo ésto es el artículo 18, que impide los medios de competencia exorbitantes, por ejemplo, basados exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes, de notificarse la demanda en un país en particular, etc.

Todas estas reglas son conocidas por y armónicas con el derecho latinoamericano. Por ello no presentan mayor problema. Lo importante es que convendría clarificar que las normas que determinan la *incompetencia* en la causa, también son regidas por el derecho nacional. En casos de FNC, se trataría del derecho del segundo país. Sin embargo, recientemente, dos leyes jurisdiccionales de Ecuador fueron consideradas “una artimaña” por el tribunal de EUA y fueron ignoradas<sup>41</sup>.

**Artículo 25 (2), (3) – Sentencias a ser reconocidas o ejecutadas**

[...]

- (2) **Para ser reconocida, la sentencia referida en el párrafo 1 debe tener fuerza de cosa juzgada en el Estado de origen.**
- (3) **Para ser ejecutable, la sentencia referida en el párrafo 1 debe ser ejecutable en el Estado de origen.**

*Nuevamente, se trata de un concepto que no ofrece inconvenientes desde el punto de vista latinoamericano. Sin embargo, interesa destacar que, según este mismo artículo, en casos de FNC, una sentencia firme de incompetencia, dictada por el segundo tribunal –aun de primera instancia-, debería ser reconocida por el primer tribunal. Esto refuerza la idea que el primer tribunal no puede obligar al actor a acudir hasta “el tribunal más alto” del segundo país, siendo los fallos intermedios de incompetencia suficientes.*

**Artículo 28 – Motivos de rechazo del reconocimiento o de la ejecución**

- 1. **El reconocimiento o la ejecución de una sentencia pueden rechazarse si**

[...]

- c) **la sentencia resulta de un procedimiento incompatible con los principios procesales fundamentales del Estado referido, incluyendo el derecho de cualquier parte a ser oída por un tribunal imparcial e independiente.**

Esta norma no presenta inconveniente. Es útil tenerla en cuenta para explicar como un juicio radicado, en seguimiento de una sentencia de FNC extranjera, no genera competencia en Latinoamérica. Ello es, precisamente, debido al mismo principio que guía el párrafo (c) comentado. Es incompatible con principios procesales básicos latinoamericanos asumir competencia cuando la demanda ha sido radicada por el actor, no en forma libre y espontanea, sino habiendo sido obligado a ello por un juez extranjero.

Queda claro que puede rechazarse una sentencia firme extranjera, por razones de incompatibilidad procesal básica. Y con mayor razón aun puede el juez latinoamericano oponerse a implementar una sentencia extranjera de FNC. La forma de hacerlo es, simplemente, con una declaración de incompetencia.

**Artículo 38 (2) – Interpretación uniforme**

[...]

- 2. **Los tribunales de cada Estado Contratante deberán, al aplicar e interpretar la Convención, tomar cuenta de la jurisprudencia de los otros Estados Contratantes.**

<sup>41</sup> Ver nota 15 y texto correspondiente.

Conviene recordar en este sentido, que en el derecho latinoamericano hay clara jurisprudencia estableciendo que la competencia local fenece cuando el actor entabla una acción personal ante un tribunal extranjero. Tal jurisprudencia establece además que la competencia local no renace por una demanda que no haya sido entablada libre y espontáneamente por el actor. Por ello los países latinoamericanos carecen de competencia para tramitar juicios por FNC. También hay leyes específicas que establecen igual criterio<sup>42</sup>.

Resulta importante mencionar los antecedentes jurídicos obrantes en Latinonamérica respecto del FNC. En el apéndice adjunto se actualiza el apéndice anterior incluyendo los fallos más recientes.

### **(Anexo) Artículo 37 – Relación con otras convenciones**

Esta parte de la Convención se encuentra en un estado de preparación menos desarrollado, sin tener todavía un articulado firme. Existen tres propuestas distintas. Hasta que no se adopte un texto inicial parece prematuro hacer sugerencias.

Sin embargo debe recordarse que existen algunas convenciones multilaterales que impiden u obstaculizan el FNC. Por ejemplo, contra el FNC xenófobo, que discrimina contra la parte extranjera, se oponen los tratados siguientes: a) Convención para determinar la condición de los extranjeros en el territorio de las partes contratantes; b) Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; c) Declaración Universal de los Derechos Humanos, y d) Carta organizativa de la OEA<sup>43</sup>.

Es interesante considerar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos impide, no solo el FNC xenófobo, sino también el FNC que se aplica contra el litigante nacional. Efectivamente, el artículo 8 establece que “Toda persona tiene un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.” Conduce ello a la conclusión obvia que el litigante nacional no puede ser privado de su tribunal naturalmente competente por el FNC. Lógicamente este tratado es jerárquicamente superior a la doctrina de FNC, que es sólo de creación judicial. Tal supremacía de los tratados frente al derecho interno está no sólo en el derecho de cada país individualmente considerado, pero surge también de la Convención de Viena sobre el derecho aplicable a los tratados (Art. 27: una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado).

Ahora bien, si según el artículo 8 referido el FNC no puede aplicarse contra el litigante nacional, tampoco puede oponerse al litigante extranjero, por una simple aplicación del principio de igualdad procesal.

Más interesante aun resulta considerar los tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación, que EUA han firmado con diversas naciones. Estos tratados normalmente incluyen una cláusula que permite a los nacionales de un país litigar ante los tribunales del otro país<sup>44</sup>. Nuevamente, por ser esta cláusula parte de una convención internacional, no puede ser menoscabada por una norma de derecho interno, como lo es el FNC.

Lo importante de todo ésto es vigilar que la Convención de La Haya no haga peligrar los derechos procesales emergentes de otros tratados ya ratificados por naciones

<sup>42</sup> Jurisprudencia en este sentido existe en **Costa Rica, Panamá, Nicaragua, Ecuador y Guatemala**, en los cuatro primeros países se cuenta con fallos de la Corte Suprema. Leyes al respecto han sido promulgadas en **Ecuador, Dominica y Guatemala**. **PARLATINO** ha propiciado una ley modelo del mismo género. También, sustentando la tesis que las demandas radicadas en virtud del FNC no generan competencia, existen opiniones oficiales de las Procuradurías Generales de **Ecuador, Honduras, Nicaragua y Guatemala**. El apéndice del informe anterior incluye transcripciones de tales fallos, leyes y opiniones jurídicas, que además pueden consultarse en el *Diccionario jurídico Dahl/Dahl's law dictionary*, 3. ed., NY, 1999, p. 219–240 (versión en inglés) y p. 664–691 (versión en español).

<sup>43</sup> En el informe anterior (OEA/Ser.Q, CJI/doc.29/99) se transcriben los artículos que el FNC lesiona.

<sup>44</sup> Ver una discusión más detallada del tema en el documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.29/99, p. 13.

latinoamericanas. Para ello sería prudente que, la nación latinoamericana deseosa de ratificar la Convención de La Haya, incluyese con su ratificación una reserva. Tal reserva aseguraría que los derechos jurisdiccionales emergentes de otros tratados, en beneficio de los nacionales, no sean afectados por la Convención de La Haya<sup>45</sup>.

## V. Evaluación

De todo el material revisado, es el artículo 22 el que concentra los temas de mayor importancia. Su actual redacción no resuelve los tres problemas más graves del FNC: a) el avasallamiento del segundo juez por parte del primero, b) la falta de libertad que los actores tienen, en el segundo tribunal, para expresarse con franqueza y c) las desventajas inherentes al cobro resultantes de litigar fuera del domicilio del demandado.

Aun cuando el FNC “suspende” el procedimiento y envía a la actora a radicar una nueva demanda en el extranjero, el primer juez sigue inspirando un temor reverencial y controlando, como un fantasma, lo que ocurre ante el segundo tribunal. Extrapolando a términos de derecho sucesorio, ello se llamaría una manomuerta. En realidad se trata de una mano de hierro. El ferreo control que el primer juez retiene sobre lo que ocurre ante el segundo tribunal proviene, simplemente, de que los bienes de la demandada normalmente se encuentran en la primera jurisdicción, no en la segunda. La actora sabe que, para ejecutar los bienes del demandado necesariamente debe pasar de nuevo por el primer juez. De allí que el primer tribunal pueda, expresamente, imponer la obligación de apelar ante el segundo tribunal o que pueda, implícitamente, impedir que el actor sea sincero con el segundo tribunal. El actor se presenta ante el segundo tribunal constreñido, amordazado y acobardado.

Esta situación es procesalmente insalubre y debe combatirse. Es malo para el actor. También constituye una ofensa para el segundo tribunal, con quien el actor no puede ser sincero, por temor a las sanciones que posteriormente pueda imponer el primer juez.

La Convención no compensa adecuadamente al actor su pérdida de certeza en el cobro causada, por la transferencia del caso fuera del domicilio del demandado.

## VI. Soluciones propuestas

Los efectos nocivos del FNC podrían corregirse, en cierta medida, introduciendo el siguiente artículo en la Convención:

### ***Artículo 22 bis – Imperio del segundo tribunal***

#### **1. *El tribunal que suspende el procedimiento, según el artículo 22:***

- a) *carece de imperio ante la segunda jurisdicción, y***
- b) *se abstendrá de influir en o de juzgar la conducta de las partes ante el segundo tribunal. Por ejemplo, no podrá causar que las partes, cuando estén bajo la autoridad del segundo tribunal, apelen o dejen de apelar decisiones intermedias, que opongan o dejen de oponer determinados argumentos, etc..., y***

<sup>45</sup> Tal reserva podría decir algo como: “El Gobierno de la República de ... mantiene la posición que nada en esta Convención obstaculiza tratado bilateral o multilateral alguno que garantice a sus nacionales el acceso a tribunales extranjeros. El Gobierno de la República de ... clarifica que, bajo su sistema jurídico, todos los actos procesales, incluyendo la radicación de una demanda, deben resultar de la voluntad libre y espontánea del actor. Las demandas entabladas en la República, no por la voluntad libre y espontánea del actor pero bajo la presión, directa o indirecta, de autoridades extranjeras no generan competencia. El Gobierno de la República de ... clarifica además que en materia de acciones personales el actor tiene el derecho de entablar la demanda ante los tribunales domiciliarios del demandado (actor sequitur forum rei), siempre que tales tribunales sean competentes según su propio derecho.”

- c) **deberá aceptar como concluyente cualquier decisión firme del segundo tribunal en cuanto al derecho de tal país - por ejemplo, un fallo de incompetencia- sin poder imponer como condición que tal decisión deba provenir de una instancia específica como tribunal de alzada o Corte Suprema.**
2. **Cuando el actor, en seguimiento de una sentencia basada en el artículo 22, párrafo 1, radica una demanda ante el segundo tribunal,**
- a) **este segundo tribunal puede ordenar a la demandada que constituya una fianza suficiente para satisfacer cualquier sentencia que dicte. Si la demandada solvente se negase a constituir la fianza, el tribunal tendrá por probados los hechos alegados por la actora y dictará sentencia acordemente. Esta sentencia será ejecutable ante la primera jurisdicción,**
- b) **las partes quedan enteramente sujetas a la ley del segundo tribunal. Permanecen bajo cualquier obligación existente de buena fe y de lealtad hacia tal tribunal, la que no podrá ser disminuida o amenazada por ninguna disposición, emergente del primer tribunal. Si el actor piensa que el segundo tribunal es incompetente, o que su competencia es dudosa, puede arguir tales extremos libremente, sin que el primer tribunal pueda penalizarlo por ello,**
- c) **el primer tribunal no puede considerar, errores o anomalías de procedimiento supuestamente ocurridos ante el segundo tribunal, sin contar con una sentencia firme en la que el segundo tribunal constate la existencia de tal error o anomalía.**

**Artículo 22 bis (1) – Imperio del segundo tribunal**

Lo que aquí se persigue es impedir que el primer tribunal avasalle al segundo. Se trata de evitar también que el primer juez obligue a las partes a apelar –o a abstenerse de apelar- decisiones del segundo tribunal. Las partes deben mantener la libertad de apelar o no las decisiones del segundo tribunal, según les plazca y de acuerdo con el derecho del segundo país. No es jurídicamente correcto, ni políticamente tolerable, que el juez de un país controle o decida sobre actos procesales que se desarrollan en otro país.

**Artículo 22 bis (2) (a) – Fianza ante el segundo tribunal**

Esta norma ya está prevista en el actual artículo 22 (4), pero facultando sólo a primer tribunal a imponer la fianza. No hay razón alguna para que el segundo juez no pueda hacer lo mismo.

En la práctica contemporánea el demandado promete al primer tribunal que se someterá a la competencia del segundo, pero aclara que se reserva el derecho de impugnar una sentencia firme del segundo tribunal, ante el primer tribunal y por razones jurídicas del primer país. En estas condiciones el segundo tribunal no tiene, en la práctica, imperio alguno sobre el demandado. La forma de corregir esta situación es imponiendo la fianza.

Otra ventaja de la fianza es que permite la ejecución directa de la sentencia por el segundo tribunal, evitando el lardo y costoso trámite de la ejecución en el extranjero.

En definitiva la fianza corrige una de las distorsiones producidas por el FNC. Mediante el FNC, el demandado desplaza el proceso del lugar donde tiene sus bienes (su domicilio) hacia una jurisdicción donde no tiene nada para perder (el domicilio del actor). El demandado que constituye fianza ante el segundo tribunal queda, ahora sí, bajo el imperio efectivo ese juez. Una sentencia condenatoria firme de ese país no puede ser ya impugnada ante jueces extranjeros y por causales de derecho extranjero. En otras palabras, estamos frente a un juicio serio. La fianza elimina las posibilidades de jugarretas procesales por parte de la demandada.

### ***Artículo 22 bis (b) – Soberanía del segundo tribunal***

El objetivo de esta norma es asegurar la independencia del segundo tribunal y la imposibilidad del primero de dictar las pautas procesales que se seguirán en el segundo país. De otro modo, el segundo tribunal se constituye en un inferior jerárquico del primero.

Difícil es sostener que el deber de buena fe y de lealtad hacia el segundo tribunal están subordinados a lo que el primero determine. También parece ético, lógico y jurídico que, si el actor piensa que el segundo tribunal es incompetente, pueda así expresarlo sin temor a represalias por el primer tribunal.

En definitiva, lo que el artículo propuesto persigue es darle ciertas garantías al actor y evitar que el primer tribunal avasalle la actuación del segundo tribunal. En otras palabras, si el FNC traslada el juicio de una jurisdicción a otra, que el segundo juicio sea serio y no una versión disminuida del primero.

### ***Artículo 22 bis (2) (com) – Independencia del segundo tribunal***

Se busca aquí terminar con la estrategia dilatoria e intimidatoria de utilizar al primer tribunal como superior de alzada del segundo para actos interlocutorios. En casos anteriores de FNC se ha visto como sentencias latinoamericanas de incompetencia, aun provenientes de la Corte Suprema respectiva<sup>46</sup>, eran cuestionadas por las demandadas ante el primer tribunal. Algunas de las razones alegadas eran que el juicio se había entablado en la capital del país cuando debería de haberse radicado en una provincia, que se había citado tal artículo del código de procedimientos en lugar de tal otro, etc.

Estos estratagemas hacen perder enorme tiempo y dinero, siendo perfectamente capaces de atrofiar el proceso. Además, si las demandadas piensan que la actora ha cometido errores procesales ante el segundo tribunal, justo es que esas demandadas se quejen ante tal segundo tribunal –donde supuestamente ocurrió el error- y no ante el primero.

## **VII. Contenido restante de la convención**

El resto de la Convención escapa al contenido de este informe, por lo cual sólo se mencionará someramente. Un rápido análisis revela que su articulado resulta compatible con el derecho latinoamericano. Por ejemplo, la Convención sólo se aplica al derecho civil y comercial. Areas sensibles como capacidad de las personas, obligaciones alimentarias, régimen matrimonial y otras quedan expresamente excluidas.<sup>47</sup> Ciertas materias, tradicionalmente sujetas a la soberanía de un Estado se hallan también fuera del ámbito de la Convención, vg. derechos reales o validez de inscripciones en registros públicos<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Ver sección VIII, abajo.

<sup>47</sup> Arts. 1 y 2.

<sup>48</sup> Art. 12.

En materia contractual la Convención acepta el tribunal elegido por las partes<sup>49</sup>, lo que es moneda corriente en Latinoamérica. Igualmente, cuando el demandado presenta defensas de fondo sin discutir la competencia del tribunal, tácitamente se somete al mismo<sup>50</sup>. El consumidor se ve protegido pues sólo se le puede demandar antes los tribunales de su domicilio, pero él tiene más de un foro a su disposición cuando es actor<sup>51</sup>. Las medidas cautelares deben entablarse ante el tribunal que entiende en la causa principal<sup>52</sup>. Las bases jurisdiccionales sin nexo substancial con el caso no pueden utilizarse para fundamentar la competencia<sup>53</sup>. Así, por ejemplo, no puede basarse la competencia exclusivamente en la nacionalidad del actor<sup>54</sup> o en la del demandado o en el hecho de haber sido notificado el demandado en un Estado en particular<sup>55</sup>. La litispendencia desempeña un rol moderado<sup>56</sup>.

La última parte de la Convención trata el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras<sup>57</sup>. Algunos de estos artículos todavía se encuentran en proceso de redacción, desconociéndose por el momento cual será el texto final. Sin embargo, se advierte que también en esta parte la Convención ha optado por la vía de la moderación y el respeto hacia las diversas legislaciones nacionales. Por ejemplo, entre los motivos para rechazar la ejecución de una sentencia extranjera se incluye el hecho que “*la sentencia emane de un procedimiento incompatible con los principios procesales fundamentales del Estado requerido, incluyendo el derecho de cada parte a ser oída por un tribunal imparcial e independiente*”<sup>58</sup>.

### VIII. Independientemente de la Convención se justifica una fianza

**Sumisión simulada.** Para los países que consideren tener competencia en casos de FNC, una solución para combatir las injusticias de esta doctrina es imponer una fianza a la demandada, por el valor de la suma reclamada<sup>59</sup>. La fianza se justifica ampliamente por lo siguiente:

- a. Los demandados desplazan el juicio de la jurisdicción donde son solventes, a otra jurisdicción donde no tienen bienes.
- b. Prometen al juez del juicio original que se someterán a la competencia del tribunal del segundo país. Pero al así estipular, lo hacen no incondicionalmente, sino con reservas. Típicamente se reservan el derecho a impugnar (en EUA) la sentencia final y firme del tribunal extranjero, por causales del derecho estadounidense<sup>60</sup>.
- c. Esta “sumisión” al tribunal extranjero, con reservas, es considerada válida por el derecho estadounidense<sup>61</sup>.

49

Art. 4.

50

Art. 5.

51

Art. 7.

52

Art. 13.

53

Art. 18.

54

Como lo dispone actualmente el derecho francés (Cod. Civ., art. 14 ).

55

Como lo dispone actualmente el derecho estadounidense.

56

Art. 21.

57

Arts. 23-41.

58

Art. 28, par. (c).

59

Así, por ejemplo, lo ha hecho ya **Guatemala**. Ver texto de la ley en el informe anterior.

60

Como ejemplo, se transcribe la reserva hecha por una de las demandadas en el caso *Gerardo Dennis Pratricksen y Otros v. Dole Food Company, Inc. y Otros*, causa Nr. 97-0156, ante el Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito de **Hawái**: “*La demandadas Dole acuerdan satisfacer una sentencia final (V.g. una sentencia contra la cual toda apelación ha sido agotada) dictada en su contra en un Juicio Extranjero y en favor de los actores. Sin embargo, las demandadas Dole se reservan el derecho de impugnar tal sentencia si fué obtenida mediante fraude, sin el debido proceso legal, o sin haberse dado a las demandadas Dole notificación suficiente del proceso. Caso Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, 809 F.2d. 195, 205 (2d Cir. 1987). Adicionalmente, las demandadas Dole se reservan el derecho de impugnar cualquier sentencia que resulte de una “Ley de Proscripción o ley aplicada retroactivamente”, o sus equivalentes. Constitución Estadounidense, art. I, Sección 3, cláusula 3.” (Énfasis agregado).*

61

Ver, por ejemplo, la resolución del Juez de **Hawái**, en el mismo caso Pratricksen, mencionado arriba y fechada en marzo 8, 1999: “*Los Demandados acuerdan satisfacer cualquier sentencia firme dictada en su contra y en favor de*

**Se burla el derecho de los actores.** La estrategia descrita permite burlar fácilmente los derechos de los actores que ganen el juicio en el segundo país. Al querer ejecutar la sentencia en la jurisdicción donde están los bienes, los demandados simplemente pueden alegar (ante el juez del primer país) algunas de las causales (del derecho del primer país) que se habían reservado. Ello es injusto para los actores. Estos pierden certeza en el cobro y quedan obligados a litigar en el segundo país con la preocupación de no contravenir reglas del primer país, que mayormente desconocen, y que son de fácil manipulación para un abogado extranjero. Por ejemplo, si una audiencia interlocutoria en Argentina la toma el Secretario del Juzgado en vez del Juez, se viola con ello el debido proceso (*due process*) de EUA? Y si la audiencia la toma el Oficial Primero? Y si en los cinco años que puede durar un juicio en Brasil se reforman las leyes procesales, se considera ello como ley de proscripción (*bill of attainder*)? Son preguntas que ni siquiera tendríamos que formularnos, mucho menos preocuparnos por ellas. Sin embargo, el FNC unido a la posibilidad para la demandada de impugnar sentencias firmes del segundo país, crea todas estas dudas.

**La solución.** Los códigos procesales latinoamericanos contemplan todos que, cuando existe el peligro fundado para que una parte burle los derechos de la otra, el tribunal pueda ordenar una medida precautoria, por ejemplo una fianza<sup>62</sup>. Sería ésta una medida que traería un cierto equilibrio al proceso y, más importante aun, evitaría en la práctica que el demandado extranjero se someta a la competencia del segundo tribunal “con reservas”. La fianza anula tales reserva y devuelve al segundo proceso un elemento existente en el juicio original: un tribunal en cuya jurisdicción el demandado tiene bienes.

## IX. Conclusión

El FNC no puede ser exportado a Latinoamérica cuando viola el derecho de esos países. Un tratado multilateral podría solucionar los serios problemas que el FNC causa cuando se lo internacionaliza.

La Convención no rectifica los problemas ni las injusticias del FNC. Las soluciones brindadas por el artículo 22 son ingenuas e inoperantes. Sin embargo, la Convención tiene el mérito –nada desdeñable– de poner en marcha un sistema susceptible de mejorar la situación actual.

Como se ha sugerido, las fallas del presente artículo 22 pueden corregirse perfectamente. Una forma de hacerlo sería incorporando los principios mencionados en el artículo 22 bis propuesto. Si tales reformas fuesen introducidas, resultaría conveniente para los Estados latinoamericanos ratificar la Convención.

La Convención se halla ahora en estado de discusión y debates. Antes de proponer un tratado independiente resulta prudente observar si el texto final mejora la presente versión.

---

*los actores extranjeros, en un juicio extranjero. Los Demandados propugnan retener el derecho a impugnar tal sentencia si fué obtenida por fraude, sin el debido proceso legal, o sin notificación suficiente del procedimiento. Además, los demandados se reservan el derecho de impugnar cualquiera de esas sentencias que resultasen de una ley de proscripción o de una ley retroactiva. (ver, por ejemplo, Acuerdo del Demandado Dole, párrafo 5). Parecería que los Demandados han opuesto estos argumentos para preservar las defensas usuales, contra una sentencia extranjera, bajo los principios de cortesía [comity]. Ver, en general, In Re Union Carbide, 809 F. 2d. 195, 205-6 (2d Cir. 1987).*

**Los principios generales de cortesía permiten que los demandados en una ejecución de sentencia extranjera opongan las defensas de fraude, falta de debido proceso, y falta de notificación suficiente. Ver idem. Este Tribunal no pretende que los Demandados queden obligados por una sentencia firme obtenida por fraude, sin el debido proceso legal, o con falta de notificación suficiente.** (Énfasis agregado).

*Aun siendo improbable, si los Demandados fuesen capaces de demostrar que el fallo obtenido por los Actores fué el resultado de un acto legislativo, no judicial, podrían oponer, similarmente, las defensas de ley de proscripción o de ley retroactiva, bajo los principios de cortesía.”*

<sup>62</sup> Por ejemplo, los códigos de **Brasil** (art. 798), de **Costa Rica** (art. 242), de **Guatemala** (art. 530), **Panamá** (art. 558), etc...

Dado que los temas en cuestión son de gran importancia práctica, sería conveniente que las naciones latinoamericanas acreditadas ante la Convención, o que puedan influir de alguna manera en ella, traten de lograr un texto final más justo.

#### 4. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional

##### Resoluciones

CJI/RES.1 (LVI-O/00): *Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional*

CJI/RES.14 (LVII-O/00): *Derecho de competencia en las Américas*

##### Documento

CJI/doc.23/00: *Elementos para una propuesta de incluir el derecho de competencia como tema a ser estudiado por el Comité Jurídico Interamericano* (presentado por el doctor João Grandino Rodas)

Durante el LVI período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Washington, D.C., marzo, 2000), el doctor Jonathan Fried, relator del tema, presentó un informe verbal realizando un recuento de los antecedentes del tema en el seno del Comité Jurídico. Señaló que era prematuro presentar informes escritos adicionales sin antes evaluar los resultados de la Reunión de Ministros de Comercio de las Américas y de la Tercera Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio. Consideró que lo más aconsejable era pedir a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos que entable consultas directamente con la Unidad de Comercio de la OEA para identificar aquellos temas que requieren de mayor análisis por parte del Comité Jurídico Interamericano de modo de servir mejor a los negociadores del Tratado de Libre Comercio de las Américas.

En atención a ello, el Comité Jurídico Interamericano aprobó la resolución CJI/RES.1 (LVI-O/00), *Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional*, mediante la cual resuelve continuar con el análisis del tema en su próximo período ordinario de sesiones tomando en consideración los acontecimientos relevantes en los planos mundiales y regionales y fortalecer su cooperación con la Unidad Especial de Comercio de la Secretaría General de la Organización, prestarle su apoyo con respecto a estos asuntos, y solicitar a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos que lleve a cabo consultas sobre las maneras y los medios de hacerlo.

A continuación se transcribe el texto de la resolución antes citada.

##### CJI/RES.1 (LVI-O/00)

#### DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA INTEGRACIÓN Y DEL COMERCIO INTERNACIONAL

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

ACOGIENDO CON BENEPLÁCITO los resultados de la Reunión de Ministros de Comercio de las Américas, celebrada en Toronto, Canadá, del 1 al 4 de noviembre de 1999;

OBSERVANDO que la Tercera Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio no llegó a un acuerdo sobre el lanzamiento de la nueva ronda de negociaciones de comercio multilateral;

REAFIRMANDO la contribución positiva de la liberalización del comercio y las inversiones para el desarrollo y crecimiento económico en las Américas, inclusive por medio de acuerdos bilaterales y subregionales;

RECORDANDO la importancia de fortalecer el régimen de derecho en las relaciones comerciales internacionales;

HABIÉNDOSE BENEFICIADO en su período actual de sesiones de un amplio intercambio de opiniones al respecto,

RESUELVE:

1. Continuar con el análisis de la dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional en su próximo período ordinario de sesiones tomando en consideración los acontecimientos relevantes en los planos mundiales y regionales.

2. Fortalecer su cooperación con la Unidad Especial de Comercio de la Secretaría General de la Organización, prestarle su apoyo con respecto a estos asuntos, y solicitar a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos que lleve a cabo consultas sobre las maneras y los medios de hacerlo.

Asimismo, durante su LVII período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí el documento CJI/doc.23/00, *Elementos para una propuesta de incluir el derecho de competencia como tema a ser estudiado por el Comité Jurídico Interamericano*, preparado por el doctor João Grandino Rodas.

Según el doctor Grandino Rodas, el Comité Jurídico Interamericano, con este estudio, podrá sugerir a los Estados miembros de la OEA diferentes alternativas para garantizar la protección de las estructuras de libre mercado en un mundo globalizado. Indicó que se trata de un tema de derecho comercial y económico, y que el Comité Jurídico ya había realizado intensos estudios en esta materia en el pasado, siendo importante volver a incluir en la agenda un tema de esta naturaleza. Sugirió hacer una recopilación de las normas sobre derecho de competencia en las Américas para visualizar el estado de la cuestión actual y hacer el informe final respectivo. En un momento posterior, señaló el doctor Grandino Rodas, el Comité Jurídico podrá participar en la discusión de cómo el derecho de competencia puede ser perfeccionado en la región.

Los miembros del Comité Jurídico Interamericano indicaron que éste era parte del tema general de la integración y que afecta todos los campos del comercio internacional, y que por lo tanto su análisis debía realizarse dentro de este marco. También se señaló que era imprescindible una consulta inicial a los Estados miembros, por ser una materia relevante y crítica para los distintos procesos de integración.

En el marco de las discusiones sobre este tema se dejó en claro que existen cuatro dimensiones en el área del derecho de competencia a ser tomadas en cuenta.

Las dos primeras se relacionan con la sustancia en sí y tienen que ver con los llamados planos vertical (relación entre el proveedor y las entidades que finalmente distribuirán o venderán un determinado producto) y horizontal (relación entre partes que realizan la misma actividad). Sobre el particular, se subrayó la importancia de tener en cuenta esta distinción al momento de observar y analizar las leyes que regulan la materia. La tercera dimensión tiene que ver con la cuestión de la jurisdicción y particularmente con la pregunta de cuál es el alcance de una determinada legislación, en especial si se intenta aplicar fuera de las fronteras de un país. La cuarta dimensión está relacionada con la cooperación internacional. En conclusión se recomendó decidir, antes de iniciar cualquier trabajo futuro, si se quiere trabajar en una sola o en las cuatro dimensiones antes señaladas.

Finalmente el Comité Jurídico Interamericano adoptó la resolución CJI/RES.14 (LVII-O/00), *Derecho y política de competencia en las Américas* mediante la cual decide incorporar en su agenda el tema del Derecho de Competencia en las Américas como parte del tema de Dimensión Jurídica de la Integración y del Comercio Internacional, designando como co-relatores a los doctores João Grandino Rodas y Jonathan Fried. Asimismo, se solicitó a los relatores, a la luz de los importantes estudios y aportes realizados, que lleven a cabo el análisis preliminar de las leyes y reglamentos sobre competencia existentes en los Estados miembros enfatizando, primordialmente, las restricciones horizontales y verticales, compañías estatales e industrias reguladas; y los aspectos internacionales tales como los carteles de exportación, definición de los mercados más importantes, capacidad para cooperar en el intercambio de información e investigación, y los límites de la jurisdicción. También se decidió analizar en el próximo período ordinario de sesiones, con base en los estudios preliminares, las opciones disponibles para llevar a cabo otros estudios sobre este tópico.

A continuación se transcribe el texto de la resolución mencionada y del documento presentado por el doctor João Grandino Rodas.

**CJI/RES.14 (LVII-O/00)**

**DERECHO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LAS AMÉRICAS**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

RECONOCIENDO que el crecimiento económico de los países de las Américas continúa dependiendo, en gran parte, de la actividad económica, y que los beneficios obtenidos con dicha actividad encuentran su maximización en un escenario que protege y promueve la competencia fundada en el mercado;

OBSERVANDO que, en las negociaciones del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, los participantes se comprometieron a “garantizar que los beneficios resultantes del proceso de liberalización, ALCA, no se vean afectados negativamente por prácticas comerciales anticompetitivas”, y “desarrollar mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de políticas de competencia que garanticen la puesta en vigor de los reglamentos que tratan de la competencia entre los países del Hemisferio y al interior de los mismos”;

RECONOCIENDO la valiosa labor ya concluida por el Comité Tripartito, formado por la Unidad de Comercio de la OEA, el Banco Interamericano de Desarrollo, y la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre el tema;

RECORDANDO que la Asamblea General ha exhortado al Comité Jurídico Interamericano a continuar estudiando las diferentes dimensiones de los aspectos jurídicos de la integración y el mercado libre en las Américas;

HABIENDO CONSIDERADO la propuesta preliminar presentada por el doctor João Grandino Rodas: *Elementos para una propuesta de incluir el 'Derecho de Competencia' como tema a ser estudiado por el Comité Jurídico Interamericano* (OEA/Ser.Q CJI/doc.23/00),

RESUELVE:

1. Incorporar en el temario del Comité Jurídico Interamericano el tema del Derecho de Competencia en las Américas como parte del tema de la Dimensión Jurídica de la Integración y del Comercio Internacional.

2. Designar a los doctores João Grandino Rodas y Jonathan T. Fried como relatores de dicho tema.

3. Solicitar a los relatores, a la luz de los importantes estudios y aportes realizados, que lleven a cabo el análisis preliminar de las leyes y reglamentos sobre competencia existentes en los Estados miembros enfatizando, primordialmente, los siguientes enfoques:

- a) restricciones horizontales y verticales, compañías estatales e industrias reguladas; y
- b) aspectos internacionales tales como los carteles de exportación, definición de los mercados más importantes, capacidad para cooperar en el intercambio de información e investigación, y los límites de la jurisdicción.

4. Analizar en su próximo período ordinario de sesiones, con base en los estudios preliminares, las opciones disponibles para llevar a cabo otros estudios sobre este tópico.

**CJI/doc.23/00**

**ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA DE INCLUIR  
“DERECHO DE COMPETENCIA” COMO TEMA A SER ESTUDIADO  
POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(presentado por el doctor João Grandino Rodas)

Con la globalización de la economía, los procesos de privatización y la reducción de las barreras arancelarias, el papel del Derecho de Competencia está adquiriendo una importancia creciente. Esto resulta porque ahora, el aumento y el propio mantenimiento del comercio internacional así como el íntegro funcionamiento de los mercados nacionales, dependen en gran parte de la prevención y la represión de actos que limiten la competencia. Prácticas como la división de los mercados o fijación de precios a través de carteles internacionales, así como las restricciones verticales que impiden la entrada de proveedores nacionales o internacionales en los nuevos mercados, tienen el efecto pernicioso de que, si no llegan a anular, por lo menos sí llegan a restringir los sorprendentes beneficios que resultan del libre comercio, y a disminuir el bienestar económico en el ámbito nacional.

Es por estas y otras razones, que la importante obra conjunta realizada por el Banco Mundial y la OCED, intitulada *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, subraya que “*Indeed, the case can be made that competition policy should be viewed as the fourth cornerstone of government economic framework policies along with monetary, fiscal and trade policies*”<sup>1</sup>.

Reconociendo este hecho, el *Informe de Inversiones* de 1997 de la UNCTAD/CNUMAD, precisamente hace hincapié sobre el hecho de que hoy existen más de 70 países con leyes de competencia, en contraste con los menos de 40 que existían hasta los años ochenta”<sup>2</sup>.

Consecuentemente, dicha situación exige un profundo análisis del contenido de las leyes vigentes que defienden la competencia, así como de las consecuencias que ejercen respecto a la regulación jurídica de la economía. Se torna necesario, entonces, realizar un cotejo entre estas leyes de competencia y sus finalidades e instrumentos, ya que pueden poseer importantes diferencias causadas, ya sea por el sistema jurídico en que se insertan (*derecho civil o common law*), o por las relaciones que tengan con otros ramos del poder jurídico. De hecho, mientras que la Ley Brasileña de Defensa de la Competencia —Ley n° 8.884, del 11 de junio de 1994— adopta un enfoque de Derecho Económico, también prevé un órgano igualmente regido por las normas del Derecho Administrativo e impone, en los casos omisos, la aplicación subsidiaria del Código de Proceso Civil, la legislación norteamericana —de la cual la *Ley Sherman* de 1980 es un buen ejemplo— y tiene, nítidamente, una relación con el Derecho Penal. Obviamente, esta diferencia no es irrelevante y puede ejercer enormes consecuencias prácticas, en su carácter de patrón de prueba utilizado y aceptado al juzgar un probable cartel, donde el eslabón de unión de las empresas que en él participasen, sería apenas un paralelismo de conductas imposibles de explicar apenas por medio de la lógica económica.

También se hace necesario realizar un análisis perspicaz de estas leyes para determinar, justamente, cuál es el bien jurídico principal que pretenden proteger. Dicha tarea, que aparentemente parece simple, debe tomar en consideración las diferencias de los intereses jurídicos. Por consiguiente, el Poder Judicial, que desempeña un papel fundamental en la defensa de la competencia al buscar una solución justa y equitativa, ya sea como instancia recursal de las decisiones de los órganos administrativos adjudicatorios, o como única instancia, debe dirimir el conflicto señalado por Luis Tineo, asesor legal de la Unidad de Comercio de la OEA, mencionado a continuación:

*Para los individuos el valor a proteger es el derecho a la libertad económica, mientras que para la sociedad el valor a proteger es que las decisiones de los individuos en torno al qué, cuánto, cómo y a qué precio se producen los bienes en la economía se determine en forma eficiente, independiente y en condiciones de competencia efectiva.*

Otra diferencia importante que puede existir en esas leyes de defensa de la competencia, y que merece ser analizada, es la adopción de un criterio *per se* en la punición de potenciales antitrusts ilícitos, o el uso de la “regla de la razón”. El criterio *per se* está fundamentado en el entendimiento de que cualquier acción concertada entre la competencia resultaría en una reducción de la producción y, consecuentemente, en el aumento de los precios al consumidor. Por ende, en el modelo *per se* —aplicado originalmente en los Estados Unidos— se considera suficiente constatar la ocurrencia de la práctica concertada para que se la declare ilegal y sea punida. En contrapartida, el modelo de la regla de la razón trata de considerar las eventuales eficiencias que algunas prácticas

<sup>1</sup> Cita de un capítulo escrito por R. Shyam Khemani (*Project Director*), p. 8

<sup>2</sup> Conforme subrayado por Gesner Oliveira en *Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul*, texto publicado en la serie *Idéias e Debates* (n. 7) del Instituto Teotônio Vilela (Brasília, 1998), p. 6.

podrían traer potencialmente a la economía. En este sentido, prácticas como la concentración económica, los acuerdos verticales y hasta los abusos de posición dominante, podrían llegar a ser autorizados por el órgano de defensa de la competencia siempre y cuando, sin implicar en la eliminación de la competencia en parte substancial del mercado importante tengan por efecto, por ejemplo, aumentar la productividad de las empresas, mejorar la calidad de sus bienes o servicios, propiciar la eficiencia y el desarrollo tecnológico o económico.

Además de estas importantes y ya clásicas cuestiones, que aún no han sido solucionadas, en el Derecho de Competencia existen nuevos problemas que deben ser dirimidos<sup>3</sup>. Consecuentemente, la relativa incapacidad de las jurisdicciones nacionales en controlar y punir efectivamente a los carteles internacionales y fusiones de ámbito mundial, así como los nuevos mecanismos de defensa de la competencia previstos por procesos de integración económica como la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones (el "Pacto Andino") y el Mercosur merecen ser profundamente analizados. El primer punto tiene un vínculo directo con el intrincado tema de la aplicación extraterritorial de las legislaciones antitrust, y con la suscripción de protocolos de cooperación técnica con entidades congéneres por parte de las agencias de defensa de la competencia. Por otra parte, la segunda cuestión, abre camino para el análisis de las especificidades y objetivos de las normas de defensa de la competencia, previstas en los Tratados que constituyen aquellas organizaciones internacionales.

En lo que atañe a este punto, es importante recalcar que la constitución de zonas de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes – debido a la mayor libertad de circulación de servicios, personas y capitales que implican – presentan importantes retos para el Derecho de la Competencia. De hecho, son dignos de mención los siguientes cuestionamientos identificados por el Profesor Phedon Nicolaidis, del Instituto Europeo de Administración Pública, durante el transcurso del seminario "Política de Competencia e Integración: opciones y necesidades":

*Por ejemplo, el levantamiento de las barreras comerciales puede permitir a un producto extranjero ganar una posición dominante en el mercado, mientras que el levantamiento de las barreras de las inversiones puede permitir que empresas extranjeras adquieran empresas nacionales lo cual hace más concentrado el mercado interno. También es posible que las empresas extranjeras bajo un sistema de carteles extiendan sus prácticas colusivas al mercado interno. De modo que, aún si el mercado interno es competitivo, el comercio interno y las inversiones pueden generar distorsiones de la competencia.*

*Si los países tienen como punto de partida mercados protegidos que son oligopólicos, o donde las redes de distribución están controladas por unas pocas empresas, la reducción de las barreras comerciales o las inversiones pueden realmente llegar a inducir a las empresas a coludir de modo a dejar del lado de afuera, a los productos y empresas extranjeras. Además, la liberalización recíproca sobre una base preferencial, también puede inducir a la colusión transfronteriza. En casos donde la colusión no se trató de alcanzar porque los mercados estaban protegidos, podría convertirse en una opción tentadora para las empresas que quieren mantener la segmentación del*

<sup>3</sup> Sobre la importancia del Derecho en general para la consecución de los objetivos de integración regional, es interesante recordar la lección de Pierre Pescatore, eminente juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el sentido de que "... el desarrollo de la construcción se ha beneficiado ampliamente de dos características complementarias del derecho comunitario, a saber: la estabilidad de sus bases constitutivas, que han creado un punto de partida y un fundamento sólido, y el dinamismo de su sistema legislativo, puesto en valor, a su vez, por los procedimientos de interpretación de la Corte de Justicia. No dudo en afirmar que el papel del derecho es capital, y aún más, indispensable para las necesidades de un proceso de integración" (el subrayado es nuestro). Vea el artículo "La importancia del derecho en un proceso de integración económica". In: *Derecho de la Integración*, INTAL, n. 15, 1974, p. 21.

*mercado. Su colusión preservaría, de hecho, las barreras comerciales pero en una forma diferente y menos visible. De modo que para los países con estructuras de mercado que se apartan desde el comienzo del ideal competitivo, existe por cierto la necesidad de normas de competencia y esa necesidad puede ser más fuerte a medida que se levantan las barreras comerciales y de las inversiones*<sup>4</sup>.

De la misma manera, al tratarse específicamente del Derecho de Competencia en el ámbito del Mercosur, Mauro Grinberg indaga:

- a) como enfrentar o problema de uma empresa paraguaia que vende um produto a uma empresa uruguaia e depois recusa-se a vender peças de reposição para o produto vendido? b) o que fazer quando uma empresa brasileira vende um produto a uma empresa argentina e posteriormente só autoriza uma determinada oficina a prestar assistência técnica a esse produto, eliminando assim a concorrência entre os prestadores de serviços argentinos? c) e quanto ao *dumping*, que é, basicamente, a venda de produtos por preços bem abaixo dos praticados no país da empresa vendedora, como proceder?<sup>5</sup>.

Fue justamente con el objetivo de solucionar estas cuestiones, que la experiencia de la integración comunitaria europea brindó importantes contribuciones al estudio del Derecho de Competencia, dignas de mención. La primera, es el expreso reconocimiento otorgado por el Tratado de Roma<sup>6</sup>, que constituyó la Comunidad Económica Europea, sobre la posibilidad de que los subsidios estatales a agentes económicos ejerzan el poder de distorsionar las condiciones de competencia en los mercados. La segunda, es la importante discusión sobre los objetivos del Derecho de Competencia en experiencias de integración regional, cuyos mercados únicamente se integrarán de hecho, si sus agentes económicos tuvieran libre acceso a ellos. Así la legislación de defensa de la competencia, sumada a los tradicionales objetivos de la legislación antitrust, también tiene el deber, en los procesos de integración regional, de garantizar el “libre acceso” a los mercados de los Estados Partes. Por ese motivo, conforme destaca Richard Whish, tanto la jurisprudencia administrativa de la Comisión Europea como la judicial del TJCE ha sido enfática al vedar la “protección territorial absoluta”:

*In EEC law generally, one of the prime aims of the Commission and Court is to ensure that goods and services can be sold throughout the Community, unimpeded by obstacles to trade imposed by Member States or erected by private undertakings. In particular, the Community authority will endeavour to ensure national markets do not become impregnable to ‘parallel imports’ from other Member States: a producer of widgets can agree to sell his products only to distributor X in France, but he cannot go further and agree to ensure that no-one else will ever import his widgets into France. This would be to confer absolute territorial protection on X, meaning that he would face no intra-brand competition from parallel goods at all. Only in the rarest of circumstances would this be permitted*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Veá, del mismo autor, el artículo *Políticas de competencia en el proceso de integración económica: análisis de las formas y límites de la cooperación*, publicado en el libro del Seminario “Política de Competencia e Integración: opciones y necesidades”, realizado del 8 al 10 de septiembre de 1997 en Montevideo, Uruguay, en la sede del Centro de Formación para la Integración Regional – CEFIR. Debemos resaltar que la expresión “levantar barreras comerciales” debe leerse como “retirar barreras comerciales”.

<sup>5</sup> Veá *A concorrência entre empresas perante o Mercosul: enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação anti-truste*. In *Revista de Direito Mercantil*, n. 89, p. 82.

<sup>6</sup> De acuerdo a ese Tratado, y las enmiendas recibidas en 1992 en Maastricht, uno de los instrumentos para la consecución del ideal del mercado común será precisamente “*a system ensuring that competition in the internal market is not distorted*” (artículo 3º, g). Dicho sistema que se encuentra en el texto del propio Tratado (arts. 85 a 94) y en Reglamentos posteriores (como el Reg. 17/62, referente a procesos administrativos) consecuentemente tendrá la función de garantizar, dentro de los términos del artículo 7º-A del Tratado CE, la existencia de un espacio “sin fronteras internas en el cual está asegurada la libre circulación de las mercancías, personas, servicios y capitales”.

<sup>7</sup> Vide *Competition Law*, Butterworths, Londres, 3. ed., 1993, p. 46.

Finalmente, una cuestión importante que nos trajo la experiencia europea cuanto a la integración regional, se refiere a la relación que existe entre las autoridades comunitarias y las agencias nacionales de defensa de la competencia. Hubo extensas discusiones en el seno de la Unión Europea – y probablemente esto también llegue a ocurrir en el Mercosur<sup>8</sup> y en el Pacto Andino – sobre la división de competencias entre dichos órganos, primordialmente si se toman en cuenta los criterios *ratione loci e ratione materiae*<sup>9</sup>. La conclusión a que arribó la Unión Europea a este respecto, con la salvedad de algunos casos de protección territorial absoluta y otros excepcionales, es que la competencia de la autoridad comunitaria sólo estará configurada cuando la práctica antimonopólica provoque un “efecto sensible” sobre la competencia y afecte las relaciones comerciales entre dos o más Estados miembros. De esta forma, la tendencia de la jurisprudencia comunitaria europea ha sido – principalmente después de la inclusión del Principio de Subsidiariedad” previsto por el Tratado de Maastricht en aquel reglamento –, la de reconocer la competencia de la Comisión Europea en casos de prácticas anticompetitivas sobre importantes mercados geográficos transfronterizos.

De lo antedicho podemos observar que los importantes retos al Derecho de Competencia emanan de los procesos de integración regional. No obstante, debemos señalar que otra de las consecuencias de la globalización, es el aumento de las prácticas de carteles internacionales y de fusiones de ámbito mundial, de tal manera que importantes conceptos jurídicos como el de “*positive comity*” comienzan a formar parte de los acuerdos de asistencia y cooperación técnica mantenidos por agencias nacionales y – en el caso de la Unión Europea que posee un respetable acuerdo de cooperación con los Estados Unidos - comunitarias de defensa de la competencia. En el punto relativo al “*positive comity*”, este acuerdo dispone justamente que “*The competition authorities of a Requesting Party may request the competition authorities of a Requested Party to investigate and, if warranted, to remedy anticompetitive activities in accordance with the Requested Party’s competition laws. Such a request may be made regardless of whether the activities also violate the Requesting Party’s competition laws, and regardless of whether the competition authorities of the Requesting Party have commenced or contemplate taking enforcement activities under their own competition laws*”<sup>10</sup>.

Conforme recalcado por el Director General de Competencia de la Comisión Europea, el valor de este acuerdo reside en el hecho de que “*it represents a commitment on the part of the US and the EU to cooperate with respect to antitrust enforcement rather than seeking to apply their antitrust laws extraterritorially*”<sup>11</sup>. Además, como ha destacado el ya mencionado Profesor Phedon Nicolaidis, “La aplicación de una cortesía positiva mejora la efectividad de la intervención del gobierno para corregir distorsiones del mercado en, por lo menos, un aspecto importante. Para los países grandes como los de la UE o Estados Unidos, el cumplimiento extraterritorial de sus propias normas es posible porque tienen influencia económica y política. Para los otros países no es fácil usar los instrumentos de la competencia para contrarrestar las prácticas anticompetitivas que se originan en otros países”<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Cabe hacer notar que ambas organizaciones tienen legislaciones comunes sobre la defensa de la competencia. En lo que concierne al Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosul, el “Protocolo de Fortaleza”, nos cumple recalcar que el mismo ya fue internalizado en el Paraguay y, para entrar en vigor, el Presidente de la República Federativa de Brasil debe primero publicar un decreto ratificando los términos del Decreto Legislativo nº 06/2000, del 15.02.2000. En lo que respecta a la publicación del referido Decreto, João Grandino Rodas, Presidente del Comité Jurídico Interamericano y árbitro brasileño junto al Tribunal previsto por el Protocolo de Brasilia, señala que “O Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo”. Según el autor, “Consoante a praxe atual, a Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores redige o instrumento do decreto, que será acompanhado do texto do tratado e, eventualmente, de tradução oficial. Tal decreto é publicado no Diário Oficial da União, após assinatura do Presidente da República, referendada pelo Ministro das Relações Exteriores” (In: “Tratados Internacionales”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 54-55).

<sup>9</sup> Sobre un resumen de esta discusión, vea la obra *Defesa da concorrência no Mercosur: acordos entre empresas, abusos de posição dominante e concentrações*, de Paulo Caliendo Velloso da Silveira, São Paulo: LTr, 1998.

<sup>10</sup> Visite la página de la Internet <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/en/dftusa.htm>.

<sup>11</sup> Vea el artículo de Alexander Schaub, publicado en *Competition Policy Newsletter*, 1998, nº 1, febrero, Luxemburgo, p. 5.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 14.

Por consiguiente, se puede deducir que una cooperación más extensa y compleja entre las agencias de defensa de la competencia, es un mecanismo importante para buscar la protección del consumidor y de las estructuras de libre mercado en este mundo globalizado. Sin embargo, la definición de cuál debe ser la extensión y el contenido de estos acuerdos todavía se encuentra en abierto, y es un tema que podría aprovechar ampliamente la elaboración de un cuidadoso análisis del Derecho Comparado.

En conclusión, se puede afirmar que el Derecho de Competencia cumple un papel sumamente importante en la regulación jurídica de las actividades económicas. La clasificación realizada por el Banco Mundial y la OCDE del tema denominado "*fourth cornerstone of government economic framework policies*", basta para demostrar ese hecho. A pesar de esa importancia, aquí se demostró que varias cuestiones enmarañadas e importantes, relativas al Derecho de Competencia permanecen sin solución.

Las cuestiones relativas a la inserción del Derecho de Competencia en distintos sistemas jurídicos, al aumento de la cantidad y nocividad de los carteles internacionales y de fusiones de alcance mundial, a la relación existente entre las autoridades comunes y nacionales de defensa de la competencia en el ámbito de los procesos de integración regional, entre otras, son imprescindibles en los días de hoy para subsidiar las discusiones relativas a la creación del Área de Libre Comercio de las Américas – o ALCA.

Llegamos a la conclusión, por ende, que el Comité Jurídico Interamericano cumpliría una inestimable función si aceptase el reto de elaborar un profundo estudio sobre el Derecho de la Competencia de tal modo que, al concluirlo, pudiese sugerir a los Estados miembros de la OEA diferentes alternativas para garantizar la protección de las estructuras de libre mercado en un mundo globalizado. Cabe entonces señalar que la realización de estudios de esta magnitud, además de constituir un interesante reto es, de conformidad con lo estipulado por el artículo 99 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, una de las principales funciones del Comité Jurídico Interamericano.

## 5. Sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres

### Resolución

CJI/RES.6 (LVI-O/00): *Sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*

Durante su LVI período ordinario de sesiones (Washington, D.C., marzo, 2000) el Comité Jurídico Interamericano aprobó la resolución CJI/RES.6 (LVI-O/00), *Sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*, mediante la cual se adhiere a la profunda preocupación expresada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su resolución AG/RES.1691 (XXIX-O/99) por la existencia de casos de sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres y solicita al Instituto Interamericano del Niño, por intermedio de la Secretaría General, una información más detallada tanto respecto del caso concreto que motivó la gestión como los aspectos específicos que, a su juicio, deben ser objeto de estudio por parte del Comité Jurídico Interamericano. Asimismo, mediante dicha resolución, solicita a la Secretaría General un documento informativo que incluya una lista de las convenciones y otros instrumentos interamericanos y de carácter universal relevantes en la materia, indicando el estado de sus ratificaciones.

Ante la solicitud del doctor Eduardo Vío Grossi, hasta ese momento relator del tema, se nombró como nuevo relator al doctor João Grandino Rodas, en reemplazo de aquél.

Asimismo, durante su LVII período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2000), el Comité Jurídico Interamericano dejó constancia de que sigue esperando respuesta por parte del Instituto Interamericano del Niño antes de tomar una decisión final sobre el particular.

A continuación se transcribe el texto de la resolución aprobada por el Comité Jurídico Interamericano durante su LVI período ordinario de sesiones.

### CJI/RES.6 (LVI-O/00)

#### SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES POR PARTE DE UNO DE SUS PADRES

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que por resolución AG/RES.1691 (XXIX-O/99), del 8 de junio de 1999, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos le solicita “que emita una opinión, conforme le fuese solicitado en la resolución CD/RES.10 (73-R/98), adoptada por el Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño (IIN) en su 73<sup>a</sup> Reunión Ordinaria”;

TENIENDO PRESENTE que por la recién citada resolución, de fecha 24 de octubre de 1998, se le requiere “que emita una opinión sobre la situación planteada” en la misma en los siguientes términos: “...el Consejo Directivo del IIN, a solicitud del señor Representante

de la República Argentina, escuchó el relato de la señora Gabriela Arias Uriburu acerca de la situación en que se encuentra sus tres hijos menores, que han sido secuestrados por el padre desde su lugar de residencia en la Ciudad de Guatemala, República de Guatemala. Posteriormente, según el relato presentado, el padre trasladó ilegalmente a sus hijos en destino al Reino de Jordania, donde hoy residen”;

VISTO que, para poder determinar el alcance o dimensión del fenómeno de la sustracción internacional de menores, es menester analizar, entre otros aspectos, los correspondientes tratados, el efectivo funcionamiento de las instancias encargadas de su aplicación en los Estados y los casos que se han presentado recientemente;

TENIENDO EN CUENTA el informe del observador del Comité Jurídico Interamericano a la LXXIV Reunión del Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño, el XVIII Congreso Panamericano del Niño (OEA/Ser.Q CJI/doc.5/00, 30 septiembre 1999, original español);

RECORDANDO que el artículo 100 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos dispone que “el Comité Jurídico Interamericano emprenderá los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los Consejos de la Organización. Además, puede realizar, a iniciativa propia, los que considere convenientes y sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas,” disposición que reitera el artículo 12 del *Estatuto del Comité Jurídico Interamericano*,

RESUELVE:

1. Adherirse a la profunda preocupación expresada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su resolución AG/RES.1691 (XXIX-O/99) por la existencia de casos de sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres.

2. Solicitar al Instituto Interamericano del Niño, por intermedio de la Secretaría General, una información más detallada tanto respecto del caso concreto que motivó la gestión como los aspectos específicos que, a su juicio, deben ser objeto de estudio por parte del Comité Jurídico Interamericano.

3. Requerir a la Secretaría General un documento informativo que incluya una lista de las convenciones y otros instrumentos interamericanos y de carácter universal relevantes en la materia, indicando el estado de sus ratificaciones.

## **6. Consideración de temas sugeridos al Comité Jurídico Interamericano por Asesores Jurídicos y Representantes de los Estados Miembros de la OEA**

### **Documento**

CJI/doc.20/00: *Cuarta Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA: temas planteados por los asesores jurídicos*  
(preparado por el Departamento de Derecho Internacional)

Durante su LVI período ordinario de sesiones (Washington, D.C., marzo, 2000), y en ocasión de la celebración de la Cuarta Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA, el Comité Jurídico Interamericano incluyó este tema en su agenda y nombró como co-relatores a los doctores Luis Herrera Marcano y Luis Marchand.

Durante su LVII período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2000), los miembros del Comité Jurídico Interamericano tuvieron ante sí el documento CJI/doc.20/00, *Cuarta Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA*, temas planteados por los asesores jurídicos y miembros del Comité Jurídico, preparado por el Departamento de Derecho Internacional.

El doctor Luis Herrera Marcano, co-relator del tema, señaló que los dos temas más mencionados por los asesores jurídicos fueron los de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos. Recordó que uno de esos temas, el de la Corte Penal Internacional, ya había ingresado a la agenda del Comité Jurídico Interamericano. En cuanto al tema de los derechos humanos, se preguntó si sería conveniente que el Comité discuta sobre áreas que son de competencia de otros Órganos de la Organización. El co-relator repasó acto seguido, los diversos temas que figuran en el documento antes mencionado. También señaló el co-relator que de todos los temas mencionados, sólo dos de ellos no estaban y nunca habían estado en la agenda del Comité Jurídico, a saber, el de los procesos de evaluación mutua y el tráfico de armas. Sobre el particular, se decidió solicitar al doctor Sergio González Gálvez que para el próximo período ordinario de sesiones presente un informe sobre tráfico de armas con base a las decisiones tomadas en esta materia por la OCDE, y otro, junto con el doctor Luis Herrera Marcano, sobre seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas, Venezuela, en 1996, con base a los cuales se decidirá o no su inclusión en la agenda del Comité Jurídico Interamericano.

Algunos miembros se refirieron a la posibilidad de incluir otros temas en la agenda del Comité Jurídico Interamericano, entre ellos, el estudio sobre la no ratificación de las convenciones interamericanas y las razones para ello. Algunos miembros sugirieron que las reuniones conjuntas sean motivo para intercambiar opiniones sobre esta materia con los asesores jurídicos. Con relación a ello, el Comité Jurídico solicitó a la Secretaría General que prepare una lista de dichas convenciones

adjuntando el estado actual de firmas y ratificaciones para que en un próximo período ordinario de sesiones el Comité pueda iniciar un análisis del estado de la cuestión.

A continuación se transcribe el documento CJI/doc.20/00, preparado por el Departamento de Derecho Internacional.

**CJI/doc. 20/00**

**CUARTA REUNIÓN CONJUNTA CON ASESORES JURÍDICOS DE LOS  
MINISTERIOS DE RELACIONES EXTERIORES DE  
LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OEA**

(preparado por el Departamento de Derecho Internacional)

**1. Temas planteados por los Asesores Jurídicos**

- |                  |  |
|------------------|--|
| <u>Brasil</u>    | Tribunal Penal Internacional, asuntos en la agenda de la próxima Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), asuntos administrativos internos del Ministerio de Relaciones Exteriores;  |
| <u>Canadá</u>    | Alcance del concepto de seguridad humana, Tribunal Penal Internacional, desarrollo del derecho comercial;  |
| <u>Colombia</u>  | Sistema interamericano de protección a los derechos humanos, derecho penal internacional (cooperación judicial), Tribunal Penal Internacional, derecho internacional privado, inmunidad de jurisdicción de los Estados, justicia (descongestión de tribunales); procesos de evaluaciones mutuas; |
| <u>Ecuador</u>   | Corrupción, administración de justicia, derechos humanos, no ratificación de convenciones americanas;  |
| <u>Guyana</u>    | Tráfico de armas, derechos humanos, tráfico ilegal de drogas, corrupción;  |
| <u>Jamaica</u>   | Derechos humanos, derecho comercial, derecho del mar, Tribunal Penal Internacional, seguridad nacional y cuestiones relativas a la cooperación judicial mutua;   |
| <u>México</u>    | Derechos humanos, tribunal penal internacional, perfeccionamiento de la administración de justicia (cooperación legal y judicial), corrupción, seguridad hemisférica, CIDIP-VI (garantías), procesos de evaluaciones mutuas (monitoreos), solución de controversias;                             |
| <u>Venezuela</u> | Derechos humanos, integración, seguridad hemisférica y democracia, CIDIP-VI.   |

**2. Temas presentados por los miembros del Comité Jurídico**

1. Aspectos jurídicos de la seguridad hemisférica;
2. Perfeccionamiento de la administración de justicia en las Américas;
3. Dimensión jurídica de la integración y del comercio internacional;
4. Sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres;
5. Elaboración de un informe sobre los derechos humanos y la biomedicina, o sobre la protección del cuerpo humano;

6. La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por parte de los Estados del hemisferio;
7. Democracia en el sistema interamericano.

## 7. Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales

### Resolución

CJI/RES.13 (LVII-O/00): *Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales*

### Documento

CJI/doc.25/00 rev.1: *Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales en formato electrónico*  
(presentado por el doctor Jonathan Fried)

Durante el LVII período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2000), el doctor Jonathan Fried, relator del tema, presentó el documento CJI/doc.25/00 rev.1, *Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales en formato electrónico*. El doctor Fried indicó que esta materia había estado en la agenda del Comité por muchos años, y que en distintos momentos había sido objeto de diferentes desarrollos. Sostuvo que el tema de la información en formato electrónico había cobrado una gran importancia en el seno de los Órganos políticos de la Organización y que por lo tanto este podría ser el nuevo enfoque que se daría al tema en el seno Comité Jurídico Interamericano. El doctor Fried indicó que en el marco de la OCDE ya se había realizado gran parte del trabajo en materia de guías legislativas y que también ya se había iniciado todo un proceso de codificación internacional sobre esta materia. Por lo tanto, indicó que era necesario esperar por directrices más claras de parte de los Órganos políticos de la Organización para determinar la direccionalidad del tema de acuerdo con sus propias prioridades.

Con estas consideraciones, el Comité Jurídico Interamericano aprobó la resolución CJI/RES.13 (LVII-O/00), *Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales*, mediante la cual solicita a la Secretaría General, a través de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, que remita a los Estados miembros los dos informes preparados por el relator sobre el tema (CJI/doc.25/00 rev.1 y CJI/doc.45/99), y reitera el pedido de información a los Estados miembros, antes del próximo período ordinario de sesiones del Comité, sobre la legislación nacional existente o propuesta, así como las reglas y políticas que gobiernan el acceso y la protección de la información y datos personales. Dicha resolución solicita asimismo al relator, con la asistencia de la Secretaría General, a través de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, la preparación de un resumen sobre los principios aplicables y las consideraciones más importantes relativas a las leyes y reglas nacionales sobre este tópico. Por último, el Comité Jurídico Interamericano decidió revisar durante su próximo período ordinario de sesiones, a la luz de las respuestas adicionales que envíen los Estados miembros y el resumen que se ha de preparar, opciones para el futuro trabajo sobre el tema, incluyendo la posibilidad de desarrollar principios básicos y lineamientos o recomendaciones relativos a los posibles instrumentos internacionales en esta área.

A continuación se transcribe la resolución aprobada por el Comité Jurídico Interamericano y el documento CJI/doc.25/00 rev.1, *Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales en formato electrónico*, preparado por el relator del tema.

**CJI/RES.13 (LVII-0/00)**

**DERECHO DE LA INFORMACIÓN: ACCESO Y PROTECCION DE LA  
INFORMACIÓN Y DATOS PERSONALES**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

REITERANDO su opinión de que, en las sociedades democráticas, el derecho a la privacidad implica la necesidad de proteger la información y datos personales del uso o revelación no autorizados, así como la responsabilidad de los gobiernos con sus ciudadanos de suministrar al público la oportunidad de acceder a la información que se encuentra en posesión o bajo el control gubernamental;

RECONOCIENDO que la garantía efectiva de brindar acceso y protección de la información y datos personales depende, en primera instancia, de la adopción e implementación de normas y procedimientos legales amplios en las legislaciones nacionales;

OBSERVANDO que los desarrollos alcanzados por la tecnología sugieren la necesidad de asegurar que las leyes y procedimientos nacionales sean apropiados para suministrar acceso y protección de datos en formato electrónico, ya sea que se encuentren en posesión o bajo el control del gobierno o de entidades privadas;

RECORDANDO su solicitud a los Estados miembros de enviar información sobre las leyes y procedimientos nacionales existentes, relativas al acceso y protección de la información y datos personales;

HABIENDO CONSIDERADO el más reciente informe elaborado por el relator sobre el tema (OEA/Ser.Q CJI/doc.25/00 rev.1);

RESUELVE :

1. Solicitar a la Secretaría General, a través de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, que remita a los Estados miembros los dos informes preparados por el relator sobre el tema (OEA/Ser.Q CJI/doc.25/00 rev.1 y CJI/doc.45/99), y reiterar el pedido de información a los Estados miembros, antes del próximo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, sobre la legislación nacional existente o propuesta, así como las reglas y políticas que rigen el acceso y la protección de la información y datos personales.

2. Solicitar al relator, con la asistencia de la Secretaría General, a través de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, la preparación de un resumen sobre los principios aplicables y las consideraciones más importantes relativas a las leyes y reglas nacionales sobre este tópico.

3. Revisar durante su próximo período ordinario de sesiones, a la luz de las respuestas adicionales que envíen los Estados miembros y el resumen que se ha de preparar, opciones para el futuro trabajo sobre el tema, incluyendo la posibilidad de desarrollar principios básicos y lineamientos o recomendaciones relativos a los posibles instrumentos internacionales en esta área.

## CJI/doc. 25/00 rev.1

**DERECHO DE LA INFORMACIÓN:  
ACCESO Y PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN  
Y DATOS PERSONALES EN FORMATO ELECTRÓNICO**

(presentado por el doctor Jonathan T. Fried)

**INTRODUCCIÓN**

La Asamblea General solicitó, durante su vigésimo sexto período ordinario de sesiones realizado en la ciudad de Panamá en junio de 1996, que el Comité Jurídico Interamericano prestase especial atención a temas relacionados al acceso a la información, y la protección de datos personales asentados en el correo y los sistemas computarizados de transmisión electrónica [AG/RES.1395 (XXVI-O/96)]. Entre 1996 y 1998, el Comité Jurídico orientó sus deliberaciones hacia la *Convención para la protección de los individuos respecto al procesamiento automático de los datos personales* del Consejo de Europa, de 1981, y a la posibilidad de elaborar un *proyecto de Convención interamericana de auto-determinación relativa a la información*. Durante la 53ª reunión celebrada en agosto de 1998, el Comité Jurídico solicitó a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de requerir información de los Estados miembros de la OEA sobre la legislación, reglamentaciones y políticas nacionales existentes, concernientes a:

- a) libertad de, o el derecho de una persona a acceder, la información que se encuentra en la pose o bajo el control de los gobiernos;
- b) la protección de datos personales contra el uso no autorizado en la pose o el control de los gobiernos;
- c) libertad de, o el derecho de una persona a acceder, la información que se encuentre en la pose o bajo el control de entidades privadas (por ejemplo, servicios públicos, bancos o agencias de crédito);
- d) la protección de los datos personales contra el uso no autorizado, que se encuentren en la pose o bajo el control de entidades privadas;
- e) dimensiones transfronterizas o internacionales de lo supramencionado, y
- f) cualquier otra legislación nacional, normas regulatorias o políticas que atañen a los datos personales o información en formato de lectura electrónica o por máquinas, que no se encuentra incluido ya en los puntos a) hasta e) arriba.<sup>1</sup>

La Secretaría General solicitó esta información el 8 de diciembre de 1998, a través de la Nota N OEA/2.2/39/98. Seis Estados miembros suministraron los datos en respuesta a la solicitud recibida: Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y México.

Con base en la información sometida y una investigación independiente, en agosto de 1999 el suscrito relator elaboró un informe titulado *Derecho de información: acceso a y protección de la información y datos personales* (OEA/Ser.Q CJI/doc.45/99), que él mismo presentó al Comité Jurídico Interamericano de la OEA en agosto de 1999. El tema central de dicho informe abarcó las normas regulatorias gubernamentales sobre la información personal, y datos que el gobierno tenía en sus manos. En su resolución (CJI/RES.9/LV/99), el Comité

---

<sup>1</sup> OEA/Ser.Q CJI/RES.15/LIII/98.

Jurídico solicitó a la Secretaría General de reiterar su solicitud a los otros Estados miembros de enviar información; lo que se llevó a cabo a través del proceso verbal OEA/2.2/32/99. A continuación, tanto los miembros del Comité Jurídico como los representantes del gobierno expresaron su interés en evaluar las implicancias legales de la protección de datos que estaban en las manos de los gobiernos, así como en manos privadas. El propósito de este informe consiste, por ende, en examinar la norma reguladora inherente a la protección y acceso a datos personales, guardados en formato electrónico por las organizaciones privadas. Mientras que la protección de los datos en el sector privado puede mejorarse utilizando diversos medios, inclusive las fuerzas de mercado, tecnología y autorregulación,<sup>2</sup> el enfoque de este informe se orientará a la regulación gubernamental. Este informe fue preparado con la inestimable asistencia de, y con base en investigaciones profundas realizadas por Thomas Fetz, Asesor Jurídico de la Oficina de Asuntos Jurídicos del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá.

Los avances alcanzados por la tecnología de la computación, medicina y biotecnología, han aumentado considerablemente el procesamiento de datos en las diversas esferas de la actividad económica y social. El progreso logrado en la tecnología de la información, ha convertido el procesamiento e intercambio de este tipo de datos a través de las fronteras internacionales en una tarea relativamente fácil. Consecuentemente, el reto consiste en proteger los derechos y libertades fundamentales, especialmente el derecho a la privacidad y el derecho al acceso a la información personal (conocido también como *habeas data*), al mismo tiempo en que se fomenta la libre circulación de la información y comercio electrónico.

El informe está dividido en tres partes. La primera, discute la regulación del procesamiento de datos en el sector privado utilizando instrumentos internacionales, así como la legislación de algunos países de la OEA. La segunda parte examina qué tipo de tratamiento dan estos acuerdos internacionales y leyes nacionales al tema de la protección a la privacidad, dentro del contexto del flujo transfronterizo de los datos personales. La tercera parte del informe identifica los diversos enfoques disponibles para regular el flujo transfronterizo de datos personales, que abarcan desde la armonización internacional de las leyes de protección de datos, al desarrollo de tratados de asistencia mutua.

## I. REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL SECTOR PRIVADO

### 1. Antecedentes

Inicialmente, las leyes y regulaciones concernientes al acceso y protección de datos personales trataban del sector público. Esto sucedía, comúnmente, porque los gobiernos mantienen mucha información sobre los individuos. Sin embargo, las organizaciones privadas están utilizando cada vez más informaciones sensibles y datos personales, porque los gobiernos fueron descargando varios servicios en el sector privado, a medida que surgían nuevas oportunidades en el campo del comercio electrónico. Las mejoras implantadas en la tecnología, primordialmente en el área de las computadoras y telecomunicaciones, han expandido enormemente las posibilidades de recopilar, almacenar, acceder, y comparar la información personal. Con la expansión de las redes computarizadas, especialmente la Internet, la información puede quedar disponible a miles, si no es que llega a millones de usuarios, simultáneamente, en todo el mundo.<sup>3</sup> Actualmente son más de 150 millones de personas que usan la Internet, estimándose que hasta el año

<sup>2</sup> La protección de los datos personales puede lograrse utilizando instrumentos como los contratos de consumidores, políticas de privacidad y códigos de conducta. Por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional ha propuesto y publicado un modelo de contrato para los flujos transfronterizos de datos personales (en-línea: <<http://www.iccwbo.org>>). Mayores informaciones sobre las políticas modelo, acuerdos y códigos de conducta pueden encontrarse en el sitio Intercambio de Privacidad: <<http://www.PrivacyExchange.org>>).

<sup>3</sup> La Internet se remonta a 1968, cuando se otorgó un contrato para su desarrollo. La Internet física fue construida un año más tarde. La World Wide Web fue introducida en 1992. Michael Power, *Bill C-6: Federal legislation in the age of the Internet*. In: *Manitoba Law Journal* (1999) 26(2): 235.

2003 la cifra llegue a 510 millones. En 1998, la Internet obtuvo entradas de US\$301 mil millones, y se espera que esta cifra se multiplique en los próximos años.<sup>4</sup>

Es justamente porque la información personal puede ser de gran utilidad para el mercadeo y áreas de venta, que las organizaciones privadas están buscando constantemente este tipo de información sobre los individuos, ya sea a través de los métodos tradicionales o a través de la Internet.<sup>5</sup> A menudo, los individuos revelan datos personales voluntariamente en la Internet mientras están visitando sitios comerciales, registrándose en grupos de discusión, participando en competencias, o expresando sus opiniones. El tipo de información divulgada puede referirse a su nombre, dirección personal y electrónica, números telefónicos, ocupación, ingreso, estado civil, edad, sexo, o detalles sobre su tarjeta de crédito. Además, los usuarios de las tecnologías digitales muchas veces producen “huellas electrónicas”, o sea, información digital sobre donde han estado, qué es lo que estaban mirando, los mensajes que han enviado, y los bienes y servicios que han comprado. Por ejemplo, la “navegación” por la Internet siempre deja un cierto “encabezamiento de información” que puede revelar:

- a) la dirección del Protocolo Internet (IP) que contiene el nombre del dominio y el nombre y localización de la organización que registró el nombre de dominio;
- b) información sobre los usuarios que operan plataformas de sistemas y de hardware;
- c) hora y fecha de la visita;
- d) el *Uniform Resource Locator* (URL) de la página Web que se ha visualizado anteriormente;
- e) la pregunta colocada en una máquina de búsqueda, si corresponde, o
- f) la dirección electrónica (e-mail) del usuario, si se encuentra registrada en la pantalla de configuración favorita del *Browser*.

Además, mientras se está *navegando* a través del sitio Web, al salir, un usuario puede dejar “un flujo de datos al pulsar” que suministra información sobre las páginas visitadas, el tiempo utilizado mirando una página y la información enviada y recibida. Esta recopilación de información sobre los usuarios puede tornarse aún más fácil con el uso de los “*cookies*” que no son otra cosa que pequeños paquetes de datos enviados desde el servidor del sitio de la Web al disco rígido del usuario. Estos *cookies* asignan una contraseña única a cada visitante, y el servidor puede accederlos cuando el usuario vuelve a visitar el sitio de la Web. Algunos *cookies* permiten que el usuario acceda rápidamente el sitio de la Web, pero sólo pueden usarse para rastrear los movimientos del usuario en la Web. Aunque este tipo de tecnología tenga sus ventajas, también aumenta el riesgo de la colecta automática, uso y divulgación de los datos, sin el conocimiento o consentimiento de la persona.<sup>6</sup>

Tal cual ocurre en el sector público, los datos personales mantenidos en el sector privado pueden quedar sujetos a una colecta, uso, o divulgación no autorizados, ya sea deliberada o accidentalmente, razón por la cual deben tomarse medidas para minimizar esta actividad. No obstante, la regulación de la protección de y acceso a datos personales debe permanecer sensibilizada a las necesidades de los sujetos a quienes se refieren estos

<sup>4</sup> OEA. Departamento de Derecho Internacional. *Privacy, access to information and the Internet in the European Union, the United States and Latin America: a comparative study*. SG/SLA DDI/doc.01/00. Washington, D.C. : February 2, 2000, p. 3.

<sup>5</sup> Según algunas referencias, existen muchas personas que consideran que el tema de la colección de información personal sobre los individuos y sus preferencias para utilizarlos como consumidores objeto, también denominado “*data mining*”, es una total invasión de la privacidad.

<sup>6</sup> Organización de Cooperación y Desarrollo Económico; Dirección de Ciencias, Tecnología e Industria; Comité para las Políticas sobre la Información, Computación y Comunicación; Grupo de Trabajo sobre la Seguridad y Privacidad de la Información; “*Inventory of Instruments and Mechanisms Contributing to the Implementation and Enforcement of the OECD Privacy Guidelines on Global Networks*” DSTI/ICCP/REG (98)12/FINAL, (19 mayo 1999) p. 7-8.

datos, incluyendo entre ellos a los usuarios y consumidores así como también las empresas comerciales y otras organizaciones involucradas. Estas necesidades no son necesariamente contradictorias. Por ejemplo, una de las características esenciales es la confianza que se debe sentir en la protección de la privacidad en línea, para asegurar el crecimiento del comercio electrónico.<sup>7</sup> Los consumidores están preocupados sobre el derecho a la privacidad en un ambiente cada vez más interconectado electrónicamente, y las empresas comerciales desean asegurar su fiabilidad a los consumidores y evitar las interrupciones durante el flujo de datos transfronterizos. En otras palabras, la protección de datos es una cuestión de encontrar el equilibrio perfecto entre los derechos de los individuos a que sus datos personales permanezcan privados, y resguardar el libre flujo de información. Sin embargo, tal como ocurre con otros temas, los estados pueden no concordar donde yace el equilibrio adecuado, o si la protección de datos corresponde a una cuestión de derechos humanos o se inclina más hacia una cuestión económica.

## 2. Instrumentos internacionales

Se han realizado algunos esfuerzos al nivel internacional para establecer principios comunes sobre la protección de los datos personales en el sector privado. Aunque el efecto directo de los instrumentos internacionales varía, varios han ejercido una influencia muy clara sobre las leyes nacionales y los mecanismos auto-regulatorios relativos a la protección de la privacidad.

### a) Instrumentos internacionales de derechos humanos

El derecho a la privacidad se encuentra exaltado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>8</sup> El Artículo 12 de la *Declaración universal de los derechos humanos*<sup>9</sup> declara como sigue:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El Artículo 17 del *Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos*<sup>10</sup> utiliza términos casi idénticos:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias 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 y esos ataques.

La *Convención americana sobre derechos humanos*<sup>11</sup> se rige por la protección expresa de la “vida privada” en su Artículo 11:

<sup>7</sup> El crecimiento del comercio electrónico también trae a colación varios otros temas relativos a la protección del consumidor. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ha publicado recientemente su “*Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*” [Recomendación del Consejo de la OCDE para la Protección del Consumidor dentro del Contexto del Comercio Electrónico] (19 dic. 1999). En-línea: OCDE: <<http://www.oecd.org/dsti/sti/it/>>.

<sup>8</sup> Vea: Lee A. Bygrave, “*Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties*” [Protección de datos de acuerdo con el Derecho a la Privacidad contenido en los Tratados de Derechos Humanos]. In: *International Journal of Law and Information Technology* (1998) 6(3): 247.

<sup>9</sup> En-línea: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Tratados: <<http://www.unhcr.ch/udhr/lang/eng.htm>>.

<sup>10</sup> En-línea: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Tratados: <[http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

<sup>11</sup> En-línea: *Organization of American States, Treaties and Conventions*: <<http://www.oas.org/>>.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de ingerencias 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 ingerencias o esos ataques.

Artículo 8 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>12</sup> garantiza el derecho a la privacidad y secreto de su correspondencia:

1. *Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*
2. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*

Los tratados y convenciones, que tratan específicamente de la protección de los datos personales, muchas veces mencionan los principios expresados en estos instrumentos de derechos humanos.

#### b) Lineamientos de la OCDE

El 23 de septiembre de 1980, el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) adoptó la *Recomendación concerniente a los Lineamientos que rigen la protección de la privacidad y flujos transnacionales de los datos personales*<sup>13</sup> (Lineamientos de la OCDE) que suministra los estándares mínimos para la protección de los datos personales. A pesar que los *Lineamientos OCDE* no son obligatorios bajo el derecho internacional, ellos representan, sin embargo, un compromiso político asumido por parte de los Estados miembros. Los Lineamientos OCDE cubren “cualquier información relativa a un individuo identificado o identificable”, y se aplican al procesamiento de datos en el sector público y privado.<sup>14</sup>

Los Lineamientos OCDE recomiendan que “*Member countries take into account in their domestic legislation the principles concerning the protection of privacy and individual liberties set forth in the Guidelines*” y también indican que “*endeavour to remove or avoid creating, in the name of privacy protection, unjustified obstacles to transborder flows of personal data*”. Los principios esbozados en los Lineamientos OCDE son los siguientes:

#### Limitación de la colecta

Los datos deben obtenerse por medios legales y justos, y con el conocimiento y consentimiento del sujeto a quien pertenece, cuando fuere necesario.

<sup>12</sup> E.T.S. 5, firmado el 11 de abril 1950, entró en vigor el 3 de sept. de 1953; en-línea: Consejo de Europa, Oficina de Tratados, <http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>.

<sup>13</sup> Documento OCDE C(80)58/FINAL (1 octubre 1980); en-línea: OECD: <<http://www.oecd.org/dsti/sti/it/secur/prod/priv-en.htm>> [de aquí en adelante: Lineamientos de la OCDE].

<sup>14</sup> Lineamientos de la OCDE, Parte Uno.

Calidad de los datos

Los datos personales deben ser importantes para el propósito al que se destinan, así como precisos, completos y actualizados.

Especificación del propósito

Los datos personales deben colectarse y usarse únicamente para fines específicos.

Limitación del uso

El uso o divulgación de datos personales debe limitarse a un propósito específico, a menos que exista una ley que determine lo contrario o un consentimiento sobre el tema de los datos.

Salvaguardas de seguridad

Deben instalarse salvaguardas de seguridad razonablemente buenas, contra los riesgos inherentes a pérdidas, acceso no autorizado, destrucción, uso, modificación o divulgación de los datos personales.

Transparencia

Las políticas y prácticas referentes a los datos personales deben ser abiertas y transparentes.

Participación individual

Los sujetos de los datos deben tener el derecho de acceder sus datos personales y corregirlos o destruirlos de una manera razonablemente comprensible y costo-tiempo eficiente.

Principio de la responsabilidad

Los gerentes de datos serán considerados responsables por el cumplimiento de las medidas estipuladas en los Lineamientos.<sup>15</sup>

Los Lineamientos de la OCDE recomendaron que los países implanten sus principios a través de: a) la adopción de una legislación apropiada; b) el fomento a la autorregulación; c) el suministro de medios razonables a los individuos para ejercer sus derechos; d) la aplicación de sanciones y remedios adecuados donde falta la conformidad; e) asegurarse que no existe ninguna discriminación injusta contra los sujetos a quienes se refieren los datos.<sup>16</sup> La debilidad fundamental de los Lineamientos de la OCDE, sin embargo, reside en su naturaleza voluntaria.

## c) Convención del Consejo de Europa

Contrariamente a los *Lineamientos de la OCDE*, la *Convención para la protección de las personas con respecto al procesamiento automático de los datos personales*<sup>17</sup> del Consejo de Europa es un instrumento legal obligatorio. La *Convención* fue adoptada el 18 de septiembre de 1980, y su suscripción fue abierta el 28 de enero de 1981, entrando en vigor el 1° de octubre de 1985, después de cinco ratificaciones. Cualquier Estado, aún aquellos que no son miembros del Consejo de Europa, pueden adherirse a la Convención. La Convención se aplica al procesamiento automático de datos personales en los sectores público y privado.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Lineamientos de la OCDE, Parte Dos.

<sup>16</sup> Lineamientos de la OCDE, Parte Cuatro.

<sup>17</sup> Tratado Europeo, Serie No. 108; Consejo de Europa, Oficina de Tratados: <<http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>> [de ahora en adelante Convención Consejo de Europa].

<sup>18</sup> Sin embargo, los Estados están autorizados a limitar el alcance y aplicación de la Convención a través de una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Convención del Consejo de Europa, artículo 3.

La Convención obliga a los Estados a incorporar ciertos principios relativos a la colecta y procesamiento de los datos personales en su ley nacional. Estos principios son similares a aquellos contenidos en los Lineamientos de la OCDE. No obstante, el Artículo 6 de la Convención agrega un principio adicional, disponiendo sobre las salvaguardias relativas a la revelación de información sobre los datos relativos al origen racial, opinión política o religiosa y otras creencias, salud o vida sexual, o condenas criminales. También se requiere de los Estados miembros que establezcan “sanciones y remedios apropiados para la violación de la ley nacional, colocando en vigor los principios básicos”.

La Convención del Consejo de Europa ha inculcado un significativo impulso a los Estados miembros para aplicar leyes que regulen el flujo de los datos personales. Por sí solo, este no es un instrumento capaz de proteger los datos personales debido al hecho que su interpretación e implementación residen en las autoridades nacionales de los Estados miembros.

En el Artículo 18 de la Convención, el Comité Consultivo ha redactado recientemente un *Protocolo adicional*<sup>19</sup> que trata sobre el establecimiento de autoridades fiscalizadoras y la circulación transfronteriza de los datos. Este proyecto de Protocolo necesitaría que las Partes establezcan autoridades supervisoras independientes, que puedan asegurar el cumplimiento de las leyes nacionales, colocando en vigor los principios estipulados en esta Convención. Estas autoridades de supervisión (comisionados de privacidad o protección de datos u oficiales de protección de datos) escucharían las quejas existentes sobre la violación de las leyes de la privacidad y estarían empoderados para investigar e intervenir, así como para dedicarse a los procedimientos legales cuando las disposiciones sobre la privacidad que constan en las leyes domésticas ha sido violada”.<sup>20</sup>

El Consejo de Europa también estimula la autorregulación a través de códigos de conducta con respecto al procesamiento de los datos personales. Por ejemplo, El Comité de Ministros recomendó a los Estados miembros proceder a la divulgación de los *Lineamientos para la protección de los individuos respecto a la colecta y procesamiento de datos personales en la autopista de la información*, dirigidas directamente a los proveedores y usuarios de los servicios de la Internet.<sup>21</sup>

#### d) Lineamientos de las Naciones Unidas

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los *Lineamientos para la regulación de archivos con datos personales computarizados* (Lineamientos de la ONU), emitidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>22</sup> de concordancia con el Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas de 1990.<sup>23</sup> Los Lineamientos de la ONU, que no son obligatorios, ofrecen los estándares mínimos que los Estados deben adoptar al regular la protección de la privacidad de los archivos computarizados, tanto públicos como privados.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Comité Consultivo de la Convención para la protección de las personas con respecto al tratamiento automático de los datos personales. “*Proyecto de Protocolo Adicional a la convención sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento de los datos personales* (ETS No 108) *relativo a las autoridades supervisoras y flujo transfronterizo de los datos*”, Strasbourg, 8 junio 2000; web sitio del Consejo de Europa, Protección de Datos Personales. : <<http://www.coe.fr/dataprotection/Treaties/projet%20de%20protocole%20E.htm>> [de aquí en adelante Proyecto de Convención].

<sup>20</sup> Proyecto de Protocolo, Artículo 1.

<sup>21</sup> Recomendación No.R (99) 5 del Comité de Ministros de los Estados Miembros para la Protección de la Privacidad en la Internet: Lineamientos para la protección de los individuos con respecto a la colección y procesamiento de los datos personales sobre la autopista de la información (adoptado por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999 durante la 660ª Reunión de los Ministros Adjuntos) en el sitio de la Web del Consejo de Europa, Protección de los Datos Personales : <<http://www.coe.fr/dataprotection/rec/elignes.htm>>.

<sup>22</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos: <<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/71.htm>>.

<sup>23</sup> Resolución 45/95, 14 diciembre 1990, en el sitio en la web de las Naciones Unidas, Centro de Documentación: <<http://www.un.org/gopher-data/ga/recs/45/95>>.

<sup>24</sup> Los Lineamientos de la ONU se aplican también a archivos de datos personales en poder de organizaciones gubernamentales internacionales.

Los principios incluidos en los Lineamientos de las ONU son la legalidad y equidad, precisión, especificación de propósitos, acceso, la no discriminación, empoderamiento para hacer excepciones (seguridad nacional, orden público, salud pública y moralidad, y los derechos de las libertades de los demás), seguridad así como supervisión y sanciones. Estos principios son similares a aquellos que constan en los Lineamientos de la OCDE. Protección adicional, así como supervisión y sanciones. Se ofrece una protección adicional a través de la prohibición de realizar la recopilación de “*data likely to give rise to unlawful or arbitrary discrimination, including information on racial or ethnic origin, colour, sex life, political opinions, religious, philosophical and other beliefs as well as membership of an association or trade union*”.<sup>25</sup>

Los *Lineamientos* de la ONU urgen a los países a designar autoridades independientes, imparciales, y técnicamente competentes para hacerse responsables por la supervisión de los principios estipulados en los *Lineamientos*. Las sanciones aplicables por la violación de los principios deben incluir sanciones criminales apropiadas, u otras sanciones conjuntamente con los remedios individuales.<sup>26</sup>

e) Directiva de la Unión Europea sobre la privacidad

La *Directiva 95/46/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre 1995 *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*<sup>27</sup> (La Directiva de la UE) fue firmada en 1995, para ser implementada por los Estados miembros hasta el 24 de octubre de 1998. Su texto urgía a los Estados miembros a contar con leyes que estableciesen un mínimo nivel de protección sobre el tratamiento de datos personales por cualesquier medios. Los Estados son libres de promulgar leyes con estándares mucho más rigurosos que los determinados por la UE. La Directiva de la UE reconoce que los “datos personales deben circular libremente de un Estado miembros a otro, pero también expresa que los derechos fundamentales de los individuos deben salvaguardarse.” La Directiva de la UE se aplica al tratamiento de datos personales por cualquier persona cuyas actividades están regidas por el Derecho Comunitario, en los sectores públicos y privados, pero no abarca las operaciones de procesamiento concernientes a la seguridad pública, defensa, seguridad del Estado, y las actividades que el Estado desempeña en las áreas del derecho criminal. Tampoco se aplica a las actividades de procesamiento de datos de personas naturales durante el curso de su actividad hogareña, puramente personal.<sup>28</sup>

Los principios de protección a la privacidad establecidos en la Directiva de la UE tienen mayor alcance y están más detallados que aquellos inherentes a los *Lineamientos* de la OCDE. Los datos sólo pueden procesarse si el “interesado” ha otorgado un “consentimiento inequívoco”.<sup>29</sup> Dicho consentimiento puede ser explícito con respecto a los “datos que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, y el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.”<sup>30</sup> Aún en los casos en que se ha obtenido consentimiento para procesar la información, el interesado debe “ser informado antes de que los datos personales se comuniquen por primera vez a terceros o se usen en su nombre a efectos de prospección de mercadeo, y a que se la ofrezca expresamente el derecho a oponerse, sin gastos, a dicha comunicación o uso.”<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Lineamientos de la ONU, Artículo 5.

<sup>26</sup> Lineamientos de la ONU, Artículo 8.

<sup>27</sup> Directiva 95/46/EC, 24 octubre 1995, Boletín Oficial de las Comunidades Europeas, L 281 (23 Noviembre 1995), at 31. El texto de la Directiva de la Unión Europea sobre Privacidad puede encontrarse en el sitio: : Eur-Lex: <[http://europa.UE.int/eur-lex/en/lif/dat/1995/en\\_395L0046.html](http://europa.UE.int/eur-lex/en/lif/dat/1995/en_395L0046.html)> [de ahora en adelante Directiva de la UE].

<sup>28</sup> Directiva de la UE, Artículo 13.

<sup>29</sup> Directiva de la UE, Artículo 7.

<sup>30</sup> Directiva de la UE, Artículo 8.

<sup>31</sup> Directiva UE, Artículo 14. Las ventas por mercadeo directo en Europa ascendieron a 125 mil millones de dólares en 1997, comparado con los 1.2 billones de dólares en los Estados Unidos. Gregory Shaffer, “*Globalization and Social Protection: The*

El procesamiento no consentido sólo puede continuar, generalmente, si existe una de las cinco excepciones. El procesamiento es 1) “necesario para el desempeño de un contrato del cual el interesado es parte”; 2) “necesario para cumplir una obligación legal”; 3) “necesario para proteger los intereses esenciales del interesado”; 4) “en el interés público”; o 5) “el procesamiento se hace necesario para que los intereses legítimos que persigue el *controller* o una tercera parte u otras partes a quienes se están divulgando los datos, excepto cuando dichos intereses están precedidos por los intereses de los derechos y libertades fundamentales del interesado que exige protección.”<sup>32</sup>

El interesado debe ser informado sobre la identidad de la parte que controla (la persona que determina el propósito y la forma en que se procesarán los datos); el propósito que se espera alcanzar con el procesamiento de datos, y de cualquier otra información importante para “garantizar un tratamiento justo”. Los sujetos de los datos también tienen el derecho a acceder y a corregir o eliminar sus datos personales. Los sujetos de los datos pueden monitorear y oponerse al uso de la información personal durante y después del procesamiento. Ellos pueden rastrear qué terceras partes tienen en sus manos su información personal, verificar cómo la están utilizando, y bloquear usos que no han sido autorizados.<sup>33</sup> Además, ellos también tienen el derecho de impugnar (“de no estar sujetos a”) cualquier decisión que los afecte significativamente, tal como una que está fundada en el procesamiento automatizado de datos que se pretende utilizar para evaluar aspectos personales, tales como su desempeño en el trabajo, potencial crediticio, credibilidad, conducta, etc.”<sup>34</sup>

Los Estados miembros de la UE son responsables tanto por la implementación como por la ejecución de la Directiva de la UE. Los Estados deben garantizar a los sujetos el derecho a un remedio judicial, y los sujetos cuyos datos han sido utilizados erróneamente deben tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios.<sup>35</sup> La implementación de los principios de la Directiva de la UE sobre la protección de la privacidad debe ser reforzada por la autoridad de control. Estas autoridades deben “actuar con total independencia” y estar conferidas de “empoderamiento investigativo” que les permita acceder los datos y coleccionar la información. Además, ellos deben tener un “efectivo empoderamiento para la intervención” tales como la habilidad de emitir opiniones, tornar público el tema, o determinar el bloqueo o destrucción de los datos. Las autoridades supervisoras o de control también deben tener el empoderamiento para ejecutar los procedimientos legales o traer el tema a la atención de las autoridades judiciales.<sup>36</sup>

f) Acuerdo general sobre el comercio en servicios

Tomando en cuenta el impacto que las normas comerciales ejercen sobre muchos aspectos de la actividad económica y social, debemos mencionar dentro de este contexto el Acuerdo General sobre el Comercio en Servicios [*General Agreement on Trade in Services (GATS)*]<sup>37</sup>, que forma parte del marco de los tratados de la Organización Mundial del Comercio (OMS). El Artículo XIV del GATS dispone:

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo

---

*Impact of UE and International Rules in the Ratcheting Up of U.S. Privacy Standards,* (2000) 25 (1). In: *Yale Journal of International Law*, p. 1-18.

<sup>32</sup> Directiva de la UE, Artículo 7.

<sup>33</sup> Directiva de la UE, Artículos 10, 11 & 12.

<sup>34</sup> Directiva de la UE, Artículo 15.

<sup>35</sup> Directiva de la UE, Artículos 22-24.

<sup>36</sup> Directiva de la UE, Artículo 28.

<sup>37</sup> Sitio en la Web - Organización Mundial del Comercio, Textos Legales:

<[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/final\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/final_e.htm)> [de aquí en adelante GATS].

se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

(c) (ii) la protección de la privacidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales.<sup>38</sup>

Consecuentemente, mientras el GATS prohíbe la discriminación y las barreras comerciales encubiertas, continúa existiendo bastante espacio para que las autoridades nacionales regulen el flujo transfronterizo de los datos, con el propósito de proteger la privacidad.

### 3. Legislación nacional

Al nivel nacional, la protección de los datos en las organizaciones que operan en el sector privado ha adoptado la forma de protecciones constitucionales, leyes amplias, leyes sectoriales, autorregulación o la combinación de cualquiera de ellas. Las leyes amplias o globales tienen a aplicar los principios generales de la protección de la privacidad a una amplia gama de sectores, tanto público como privado. Las leyes sectoriales conciernen únicamente a sectores específicos, tales como las comunicaciones, o con datos específicos tales como la información médica. Las leyes de la mayoría de los países incluyen datos generales de los principios de la protección de los datos, disposiciones para las autoridades fiscalizadoras, comúnmente conocidas como comisionados de la privacidad u oficiales para la protección de los datos, y alguna referencia a la autorregulación de la industria. El papel y los poderes asignados a las autoridades fiscalizadoras generalmente se refieren a la educación pública, la investigación de las quejas, y su ejecución. La autorregulación depende de las fuerzas de mercado y de las iniciativas lideradas por la industria para ofrecer soluciones novedosas. Las normas son desarrolladas y aplicadas por aquellos a quienes se aplican. En algunos casos, sin embargo, las entidades independientes o públicas están involucradas en el desarrollo, implementación y ejecución de los lineamientos de los códigos industriales.

En América Latina, la protección de los datos se encuentra íntimamente vinculada al concepto de *habeas data*, que garantiza a todos los individuos el derecho a acceder su información personal. Este concepto se basa en el reconocimiento de que un individuo debe tener control sobre los datos que obtienen sobre su persona. El principio surgió recientemente en respuesta al impacto negativo que emanó del uso de las computadoras sobre los derechos a la privacidad. La Constitución Brasileña de 1988 fue la primera a utilizar el término *habeas data*. De ahí en adelante, el derecho de los individuos a acceder su información personal fue incluido en las constituciones nacionales de varios Estados latinoamericanos, entre los cuales están Argentina, Colombia, Paraguay, Perú y Venezuela.<sup>39</sup>

#### a) Argentina

Argentina no dispone de ningunas leyes específicas para proteger a los individuos de la colección no autorizada, uso y divulgación de sus datos personales que se encuentren en formato electrónico en las manos de las organizaciones privadas.<sup>40</sup> Tampoco existen leyes específicas o regulaciones que exijan que los dueños de bancos de datos permitan la revisión de los archivos de propiedad privada, o de enmendar o corregir errores cuando fueren identificados.

<sup>38</sup> GATS, article XIV c(ii).

<sup>39</sup> OEA. *Op. cit.*, p 26.

<sup>40</sup> La información sobre la legislación que rige el procesamiento electrónico de datos personales en Argentina, ha sido suministrada por Hartmuth Kroll de la Embajada de Canadá en Buenos Aires, el 26 de Julio de 2000.

1) *Constitución Argentina y la legislación para implementar el habeas data propuesto*

La Constitución Argentina de 1994 contiene disposiciones sobre la protección de la privacidad. El Artículo 18 declara:

El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

El Artículo 43 de la Constitución que rige sobre el derecho de *habeas data*, dice:

1. 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 la Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

.....

3. 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 aquellos.

En 1996, el Senado y la Cámara de Diputados aprobaron la legislación que rige las disposiciones contenidas en el Artículo 43 de la Constitución de 1994.<sup>41</sup> Este Estatuto fue vetado por el Presidente Menem después de las intervenciones realizadas por la Asociación de la Banca, que consideró que las disposiciones sobre la divulgación de la privacidad eran demasiado rigurosas, y que tendrían el efecto de minar las operaciones realizadas por VERAZ – una organización de investigación crediticia.

La legislación que regía sobre el *habeas data* (Ley 606) en sustitución de la anterior, fue aprobada por el Senado en 1998<sup>42</sup>. El proyecto de ley del *habeas data* otorga “*el uso y tratamiento de datos personales contenidos en archivos, registros o cualquier otro medio técnico de tratamiento de datos públicos, o privados destinados a dar informes*”. Su texto “*garantiza*” la protección de la reputación e privacidad de las personas, así como el derecho de las mismas a acceder, revisar y corregir cualquier información personal implementando, por ende, el tercer párrafo del Artículo 43 de la Constitución de 1994. El proyecto de ley todavía se encuentra bajo llave en el Comité de Sistemas de la Cámara de Diputados.

2) *Código Penal*

Los Artículos 153-157 del Código Penal prohíben la publicación de comunicaciones privadas. En abril de 1999, la corte consideró que dichas disposiciones también se aplican al correo electrónico. Además, el Código Civil también prohíbe “*el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad*”<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Ley No. 24.745 (23 Dic. 1996).

<sup>42</sup> S.577/98, *Ley de Protección de los Datos Personales* (26 Nov. 1998).

<sup>43</sup> Art. 1071bis, Cod. Civ.; Vea: David Banisar y Simon Davies, *Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Laws and Developments* (1999) 18 (1). In: *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 1, p. 15-17.

## b) Brasil

## 1) La Constitución brasileña

Brasil no tiene una ley específicamente orientada a la protección de los individuos de la colección, uso y divulgación no autorizadas de sus datos personales que se encuentren en formato electrónico en las manos de organizaciones privadas.<sup>44</sup> Sin embargo, es importante notar que la Constitución de 1988, cuyo Artículo 5 garantiza la inviolabilidad de los derechos a la vida, libertad, equidad, seguridad y propiedad, estipulando también que los juicios por *habeas data* son gratuitos. Existen otras leyes que se refieren indirectamente a la protección de la privacidad en el sector privado.

## 2) Ley No. 9.507

La Ley No. 9.507, de noviembre de 1997, regula sobre el acceso a la información y codifica los procedimientos del *habeas data*. En su texto, la ley considera que “todos los registros o bancos de datos conteniendo información que es transmitida o puede llegar a ser transmitida a terceras partes o cuya intención no es la de ser usada por un organismo privado o una entidad productora o depositaria de información.”

## 3) Ley No. 8.078

El enfoque de la Ley No. 8.078, de septiembre de 1990 (*Código para la Protección y Defensa del Consumidor*), trata sobre la protección del consumidor, vinculado a los derechos del consumidor, relaciones del consumidor, calidad de los productos y servicios, y las responsabilidades de los proveedores. En su Artículo 44, la ley declara que el consumidor tendrá derecho a acceder los datos personales relativos a su persona y las respectivas fuentes de información. También permite al consumidor revisar y exigir la inmediata corrección de los datos que están erróneos.

## 4) Legislación propuesta

En 1996 el Senado de Brasil introdujo el Proyecto de Ley No. 61 que hubiera regido la creación y uso de registro y bancos de datos personales, tanto públicos como privados.<sup>45</sup> El Proyecto de Ley no ha sido promulgado aún y fue archivado en enero 1999, al terminar el período del Congreso 1994-1998. No obstante lo antedicho, existe otro Proyecto de Ley sobre privacidad en el Senado (No. 268 de 1999), que ya ha sido aprobado por el Comité Constitucional y de Justicia del Senado, que reemplazará a la Ley No. 9.507. La nueva ley, si llega a aprobarse, regirá la estructuración y uso de los bancos de datos y codificará los procedimientos de *habeas data*. Con respecto al objetivo de esta ley, datos personales sobre opiniones raciales, políticas y religiosas, convicciones e ideologías, salud mental y física, sexualidad, prontuario policial, temas familiares, y la profesión, se consideran como datos personales que no pueden divulgarse o utilizarse para cualquier otro propósito que aquel que motivó la creación del banco de datos, excepto a través de una orden judicial, o la autorización de la persona en cuestión. El proyecto especifica que los datos personales disponen sobre datos referentes tanto a la persona física como jurídica.

## c) Canadá

Aún considerando que la Constitución de Canadá, inclusive la Carta de los Derechos y Libertades, no reconoce explícitamente el derecho a la privacidad, la Corte Suprema ha interpretado que la Sección 8 de la Carta (que trata sobre la búsqueda y aprensión)

<sup>44</sup> La información sobre la legislación que rige el procesamiento electrónico de datos personales en el Brasil, ha sido suministrada por Luiz Miguel da Rocha de la Embajada de Canadá en Brasilia, el 27 de julio de 2000.

<sup>45</sup> Privacy Exchange, Biblioteca Legal, Legislación Nacional/Pendiente, Brasil , Proyecto de Ley del Senado No. 61, 1996": <<http://www.privacyexchange.org/>>.

garantiza el derecho a una expectativa razonable de privacidad.<sup>46</sup> Canadá cuenta con bastantes leyes bien claras que gobiernan el acceso a y el procesamiento de datos personales. La Ley de Privacidad - *Privacy act*<sup>47</sup> así como la Ley sobre el Acceso a la Información (*Access to information act*)<sup>48</sup> se aplican al sector institucional público federal. Además, la *Ley sobre información personal y documentos electrónicos* [*Personal information and electronic documents*] ha sido aprobada recientemente para regular la protección de los datos en el sector privado. La mayoría de las provincias tienen amplias leyes que cubren el procesamiento de datos en el sector público, pero la Ley de Quebec *respetando la protección de la información personal en el sector privado* [*Act respecting the protection of personal information in the private sector*] es la única ley global que se aplica al sector privado.

#### 1) Ley sobre información personal y documentos electrónicos

La *Ley sobre información personal y documentos electrónicos*<sup>49</sup> recibió el consentimiento real el 13 de abril de 2000, y entrará en vigor en Canadá el 1º de enero de 2000.<sup>50</sup> El propósito de la Ley es establecer “normas que gobiernen la colecta, uso y divulgación de información personal de tal manera que reconozca el derecho a la privacidad de los individuos respecto a su información personal, y la necesidad de coleccionar, usar y divulgar información personal para propósitos que cualquier persona razonable consideraría apropiados bajo dichas circunstancias.”<sup>51</sup> Al mismo tiempo que protege la privacidad de la información personal, la Ley ha sido creada para dar apoyo y promover el comercio electrónico. Esta nueva ley debería ayudar a Canadá a cumplir los estándares de la protección de datos establecida en la Directiva sobre Privacidad de la Unión Europea.

La ley entrará en vigor a lo largo de un período de tres años, y eventualmente se aplicará a toda organización privada que recopila, utiliza o divulga información personal en el curso de su actividad comercial, excepto cuando dichas actividades se realicen dentro de la jurisdicción provincial donde una provincia tiene su propia ley substancialmente similar a la ley federal. Hasta la fecha, la provincia de Quebec es la única jurisdicción en América del Norte que tiene este tipo de ley. La Ley no se aplica a individuos respecto a la información personal coleccionada, utilizada o divulgada únicamente por motivos personales o domésticos. También se hace una excepción para las organizaciones que coleccionan, usan y divulgan informaciones cuyos propósitos son periodísticos, artísticos o literarios.<sup>52</sup>

La información personal se define como la “información sobre un individuo identificable”, inclusive sobre su raza, origen étnico, color, edad, estado civil, religión, educación, antecedentes médicos, criminales, laborales o financieros, dirección y número telefónico, identificadores numéricos como su número de la Previsión Social, huellas digitales, grupo sanguíneo, muestras de tejido y biológicas, y consideraciones y opiniones personales.

La Ley enumera diez principios que rigen la colección, uso y divulgación de información personal:<sup>53</sup> responsabilidad o imputabilidad, identificación de los propósitos para la colección de información personal, obtención de consentimiento, limitando la colección, su uso, divulgación y retención, asegurando la precisión, suministrando seguridad

<sup>46</sup> *Hunter v. Southam* [1984] S.C.R. 159, 160.

<sup>47</sup> Department of Justice, “Consolidated Statutes” <<http://canada.justice.gc.ca/FTP/EN/Laws/Title/P/index.html>>.

<sup>48</sup> Department of Justice, “Consolidated Statutes”, <<http://canada.justice.gc.ca/FTP/EN/Laws/Title/A/index.html>>.

<sup>49</sup> S.C. 2000, c-5; Canada Gazette, 23(1), <[http://canada.gc.ca/gazette/hompar3-2\\_e.html](http://canada.gc.ca/gazette/hompar3-2_e.html)> [hereinafter LIPDE].

<sup>50</sup> The federal Act provides for several phase-in periods to allow the provinces to adapt to the new legislation. If a province enacts a law that is substantially similar to the federal Act, the organizations or activities covered by the provincial law will be exempted from the federal law.

<sup>51</sup> LIPDE, Artículo 3.

<sup>52</sup> LIPDE, Artículo 4.

<sup>53</sup> La Ley incorpora como Programa 1, los principios estipulados en el *Código Modelo para la Protección de Información Personal*, de la Asociación Canadiense de Normas.

adecuada, colocando fácilmente a disposición las políticas para la administración de la información, brindando acceso a los individuos para acceder a datos sobre sí mismos, y otorgando a los individuos el derecho a objetar y oponerse al cumplimiento que la organización da a estos principios. Informaciones adicionales sobre estos principios constan más abajo.

#### Responsabilidad - imputabilidad

Las organizaciones son responsables por la información personal que se encuentra bajo su control y deben designar a individuos que controlen el cumplimiento de la Ley. Deben implementarse las políticas y procedimientos, capacitar a los empleados, y la información debe ser suministrada al público para asegurar la protección de la información personal. En los casos en que la información es procesada por una tercera parte, la organización debe usar instrumentos contractuales u otros medios que le permitan suministrar un nivel de protección similar.<sup>54</sup>

#### Propósitos de identificación

Deben identificarse y documentarse los propósitos para los cuales se ha procesado la información, inclusive los casos donde la colección anterior de información se está utilizando para un propósito nuevo. Es recomendable que los individuos permanezcan siempre informados sobre el propósito antes y durante el periodo de colección, pero a más tardar antes que la información se utilice.<sup>55</sup>

#### Consentimiento

Con la excepción de ciertas circunstancias, un individuo debe tener conocimiento y dar su consentimiento si la información personales cuando se va a coleccionar, usar, o divulgar la información. El consentimiento debe obtenerse después de la colección de los datos pero siempre antes que se la utilice. Para que el consentimiento tenga algún significado, los propósitos del tratamiento de los datos deben ser explicados al sujeto, y las organizaciones deben hacer un esfuerzo razonable para asegurar que los han entendido. La naturaleza y modalidad del consentimiento puede variar, dependiendo de la sensibilidad de la información, las circunstancias, y las expectativas razonables que tiene el individuo. El consentimiento sólo puede obtenerse para los datos procesados para propósitos legítimos, debidamente especificados. En el caso que una organización quiera utilizar la información para propósitos diferentes a aquellos para los cuales fue coleccionada, antes de hacerlo debe obtener un nuevo consentimiento. Los individuos tienen el derecho de retirar su consentimiento, sujeto a obligaciones legales o contractuales, después de una notificación previa razonable.

Una organización puede coleccionar información personal sin el conocimiento o consentimiento de un individuo apenas bajo circunstancias muy limitadas. Esto puede ocurrir cuando la colección claramente representa una ventaja o beneficio para el individuo, o cuando la obtención del consentimiento comprometería la precisión de la información. Además, el conocimiento y consentimiento no se exigen para una investigación legal o asistencia en caso de emergencia que amenace la vida, salud o seguridad del individuo o si la divulgación se exige por ley para propósitos estadísticos o académicos, o para la conservación de registros históricos o de importancia para los archivos.<sup>56</sup>

#### Limitación de la colecta

La cantidad y tipo de información coleccionadas debe restringirse a lo que se necesita para propósitos de identificación. Toda información debe ser coleccionada por métodos justos y

<sup>54</sup> LIPDE, Programa 1, Principio 1.

<sup>55</sup> LIPDE, Programa 1, Principio 2.

<sup>56</sup> LIPDE, Artículo 7; Programa 1, Principio 3.

legales, que no puedan confundir o engañar a los individuos cuanto al propósito para el cual la información está siendo colectada.<sup>57</sup>

#### Limitación del uso, divulgación y retención

Excepto con el expreso consentimiento del individuo o si fuere exigido por ley, la información personal puede utilizarse o divulgarse para los propósitos para los cuales fue colectada. La información personal debe retenerse únicamente por el tiempo necesario para llenar los propósitos identificados o necesarios, y para permitir que la persona pueda acceder a la información después que se haya tomado la decisión. Las organizaciones deben desarrollar lineamientos e implementar procedimientos sobre la retención y destrucción de la información.<sup>58</sup>

#### Precisión

La información personal utilizada por las organizaciones, inclusive la información divulgada a terceras partes, debe ser precisa, completa y actualizada de acuerdo a las necesidades exigidas para su identificación, especialmente cuando existe un interés del individuo. Los límites de la precisión de la información debe establecerse claramente. La información personal no debe ser actualizada rutinariamente a menos que se precise para los propósitos para los cuales se colectó la información.<sup>59</sup>

#### Salvaguardias

Las salvaguardias de seguridad deben estar en posición para proteger la información personal contra pérdida, robo, acceso no autorizado, divulgación, copia, uso o modificación. La naturaleza de las salvaguardias debe ser apropiada para la sensibilidad, volumen, distribución, formato y almacenamiento de la información. Los métodos de protección debe incluir medidas físicas, tales como cerrar con llave los archivos, tomar medidas organizacionales tales como la aprobación de la seguridad, o medidas tecnológicas tales como contraseñas para las computadoras. Los empleados deben estar plenamente conscientes de la necesidad de proteger la confidencialidad de la información personal, y tomar todos los cuidados necesarios para que, aún manteniendo la información disponible, se evite el acceso no autorizado.<sup>60</sup>

#### Transparencia

Toda información sobre las políticas y prácticas de una organización que se relacionen a la administración de la información personal debe ser suministrada al público. Dicha información debe incluir el nombre, título y dirección de la persona a cargo del cumplimiento con la Ley y a quien se pueden dirigir las reclamaciones; la descripción de la naturaleza de la información personal que está en manos de la organización; la manera en que se puede obtener acceso a la información; y que tipo de información se suministra a las organizaciones asociadas, por ejemplo, las subsidiarias. Esta información debe ser fácil de obtener y de comprender.<sup>61</sup>

#### Acceso individual

Los individuos tienen el derecho de acceder su propia información personal, impugnar su veracidad e integridad y exigir que se las corrija. El acceso debe ser otorgado a menos que pueda comprometer los datos personales de otros individuos, sea demasiado caro, o está protegido por razones propietarias de naturaleza legal, de seguridad o comercial, o por el privilegio inherente a la relación cliente-abogado. Las organizaciones deben informar a la persona sobre el tipo de información personal que poseen, cómo la utilizan, y a que terceras

<sup>57</sup> LIPDE, Programa 1, Principio 4.

<sup>58</sup> LIPDE, Programa 1, Principio 5.

<sup>59</sup> LIPDE, Programa 1, Principio 6.

<sup>60</sup> LIPDE, Programa 1, Principio 7.

<sup>61</sup> LIPDE, Programa 1, Principio 8.

partes ha sido divulgadas. La solicitud de acceso a la información debe ser respondida en un período razonable, que generalmente es de 30 días. En el caso que se rechace una solicitud de acceso a la información, el individuo debe recibir una comunicación por escrito conteniendo los motivos y cualquier otro recurso disponible bajo la Ley.<sup>62</sup>

### Impugnación del cumplimiento

Los individuos tienen derecho a presentar su reclamación sobre la falta de cumplimiento de la organización respecto a la Ley al oficial designado para ese fin.<sup>63</sup> En el caso que un individuo no pueda resolver una controversia con el oficial designado, él o ella pueden quejarse al Comisionado Federal sobre Privacidad quien desempeña las funciones de un defensor civil (*ombudsman*). El Comisionado de Privacidad recibe las reclamaciones relativas a contravenciones a la Ley, realiza investigaciones, y trata de solucionar las reclamaciones a través de la persuasión, mediación y conciliación. Él o ella tiene el poder de buscar y examinar toda la información pertinente mientras está conduciendo la investigación y puede entrar en las instalaciones ocupadas por la organización, examinar los registros importantes, y entrevistar a los individuos. Después de realizarse la investigación, el Comisionado de Privacidad puede redactar un informe con todos los hallazgos apropiados y sus recomendaciones. Cualquier persona que obstruye la investigación del Comisionado, destruye documentos o tome alguna actitud contra los denunciantes son culpables de una ofensa punible con una multa de \$100,000. El Comisionado de Privacidad también puede auditar las prácticas de la administración de la información de una organización y tornar los resultados públicos. La tarea del Comisionado incluye programas de educación pública e investigaciones.<sup>64</sup>

El Comisionado no tiene ningún poder para forzar a la organización de actuar sobre la base de los hallazgos o recomendaciones de un informe. En el caso que una cuestión no se resuelva, sin embargo, un individuo puede presentar una reclamación a la Corte Federal de Canadá dentro de los 45 días de haber recibido el informe del Comisionado. El Comisionado puede comparecer en nombre del demandante o como una parte a la audiencia. La Corte puede prescribir medidas correctivas a la organización involucrada y otorgar una indemnización por daños y perjuicios al demandante, si fuere apropiado.<sup>65</sup>

### 2) Otras legislaciones federales

Otras legislaciones del Gobierno canadiense que rigen sobre la protección de la privacidad incluyen el Código Penal que prohíbe la interceptación ilegal de las comunicaciones privadas.<sup>66</sup> Además, también existen leyes sectoriales tales como la Ley de la Banca<sup>67</sup>, la Ley de la Compañías de Seguros<sup>68</sup>, y de las Compañías de Custodia y Préstamos<sup>69</sup>, entre otras, que suministran protección a la privacidad.<sup>70</sup>

### 3) Quebec: Ley relativa a la protección de la información personal en el sector privado.

La Provincia de Quebec fue la primera jurisdicción en América del Norte a contar con una legislación amplia para regir la protección a la información personal en el sector privado, cuando en 1993 aprobó la *Ley relativa a la protección de la información personal en el sector privado*. La ley regula la colecta, uso y divulgación de la información personal y

<sup>62</sup> LIPDE, Artículos 8-9; Programa 1, Principio 9.

<sup>63</sup> Programa 1, Principio 10.

<sup>64</sup> LIPDE, Artículos 11-13. El sitio de la web del Comisionado de Privacidad de Canadá puede encontrarse en la siguiente dirección: <<http://www.privcom.gc.ca>>.

<sup>65</sup> LIPDE, Artículos 14-17.

<sup>66</sup> Código Penal, c-46, "184, 193.

<sup>67</sup> R.S.C. ch. B-101, " 242, 244, 459.

<sup>68</sup> R.S.C. ch I-11.8, " 489, 607.

<sup>69</sup> R.S.C. ch T-19.8, " 444.

<sup>70</sup> Vea David Banisar y Simon Davies, *Op. cit.*, p. 26-30.

otorga a los individuos el derecho al acceso a sus datos personales y de solicitar la corrección que se hiciera necesaria. Las demandas pueden presentarse a la Comisión de Acceso a la Información [*Commission d'accès à l'information*].

d) Chile

1) La Constitución chilena y otras leyes

La privacidad y carácter secreto de las comunicaciones se encuentran protegidas bajo el Artículo 19 de la Constitución chilena de 1980. La Ley N° 19.423 prohíbe la grabación encubierta, la interceptación telefónica, y otros métodos clandestinos. La información obtenida por cualesquiera de estos métodos sólo puede divulgarse por intermedio de una orden judicial.<sup>71</sup>

2) Ley sobre la protección de datos personales

La *Ley sobre la protección de datos personales*<sup>72</sup> de agosto 1999, es la primera ley amplia y comprensible sobre la protección de datos personales aplicable al sector público y privado en América Latina. La Ley regula tanto el procesamiento electrónico como manual de los datos personales. Los principios mencionados a continuación, se encuentran garantizados por esta Ley:

Prácticas equitativas de información

El procesamiento de datos sólo puede ocurrir en concordancia con las prácticas equitativas de la información, reconocidas internacionalmente.

Consentimiento

El procesamiento de datos personales exige el expreso consentimiento por escrito del sujeto a quien pertenecen los datos, a menos que se encuentre autorizada por ley. El consentimiento puede revocarse (pero nunca retroactivamente), por escrito. No existe ningún otro requisito que se exige para obtener consentimiento si los datos se encuentran públicamente disponibles; se utiliza únicamente para propósitos internos; se comparte con asociados o afiliados; o se utiliza por razones estadísticas o de clasificación.

Los datos personales sólo pueden usarse para el/los propósito(s) para el/los cual/cuales han sido colectados. Los individuos pueden oponerse al uso de sus datos personales con fines publicitarios o para encuestas de mercado.

Datos sensibles

Los datos sensibles, inclusive aquellos que dan a conocer información sobre raza, origen étnico, opinión política, creencia filosófica o religiosa, salud física o mental, vida sexual, y hábitos personales, sólo podrán ser procesados si están debidamente autorizados por ley, el individuo ha otorgado su expreso consentimiento para ese fin, o si su procesamiento se hace imprescindible para determinar el tratamiento médico de la persona y ventajas para su salud. La información personal médica sólo podrá hacerse pública con el expreso consentimiento por escrito del paciente.

Precisión y seguridad

Los procesadores de datos deben asegurar que los datos son precisos, están completos, actualizados y seguros.

<sup>71</sup> Veá David Banisar y Simon Davies, *Op.cit.*, p. 30-31.

<sup>72</sup> En-línea: *Privacy Exchange, National Omnibus Laws*: <<http://www.privacyexchange.org/>>.

### Acceso y transparencia

Debe informarse a los individuos quién es que colecta la información personal, que tipo de información se colecta y para qué fin, y quien es la tercera parte que va a recibir dicha información. Transcurridos seis meses y así sucesivamente, ellos también tienen derecho a recibir una copia gratis de la información que se encuentra en manos de la organización. Además de solicitar la corrección de sus datos personales, los individuos también pueden requerir su bloqueo o eliminación 1) cuando fueron suministrados voluntariamente; 2) son antiguos u obsoletos; 3) están siendo utilizados para fines comerciales.

### Ejecución

Aunque no existe ninguna disposición sobre la existencia de una autoridad independiente para la protección de datos, las demandas o recursos pueden presentarse ante las cortes.

#### e) México

##### 1) Constitución mexicana

A pesar que la Constitución mexicana no contiene disposiciones específicas respecto a la revelación de datos electrónicos, lo que sí tiene son Artículos generales que se refieren al derecho a la información y a la libertad de prensa.<sup>73</sup> El Artículo 6 estipula que el derecho a la información será garantizado por el estado. El Artículo 7 limita la libertad de prensa en lo que atañe a la privacidad, moralidad y a la paz pública.

El Artículo 16 de la Constitución mexicana estipula:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

.....

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose, en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

Las disposiciones de la Constitución se complementan con algunas leyes sectoriales, inclusive la *Ley federal del derecho de autor*.

##### 2) Ley federal del derecho de autor

El Artículo 109 de la *Ley federal del derecho de autor*, estipula que es ilegal vender u ofrecer información personal que se encuentre en una base de datos electrónica, sin la autorización del individuo. El texto del Artículo 109 dice:

*El acceso a información de carácter privado relativa a las personas contenida en las bases de datos a que se refiere el artículo anterior, así como la publicación, reproducción, divulgación, comunicación pública y transmisión de dicha información, requerirá la autorización previa de las personas de que se trate.*

<sup>73</sup> La información sobre la ley federal de México fue suministrada por Heather Jeffrey y Gillian Moran de la Embajada Canadiense en México, el 24 de julio de 2000.

*Quedan exceptuados de lo anterior, las investigaciones de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, de acuerdo con la legislación respectiva, así como el acceso a archivos públicos por las personas autorizadas por la ley, siempre que la consulta sea realizada conforme a los procedimientos respectivos.*

Consecuentemente, como ocurre en otros países latinoamericanos, México ofrece protección a la privacidad en algunos sectores pero le falta una legislación amplia y comprensible sobre la protección de datos que se aplique al sector privado.

f) Perú

1) Constitución Política de Perú

Tanto la privacidad o privacidad, protección de datos, libertad a los derechos de información se encuentran garantizados por la Constitución peruana de 1993. El Artículo 200 de la Constitución también incluye una "una garantía constitucional de *habeas data*".

2) Código Penal

Bajo el Artículo 154 del Código Penal peruano "el que viola la privacidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años." El Artículo 151 del Código Penal estipula que "*cualquier persona que ilícitamente abre una carta, documento, telegrama, radiotelegrama, mensaje telefónico u otro documento de naturaleza similar que no esté dirigido a ella, o que ilícitamente toma posesión de cualquiera de estos documentos aún si se encuentra abierto, será sancionada con prisión no mayor de dos años y a una multa equivalente desde 60 hasta 90 días de trabajo.*"

g) Estados Unidos

La Constitución de los Estados Unidos no protege explícitamente el derecho a la privacidad. La Corte Suprema opina que un derecho a la privacidad constitucional limitado surge de la Declaración de Derechos con respecto a la vigilancia gubernamental. El derecho a la privacidad en el sector privado sólo se encuentra garantizado cuando existe una legislación pertinente. No existe ninguna autoridad de supervisión de la privacidad en los Estados Unidos. La Oficina de Administración y Presupuesto juega un papel de política en el sector público federal, y la Comisión Federal del Comercio supervisa la información crediticia del consumidor y el uso de prácticas comerciales justas.<sup>74</sup> Estados Unidos no dispone de una ley amplia para controlar el acceso a y la protección de información y datos personales que están en el poder de las organizaciones privadas.<sup>75</sup> En cambio, los Estados Unidos han legislado sobre una base sectorial y dependen considerablemente en la autorregulación del sector privado. La legislación que rige la protección a la privacidad en el sector privado incluye, entre otras, las siguientes leyes:

1) Ley sobre la política de las comunicaciones por cable

La *Ley sobre la política de la comunicaciones por cable*<sup>76</sup> (1984) regula el uso de los registros de los abonados a la televisión por cable. Los consumidores deben informar la naturaleza de la información colectada y su uso. La información identificable, tal como las preferencias del espectador no pueden ser divulgadas sin su consentimiento escrito. La

<sup>74</sup> Veá David Banisar y Simon Davies, *Op. cit.*, p. 108-111.

<sup>75</sup> El uso de los datos personales por parte del gobierno federal se encuentra regulado por la Ley de Privacidad [*Privacy Act*] (1974), 5 U.S.C. ' 552a (1994).

<sup>76</sup> 47 U.S.C. ' 551.

información debe ser precisa y deben existir procedimientos cuanto a las correcciones. Por lo menos una vez al año, los consumidores deben ser notificados sobre la “naturaleza, frecuencia, y propósito” de la información almacenada y divulgada. Mediante una demanda en la Corte pueden obtenerse daños y perjuicios reales y punitivos.

## 2) Ley de protección de la privacidad en-línea de los niños

La *Ley de protección de la privacidad en-línea de los niños [Children’s online privacy protection act]* (1998)<sup>77</sup> se aplica a la información que los niños coleccionan en-línea. La Ley exige que los padres deben otorgar su consentimiento antes que se colecciona o divulga información sobre niños menores de 13 años.<sup>78</sup> También debe otorgarse acceso a los datos coleccionados a los padres, quienes pueden prevenir que se continúe usando esta información. Los operadores de *websites* comerciales deben informar a los padres sobre las prácticas que utilizan, así como mantener absoluta confidencialidad, seguridad e integridad de la información.

## 3) Ley de privacidad en las comunicaciones electrónicas

El uso de comunicaciones electrónicas, inclusive voz, video y comunicación de datos, se encuentra regida por la *Ley de privacidad de las comunicaciones electrónicas [Electronic communications privacy act]*<sup>79</sup> (1986). La ley prohíbe la interceptación no autorizada, adquisición, o divulgación de comunicaciones electrónicas, inclusive aquellas almacenadas en una computadora, a menos que la comunicación se encuentre fácilmente disponible al público en general. Ella se aplica tanto al sector público como al privado. Sin embargo, la Ley permite varias excepciones. Los operadores de sistemas computarizados, por ejemplo, pueden acceder a los datos almacenados y divulgar la información obtenida accidentalmente, a las autoridades gubernamentales. Visto que el sistema puede configurarse para almacenar todos los mensajes que pasan por él, el operador del sistema puede obtener acceso a todos los mensajes que pasan por el mismo. La violación de comunicaciones privadas conlleva a potenciales daños criminales y civiles.<sup>80</sup>

## 4) Ley de informes crediticios equitativos

Bajo la *Ley de informes crediticios equitativos [Fair credit reporting act]*<sup>81</sup> de 1970, la colecta y uso de informaciones obtenidas por las agencias de informaciones crediticias está debidamente regulada. La Ley se aplica a las actividades de aquellos que suministran la información a las agencias de crédito, a las agencias de crédito en sí, y a los usuarios de la información crediticia. Las agencias de crédito deben asegurar que su información es precisa y suministrar procedimientos correctivos. Sus registros deben permanecer disponibles a los consumidores. La información sólo puede liberarse para los consumidores autorizados quienes deben notificar al consumidor si se ha tomado cualquier tipo de acción adversa sobre la base del informe crediticio. Los usuarios también deben informar al consumidor la fuente de la información crediticia. Si la información está incompleta o es imprecisa, el consumidor puede solicitar que la agencia de crédito investigue el caso sin costo alguno. La Ley está siendo administrada por la Comisión Federal del Comercio que tiene un empoderamiento limitado en el campo procesal, investigativo y de ejecución. Las personas perjudicadas también pueden llevar los casos a la corte e iniciar una acción de demanda por daños actuales y punitivos.

<sup>77</sup> En-línea: *United States, Federal Trade Commission: “Legal Framework, Statutes Enforced or Administered by the Commission, Statutes Relating to Consumer Protection Mission”* <<http://www.ftc.gov/ogc/stat3.htm>>.

<sup>78</sup> Se encuentran disponibles en el sitio de la web denominado “getNetWise”: <http://www.getnetwise.org/> información para proteger a los niños que usan la Internet, así como programas de filtro.

<sup>79</sup> 18 U.S.C. ' 2510-2520, 2701-2709 (1997).

<sup>80</sup> Vea: Domingo R. Tan, “*Personal Privacy in the Information Age: Comparison of Internet Data Protection Regulations in the United States and the European Union*” (1999) 21(4). In: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 661.

<sup>81</sup> 15 U.S.C. ' 1681-1681(u); Federal Trade Commission: <<http://www.ftc.gov/os/statutes/fcra.htm>>.

## 5) Ley del derecho a la privacidad financiera

La *Ley del derecho a la privacidad financiera [Right to financial privacy act]*<sup>82</sup> regula la transferencia de registros financieros. En forma general, está prohibido que los bancos divulguen los registros financieros de sus clientes sin recibir una orden judicial. Comúnmente, los individuos reciben la oportunidad de oponerse a dar acceso a los registros financieros a los investigadores federales. Puede solicitarse en los Tribunales una reparación judicial por daños reales y punitivos.

## 6) Ley de protección a la privacidad del video

El arrendamiento o venta de informaciones por video está protegido bajo la *Ley de protección a la privacidad del video [Video privacy protection act]*<sup>83</sup>. La ley prohíbe la revelación de los nombres, direcciones y títulos que el consumidor ha comprado o arrendado. Debe brindarse oportunidad a los clientes para retirarse de cualquier programa de mercadeo. Las partes perjudicadas pueden demandar en los Tribunales.

A pesar del hecho que el Gobierno de los Estados Unidos ha regulado la protección de datos en algunas partes del sector privado, continúan existiendo grandes brechas legislativas, por ejemplo, con respecto a los registros médicos, registros bancarios y la Internet. Existe algún tipo de protección de la privacidad a través de la legislación federal y a en sus tribunales. El acto ilícito contra la privacidad fue adoptado por primera vez en 1905, y actualmente se encuentra disponible en casi todos los Estados como un derecho de acción civil.<sup>84</sup> El enfoque general, sin embargo, permanece defendiendo que el sector privado debe auto-regularse a través de códigos de conducta y las fuerzas de mercado. Existe un número de organizaciones basadas en la industria que han desarrollado códigos de conducta. Estas incluyen, entre otras, el “Consejo de Tecnología de la Información para la Industria” [Information Industry Council]; la “Asociación de Servicios Interactivos” [Interactive Services Association]; la “Alianza para Privacidad en-línea [On-line Privacy Alliance]; y la Asociación Americana de Electrónica”.<sup>85</sup>

## II. REGULACIÓN DEL FLUJO DE DATOS TRANSFRONTERIZO

### 1. Antecedentes

Tal cual ocurre con muchas transacciones internacionales, el flujo de datos personales a través de las fronteras por medios electrónicos, especialmente la Internet, crea un gran número de cuestionamientos jurisdiccionales. La identificación, asignación y aplicación de la jurisdicción puede provocar bastantes dificultades. El ejemplo dado a seguir puede ilustrar el problema: la información financiera personal sobre un individuo en el País A fue colectada por la Oficina de Crédito. Esta información se almacenó en una computadora del País B así como en su matriz en el País C. El individuo no tenía motivos para sospechar que parte de la información podía estar incorrecta y desea acceder a ella. Las leyes del País A otorgan el derecho a acceder a este tipo de información si se encuentra guardada en el País A. En este caso particular, sin embargo, la información no está almacenada en el País A. El País B tiene una ley similar pero sólo se aplica al sector público y, consecuentemente, excluye cualquier recurso contra la Oficina privada de crédito. El País C también tiene leyes de protección de datos, pero ellas se aplican únicamente a

<sup>82</sup> 12 U.S.C. sec. 3401 et seq.

<sup>83</sup> 18 U.S.C. ' 2710. Esta Ley fue aprobada en respuesta a los informes de los medios sobre los registros de arrendamiento de videos de la familia del Juez Robert Borks, durante la audiencia para su nominacion a la Corte Suprema.

<sup>84</sup> Vea David Banisar y Simon Davies, *Op. cit.*, p. 108-111.

<sup>85</sup> Sobre las Leyes de los Estados Unidos de protección de datos, vea también: *Organization for Economic Cooperation and Development; Directorate for Science, Technology, and Industry; Committee for Information, Computer and Communications Policy; Working Party on Information Security and Privacy; AInventory of Instruments and Mechanisms Contributing to the Implementation and Enforcement of the OECD Privacy Guidelines on Global Networks,* @ DSTI/ICCP/REG (98)12/FINAL, (19 May 1999) at 47-50.

sus propios ciudadanos. No se puede presentar ningún recurso porque el individuo no es un ciudadano del país C. Por consiguiente, a pesar que los tres países tienen leyes para la protección de datos, y la falta de una jurisdicción no permite que el individuo bajo referencia presente un recurso.<sup>86</sup>

El establecimiento de una norma jurisdiccional para cubrir los sitios en la Internet es algo bastante difícil de lograr, sin crear algún tipo de disputa, debido al hecho que tantos individuos pertenecientes a tantas comunidades distintas utilizan la Internet. También existen problemas adicionales creados por la tecnología, por ejemplo, cuando se trata de determinar quien debería regular un proveedor de Internet específico. Un enfoque podría ser el de asignar jurisdicción de acuerdo al país donde se encuentra registrado en nombre del dominio. Por otra parte, los websites podría registrarse bajo varios dominios tales como el dominio “.com”, así como el dominio “.uk”. La jurisdicción basada en el número IP también es difícil de utilizar, porque dos websites distintos podrían usar el mismo número IP. Hasta el establecimiento de la jurisdicción basada en la localidad física del servidor es problemática. Esta política podría estimular la ubicación de los servidores en localidades donde las leyes son más favorables a los propietarios, una especie de refugio-cibernético. De todos modos, es bien probable que cualquier afirmación de una jurisdicción sobre la base de la configuración actual de las tecnologías de la Internet podría quedar condenadas a medida que la tecnología continúe evolucionando.<sup>87</sup>

La globalización del procesamiento de datos torna la protección de la privacidad en una tarea crecientemente más difícil, sin la aplicación de una jurisdicción extraterritorial. Bajo el derecho internacional tradicional, sin embargo, la mayoría de los Estados se oponen a la aceptación de medidas extraterritoriales, que contradicen o debilitan las leyes o políticas nítidamente enunciadas de otro Estado que está ejerciendo la jurisdicción territorial concurrente sobre la misma conducta.<sup>88</sup> Posiblemente puede existir la necesidad de encontrar nuevas formas para tratar de temas relacionados a la jurisdicción del Estado, de enfrentar los retos impuestos por la Internet y otras redes globales. Tanto en el nivel internacional como el doméstico, ya se probaron algunas tentativas para tratar del tema del flujo transfronterizo de datos, inclusive desde el aspecto jurisdiccional.

## 2. Instrumentos internacionales

Las cuestiones inherentes a la jurisdicción, flujo transfronterizo de datos y la cooperación internacional, han sido tratadas en una manera limitada y generalizada por los Lineamientos OCDE, en la Convención del Consejo de Europa, y en los Lineamientos UE. Un enfoque más detallado del flujo transfronterizo de datos fue adoptado en la Directiva de la UE.

### a) Lineamientos de la OCDE

Los Lineamientos de la OCDE suministran algunos principios básicos que tratan sobre el flujo de los datos personas a través de las fronteras y las restricciones legítimas que existen con el propósito de proteger la información. Los Lineamientos recomienda que un país no debe escatimar esfuerzos para asegurar que el flujo transfronterizo de los datos personales “no sufren interrupciones y son seguros”. El país “debe evitar las restricciones al flujo transfronterizo de datos personales” a menos que la re-exportación de datos podría circunvenir su legislación nacional sobre privacidad o los otros países no ofrecen “una

<sup>86</sup> “*Conflicting Assertions of National Jurisdiction over Information Matters.*” Anotaciones para un discurso pronunciado por J.T. Fried ante la *Media and Communications Law Section* de la Asociación Canadiense del Colegio de Abogados, Ottawa, 11 de octubre de 1984.

<sup>87</sup> Para discutir sobre la jurisdicción de la Internet en el contexto de las Convenciones europeas, ver: Agne Lindberg, Delphi Lawyers, “*Jurisdiction on the Internet: European Conventions,*” 7 de enero de 1998, en el sitio de la web Privacy Exchange, Presentaciones de Conferencia y Ponencias. <<http://www.privacyexchange.org/>>.

<sup>88</sup> Para discutir los principios de la jurisdicción vea.: Pierre Trudel, “*Jurisdiction over the Internet: A Canadian Perspective*” (1998) 32(4) *International Lawyer* 1027 at 1029-1047.

protección equivalente.” Los Lineamientos de la OCDE refuerzan que “los países deben evitar el desarrollar leyes, políticas y prácticas en nombre de la protección de la privacidad de las libertades individuales, que podrían crear obstáculos al flujo transfronterizo de los datos personales que excederían los requisitos que existen para esta protección.”<sup>89</sup>

Los Lineamientos de la OCDE fomentan la cooperación internacional al asegurar que “los procedimientos para el flujo transfronterizo de los datos personales y para la protección de la privacidad y libertad individual son simples y compatibles con aquellos de los otros Estados miembros”. “Se solicita a los Miembros de intercambiar informaciones relacionadas a los Lineamientos y de facilitar “asistencia mutua en todos los asuntos procesales e investigativos involucrados.” Finalmente, los países deben desarrollar “principios, domésticos e internacionales, para regir la ley aplicable en el caso del flujo transfronterizo de los datos personales.”<sup>90</sup>

b) La Convención del Consejo de Europa

La Convención del Consejo de Europa declara que una [a] Parte no puede, por el único propósito de proteger su privacidad, prohibir o someter a una autorización especial el flujo transfronterizo de datos personales enviados al territorio de otra Parte. Sin embargo, una Parte de la Convención puede bloquear el flujo transfronterizo de datos “en la medida en que su legislación incluye normas específicas para ciertas categorías de datos personales o de archivos personales automatizados, porque la naturaleza de esos datos o archivos, excepto cuando las normas de la otra Parte le otorgan la misma protección.” En forma similar, una Parte puede prohibir la transferencia transfronteriza de datos personales cuando “esta transferencia se efectúe desde su territorio al territorio de un Estado no contratante a través de un intermediario del mismo territorio de otra Parte, con el propósito de evitar que dichas transferencias lleguen a circumvenir la legislación...”<sup>91</sup> En otras palabras, la transferencia de datos puede ser bloqueada a países que no ofrecen el mismo nivel de protección.

Para facilitar el flujo transfronterizo de datos, la Convención exige que cada Parte designe una autoridad protectora de datos que suministrará información sobre sus leyes y procedimientos administrativos en el campo de la protección de los datos a las otras Partes.<sup>92</sup> Además, cada Parte debe ayudar a las personas residentes en el extranjero a ejercer sus derechos.<sup>93</sup> La Convención establece un Comité Consultivo que representará a los Estados miembros y elaborará propuestas relativas a la aplicación y mejoría de la Convención.<sup>94</sup>

El proyecto de Protocolo preparado por el Comité Consultivo exige la cooperación de las autoridades supervisoras creadas bajo el Protocolo, como parte del cumplimiento de sus funciones, especialmente a través del intercambio de información.<sup>95</sup>

El Protocolo también trata la cuestión del flujo transfronterizo de datos a un receptor que no es sujeto de la jurisdicción de una Parte de la Convención. También declara que dicha transferencia de datos personales está permitida “únicamente si el Estado de la organización asegura que existe un nivel de protección adecuado para los datos que se pretende transferir.”<sup>96</sup> Están permitidas algunas excepciones a esta norma:

<sup>89</sup> Lineamientos de la OCDE, Parte Tres.

<sup>90</sup> Lineamientos de la OCDE, Parte Cinco.

<sup>91</sup> Convención del Consejo de Europa, Artículo 12.

<sup>92</sup> Convención del Consejo de Europa, Artículo 13.

<sup>93</sup> Convención del Consejo de Europa, Artículo 14.

<sup>94</sup> Convención del Consejo de Europa, Artículo 18-20.

<sup>95</sup> Proyecto de Protocolo, Artículo 1.

<sup>96</sup> Proyecto de Protocolo, Artículo 2.

- a) en el caso que la ley nacional disponga al respecto, debido a intereses específicos del sujeto a quien pertenece la información, o por la prevalencia de intereses legítimos, especialmente cuando se trata de intereses públicos importantes, o
- b) en el caso que las salvaguardias, que pueden resultar específicamente de las cláusulas contractuales, provienen del *controller* responsable por la transferencia, siendo consideradas adecuadas por las autoridades competentes de concordancia con la ley nacional.<sup>97</sup>

Las disposiciones del proyecto de Protocolo relativas a la transferencia de datos personales a un tercer país son similares a aquellas que constan en la Directiva de la UE.

c) Lineamientos de las Naciones Unidas

Los Lineamientos de las Naciones Unidas abordan la cuestión del flujo transfronterizo de datos en su Artículo 9, que dice:

*When the legislation of two or more countries concerned by a transborder data flow offers comparable safeguards for the protection of privacy, information should be able to circulate as freely as inside each of the territories concerned. If there are no reciprocal safeguards, limitations on such circulation may not be imposed unduly and only in so far as the protection of privacy demands.*

Tal cual ocurren en los Lineamientos de la OCDE, las limitaciones al flujo transfronterizo de datos sólo están permitidas si los estándares de protección a la privacidad exigidos no se cumplen. Deben tomarse medidas para asegurar la protección adecuada a la protección necesaria.

d) Directiva de la Unión Europea sobre la privacidad

Uno de los mayores objetivos de la Directiva de la UE se orientó al flujo transfronterizo de los datos personales y a crear un mercado común europeo. El Artículo 1(2) de la Directiva de la UE determina que los países de la Unión Europea “no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos entre los Estados miembros.” Considerando que todos los Estados de la UE deben suministrar aproximadamente el mismo nivel de protección para los datos personales como resultado de la Directiva de la UE, las limitaciones al libre movimiento de datos meramente por razones de protección de la privacidad no están permitidas dentro de la Unión.

El Capítulo IV de la Directiva de la UE trata sobre la “Transferencia de datos personales a terceros países”. Los países de la UE deben bloquear la transferencia de información personal a países que no son Estados miembros que no pueden ofrecer un nivel de protección “adecuado” El Artículo 25 de la Directiva UE, dice:

1. *Los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado.*

---

<sup>97</sup> Proyecto de Protocolo, Artículo 2.

2. *El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos: en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales y sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.*

Las decisiones sobre el grado de adecuación que tiene el régimen de protección de datos de un tercer país se toman primero, bajo la Directiva UE, al nivel de las autoridades nacionales. Los Estados miembros de la UE y la Comisión Europea deben compartir informaciones entre sí sobre casos en los cuales un país tercero no protege correctamente los datos personales.<sup>98</sup> Si la Comisión descubre que el tercer país no ofrece un nivel de protección adecuado, los Estados miembros de la UE deben evitar la transferencia de los datos personales.<sup>99</sup>

El Artículo 26 de la Directiva UE menciona las siguientes excepciones a la regla que indica que los datos personales no pueden transferirse a países que no disponen de un nivel de protección adecuado:

- a) el interesado haya dado su consentimiento inequívocamente a la transferencia prevista, o
- b) la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales tomadas a petición del interesado o,
- c) la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y un tercero; o
- d) la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguardia de un interés público importante, o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial, o
- e) la transferencia sea necesaria para la salvaguardia del interés vital del interesado, o
- f) la transferencia tenga lugar desde un registro público que, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, esté concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta por el público en general o por cualquier persona que pueda demostrar un interés legítimo, siempre que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece la ley para la consulta.

La transferencia de datos personales a un país tercero que no provee una protección adecuada a la privacidad también se permite cuando el responsable indica que existen salvaguardias para proteger la privacidad”, por ejemplo, a través de “cláusulas contractuales apropiadas”.<sup>100</sup>

Cuando un tercer país no otorga suficiente protección para la privacidad, la Comisión puede iniciar negociaciones “con el propósito de remediar la situación”.<sup>101</sup> Dada la importancia de la UE en el marco del intercambio global de información, la Directiva UE

<sup>98</sup> Directiva de la UE, Artículo 25 (3).

<sup>99</sup> Directiva de la UE, Artículo 25 (4).

<sup>100</sup> Directiva de la UE, Artículo 26.

<sup>101</sup> Directiva de la UE, Artículo 25(5).

puede ejercer consecuencias bastante poderosas fuera de la Unión. Cuando los países terceros no otorgan suficiente legislación para proteger los datos personales en el sector privado, las autoridades públicas o hasta los negocios individuales pueden encontrarse forzados a realizar negociaciones con la Comisión, con el propósito de demostrar su concordancia con las normas de la UE.

La Directiva UE fomenta la cooperación transfronteriza entre la Unión Europea estipulando que una “autoridad nacional puede solicitar el ejercicio de su poder por una autoridad de otro Estado miembro” y que las “autoridades supervisoras van a cooperar entre sí cuanto fuere necesario para el desempeño de sus deberes, especialmente mediante el intercambio de informaciones útiles.”<sup>102</sup>

### 3. Legislación nacional

La mayoría de los Estados no tienen una legislación específica que trata sobre el flujo transfronterizo de los datos personales. Sin embargo, las leyes que amparan la protección de datos de algunos países exigen que la liberación de datos personales a Estados extranjeros puede ocurrir únicamente si se cumplen ciertas condiciones. Generalmente, el estado extranjero o la organización receptora debe garantizar un mínimo nivel de protección a la privacidad. Algunas leyes también toman medidas para la cooperación con otras leyes o autoridades que aplican la protección de datos.

#### a) Argentina

Argentina no dispone de leyes específicas que regulen el flujo de datos en formato electrónico a través de sus fronteras internacionales.<sup>103</sup> No obstante, el Proyecto de Ley N° 606 de 1998 proponiendo el *habeas data*, debidamente aprobado por el Senado argentino prohíbe la transferencia de datos personales de cualquier tipo a otros países o a entidades internacionales o supranacionales que no disponen de un nivel de protección adecuado. La excepción de esta regla es el intercambio de datos con el propósito de ofrecer cooperación jurídica internacional, datos médicos si el tratamiento del paciente lo exige, o durante el curso de una investigación epidemiológica, transferencia bancaria o de acciones, cuando la transferencia se realiza de acuerdo a los tratados internacionales de los cuales Argentina es signataria, o cuando es parte de una cooperación internacional establecida entre agencias de inteligencia con el propósito de luchar contra el crimen organizado, terrorismo y el narcotráfico. No queda bien claro, sin embargo, cómo se aplicará esto a las operaciones internas de corporaciones transnacionales, o a las operaciones de transacciones al nivel comercial.

#### b) Canadá

La *Ley de privacidad* de Canadá (*Privacy Act*), que se aplica al sector público dispone (en su Artículo 8) sobre la divulgación transfronteriza de la información personal:

- f) *under an agreement or arrangement between the Government of Canada or an institution thereof and the government of a province, the government of a foreign state, an international organization of states or an international organization established by the governments of states, or any institution of any such government or organization, for the purpose of administering or enforcing any law or carrying out a lawful investigation;*

<sup>102</sup> Directiva de la UE, Artículo 28.

<sup>103</sup> La información sobre la legislación que rige el procesamiento electrónico de los datos personales en la Argentina, fue suministrada el 26 de julio de 2000, por Hartmuth Kroll, de la Embajada de Canadá en ese país.

Contrariamente a lo que ocurre con la *Ley de privacidad*, la *Ley de información personal y documentos electrónicos* [*Personal information and electronic documents act*] no trata el tema del flujo transfronterizo de la información o cooperación en términos específicos, pero las organizaciones no Canadá continuarán siendo consideradas responsables por la protección adecuada de los datos personales aún cuando los datos se transmiten a través de las fronteras (principio de responsabilidad).<sup>104</sup> En su Sección 17, la *Ley de respeto a la protección de la información personal en el sector privado* de Quebec [*respecting the protection of personal information in the private sector*] dispone que al comunicar datos fuera de Quebec, una empresa debe tomar medidas razonables para asegurar que los datos serán utilizados únicamente para el propósito especificado, y que el interesado recibe la oportunidad de objetar al uso de los datos para la búsqueda de clientes.

### III. ENFOQUES SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS

#### 1. Estándares comunes para la protección de datos

Un enfoque que ha sido tomado por los Estados en el ámbito internacional consiste en el acuerdo sobre un nivel mínimo de convergencia sobre los regímenes de protección nacional de datos. La Unión Europea ha asumido el enfoque más decisivo al requerir de sus Estados miembros que armonicen su legislación sobre protección de datos. No obstante que las leyes nacionales no necesitan ser idénticas según la Directiva de la Unión Europea, es necesario que los países alcancen niveles razonablemente altos a fin de crear un mercado común europeo para el flujo de datos. Por otro lado, una organización supranacional, la Comisión Europea, continúa desempeñando un papel importante y coordinador y asegura que los estándares de la Unión no se encuentran minados por transferencias de datos para otros países que no cumplen con los niveles requeridos. Al mismo tiempo que muestra un desafío significativo, este tipo de armonización legislativa puede extenderse más allá de la Unión Europea por medio de tratados bilaterales o convenciones multilaterales.<sup>105</sup>

En realidad, todos los instrumentos internacionales discutidos anteriormente han tratado de estimular la promulgación de leyes que brinden un nivel consistente y comparable de protección a la privacidad en el área del procesamiento de datos personales. Mientras que los lineamientos de la OCDE y los Lineamientos de las Naciones Unidas representan recomendaciones no vinculasteis sobre las cuales erigir regímenes de protección de datos, la Convención del Consejo de Europa y particularmente la Directiva de la UE constituyen instrumentos legalmente vinculasteis que requieren que los Estados adopten leyes que establezcan un nivel mínimo de protección privada. Como resultado de la Convención del Consejo de Europa y la Directiva de la UE sobre Privacidad, la mayoría de los Estados europeos introdujeron regímenes de protección a la privacidad.<sup>106</sup>

La esperanza que tenemos es que por medio del acuerdo sobre los principios sobre la protección mínima brindada a los datos, los Estados no se vean en la necesidad de imponer restricciones a los flujos de datos que transponen las fronteras. Los instrumentos internacionales mencionados anteriormente contienen limitaciones al libre flujo de datos solamente en ciertos casos excepcionales. Los Lineamientos de la OCDE hacen referencia

<sup>104</sup> Discusión con Ken Huband, Política de Privacidad, Industria de Canadá, el 1º de agosto de 2000.

<sup>105</sup> La propia directiva de la EU fue negociada bajo la amenaza de un secuestro de datos por parte de ciertos miembros que tenían leyes de protección a datos, inclusive Francia y Alemania, contra aquellos con leyes menos rigurosas, como Italia. La posible interrupción del libre flujo de datos se evitó a través de la elaboración de un conjunto de normas de protección similares. Gregory Shaffer, *Globalization and Social Protection: the impact of EU and international rules in the ratcheting up of U.S. Privacy Standards*, (2000)25(1). In: *Yale Journal of International Law*, p. 1-10.

<sup>106</sup> Para una discusión sobre los regímenes de protección a la privacidad de los países de la OCDE, vea: Directorado de Ciencias; Tecnología e Industria; Comité de la Información; Política de la Tecnología de la Información y Comunicaciones; Grupo de Trabajo de Seguridad y Privacidad de la Información; "Inventory of Instruments and Mechanisms Contributing to the Implementation and Enforcement of the OECD Privacy Guidelines on Global Networks", DSTI/ICCP/REG (98)12/FINAL, (19 May 1999).

a países que no “obedecen substancialmente” a tales pautas o dejan de brindar “protección equivalente”: Los Lineamientos de las Naciones Unidas hacen referencia a la falta de “salvaguardias comparativas”. La Convención del Consejo de Europa reclama sobre la ausencia de “protección equivalente” y la Directiva de la UE impone restricciones sobre flujos de datos fuera de la Unión donde terceros países no ofrecen un “nivel adecuado de protección”.

En los casos en que el nivel requerido de protección está ausente, pueden aplicarse ciertas medidas limitadas de control. Los Lineamientos de la OCDE desestiman medidas que “en nombre de la protección de la privacidad y de las libertades individuales que excederían de requisitos para tal protección”. Los principios de las NU recomiendan que las restricciones sean impuestas “hasta el punto que así lo exija la protección de la privacidad”. La Convención del Consejo de Europa y la Directiva de la UE brindan claramente un freno al movimiento de informaciones o datos personales hacia los países donde no se asegura protección suficiente.

La Directiva de la UE impone las limitaciones más fuertes al flujo de datos entre fronteras. El Artículo 25 de la Directiva de la UE obliga, más que permite, que los Estados miembros de la UE prohíban la transferencia de información o datos personales a los Estados que no brindan niveles adecuados de protección. El estándar requerido por los Lineamientos de la OCDE y la Convención del Consejo de Europa puede ser más exigente, dado que se refiere a la “equivalencia” más que a la “adecuación”, pero la transferencia de datos sólo puede bloquearse de acuerdo a la Directiva de la UE cuando no se lleguen a alcanzar los estándares estipulados. Debido a la importancia económica de la UE, el potencial de tal medida preventiva sobre los datos es un poderoso incentivo para los Estados de todo el mundo para que adopten alguna medida para la armonización en la protección de los datos personales.<sup>107</sup> Allí donde el flujo de datos entre fronteras se ve interrumpido debido a que otro país posee leyes inadecuadas para la protección de la privacidad, se requiere que la Comisión Europea entre en negociaciones con dicho país.

## 2. Principios de seguridad portuaria

En virtud de la entrada en vigencia de la Directiva de la UE el 25 de octubre de 1998, la Comisión Europea y el Departamento de Comercio de los UE iniciaron negociaciones a fin de evitar la interrupción del libre flujo de datos entre Europa y los Estados Unidos. A fin de disminuir la incertidumbre cuanto al hecho de saber si las organizaciones de la UE pasarían la prueba relativa al “estándar adecuado” con referencia a la protección de datos requerida por la Directiva de la UE, los Estados Unidos propusieron que las compañías norteamericanas que quisieran recibir datos personales provenientes de la Unión Europea adhiriesen a los denominados “Principios de seguridad portuaria.”<sup>108</sup> La adhesión a dichos Principios establecería una “presunción sobre una adecuada protección de la privacidad” con referencia a los propósitos de la Directiva de la UE.

La decisión de una organización para adherirse a los *Principios de seguridad portuaria* es voluntaria. Las organizaciones pueden adherirse a los Principios de diversas maneras. Pueden adoptar un programa conjunto sobre la privacidad que siga los Principios o pueden poner en práctica sus propias políticas auto-regladas, siempre que obedezcan a

<sup>107</sup> Por ejemplo, los efectos extraterritoriales en potencial resultantes de la Directiva de la UE han estimulado a los países no europeos como Canadá, Hong Kong, Nueva Zelanda y Taiwan de promulgar una legislación sobre la protección de los datos para cubrir al sector privado. Vea: Comisionado de Privacidad, Nueva Zelanda, “*Report by the Privacy Commissioner to the Minister of Justice on the Trans-Tasman Mutual Recognition Bill and Transborder Data Flows,*” Comisionado de Privacidad, Nueva Zelanda, “*Reports and Submissions*”: <<http://www.privacy.org.nz/people/transtas.html>>.

<sup>108</sup> Departamento de Comercio de los EE.UU., “*Safe Harbour Principles*” (21 julio de 2000), online: *Privacy Exchange, News*: <<http://www.privacyexchange.org/>>. Vea también en-línea: *Europa, European Commission, Internal Market, Media Information Society and Data Protection, Data Protection, News*, <[http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/dataprot/news/safeharbor.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/news/safeharbor.htm)>. “Anexo al Principio de Seguridad Portuaria”: *Privacy Exchange, News*: <<http://www.privacyexchange.org/>>.

los principios. Si una organización deja de cumplir con la autorregulación, puede ser demandada según la Sección 5 de la Ley de *Comisión de Comercio Federal*, que prohíbe "los actos desleales y fraudulentos". Las organizaciones sujetas a leyes, reglamentos o normas administrativas que efectivamente protegen la privacidad pueden también adherirse a los *Principios de seguridad portuaria*. A fin de hacerlo, las organizaciones deben certificar por ante el Departamento de Comercio sobre su adhesión a los Principios de acuerdo con las pautas descritas en las *Preguntas más frecuentes*.

Los *Principios de seguridad portuaria* según su versión final del 21 de julio de 2000 son los siguientes:

"Datos personales" e "información personal" son los datos sobre un individuo identificado o identificable que se encuentran dentro del alcance de la Directiva, recibidos de la Unión Europea por una organización de los UE y registrados de alguna manera.

NOTA: La organización debe informar a los individuos sobre los propósitos para los cuales recoge y utiliza información sobre ellos, como contactar a la organización sobre cualquier pregunta o queja, los tipos de terceros a los cuales revela la información, y las alternativas y medios que la organización ofrece a los individuos para limitar dicho uso y revelación. Esa nota debe ser brindado en lenguaje claro y conspicuo cuando se requiere que los individuos, por primera vez, brinden información personal a la organización o tan pronto como sea posible, pero en cualquier caso antes que la organización utilice dicha información para un propósito que no sea aquél para el cual fue originalmente recogida o procesada por la organización que la transfirió o que la revela por primera vez a un tercero (1).

ELECCIÓN: Una organización debe ofrecer a los individuos la oportunidad de escoger si su información personal (a) puede revelarse a terceros (1) o (b) puede utilizarse con un propósito que es incompatible con el o los propósitos para los cuales fue originalmente recogida o subsecuentemente autorizada por el individuo. Los individuos deben contar con mecanismos claros y conspicuos, rápidamente disponibles y a su alcance para efectuar la elección.

Para la información de carácter sensible (por ej, información personal que especifique condiciones médicas o de salud, orígenes étnicos o raciales, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, participación en sindicatos de comercio o información relativa a la vida sexual del individuo) deben ser brindadas opciones afirmativas o explícitas en caso de que la información deba ser revelada a terceros o utilizada para un propósito distinto de aquel para el cual fue originalmente recogida o subsecuentemente autorizada por el individuo por medio del ejercicio de su elección. En cualquier caso, toda organización debería tratar como sensible cualquier información recibida de un tercero cuando dicho tercero la trata e identifica como tal.

TRANSFERENCIA: a fin de revelar la información para un tercero las organizaciones deben aplicar los Principios sobre Comunicación y Elección. Cuando una organización desea transferir la información a un tercero que está actuando como agente, tal como se describe en la nota final, puede hacerse si primeramente comprueba que el tercero adopta los Principios o se halla sujeto a la Directiva u otra medida adecuada, o concuerda por escrito con dicho tercero requiriendo que dicho tercero brinde al menos el mismo nivel de protección a la privacidad como el requerido por los Principios relevantes. Si la organización cumple con estos requisitos, no será responsabilizada (a menos que la organización lo considere de otra manera) cuando un tercero al cual transfiere dicha información la procesa de manera contrario a cualquier restricción o manifestación, a menos que la organización supiese o debiera haber sabido que el tercero la procesaría de manera contraria y que la

organización no ha tomado las medidas adecuadas para prevenir o hacer cesar tal procesamiento.

**SEGURIDAD:** Las organizaciones que crean, mantienen, utilizan o divulgan información personal deben tomar precauciones razonables a fin de protegerlas contra la pérdida, uso indebido o acceso no autorizado, revelación, modificación y destrucción.

**INTEGRIDAD DE LOS DATOS:** Consistente con los Principios, la información personal debe ser relevante para los propósitos para los cuales es utilizada. Una organización no debe procesar información personal de tal manera que sea incompatible con los propósitos para los cuales ha sido recogida o subsecuentemente autorizada por el individuo. En la medida necesaria para tales propósitos, una organización debería adoptar medidas razonables para asegurar que la información es confiable para el uso al cual se destina, correcta, completa y vigente.

**ACCESO:** Los individuos debe tener acceso a la información personal que sobre ellos posee una organización, y serles posible corregir, alterar o eliminar dicha información cuando la misma sea incorrecta, excepto cuando el costo o gasto de brindar tal acceso sea desproporcionado a los riesgos para la privacidad del individuo en el caso en cuestión, o cuando los derechos de personas ajenas al individuo pudiesen ser violados.

**OBSERVANCIA:** La protección efectiva a la privacidad debe incluir mecanismos para asegurar el cumplimiento de los Principios, recursos para los individuos afectados por el incumplimiento de los Principios en lo que hace a la información, y consecuencias para la organización cuando tales Principios no sean observados. Como mínimo, tales mecanismos deben incluir (a) mecanismos independientes de recursos rápidamente disponibles y al alcance por medio de los cuales las quejas de cada individuos y los litigios sean investigados y resueltos mediando referencia a los Principios, y garantizando el pago de daños cuando la ley aplicable o las iniciativas del sector privado así lo disponen; (b) procedimientos para verificar que las certificaciones y las declaraciones que las empresas comerciales hacen sobre sus prácticas privadas son verdaderas y que dichas prácticas han sido implementadas tal como se han presentado; y (c) obligaciones para subsanar problemas derivados de la falta de cumplimiento de los Principios por parte de organizaciones que anuncian su adhesión a los mismos y las consecuencias para tales organizaciones. Las sanciones deben ser suficientemente rigurosas a fin de asegurar el cumplimiento por parte de las organizaciones.

1. no es necesario dar noticia o hacer una elección cuando la divulgación se efectúa a un tercero que actúa como agente para llevar a cabo tarea(s) en nombre y bajo las instrucciones de la organización. El Principio de Transferencia, por otro lado, se aplica a tales casos.

Estos Principios se complementan con un documento que trata de las *Preguntas más frecuentes*, brindando una guía para la interpretación de los Principios.<sup>109</sup>

La adhesión a los Principios puede ser limitada por lo siguiente:

- a) en la medida necesaria para proteger la seguridad nacional, el interés público, o los requerimientos para la observancia de la ley;
- b) por normas, reglamentos gubernamentales o ley casuística que crean obligaciones conflictivas o autorizaciones explícitas, siempre que, al ejercitar tal autorización, una organización pueda demostrar que su incumplimiento para con los principios se limita a la medida necesaria a fin de cumplir con intereses legítimos favorecidos por tal autorización; o

<sup>109</sup> En línea: Intercambio de Privacidad, Noticias. <http://www.privacyexchange.org/>.

- c) si el efecto de la Directiva o de la Ley del Estado miembro es permitir excepciones o derogaciones, siempre que las mismas sean aplicables en contextos comparativos.

La Unión Europea reconoce que la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Transporte de los UE “poseen facultades para investigar las quejas y obtener alivio contra prácticas desleales o fraudulentas así como reparaciones a individuos en caso de incumplimiento de los principios implementados de acuerdo con las *Preguntas más frecuentes*.”<sup>110</sup>

Aunque la Comisión Europea ya ha aceptado la “adecuación” de los *Principios de seguridad portuaria*<sup>111</sup>, el Parlamento Europeo requirió la imposición de requisitos adicionales el 14 de julio del 2000:<sup>112</sup>

- reconocimiento de un derecho individual de apelación a un cuerpo público independiente facultado para considerar cualquier recurso relacionado con una violación alegada de los Principios;
- obligación de que las firmas participantes compensen los daños, sean morales o causados a la propiedad, que han sufrido aquellos que se encuentren involucrados, en el caso de violaciones contra los Principios, y un compromiso asumido por las firmas a fin de cancelar la información personal obtenida o procesada de manera ilegal;
- facilidad de identificación de las medidas a ser tomadas a fin de asegurar que los datos sean cancelados y obtener compensación por cualquier daño sufrido;
- disponibilidad de un chequeo preliminar por parte de la Comisión sobre el funcionamiento adecuado del sistema dentro de los seis meses de su entrada en vigor y presentación de un informe sobre el resultado del chequeo y de cualquier problema encontrado en la parte actuante según el Artículo 29 y el Comité según el Artículo 31 de la Directiva, así como sobre el comité relevante del Parlamento Europeo;

A pesar de estas preocupaciones por parte del Parlamento Europeo, la Comisión Europea emitió una Decisión el 27 de julio del 2000, aceptando los *Principios de seguridad portuaria* expedidos por el Gobierno de los Estados Unidos el 21 de julio del 2000.<sup>113</sup> La Comisión decidió proseguir con la Decisión, dado que el Parlamento Europeo no había encontrado que la Comisión, al así hacerlo, estaría excediendo sus facultades. No obstante, La Comisión notificó al Departamento de Comercio de los UE sobre las preocupaciones del Parlamento Europeo y declaró que reabriría las discusiones en caso de que los temores del Parlamento relativos a lo inadecuado de los recursos disponibles para los individuos demostrasen poseer bases sólidas.

<sup>110</sup> “Annex to the Safe Harbour Principles”, en línea: Intercambio de Privacidad, Noticias <http://www.privacyexchange.org/>.

<sup>111</sup> Decisión de la Comisión C5-0280/2000.

<sup>112</sup> “Resolución del Parlamento Europeo sobre el proyecto de Decisión de la Comisión relativa a determinar si la protección suministrada por los Principios de Privacidad de la Seguridad Portuaria es adecuada, y está relacionada a las *Preguntas más frecuentes* emitidas por el Departamento de Comercio de los EE.UU. (C5-0280/2000 - 2000/2144 (COS)) en “Acta del 05/07/2000 – Edición Provisional ” en el sitio de la web de la Unión Europea, Parlamento Europeo, Búsqueda de Guías, Resoluciones; <[http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/dataprot/news/safeharbor.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/news/safeharbor.htm)>.

<sup>113</sup> “Protección de los Datos: La Comisión adoptó decisiones reconociendo que los regímenes en los EE.UU., Suiza y Hungría era adecuados:”, en línea: Europa, Comisión Europea, Mercado Interno, Sociedad de Protección de Datos, y Medios de la Tecnología de la Información Protección de Datos, News, <[http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/dataprot/news/safeharbor.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/news/safeharbor.htm)>.

### 3. Asistencia mutua y cooperación

Cuando los países no pueden concordar sobre el establecimiento de un régimen común de protección de datos por medio de la armonización legislativa u otros mecanismos tales como los *Principios de seguridad portuaria*, la efectividad de la legislación nacional puede no obstante ser incrementada por medio de acuerdos de asistencia mutua y cooperación. A fin de aplicar las leyes de protección de datos, los órganos adjudicativos deben estar capacitados a ejercitar algún control o influencia sobre los infractores y obtener las pruebas necesarias. Particularmente en el área de protección de la información personal en la Internet y otras redes globales, se requiere la cooperación internacional dado que los países individualmente considerados no pueden tratar este asunto. Algunos de los instrumentos internacionales discutidos más arriba así como las leyes nacionales brindan facilidades sobre la cooperación entre las autoridades encargadas de la protección de datos a través de las fronteras internacionales. Las disposiciones sobre asistencia mutua han sido también incluidas en otros tratados bilaterales y multilaterales, especialmente aquellos relativos a la ley penal.<sup>114</sup>

#### a) Asistencia mutua en los instrumentos internacionales

Los Lineamientos de la OCDE estimulan a los miembros a intercambiar información relacionada con los principios y a facilitar “la asistencia mutua en los asuntos procesales e investigativos”.<sup>115</sup> La Convención del Consejo de Europa requiere de cada autoridad de protección de la información de cada Parte que brinde información sobre sus leyes y procedimientos administrativos en el área de protección de datos a otras Partes y a brindar ayuda a las personas que residan en el extranjero a fin de ejercitar sus derechos.<sup>116</sup> La Directiva de los UE estipula que “una autoridad de otro Estado miembro puede requerir a otra autoridad nacional para que ésta que ejercite sus facultades” y que “las autoridades de supervisión deberán cooperar entre sí en la medida necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones, en particular mediante el intercambio de información de utilidad.”<sup>117</sup>

#### b) Proyecto de convención sobre delitos cibernéticos

La Convención propuesta sobre delitos cibernéticos es de importancia para la discusión sobre la protección internacional de la información y para la ayuda legal mutua. Dicha convención está siendo actualmente negociada por los Estados miembros del Consejo de Europa y un número de Estados incluyendo Canadá, Japón, Sudáfrica y los Estados Unidos. El Consejo de Europa ha publicado la versión actual del Proyecto de Convención (Proyecto No. 19) en la Internet.<sup>118</sup> Varias disposiciones del Proyecto de Convenio se relacionan directamente con la protección de la información personal, tal como aquellos referidos con el acceso ilegal a los sistemas de computación (Artículo 2); la interceptación ilegal de datos de computador (Artículo 3); la interferencia con información computadorizada (Artículo 4) o con un sistema informático (Artículo 5); u otras violaciones relacionadas al ambiente de computación tal como la falsificación (Artículo 7) o el fraude (Artículo 8). Por otro lado, el Proyecto de Convención contiene un lenguaje que puede ser

<sup>114</sup> Vea por ejemplo: Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de Canadá sobre Cooperación Jurídica Mutua en Materia Penal [*Treaty Between the Government of the United States and the Government of Canada on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*] (18 marzo 1985) 24 I.L.M. 1092 y Ley Canadiense sobre Cooperación Jurídica Mutua en Materia Penal [*Canadian Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*], ch. M-13.6 (R.S., 1985, c. 30 (4th Supp.); en línea: *Canada, Department of Justice, “Consolidated Statutes”* <<http://canada.justice.gc.ca/FTP/EN/Laws/Chp/MM-13.6.txt>>.

<sup>115</sup> Lineamientos OCDE, Part V.

<sup>116</sup> Convención del Consejo de Europa, Artículos 13 & 14.

<sup>117</sup> Directiva UE, Artículo 28.

<sup>118</sup> Consejo de Europa, Directorado General, I. Asuntos Jurídicos, Oficina de Tratados, “Proyectos de Tratados”: <<http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprojets.htm>> [de ahora en adelante denominado Proyecto de Convención sobre Delitos Cibernéticos].

útil al tratar de cuestiones de jurisdicción y asistencia legal mutua. La Convención toca el tema relativo a la jurisdicción en el Artículo 19:

1. Cada miembros tomará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para establecer la jurisdicción sobre cualquier violación.... cuando la violación sea cometida:
  - a. [total o parcialmente] en su territorio o sobre un navío, aeronave o un satélite portando su bandera o registrado en dicho país Parte;
  - b. por uno de sus nacionales, si la violación es sancionable según la ley penal del lugar donde se ha cometido o si la violación se ha cometido fuera de la jurisdicción territorial de cualquier Estado ...
  
5. Cuando más de una Parte reclame jurisdicción sobre una alegada violación establecida de acuerdo con esta Convención, las Partes interesadas, cuando sea apropiado, se consultaran a fin de determinar la jurisdicción más adecuada a fin de proseguir el caso.

El proyecto de Convención estimula claramente a los Estados a declarar su jurisdicción sobre los infractores en su territorio, así como sus nacionales, por medio de las consultas, cuando sea requerido.

El Artículo 20 del Proyecto de Convención describe principios generales relacionados con la cooperación internacional:

Las Partes cooperarán entre sí, de acuerdo con las disposiciones de este capítulo, y por medio de la aplicación de los instrumentos internacionales adecuados sobre cooperación internacional en asuntos penales, acuerdos logrados en base a la legislación uniforme o recíproca, y leyes nacionales, en la mayor medida posible para los fines de las investigaciones y procedimientos relativos a las violaciones penales relacionadas con los sistemas de computación y de datos, o para la obtención de prueba electrónica sobre un delito penal.

Se requiere de los Estados que utilicen cualquier medio legal a fin de perseguir a los infractores.

El Artículo 22 del Proyecto de Convención solicita a las partes que brinden rápida asistencia mutua a los fines de la aplicación y observancia de las normas:

1. Las Partes se brindarán asistencia mutua en la mayor medida posible a fin de realizar investigaciones y procedimientos relativos a las violaciones penales relacionadas con los sistemas de computación y de datos, o para la obtención de pruebas electrónicas sobre una violación penal.
  
2. A los fines de brindar la cooperación relativa a los Artículos 24-29, cada Parte, en circunstancias de urgencias, aceptará y responderá a los pedidos de asistencia mutua por medios rápidos de comunicación, incluyendo [voz] fax o correo electrónico, en la medida que tales medios proporcionen niveles adecuados de seguridad y autenticidad, seguidos de confirmación formal cuando el Estado requerido así lo exija.

El Proyecto de Convención ofrece procedimientos de asistencia mutua en casos en que no exista tratado de ayuda mutua o acuerdo entre la parte solicitante y los Estados requeridos. Se requiere que cada Parte designe una autoridad central a fin de tratar de los

pedidos de asistencia mutua. Debe llevarse un registro de autoridades centrales y las mismas se comunicarán directamente entre sí. La ayuda puede negarse, total o parcialmente, en caso de imposición legal o si la misma pudiese perjudicar la soberanía de la Parte, su seguridad, orden público, u otros intereses esenciales. Las Partes pueden también enviar a las demás, sin pedido previo, información tendiente a requerir o iniciar una investigación. La información proporcionada puede solamente ser utilizado para fines específicos y debe permanecer confidencial.<sup>119</sup> Los pedidos de ayuda pueden también referirse a la preservación expedita de datos guardados en computadoras.<sup>120</sup> Si una tercera Parte estaba involucrada en la transmisión de una comunicación, la Parte puede requerir que se revele una cantidad suficiente de información a fin de identificar al proveedor del servicio y el camino que fue utilizado para la comunicación.<sup>121</sup> Cuando una Parte requiere el acceso, incautación, obtención o revelación de la información guardado en computadoras, la Parte requerida debe responder tan rápido como sea posible de la siguiente manera:

- a) Cuando así lo permita la legislación interna, ratificar o apoyar cualquier autorización judicial o legal que fuera otorgada en la Parte peticionante a fin de efectuar una búsqueda o incautación de la información, ejecutando dicha búsqueda o incautación y, segundo los tratados mutuos de asistencia o las leyes, cuando sean aplicables, procedimiento a revelar a la Parte peticionante cualquier información incautada; o
- b) Respondiendo al pedido y revelando la información incautada, segundo lo dispongan sus tratados de asistencia mutua, o las leyes, cuando aplicables; o
- c) Utilizando cualquier otro método de ayuda permitido por su legislación interna.

A fin de asegurar la ayuda inmediata en forma de asesoría técnica, la preservación de la información, o la obtención de pruebas, la facilitación de información legal, la localización de los sospechosos, necesita establecerse un punto de contacto disponibles durante las 24 horas los 7 días de la semana.<sup>122</sup>

Mientras que el Proyecto de Convención sobre Delitos Cibernéticos trata de asuntos de ley penal, sus disposiciones sobre asistencia legal mutua pueden no obstante ser de valor para los esfuerzos internacionales destinados a proteger la información personal, particularmente en virtud del hecho de que la Convención trata con un aspecto de la ley que está sumamente relacionado.

- c) Los delitos cibernéticos y los Países del G-8

Un proceso paralelo sobre el asunto de los delitos cibernéticos está llevándose a cabo bajo los auspicios de los países del G-8. En la Conferencia Ministerial sobre los Países del G-8 sobre el Combate al Crimen Transnacional Organizado celebrado el 19-20 de octubre de 1999, fue emitida una declaración de los principios sobre acceso transfronterizo a la información almacenada en los computadoras, y que también contiene disposiciones sobre "rápida asistencia mutua".<sup>123</sup>

<sup>119</sup> Proyecto de Convención sobre Delitos Cibernéticos, Artículo 23.

<sup>120</sup> Proyecto de Convención sobre Delitos Cibernéticos, Artículo 24.

<sup>121</sup> Proyecto de Convención sobre Delitos Cibernéticos, Artículo 25.

<sup>122</sup> Proyecto de Convención sobre Delitos Cibernéticos, Artículo 27.

<sup>123</sup> "Communique: Ministerial Conference of the G-8 Countries on Combating Transnational Organized Crime (Moscow, October 19-20, 1999)", en-línea: Canada. Department of Foreign Affairs and International Trade, <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/foreignp/g7/1999/moscow1-e.htm>>.b

4. Al recibir un pedido formal para el acceso, búsqueda, copiado, incautación o revelación de datos, incluyendo datos que han sido preservados, el Estado requerido, de acuerdo con su legislación interna, deberá ejecutar el pedido tan rápido como sea posible, de la siguiente manera:
  - a. Respondiendo según los procedimientos legales y tradicionales de ayuda; o
  - b. Ratificando o endosando cualquier autorización judicial o legal que fuera otorgada en el estado peticionante y, segundo los procedimientos legales y tradicionales de asistencia, revelando al Estado solicitante cualquier información incautada;
  - c. Utilizando cualquier otro método de asistencia permitido por la legislación del Estado requerido.

5. Cada Estado, en las circunstancias apropiadas, deberá aceptar y responder a los pedidos de asistencia legal efectuados según estos Principios mediante medios de comunicación rápidos pero confiables, incluyendo la voz, fax o correo electrónico, con confirmación por escrita a seguir cuando sea requerido.

Nuevamente, existe reconocimiento de que la efectiva ayuda mutua se requiere a fin de tratar cuestiones relacionadas con información almacenada en un Estado extranjero.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

La protección de la información personal y los datos almacenados de manera electrónica en el sector privado ha avanzado por medio de la adopción de instrumentos internacionales. Los Principios de la OCDE, la Convención del Consejo de Europa, los Lineamientos de las Naciones Unidas, y particularmente la Directiva de Protección de Datos de la UE han tenido un impacto profundo sobre la protección de datos en Europa y en todas partes. También algunos países miembros de la OEA especialmente Canadá y Chile, han promulgado leyes que proporcionan relativamente alto niveles de protección de la privacidad.

Sin embargo, parece justo mencionar que muchos retos permanecen aún, particularmente con relación al flujo transfronterizo de datos personales en la Internet y otras redes globales. La privacidad de los ciudadanos permanece vulnerable aún en aquellos países que cuentan con leyes internas efectivas, en virtud de la existencia de abrigos para la información donde no se encuentra protección disponible. Los instrumentos nacionales e internacionales existente dejan muchos problemas sin resolver, tales como el de la interpretación sobre qué son los niveles de protección “adecuados” o “equivalentes” o la naturaleza de la observancia requerida a fin de implementar estándares adoptados. La legislación y la observancia son especialmente desafiantes en virtud del rápido desarrollo de la tecnología. Además, aquellos Estados que desean proteger la privacidad de sus ciudadanos deben también enfrentar intereses conflictivos en el área económica, de comercio, social y política.

Estas dificultades, no obstante, no son privativas del área de protección de datos. Se podrían obtener más progresos en el área de la protección a la privacidad mediante una combinación de medidas, incluyendo el desarrollo de estándares internacionales y mecanismos de aplicación, asistencia mutua legal y técnica, el estímulo hacia la autorregulación industrial, y la operación de las fuerzas del mercado influenciadas por la información y la educación.

Sin embargo, debido a la información limitada con que se contaba para efectuar este informe, es difícil evaluar cuán adecuada es la legislación en los países de la OEA. En

consecuencia se recomienda que a fin de obtener una evaluación más completa sobre los asuntos jurídicos relacionados con la protección de los datos personales en dichos países, la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos reitera este pedido a los Estados miembros, a fin de recabar mayor información sobre la legislación interna vigente, los reglamentos y las políticas adoptadas.

## 8. La Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 por parte de los Estados del hemisferio

### Resolución

CJI/RES.4 (LVI-O/00): *La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por parte de los Estados del hemisferio*

### Documento

CJI/doc.48/99 rev.3: *Estudio de los derechos y deberes de los Estados de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar: una guía extraoficial* (presentado por el doctor Keith Highet)

Durante el LVI Período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Washington, D.C., marzo de 2000), el doctor Keith Highet, relator del tema, presentó el documento CJI/doc.48/99 rev.3, *Estudio de los derechos y deberes de los Estados de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar*, el cual recoge, conforme lo indicó el relator, los diferentes aportes, observaciones y comentarios realizados por el doctor Orlando Rebagliati.

El doctor Highet sostiene en dicho documento que los Estados Partes de la Convención deberán prepararse para beneficiarse de todos los derechos y cumplir con todas las obligaciones que estipula la misma, y que para hacerlo, es aconsejable que un Estado miembro que también es Estado Parte designe a funcionarios de su servicio de asesoría jurídica para que se familiaricen con tres aspectos centrales de la Convención, a saber, los derechos que establece, los deberes y responsabilidades que crea, y los métodos apropiados para responder y reaccionar a las actividades marítimas realizadas por otros Estados y a situaciones marítimas de emergencia. El relator establece que los Estados miembros del sistema interamericano que también son Estados Partes de la Convención deberán recordar estos derechos y obligaciones en lo que respecta a toda controversia marítima pendiente con otros Estados Partes de dicha Convención.

En ese sentido, el doctor Orlando Rebagliati subrayó que el documento estaba dirigido a los funcionarios que tuvieran a su cargo esta materia y que tenía por objeto señalar con claridad los derechos y deberes de los Estados. En dicho sentido, solicitó a los demás miembros del Comité Jurídico Interamericano que los comentarios que realicen sean hechos entendiendo los alcances del informe. También señaló que existían áreas poco desarrolladas en el documento como la de los fondos marinos situados más allá de la jurisdicción nacional y la de la solución de controversias pero que, sin embargo, el trabajo estaba en condiciones de ser concluido en el presente período ordinario de sesiones.

Luego de un fructífero debate en el que los miembros del Comité Jurídico Interamericano realizaron aportes al documento en mención, se adoptó la resolución CJI/RES.4 (LVI-O/00), *La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el*

*Derecho del Mar por parte de los Estados del hemisferio*, mediante la cual se decide aprobar el documento mencionado bajo el título *Reseña de los derechos y deberes de los Estados conforme la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982: guía informal*; remitir el mencionado documento a las dependencias gubernamentales de los Estados miembros de la OEA encargados de la aplicación del derecho del mar y a otros organismos profesionales y académicos especializados en esta materia; y mantener en el temario del Comité Jurídico Interamericano la cuestión de la aplicación de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 y considerar la preparación de otros informes sobre ese tema que reflejen los comentarios recibidos de los Estados y de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA. Asimismo, el Comité Jurídico Interamericano decidió nombrar como co-relator del tema al doctor Orlando Rebagliati, además del relator ya designado.

La XXX Asamblea General de la OEA (Windsor, junio, 2000), mediante resolución AG/RES.1704, solicitó al Comité Jurídico Interamericano continuar sus estudios y hacer llegar el documento CJI/doc.48/99 rev.3 a la División de Derecho del Mar de las Naciones Unidas para sus respectivos comentarios.

En octubre de 2000, y en atención a una solicitud del Comité Jurídico Interamericano contenida en su resolución CJI/RES.12 (LVII-O/00), el Departamento de Derecho Internacional publicó el documento titulado *Estudio de los derechos y deberes de los Estados de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar: una guía extraoficial*, como homenaje a la memoria del doctor Keith Highet.

A continuación se transcribe el texto de la resolución del Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES.4 (LVI-O/00), y de la guía extraoficial que aprueba.

#### **CJI/RES.4 (LVI-O/00)**

#### **LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR POR PARTE DE LOS ESTADOS DEL HEMISFERIO**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

HABIENDO CONSIDERADO la importancia que la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 reviste para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;

CONSIDERANDO la complejidad de dicho instrumento y las posibles incertidumbres concernientes a su aplicación adecuada;

HABIENDO CONSIDERADO el documento titulado *Reseña de los derechos y deberes de los Estados conforme la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982; guía informal*, presentado por los co-relatores doctores Keith Highet y Orlando R. Rebagliati (CJI/doc.48/99 rev.1),

RESUELVE:

1. Aprobar el documento titulado *Reseña de los derechos y deberes de los Estados conforme la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982: guía informal*.
2. Remitir el mencionado documento a las dependencias gubernamentales de los Estados miembros de la OEA encargados de la aplicación del derecho del mar y a otros organismos profesionales y académicos especializados en esta materia.
3. Mantener en el temario del Comité Jurídico Interamericano la cuestión de la aplicación de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 y considerar la preparación de otros informes sobre ese tema que reflejen los comentarios recibidos de los Estados y de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA.

**CJI/doc.48/99 rev.3**

**ESTUDIO DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESTADOS  
DE CONFORMIDAD CON LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS  
DE 1982 SOBRE EL DERECHO DEL MAR:  
UNA GUÍA EXTRAOFICIAL**

(presentado por el doctor Keith Highet)

**Nota Explicativa**

Durante el período ordinario de sesiones de enero-febrero de 1996 del Comité Jurídico Interamericano, el doctor Keith Highet propuso la consideración del tema “La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por parte de los Estados del Hemisferio”. A tales efectos, el proponente fue designado relator.

Entre el LV y el LVI período ordinario de sesiones (agosto de 1999 y marzo de 2000), el doctor Keith Highet, en su calidad de relator, presentó al Comité Jurídico Interamericano el documento CJI/doc.48/99: “Derechos y deberes de los Estados conforme la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar”.

El presente documento, “Estudio de los Derechos y Deberes de los Estados de Conformidad con la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar: una guía extraoficial” es la versión revisada 3 del documento original y recoge los diferentes aportes, observaciones y comentarios realizados por el doctor Orlando Rebagliati, quien fue designado relator del tema durante el LVI período ordinario de sesiones del Comité.

**DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESTADOS DE CONFORMIDAD  
CON LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1982  
SOBRE EL DERECHO DEL MAR**

*El presente estudio es resultado de la labor del Comité Jurídico Interamericano y se remite a la Comisión Asuntos Jurídicos y Políticos. Este estudio no constituye una postura o interpretación oficial de la Convención por parte del Comité Jurídico Interamericano, ni tampoco pretende llegar a ninguna conclusión de carácter jurídico respecto a la Convención, su estado actual o su aplicabilidad a los Estados que no son parte de la misma. Este estudio no representa la postura o interpretación oficial de la Organización de los Estados Americanos, sus subcomités, o sus Estados miembros, y todas las cuestiones*

*relacionadas con la interpretación de las disposiciones de la Convención se reservan a los Estados.*

## I. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto orientar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos respecto a sus deberes, obligaciones, responsabilidades y derechos específicos de conformidad con la Convención de las Naciones de Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar (la “Convención de 1982”, o “Convención”). Esta labor ha ido adquiriendo importancia tras la entrada en vigor de la Convención el 16 de noviembre de 1994. Ese evento marcó la culminación de un esfuerzo de varias décadas para formalizar las reglas que vinculan a los Estados en sus relaciones internacionales respecto a asuntos oceánicos –una labor que se empezó en Ginebra, en 1958, durante la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y que finalmente contó con la participación de 150 países de todas las regiones del mundo.

Con su entrada en vigor, la Convención se ha convertido, sin ninguna duda, en la principal fuente de derecho respecto al derecho internacional público del mar, tanto para los Estados Partes como los que no son partes de la misma.<sup>1</sup> Como tal, es imperativo que el reconocimiento y la comprensión de las obligaciones y derechos de los Estados de conformidad con la Convención sean comunes y extendidos. La meta de este estudio es ayudar en ese proceso, ya que resulta difícil extrapolar recordatorios útiles de esas obligaciones y derechos del texto voluminoso de la propia Convención.

El punto central de este estudio, y también de la propia Convención, se basa en las obligaciones que tienen los Estados *ribereños* que son parte de la Convención.<sup>2</sup> El principal propósito del estudio es orientar de forma detallada a aquellos Estados que, por razones obvias, disfrutaban de la mayoría de los derechos y asumen la mayoría de las responsabilidades establecidos por la Convención. El estudio también especifica, sin embargo, las obligaciones de los Estados que no son ribereños de conformidad con la Convención, entre ellos, por ejemplo, los deberes *erga omnes* sobre el uso de la alta mar, de acuerdo con la Parte VII de la Convención y sobre la protección y conservación del medio marino de conformidad con su Parte XII.

El estudio también se ha organizado de forma que destaca y subraya las diferentes incidencias y tipos de obligaciones que la Convención impone sobre los Estados de acuerdo con sus circunstancias particulares. Los Estados tienen diferentes obligaciones en el marco de la Convención, dependiendo de sus circunstancias y actividades de carácter geográfico, y el presente estudio se ha redactado de forma que refleje esas diferencias. En particular, este estudio especifica los diferentes deberes de: (i) todos los Estados; (ii) los Estados ribereños; (iii) los Estados ribereños en ciertas circunstancias geográficas; y (iv) los Estados ribereños con ciertas necesidades y realidades concretas. Esta estructura pretende asistir a los Estados miembros de la OEA para que puedan determinar mejor sus obligaciones y derechos de acuerdo con la Convención, en virtud de sus características inmutables y sus actividades mutables.

Además, el presente estudio procura distinguir entre los diferentes tipos de obligaciones que se imponen sobre los Estados. En particular, la Convención establece tres tipos principales de obligaciones: obligaciones “de cumplimiento estricto”, obligaciones “blandas” y obligaciones “defensivas”.

<sup>1</sup> En este informe, nos referimos a los Estados Partes de la Convención de la misma forma que en la Convención, por ejemplo, como “Estados Partes” (que en los textos oficiales en francés e inglés es “Etats Parties” y “State Parties”). El Artículo 1(2) de la Convención dispone lo siguiente: “Por “Estados Partes” se entiende los Estados que hayan consentido en obligarse por esta Convención y respecto de los cuales la Convención esté en vigor”.

<sup>2</sup> El término “Estados Ribereños” incluye a todos los Estados, salvo aquellos Estados sin litoral (Bolivia y Paraguay en las Américas) –incluyendo a los Estados “en situación geográfica desventajosa”- y a los Estados que comparten fronteras con mares semicerrados.

1. Las obligaciones “de cumplimiento estricto” establecidas por la Convención son quizás las más fáciles de identificar. Estas incluyen órdenes específicas a los Estados de que tomen medidas particulares (por ejemplo, dar la publicidad debida) o de que no tomen ciertas medidas (por ejemplo, obstaculizar el paso inocente). El cumplimiento de estas obligaciones normalmente requiere simplemente seguir los mandatos específicos de la Convención.
2. Contrariamente, las obligaciones “blandas”, tales como “examinar” o “tener en consideración” ciertas condiciones, requieren que los Estados tomen medidas, pero el alcance y tipo de medidas no se especifica claramente en la Convención. Entre las obligaciones “blandas” de la Convención, la más difundida es el requisito de que los Estados Partes cooperen con otros Estados, bien directamente o a través de las organizaciones internacionales pertinentes, con el fin de lograr diversas metas.<sup>3</sup> Estas obligaciones “blandas” normalmente pueden cumplirse con un esfuerzo de buena fe para lograr el objetivo específico de la disposición. Por ejemplo, un Estado Parte puede satisfacer las obligaciones de consulta y cooperación por medio del establecimiento de una oficina consultiva en las dependencias de la asesoría jurídica del Estado. La oficina consultiva trabajará entonces directamente con otros Estados e indirectamente a través de varias organizaciones internacionales (por ejemplo, la Organización de Aviación Civil Internacional, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, o la Organización Marítima Internacional) en cumplimiento de su obligación de consulta.
3. Por último, las obligaciones “defensivas” establecidas en la Convención, requieren a los Estados tomar medidas particulares con el fin de proteger sus derechos y sacar pleno provecho de la Convención. Entre estas obligaciones “defensivas” la más notable es la obligación de naturaleza implícita de reivindicar el mar territorial - el cual puede variar entre una y 12 millas náuticas - para asegurar su jurisdicción. Si el Estado no declara el mar territorial o permite la vigencia de una declaración previa de un mar territorial de menor extensión, su soberanía sobre las 12 millas al cual tiene derecho de conformidad con la Convención no podrá ser ejercida.<sup>4</sup>

Además, se espera que este estudio pueda ser de utilidad no sólo para los Estados que son parte de la Convención, sino también para los Estados que no son partes de la misma. Muchos aspectos de la Convención provienen directamente de prácticas que el Estado ejerce por tradición y normas de derecho internacional ampliamente aceptadas, aunque algunos aspectos son producto del desarrollo progresivo del derecho internacional. Además, hasta la fecha, la Convención ha sido firmada por 158 Estados y ratificada por 132.<sup>5</sup> Este estudio no pretende expresar ninguna opinión respecto al status legal de la Convención, pero es importante mencionar que si bien sus estipulaciones pueden no

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Artículo 41 (5) de la Convención (“En un estrecho respecto del cual se propongan vías marítimas o dispositivos de separación del tráfico que atraviesen las aguas de dos o más Estados ribereños del estrecho, los Estados interesados cooperarán para formular propuestas en consulta con la organización internacional competente.”); Artículo 61 (2) (“El Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante medidas de conservación, y administración, que la preservación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva no se vea amenazada por un exceso de explotación. El Estado ribereño y las organizaciones internacionales competentes, sean subregionales, regionales o mundiales, cooperarán, según proceda, con este fin.”); Artículo 108 (1) (“Todos los estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales.”); Artículo 197 (“Los Estados cooperarán en el plano mundial y, cuando proceda, en el plano regional, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, en la formulación y elaboración de reglas y estándares, así como de prácticas y procedimientos recomendados, de carácter internacional, que sean compatibles con esta Convención, para la protección y preservación del medio marino, teniendo en cuenta las características propias de cada región.”)

<sup>4</sup> Véase Art. 3 (Todas las referencias a números de Art. se refieren a los artículos de la Convención, y el número de párrafo (de haberlo) se establece entre paréntesis).

<sup>5</sup>