

**Comité Jurídico Interamericano**

**Curso de  
Derecho Internacional**

**XLIV  
2017**



**Organización de los  
Estados Americanos**

**Secretaría General**

Secretaría de Asuntos Jurídicos

Departamento de Derecho Internacional

**Comité Jurídico Interamericano**



Curso de Derecho  
Internacional

**XLIV  
2017**

**Organización de los Estados Americanos**

**Secretaría General**

Secretaría de Asuntos Jurídicos

Departamento de Derecho Internacional

## **OAS Cataloging-in-Publication Data**

Curso de Derecho Internacional (44th : 2017 : Río de Janeiro, Brasil)

XLIV Curso de Derecho Internacional / organizado por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 31 de julio al 18 de agosto de 2017.

p. ; cm. Includes bibliographical references. (OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.Q)

ISBN 978-0-8270-6765-3

1. International law--Study and teaching--Congresses. 2. International relations--Study and teaching--Congresses. 3. Conflict of laws--Study and teaching--Congresses.

4. Pan-Americanism. I. Organization of American States. Secretariat for Legal Affairs. Department of International Law. II. Inter-American Juridical Committee.

III. Title. IV. Series.

JX3091 .C8 2017

OEA/Ser.Q/V.C-44

## **Carta de la Organización de los Estados Americanos**

### **Capítulo XIV**

#### **El Comité Jurídico Interamericano**

##### **Artículo 99**

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

##### **Artículo 100**

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

##### **Artículo 101**

El Comité Jurídico Interamericano estará integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por un período de cuatro años, de ternas presentadas por dichos Estados. La Asamblea General hará la elección mediante un régimen que tenga en cuenta la renovación parcial y procure, en lo posible, una equitativa representación geográfica. En el Comité no podrá haber más de un miembro de la misma nacionalidad.

Las vacantes producidas por causas distintas de la expiración normal de los mandatos de los miembros del Comité, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización siguiendo los mismos criterios establecidos en el párrafo anterior.

##### **Artículo 102**

El Comité Jurídico Interamericano representa al conjunto de los Estados miembros de la Organización, y tiene la más amplia autonomía técnica.

##### **Artículo 103**

El Comité Jurídico Interamericano establecerá relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, así como con las comisiones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de los asuntos jurídicos de interés internacional.

##### **Artículo 104**

El Comité Jurídico Interamericano redactará su estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General.

El Comité adoptará su propio reglamento.

##### **Artículo 105**

El Comité Jurídico Interamericano tendrá su sede en la ciudad de Río de Janeiro, pero en casos especiales podrá celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente se designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente.

Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad de cada uno de los autores y no necesariamente reflejan la postura de la Organización de los Estados Americanos.

ISBN 978-0-8270-6765-3

Esta publicación ha sido preparada y editada por el Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, bajo la supervisión de Jaime Moreno-Valle, oficial jurídico. Copyright © 2018. Queda prohibida cualquier reproducción parcial o total, por cualquier medio, sin autorización del Departamento de Derecho Internacional.



XLIV Curso de Derecho Internacional  
“La Actual Agenda Jurídica Interamericana”  
Rio de Janeiro, Brasil, 31 de julio – 18 de agosto, 2017



# Tabla de Contenidos

<b>Presentación</b>	<b>7</b>
<b>A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares</b>	<b>11</b>
Antonio Augusto Cançado Trindade Juez de la Corte Internacional de Justicia	
<b>Territorio y Jurisdicción: El Derecho Internacional en Desarrollo</b>	<b>51</b>
María Teresa Infante Caffi Embajadora de la República de Chile en Países Bajos	
<b>Notas sobre nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	<b>83</b>
Juan Ignacio Mondelli Asesor Jurídico Regional (Apatridia), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)	
<b>The Hague Principles, the OAS Guide &amp; the New Paraguayan Law on International Contracts</b>	<b>155</b>
José Antonio Moreno Rodríguez Miembro del Comité Jurídico Interamericano	
<b>Democracia y Derecho Internacional: La innovación democrática digital en el Sistema Interamericano</b>	<b>175</b>
Beatriz M. Ramacciotti Profesora de Derecho Internacional	
<b>Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero</b>	<b>213</b>
Didier Opertti Badán Diplomático y Profesor de Derecho Internacional	
<b>A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949</b>	<b>243</b>
Gabriel Pablo Valladares Asesor Jurídico, Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay	
<b>La Privacidad y la Protección de Datos Personales</b>	<b>275</b>
Elizabeth Villalta Miembro del Comité Jurídico Interamericano	
<b>Anexo I – Programa del Curso</b>	<b>299</b>
<b>Anexo II – Lista de Participantes</b>	<b>309</b>

Antonio Augusto  
Cançado Trindade  
*María Teresa*  
*Infante Caffi*  
Juan Ignacio  
Mondelli  
Beatriz M.  
Ramacciotti  
*Didier Opertti*  
*Badán Gabriel*  
Pablo Valladares  
ELIZABETH  
VILLALTA

## Sumário

- I.** *Introdução.*
- II.** *Os Casos das Obrigações de Desarmamento Nuclear (Demandas das Ilhas Marshall) Diante da CIJ. 1. A Sentença da CIJ. 2. A Dissidência do Autor.*
- III.** *Ocorrências no Mundo na Atualidade.*
- IV.** *Repercussões nas Nações Unidas.*
- V.** *Convocatória da Conferência (Onu/N.Y., 23.12.2016).*
- VI.** *Primeira Sessão da Conferência (Onu/N.Y., 27-31.04.2017).*
- VII.** *Primeira Versão do Projeto de Tratado (22.05.2017).*
- VIII.** *Segunda Sessão da Conferência (Onu/N.Y., 15.06-07.07.2017): Versões Revisadas do Projeto de Tratado. 1. Período 15-21.06.2017. 2. Período 22-30.06.2017. 3. Período 01-07.07.2017.*
- IX.** *Adoção, Conteúdo e Significação do Tratado (07.07.2017).*
- X.** *Reflexões Finais.*
- XI.** *Addendum: Assinatura do Tratado (20.09.2017).*





# A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## I. Introdução

Em minhas duas conferencias ministradas neste mesmo Curso no ano anterior de 2016, abordei as minhas contundentes dissidências nos três casos atinentes às *Obrigações Referentes a Negociações Relativas à Cessação da Corrida das Armas Nucleares e ao Desarmamento Nuclear* [doravante, caso das *Obrigações de Desarmamento Nuclear*], em que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) rechaçou as três demandas interpostas pelas Ilhas Marshall, nas Sentenças (exceções preliminares) de 05.10.2016, adotadas e notificadas pela CIJ poucos dias antes de minhas referidas conferências no Curso de Direito Internacional da Comissão Jurídica Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA) no Rio de Janeiro<sup>1</sup>.

Em minhas duas conferências deste ano de 2017, que profiro neste mesmo Curso, procederei de início a um breve resumo da matéria, e dos eventos de

importância histórica que têm ocorrido desde então, a partir de outubro de 2016, até a convocatória, em fins de dezembro de 2016, da Conferência da ONU sobre o Tratado de Proibição de Armas Nucleares. Passarei, em seguida, a examinar os trabalhos desta memorável Conferência, que se estenderam de março a julho de 2017.

O labor da recente Conferência culminou com a adoção (em 07.07.2017) do referido Tratado, que constitui, em minha percepção, um exemplo mais do processo histórico corrente da *humanização* do direito internacional. Esta iniciativa recente de desarmamento nuclear vem hoje se acrescentar a outras tantas manifestações da humanização do direito internacional contemporâneo<sup>2</sup>. E não poderia ser de outra forma, pois estamos diante de um novo tratamento da temática em apreço, - que examinarei a seguir, - que diz respeito à humanidade como um todo.

## II. Os Casos das Obrigações de Desarmamento Nuclear (Demandas das Ilhas Marshall) Diante da CIJ

Os casos das *Obrigações de Desarmamento Nuclear* foram interpostos pelas Ilhas Marshall perante CIJ em 24.04.2014. Originalmente, as Ilhas Marshall demandaram todos os Estados nucleares (i.e., Estados Unidos, Federação Russa, China, Reino Unido, França, Índia, Paquistão, Israel, Coreia do Norte), mas somente três demandas prosseguiram (Índia, Reino Unido e Paquistão), com base na aceitação da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória da Corte (artigo 36(2) do Estatuto da CIJ).

### 1. A Sentença da CIJ

Os três demandados levantaram uma série de exceções preliminares quanto a jurisdição e admissibilidade. As audiências públicas sobre exceções preliminares (com a presença do demandante, Ilhas Marshall, e dois dos demandados, Reino Unido e Índia) tiveram lugar diante da CIJ em 09-16.03.2016. Concentrando-me em uma destas demandas, opondo as Ilhas Marshall ao Reino Unido, passo a uma breve nota sobre o ocorrido. A CIJ, em sua Sentença de 05.10.2016, iniciou por traçar um breve relato histórico

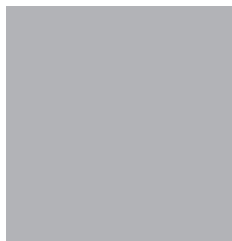
do caso, particularmente em relação às atividades de desarmamento nuclear das Nações Unidas (pars. 15-21).

Após referir-se às outras demandas interpostas pelas Ilhas Marshall, a CIJ indicou, em relação ao *cas d'espèce*, que iria limitar-se à consideração da exceção preliminar do Reino Unido segundo a qual as Ilhas Marshall não teriam demonstrado a existência, no momento de interpor a demanda, de uma controvérsia jurídica entre as partes litigantes (pars. 22-25). Segundo a CIJ, os dois discursos recentes proferidos pelas Ilhas Marshall (de 26.09.2013 na Reunião de Alto Nível da Assembleia Geral da ONU sobre Desarmamento Nuclear, e de 13.02.2014 na Conferência de Nayarit sobre o Impacto Humanitário das Armas Nucleares) não foram suficientes, a seu ver, para demonstrar a existência de uma controvérsia jurídica entre as Ilhas Marshall e o Reino Unido, em relação à obrigação, seja sob o artigo VI do Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP, de 1968), seja no correspondente direito internacional consuetudinário.

A CIJ, aplicando uma exigência alta (e sem precedentes) para demonstrar a existência de uma controvérsia jurídica, entendeu que não se comprovou que o Reino Unido estava ciente de

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

**A Conferência da ONU Sobre  
O Tratado de Proibição de  
Armas Nucleares**



uma controvérsia entre ele e as Ilhas Marshall (“*awareness test*”). A CIJ, ao rechaçar assim os argumentos das Ilhas Marshall, aceitou a primeira exceção preliminar do Reino Unido, e se declarou sem jurisdição (competência) para examinar a demanda sob o artigo 36(2) de seu Estatuto.

Assim sendo, considerou desnecessário abordar a demanda das Ilhas Marshall. Foi esta a primeira vez que a CIJ se declarou incompetente pela única razão, a seu ver, da ausência de uma controvérsia. A decisão sem precedentes da CIJ, quanto à falta de jurisdição por ausência de controvérsia jurídica, foi tomada por 8 votos a 8, com o voto de minerva de seu Presidente. Na ocasião, apresentei meu extenso e contundente Voto Dissidente.

## 2. A Dissidência do Autor

Em meu Voto Dissidente, anexado à Sentença da CIJ de 05.10.2016 (assim como em meus dois outros Votos

---

“A nova e alta exigência determinada pela CIJ para demonstrar a existência de uma controvérsia jurídica não tem precedentes na jurisprudence constante da própria Corte da Haia (CPJI e CIJ), e a contradiz desde seu início histórico.”

---

Dissidentes nas duas outras Sentenças da mesma data nos dois outros casos atinentes às demandas das Ilhas Marshall contra a Índia e o Paquistão), e composto de 21 partes, assinei que a nova e alta exigência determinada pela CIJ para demonstrar a existência de uma controvérsia jurídica não tem precedentes na *jurisprudence constante* da própria Corte da Haia (CPJI e CIJ), e a contradiz desde seu início histórico. Esta nova exigência (“*awareness test*”) - acrescentei, - ademais de formalista e artificial, cria indevida e lamentavelmente

uma dificuldade para o próprio acesso à justiça, em uma matéria de preocupação da humanidade como um todo.

Após demonstrada esta contradição, em meu Voto Dissidente passei a examinar as distintas séries de resoluções da Assembléia Geral da ONU, em que esta adverte para os perigos da corrida de armas nucleares para a humanidade e a sobrevivência da civilização. Trata-se de quatro séries de numerosas resoluções da Assembléia Geral, a saber: a) resoluções sobre a importância do desarmamento nuclear (1961-1981); b) resoluções sobre o congelamento de armas nucleares (1982-1992); c) resoluções de condenação de armas nucleares (1982-2015); e d) resoluções de seguimento do Parecer Consultivo de 1996 da CIJ (1996-2015).

Em seguida, ponderei que estas resoluções da Assembléia Geral conclamam *todos* os Estados a cumprir prontamente com a obrigação de concluir um novo Tratado de Proibição de Armas Nucleares (a exemplo do já ocorrido com armas bacteriológicas e químicas), recordando, neste sentido, o Tratado da Antártida, os cinco Tratados de Zonas Desnuclearizadas (Tlatelolco de 1967, Rarotonga de 1985, Bangkok de 1995, Pelindaba de 1996, e de Semipalatinsk de 2006) e seus Protocolos respectivos,

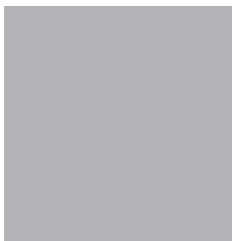
assim como o *status* da Mongólia de país desnuclearizado. Também examinei as resoluções do Conselho de Segurança da ONU sobre a obrigação de prosseguir as negociações de boa fé atinentes ao desarmamento nuclear.

Com efeito, já em 1961, - recordei, - a Assembléia Geral da ONU adotou (mediante a resolução 1653(XVI)) a “Declaração sobre a Proibição do Uso de Armas Nucleares e Termonucleares”, de grande atualidade nos dias de hoje, 55 anos depois. Em minha percepção, - prossegui em meu Voto Dissidente, - a obrigação de desarmamento nuclear emergiu e cristalizou-se, no direito internacional tanto convencional como consuetudinário, e as Nações Unidas têm dado sua valiosa contribuição nesse sentido.

O fato de as Convenções de Proibição de Armas Bacteriológicas (1972) e de Armas Químicas (1993) já existirem há anos e a de Armas Nucleares ainda não, representa um absurdo jurídico. Os positivistas, - acrescentei, - só conseguem visualizar o consentimento individual dos Estados; justamente para ampliar o horizonte, na audiência pública diante da CIJ de 16.03.2016, permiti-me formular perguntas às partes litigantes presentes (Ilhas Marshall, Índia e Reino Unido) acerca da

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**



emergência da *opinio juris communis* pela adoção das séries de resoluções da Assembléia Geral da ONU; as partes forneceram suas respostas por escrito.

Após recordar, em meu Voto Dissidente, que, desde o início da era nuclear até o presente, os grandes pensadores mundiais têm se perguntado se a humanidade tem um futuro, afirmei que é imperativo prestar atenção ao respeito à vida e aos valores humanistas. Reiterei a posição que tenho sempre defendido no seio da CIJ no sentido de que a fonte *material* última do direito internacional é a consciência jurídica universal. Recordei, ademais, que a própria Carta das Nações Unidas mostra-se atenta aos povos e à salvaguarda de valores comuns a toda a humanidade; ademais, o notável ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas da década de noventa (do qual participei) teve como denominador comum a preocupação com as condições de vida de todos os seres humanos em todas partes.

Urgia, assim, - adverti em meu Voto Dissidente, - que o raciocínio da CIJ em um caso como o presente transcendesse o enfoque puramente inter-estatal, e se concentrasse nos povos e não em susceptibilidades inter-estatais, consoante uma visão necessariamente humanista. Alertei que nem mesmo o mecanismo inter-estatal do contencioso perante a CIJ pode pretender reduzir um caso, como o presente, a um raciocínio estritamente inter-estatal. De forma alguma; há que ter presente o princípio de humanidade, com a prevalência do *jus necessarium* sobre o *jus voluntarium*. Os princípios gerais do direito (*prima principia*) encontram-se nos próprios fundamentos de qualquer sistema jurídico, - agreguei, - e um caso como o presente revela que a *raison d'humanité* prevalece sobre a *raison d'État*.

Assim sendo, procedi, em meu Voto Dissidente, a uma crítica contundente da estratégia de dissuasão (*deterrence*), mediante a qual os poderes nucleares

buscam justificar e impor seus chamados “interesses de segurança nacional”, em detrimento da segurança da humanidade como um todo. Não se pode ignorar a *opinio juris communis* sobre a ilegalidade de todas as armas de destruição massiva, inclusive as armas nucleares. Agreguei que, a contrário do que pensam os positivistas, o direito e a ética estão inter-relacionados, e a humanidade como tal é também sujeito do direito internacional. As armas nucleares são uma manifestação contemporânea do mal, em sua trajetória perene que remonta ao Livro do *Gênesis*.

Os princípios da *recta ratio*, orientando a *lex praeceptiva*, emanam da consciência humana, afirmando a interrelação ineludível entre o direito e a ética. Em meu Voto Dissidente, também examinei a contribuição das Conferências de Revisão do TNP (1975-2015) à *opinio juris communis necessitatis* sustentando a obrigação convencional e consuetudinária de desarmamento nuclear. Enfim, em meu Voto Dissidente também examinei a contribuição da série de Conferências sobre o Impacto Humanitário das Armas Nucleares (Oslo em 2013; Nayarit no início de 2014; e Viena em fins de 2014), a saber, haver propiciado uma melhor compreensão dos efeitos devastadores, inclusive a

médio- e longo-prazos, sobre as numerosas vítimas dos testes e detonações nucleares.

Trata-se, em suma, de uma proibição do *jus cogens*. Ao longo dos anos, os órgãos principais das Nações Unidas, tais como a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, e o Secretário-Geral, vêm dando contribuições consistentes e notáveis ao desarmamento nuclear. É de se esperar que a CIJ, como órgão judicial principal das Nações Unidas, também tenha em mente considerações básicas de humanidade, com sua incidência no exame de questões tanto de jurisdição e admissibilidade, como também de direito substantivo.

Um pequeno grupo de países, - os nucleares, - não pode continuar a fazer abstração ou minimizar as numerosas resoluções das Nações Unidas (*supra*), válidas para todos os Estados membros da ONU, sobre a obrigação de desarmamento nuclear. Assim sendo, meu Voto Dissidente assumiu uma posição diametralmente oposta à da maioria (dividida) da CIJ, com base em princípios e valores fundamentais. A CIJ, como órgão judicial principal das Nações Unidas, - concluí em meu Voto Dissidente, - deveria ter mostrado sensibilidade sobre a matéria, e dado assim sua contribuição ao desarmamento



**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

nuclear, matéria que constitui uma das maiores preocupações da comunidade internacional vulnerável, e na verdade da humanidade como um todo.

### **III. Ocorrências no Mundo na Atualidade**

Durante o período em que os três casos das *Obrigações de Desarmamento Nuclear* (Ilhas Marshall *versus* Índia, Reino Unido e Paquistão) estiveram pendentes conosco na Corte Internacional de Justiça (CIJ), - de 24.04.2014 a 05.10.2016, alguns fatos pertinentes ocorreram no mundo, chamando a atenção, como que por uma conjunção dos astros. Estes fatos pareciam revelar que a dor de consciência por detonações nucleares vinha enfim à tona, tornando-se manifesta.

Por exemplo, já na proximidade das audiências públicas diante da CIJ (em dois desses três casos, Ilhas Marshall *versus* Índia e Reino Unido), o Presidente da França (François Hollande), em visita à Polinésia francesa (no Pacífico central), em fins de fevereiro de 2016, reconheceu os efeitos nocivos (na saúde humana e meio-ambiente) de três décadas de testes nucleares franceses (de 1966 a 1996) no arquipélago da Polinésia (um total de 193 testes nucleares), particularmente nos

atóis de Moruroa e Fangataufa, assim como a necessidade de prover reparações adequadas às vítimas.

O Presidente francês (F. Hollande) reconheceu o “débito nuclear” da França em relação à Polinésia francesa: sem os 193 testes nucleares aí conduzidos (1966-1996), - ponderou, - “a França não teria armas nucleares e portanto não teria a dissuasão [*deterrence*] nuclear”<sup>3</sup>. Em consequência destes testes nucleares, numerosas vítimas contraíram tipos distintos de câncer, e o meio-ambiente se contaminou.

O Presidente francês prometeu proceder a uma revisão do mecanismo de reparações (que vinham diminuindo ao longo dos anos, e beneficiando tão só pouquíssimas vítimas); prometeu aumentar as reparações e a assistência pública a um número muito maior de vítimas<sup>4</sup>. Para saldar a “dívida nuclear” da França com a Polinésia francesa, o Presidente francês, em seu discurso de 22.02.2016, prometeu tomar as providências para aumentar as reparações devidas, e inclusive prestar serviços públicos médicos, de oncologia por exemplo<sup>5</sup>.

Outro episódio pertinente, - que igualmente chamou a atenção, - ocorreu durante o período da tramitação

dos três referidos casos das *Obrigações de Desarmamento Nuclear*, dois meses após as audiências públicas diante da CIJ: tratou-se da primeira visita de um Presidente em funções dos Estados Unidos (Barack Obama) a Hiroshima, que teve imediata repercussão no noticiário internacional, em 27.05.2016.

O Presidente norte-americano (B. Obama) caracterizou sua visita a Hiroshima não como uma apologia, mas como uma iniciativa para alertar para os perigos das armas nucleares<sup>6</sup>, e para despertar a consciência para a necessidade de assegurar que os avanços no conhecimento científico se façam sempre acompanhar de considerações éticas<sup>7</sup>. Ressaltou que o progresso tecnológico tem que se fazer acompanhar de “nosso próprio despertar moral” na atual era nuclear<sup>8</sup>.

O Presidente norte-americano não apresentou uma apologia, mas expressou simpatia ou solidariedade pelas vítimas e sobreviventes das bombas atômicas (em Hiroshima e Nagasaki), e advertiu contra as “consequências catastróficas das armas nucleares”<sup>9</sup>. Ademais, o Presidente B. Obama ressaltou a necessidade de cultivar a memória dos bombardeios atômicos de Hiroshima e Nagasaki<sup>10</sup>, e o sofrimento deles decorrente que tem se

estendido por sucessivas gerações, - assim como a importância de buscar “um mundo sem armas nucleares”<sup>11</sup>.

Em sua recente visita a Hiroshima, o Presidente norte-americano B. Obama reiterou alguns pontos (como o da “revolução moral”) que já havia abordado em seu célebre discurso de Praga de 2009 (que lhe valeu o Prêmio Nobel da Paz). Mas na visita a Hiroshima poderia ter ido mais além: por exemplo, poderia ele, enfim, ter expressamente reconhecido a existência da *obrigação* de desarmamento nuclear e a responsabilidade por seu cumprimento<sup>12</sup>. Trata-se de uma obrigação de todos os Estados, para assegurar a sobrevivência da humanidade<sup>13</sup>; afinal, há que buscar o desarmamento nuclear, - e não somente o atual controle de armas, indo mais além do atual *status quo* nuclear<sup>14</sup>.

Ainda outros fatos pertinentes ocorridos no mundo, - no mesmo período da tramitação dos três casos das *Obrigações de Desarmamento Nuclear* diante da CIJ, - foram os preocupantes testes nucleares conduzidos pela Coreia do Norte. Foram prontamente criticados em discursos de sucessivas Delegações nos órgãos da ONU (cf. *infra*), conclamando todos os países a laborar conjuntamente pelo desarmamento nuclear.



**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

### **IV. Repercussões nas Nações Unidas**

Pouco depois de emitidas as três Sentenças da CIJ (de 05.10.2016) nos casos das *Obrigações de Desarmamento Nuclear* (Ilhas Marshall *versus* Reino Unido, Índia e Paquistão), as repercussões do tratamento da matéria se fizeram sentir nas Nações Unidas, na mesma época da apresentação do *Relatório Anual* da CIJ, - como pude testemunhar pessoalmente na sede da ONU em Nova York. Isto ocorreu não só quando da apresentação (na Assembléia Geral e no Conselho de Segurança) do referido *Relatório Anual* de 2015-2016 (dos dois últimos semestres), mas também dias depois, quando a I Comissão da Assembléia Geral procedeu a uma memorável decisão.

Foi esta desencadeada por um projeto de resolução, originalmente apresentado por um grupo de seis países (África do Sul, Áustria, Brasil, Irlanda, México e Nigéria). Em declaração de 08.10.2016, o Secretário-Geral da ONU (Ban Ki-moon) assinalou ter sido o primeiro dos Secretários-Gerais da ONU a visitar o local dos testes nucleares de Semipalatinsk, tendo sido “uma experiência muito comovente e muito aterrorizante” ter estado “no meio deste centro de testes nucleares”

da antiga União Soviética; acrescentou ter sido também o primeiro Secretário-Geral da ONU a participar na cerimônia no Memorial da Paz em Hiroshima<sup>15</sup>.

Nos debates da I Comissão da Assembléia Geral, várias Delegações urgiram a que as fortunas gastas com armas nucleares deveriam ser desviadas para a luta contra a pobreza e em prol do desenvolvimento<sup>16</sup>. Em oito reuniões durante mais de dez dias, mais de 150 Delegações participaram nos debates da I Comissão, sobre um vasto conjunto de questões urgindo o desarmamento nuclear e considerando aspectos da segurança internacional<sup>17</sup>. Numerosas Delegações se pronunciaram em favor da convocação de uma Conferência (em 2017) para iniciar a consideração de uma Convenção proibindo as armas nucleares, - com a resistência e oposição dos Estados nuclearizados<sup>18</sup>.

Conclamou-se, ainda nos referidos debates, pela expansão das zonas desnuclearizadas (cf. *supra*), de modo a abarcar também o Oriente-Médio<sup>19</sup>. Também se expressou preocupação com o que ocorre atualmente na Península da Coreia<sup>20</sup>, em vista dos recentes testes nucleares da Coreia do Norte. Ao concluir os prolongados debates, a I Comissão da Assembléia

Geral adotou o projeto de resolução (doc. A/C.1/71/1.41)<sup>21</sup>, convocando uma Conferência das Nações Unidas para negociar um tratado de proibição de armas nucleares, rumo à sua “total eliminação”, para “alcançar um mundo livre de armas nucleares”<sup>22</sup>.

O referido projeto de resolução foi aprovado pela I Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas aos 27.10.2016, por 123 votos a 38, e 16 abstenções. Logo após, a V Comissão da Assembléia Geral passou a considerar (início de novembro de 2016) as implicações orçamentárias da referida proposta, antes de o plenário da Assembléia Geral tomar sua decisão sobre a mesma<sup>23</sup>. Isto ocorreu na véspera do Natal de 2016.

### **V. Convocatória da Conferência (ONU/N.Y., 23.12.2016)**

Uma vez concluídos os prolongados debates na ONU sobre o orçamento, deu-se, enfim, a convocatória da Conferência pela Assembléia Geral, mediante sua resolução A/71.258, de 23.12.2016. A resolução foi copatrocinada pelo grupo de países coautores (*core group*), integrado por África do Sul, Áustria, Brasil, Irlanda, México e Nigéria. O que veio a ocorrer se revestiu

da maior importância: ao final do ano de 2016, as repercussões nas Nações Unidas do tratamento da temática do desarmamento nuclear haviam sido consideráveis, e passou-se a examinar o tema em benefício da humanidade como um todo.

Seguiu-se, na sede da ONU em Nova York, uma breve sessão organizacional de um dia (16.02.2017), antecedendo as duas sessões da Conferência, convocadas para 27 a 31 de março de 2017 (1a sessão), e 15 de junho a 07 de julho de 2017 (2a sessão), ambas a realizar-se igualmente na sede da ONU em Nova York. A 1a sessão concentrar-se-ia sobretudo em princípios e proibições, preâmbulo e regras de procedimento, e a 2a sessão trataria das questões substantivas do projeto de Convenção (cf. *infra*).

### **VI. Primeira Sessão da Conferência (ONU/N.Y., 27-31.04.2017)**

A Conferência sobre o Tratado de Proibição de Armas Nucleares veio, assim, a ver a luz do dia; para isto, por décadas esperado, contribuíram a influência exercida pelas três Conferências sobre o Impacto Humanitário das Armas Nucleares (2013-2014, cf. *supra*), com o respaldo de entidades da sociedade civil atuantes na área do

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

desarmamento, assim como a forte dissidência abarcando a metade da CIJ em suas Sentenças de 05.10.2016 nos casos das *Obrigações de Desarmamento Nuclear* (Ilhas Marshall *versus* Reino Unido, Índia e Paquistão - cf. *supra*). A 1ª sessão da Conferência, realizada em 27-31.03.2017, contou com a participação de cerca de 132 Estados, além de mais de 220 representantes de entidades de sociedade civil e da academia. A Conferência recebeu, ademais, uma comunicação de apoio de um grupo de mais de três mil cientistas destacados (incluindo mais de 24 laureados com o prêmio Nobel).

Os temas abordados nesta 1ª sessão da Conferência incluíram: princípios e objetivos; elementos para o preâmbulo do projeto de tratado; principais proibições; normas e medidas jurídicas; e arranjos institucionais. No decorrer da 1ª sessão da Conferência, grupos de países (por continentes, regiões e sub-regiões) emitiram declarações contendo suas posições conjuntas respectivas em relação ao desenvolvimento nuclear (a saber, as do Grupo de Estados Africanos; Comunidade de Estados Latino-americanos e Caribenhos (CELAC); Associação de Nações do Sudeste Asiático; Grupo de Estados Árabes; e Comunidade Caribenha).

---

“O Grupo de Estados Africanos afirmou que a eliminação total das armas nucleares é a única verdadeira garantia jurídica de seu não-uso e não-ameaça de uso, essencial para a paz mundial e da sobrevivência futura da humanidade como um todo.”

---

Em sua declaração (de 27.03.2017), o *Grupo de Estados Africanos* afirmou que a eliminação total das armas nucleares é a única verdadeira garantia jurídica de seu não-uso e não-ameaça de uso, essencial para a paz mundial e da sobrevivência futura da humanidade como um todo. O Grupo Africano, ao recordar que a África é hoje uma zona desnuclearizada em virtude do Tratado de Pelindaba, felicitou a convocatória desta nova Conferência sobre o Tratado de Proibição de Armas Nucleares, uma convocatória verdadeiramente histórica. O Grupo Africano ressaltou a importância do Tratado de Pelindaba, que salvaguarda toda a África, chegando inclusive a evitar, além dos testes nucleares, o próprio estacionamento no continente de aparatos explosivos nucleares. O Grupo Africano disse crer firmemente que a mera posse, ou o uso,

ou a ameaça do uso de armas nucleares, constitui uma violação dos princípios da Carta das Nações Unidas e do direito internacional, e em particular do direito internacional humanitário. E concluiu que apoia firmemente a proibição das armas nucleares, as únicas armas de destruição em massa que ainda não foram proibidas por um instrumento jurídico internacional<sup>24</sup>.

Em sua declaração (de 27.03.2017), a *Associação de Nações do Sudeste Asiático* (ASEAN) reafirmou seu compromisso com a eliminação total de armas nucleares como a única verdadeira garantia contra seu uso ou ameaça de uso. Recordou o compromisso da ASEAN de preservar sua região como zona desnuclearizada, em conformidade com o Tratado de Bangkok, e de modo a respeitar e cumprir os objetivos e princípios básicos da Carta das Nações Unidas. E agregou a ASEAN que o novo projeto de Tratado deve conter a proibição expressa das armas nucleares em todos os seus aspectos (proibição de testes ou uso, de posse, de produção ou manufatura, de aquisição, de desenvolvimento, de estocagem, de sua transferência), inclusive a assistência e encorajamento em qualquer forma (a quem quer que seja, em particular atores não-estatais) de se engajar nestas atividades malévolas<sup>25</sup>.

A *Comunidade de Estados Latino-americanos e Caribenhos* (CELAC), por sua vez, em sua declaração (também de 23.03.2017), afirmou que o uso e a ameaça de uso de armas nucleares constituem um crime contra a humanidade, e uma violação do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário, assim como da Carta das Nações Unidas. Reafirmou, ademais, a necessidade premente de alcançar o objetivo principal de desarmamento geral e completo, sob restrito controle internacional, realizando assim a proibição total e a eliminação das armas nucleares. A CELAC (composta de 33 Estados membros) conclamou os Estados nucleares (NWS) a cumprirem seus compromissos sob o Artigo VI do TNP. A atual negociação do projeto de Tratado de Proibição de Armas Nucleares é uma contribuição rumo à implementação do Artigo VI do TNP. A CELAC concluiu que seu propósito nesta Conferência é o de alcançar enfim a proibição e eliminação completa das armas nucleares, já e para sempre, e para todos<sup>26</sup>.

A seu turno, a *Comunidade Caribenha* (CARICOM, composta de 14 Estados membros), em sua declaração (de 30.03.2017), ressaltou a importância dos arranjos institucionais para assegurar que as obrigações positivas a

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

constar no projetado Tratado venham a ser cumpridas; seu mecanismo viria a facilitar a implementação e universalização efetivas do novo Tratado projetado<sup>27</sup>. Além destas declarações de grupos de Estados, várias Delegações de Estados participantes também intervieram, assim com representantes de entidades da sociedade civil.

Assim, por exemplo, em sua intervenção (de 28.03.2017), o Brasil, associando-se à anterior declaração da CELAC pronunciada por El Salvador (*supra*), assinalou que os Estados participantes nesta Conferência estavam convencidos de que já era tempo de alcançar o desarmamento nuclear; estudos recentes sobre as “consequências humanitárias das armas nucleares”, e sobre a impossibilidade de qualquer Estado ou organização internacional prestar uma “assistência adequada e eficaz às vítimas”, mostram que “nous ne pouvons plus fermer les yeux aux implications calamiteuses et transfrontalières” que uma detonação nuclear “produirait à plus long terme, y compris pour la survie et la santé des générations futures”<sup>28</sup>.

Cabia cumprir a obrigação do artigo VI do TNP, - acrescentou, - depois de duas décadas de paralisia da Conferência de Desarmamento, em vista da atitude de alguns de que aquela

obrigação se reduzia a “un simple exercice volontaire à entreprendre selon le rythme, la manière et selon les termes désirés par les pays dotés d’armes nucléaires”<sup>29</sup>. Esta “inércia de negociações diplomáticas”, - advertiu, - poderia levar a um “suicídio universal”, face à atual situação de “uma forma de proliferação vertical”, hoje “exacerbada pela existência de programas de modernização das armas nucleares”<sup>30</sup>. A negociação de um tratado de proibição destas últimas, - concluiu, - era pois de “importância universal”, tratando-se de “um dever jurídico e moral da comunidade internacional” como um todo<sup>31</sup>.

Já o Japão, por sua vez, em sua intervenção (de 27.03.2017), assinalou que, sendo o país que experimentou a “catástrofe das armas nucleares”, compreendia a “frustração” dos Estado não-nucleares com a lentidão no processo de desarmamento; no entanto, - prosseguiu, - tendo em mente os “aspectos humanitários do uso de armas nucleares”, era necessário assegurar medidas práticas e concretas de cooperação entre os Estados nucleares e os não-nucleares<sup>32</sup>. Este “practical approach” se impunha, para que os Estados nucleares não tivessem mais motivos para possuir aquelas armas, fortalecendo de início o TNP<sup>33</sup>. Um

tratado de proibição das armas nucleares “sem o envolvimento dos Estados nucleares” não teria futuro, e aumentaria a divisão entre Estados nucleares e não-nucleares; esta foi a razão pela qual o Japão “votou contra a resolução 71/258 da Assembléia Geral da ONU no ano passado”<sup>34</sup>. Posteriormente, a Delegação do Japão se ausentou da 2ª. sessão da presente Conferência (examinada *infra*).

Por sua vez, com raciocínio distinto, prestou seu testemunho pessoal o *hibakusha* (F. Toshiki) Secretário-Geral Assistente da Confederação Japonesa de Organizações de Sofredores de Bombas Atômicas e de Hidrogênio: afirmou que, tendo sobrevivido por “milagre” à explosão da bomba atômica (quando tinha um ano e 4 meses de idade) em Hiroshima, sentia ser sua missão a de vir até a ONU para advogar “a abolição das armas nucleares”<sup>35</sup>. Em seguida, criticou os países nucleares e os que deles dependiam, por não apoiarem a iniciativa de elaboração do presente Projeto de Tratado, inclusive o seu próprio país que, apesar de ser o único que sofreu a explosão de armas nucleares na guerra, não obstante votou contra a resolução A/71.258 (de 23.12.2016) da Assembléia Geral da ONU que convocou a presente Conferência<sup>36</sup>.

Acrescentou que, “as a *hibakusha* and as a Japanese, I am here today heartbroken; yet, I am not discouraged”. E arrematou: “no interesse da própria sobrevivência da humanidade, as armas nucleares não devem jamais ser usadas de novo”, e “a única certeza contra o risco de uma detonação de arma nuclear é a eliminação total de armas nucleares”. Assim sendo, “trabalhem juntos para alcançar o tratado de proibição nuclear”<sup>37</sup>, concluiu.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), a seu turno, interveio três vezes sucessivas ao longo da primeira sessão da Conferência. De início, ressaltou a incompatibilidade com o DIH, destacando os efeitos indiscriminados e duradouros das explosões nucleares, e o sofrimento indescritível por elas causado: hoje, mais de sete décadas depois dos bombardeios de Hiroshima e Nagasaki, os hospitais japoneses da Cruz Vermelha continuam a constatar isto, “ao tratar muitos milhares de vítimas de cânceres causados pela exposição à radiação”; daí a “significação histórica” da presente Conferência (seguindo-se às proibições anteriores das armas bacteriológicas e químicas), para enfrentar a ameaça de “dano irreversível” às futuras gerações e ao meio-ambiente, e proibir claramente as armas nucleares em prol da sobrevivência da própria humanidade<sup>38</sup>.



## Antônio Augusto Cançado Trindade

## A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares

Em sua segunda intervenção, sobre a elaboração do preâmbulo do Projeto de Tratado, o CICV sustentou a necessidade de clara articulação de seu objeto e propósito, e a inclusão no mesmo de princípios (inclusive de DIH) para a proibição de armas nucleares, como os princípios de proporcionalidade e precaução, de distinção, e as proibições de sofrimento desnecessário e ataque indiscriminado, ademais do próprio princípio de humanidade, a partir da cláusula Martens<sup>39</sup>. Enfim, em sua terceira intervenção, o CICV advogou a inserção no Projeto de Tratado de uma proibição “clara e robusta” das armas nucleares, a abarcar também o compromisso de eliminação das armas nucleares, e o reconhecimento das necessidades das vítimas<sup>40</sup>.

A seu turno, em mensagem apresentada na Conferência (de 31.03.2017), o Prefeito da Cidade de Hiroshima assinalou que uma aliança de 7.200 ‘Prefeitos para a Paz’ de cidades de 162 regiões se solidarizava com a criação deste *momentum* para alcançar a abolição das armas nucleares. E, ao recordar o horror do bombardeio de Hiroshima de 06.08.1945, acrescentou:

*“Nuclear weapons are an absolute evil and the ultimate inhumanity. We must answer the wishes of the many*

*hibakusha, who have overcome suffering and sadness, and realize a world free from nuclear weapons at the earliest date possible. (...) I urge you to take in the earnest wish of hibakusha to see the abolition of nuclear weapons in their lifetimes. To prevent the tragedies of Hiroshima and Nagasaki from ever occurring again, I ask that you engage in collaborative efforts and work to build a peaceful world without nuclear weapons or war”<sup>41</sup>.*

Significativamente, os trabalhos da 1ª. sessão da Conferência prestaram assim atenção à situação das *vítimas* de armas nucleares (tanto de ataques quanto de testes), - para o que contribuiu a participação das entidades da sociedade civil. Recoheram-se as consequências humanitárias das armas nucleares, e sua incompatibilidade com o Direito Internacional, e em particular com o DIH e também o DIDH. As considerações humanitárias superaram a estratégia ultrapassada e desacreditada da dissuasão (*deterrence*).

Ao final dos debates da 1ª. sessão da Conferência, entendeu-se que o Projeto de Tratado deveria conter “obrigações positivas”, de assistência às vítimas e de recuperação e preservação ambientais. As vítimas não poderiam jamais ficar de fora do Projeto

de Tratado, particularmente em vista dos novos dados sobre detonações nucleares e seus efeitos indiscriminados e devastadores sobre a população civil, - examinados no recente ciclo de Conferências sobre o Impacto Humanitário das Armas Nucleares (2013-2014).

---

“Ao final dos debates da 1ª. sessão da Conferência, entendeu-se que o Projeto de Tratado deveria conter “obrigações positivas”, de assistência às vítimas e de recuperação e preservação ambientais.”

---

Tanto na 1ª sessão da presente Conferência (*supra*), como em seguida em sua 2ª sessão (*infra*), marcaram presença os sobreviventes de explosões nucleares (a exemplo dos *hibakushas*), que apresentaram seus testemunhos pessoais às delegações participantes. Com este novo enfoque, se formou o entendimento de que o Projeto de Tratado fortaleceria a implementação da obrigação de desarmamento nuclear já consagrada no artigo VI do TNP. As proibições mais amplamente respaldadas abarcam as proibições de posse,

uso, produção, desenvolvimento, aquisição, transferência e armazenamento de armas nucleares.

Tendo presentes todos os elementos apresentados pelas delegações durante a 1ª. sessão da Conferência, a Presidente da mesma (E. Whyte Gómez) ficou encarregada de elaborar a primeira versão (“*zero draft*”) do Projeto de Tratado, para ser circulado no segundo meado do mês de maio, anteriormente ao início dos trabalhos da 2ª. sessão da Conferência em meados de junho. O sentimento geral dos participantes da 1ª. sessão foi no sentido de que ela havia superado as expectativas, tendo seus trabalhos se realizado em harmonia, com espírito construtivo.

## **VII. Primeira Versão do Projeto de Tratado (22.05.2017)**

A primeira versão do Projeto de Tratado (resultante da 1ª. sessão da Conferência - cf. *supra*) foi efetivamente circulada pela Presidente da Conferência (E. Whyte Gómez), como programado, no intervalo entre a 1ª e 2ª sessões da mesma, no dia 22.05.2017. Assim o fez com antecipação, para facilitar os avanços esperados da realização da 2ª. sessão vindoura (cf. *infra*). O Projeto de Tratado, nesta



## Antônio Augusto Cançado Trindade

## A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares

versão inicial, começou por expressar, no preâmbulo, a preocupação com as *consequências humanitárias catastróficas* de qualquer uso das armas nucleares, e dos testes nucleares, e a necessidade de por fim às mesmas, eliminando os arsenais nucleares para a própria sobrevivência dos seres humanos e do meio ambiente. O preâmbulo, ademais, invocou os princípios de DIH, e os princípios da Carta das Nações Unidas.

Em seguida, o artigo 1 se referiu às “obrigações gerais”, e os artigos 2-5 às declarações, salvaguardas e medidas a serem adotadas pelos Estados. O artigo 6 cuidou da assistência às vítimas do uso ou testes nucleares (“obrigações positivas”), à luz dos princípios do DIH e do DIDH. O artigo 7 voltou-se à implementação a nível nacional, o artigo 8 à cooperação internacional, e o artigo 9 aos encontros dos futuros Estados Partes. Por fim, os artigos 11-21 contêm as disposições finais<sup>42</sup>.

Já nos dias que precederam a abertura da 2ª. sessão da Conferência, circularam-se, da parte de entidades da sociedade civil e da academia, comentários sobre esta primeira versão do Projeto de Tratado, em um espírito de colaboração com os trabalhos vindouros. A Associação Cubana das Nações Unidas (ACNU) e as 105 entidades

da sociedade civil a ela associadas respaldaram as negociações correntes do Projeto de Tratado, advertindo que “ainda existem 15 mil armas nucleares, não obstante as razões humanitárias, econômicas, ambientais e jurídicas contra o uso da energia nuclear para propósitos militares”; em seu entender, “todos os arsenais nucleares devem ser destruídos”, de modo a garantir a preservação da saúde humana e do meio-ambiente, razão pela qual urgiam a “todos os Estados ouvir a voz de seus povos, demandando a proibição e eliminação total das armas nucleares” mediante a conclusão e adoção do presente Projeto de Tratado<sup>43</sup>.

Por sua vez, a Associação Internacional de Advogados contra as Armas Nucleares (IALANA) apoiou a inclusão no Projeto de Tratado de disposições sobre a “obrigação positiva atinente à educação em desarmamento” (chamando a atenção para o papel da sociedade civil neste particular), e sobre as “obrigações referentes à assistência a vítimas e remediação ambiental”<sup>44</sup>; ademais, se opôs à eventual inclusão de uma cláusula sobre retirada do Projeto de Tratado<sup>45</sup>. A IALANA então recomendou que seu preâmbulo se referisse aos princípios tanto do DIH como do DIDH, tendo em mente o direito fundamental à vida (pp. 5-6).

Recomendou ademais a inclusión de una prohibición también da *ameaça* do uso de armas nucleares, à luz da Carta da ONU (pp. 1-2). Desse modo, - acrescentou, - o Projeto de Tratado “contribuiria diretamente à deslegitimação da `dissuasão nuclear”<sup>46</sup>. No entender da IALANA, a “*nuclear deterrence*” contém uma “ameaça permanente do uso de armas nucleares”; ao invés de uma questão abstrata, trata-se uma postura militar concreta, que deve ser abandonada para se lograr um desarmamento nuclear completo. O Projeto de Tratado deveria, assim “contribuir diretamente à deslegitimação da dissuasão nuclear”<sup>47</sup>.

Três dias antes de iniciar-se a 2ª. sessão da Conferência, a Presidente da mesma circulou (em 12.06.2017) um *briefing* da primeira versão do Projeto de Tratado, em que destacou alguns pontos. De início, a relevância do preâmbulo, voltado às vítimas (do uso de armas nucleares e dos testes nucleares) à luz dos princípios aplicáveis (*supra*); em seguida, assinalou o propósito do Projeto de Tratado, de complementar e fortalecer outros tratados relevantes no presente domínio (o NPT, o CTBT e os tratados de zonas livres de armas nucleares), sendo suas obrigações “plenamente compatíveis” com os mesmos em sua clara proibição de armas

nucleares<sup>48</sup>. Ao referir-se aos artigos 4-5, ressaltou “a eliminação verificada e irreversível das armas nucleares”, e a possibilidade de os NWS virem mais tarde juntar-se aos Estados Partes no futuro Tratado<sup>49</sup>. Também destacou as “obrigações positivas” de assistência às vítimas e remediação ambiental (artigo 6), e se referiu ademais ao princípio de não-discriminação<sup>50</sup>.

Dois dias depois, o CICV emitiu seus comentários de apoio ao então Projeto de Tratado, com algumas sugestões, tal como o reconhecimento do risco crescente do uso de armas nucleares tanto intencionalmente como por erro de cálculo ou acidente, assim como o reconhecimento da falta de capacidade para assistência humanitária adequada de uma explosão nuclear, a requerer que armas nucleares jamais sejam usadas em quaisquer circunstâncias. O CICV enfatizou a importância da inclusão no texto da cláusula Martens, e ponderou que o Projeto de Tratado se fundamenta na “profunda preocupação da comunidade internacional com as consequências humanitárias catastróficas das armas nucleares”, e reconhece “as necessidades das vítimas”, e “o papel central” do TNP, do CTBT e dos tratados que estabelecem zonas livres de armas nucleares<sup>51</sup>.

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

### **VIII. Segunda Sessão da Conferência (ONU/N.Y., 15.06-07.07.2017): Versões Revistas do Projeto de Tratado**

#### **1. Período 15-21.06.2017**

Ao se iniciarem os trabalhos da 2ª. sessão da Conferência, - a qual também pude testemunhar pessoalmente na sede da ONU em Nova York, - prontamente se expressou apoio ao requisito de que todos os futuros Estados Partes devam destruir seus arsenais nucleares existentes. A seção do Projeto de Tratado sobre as “obrigações gerais” foi considerada como o ponto central do mesmo. Já nesta etapa as proibições nele contidas abarcavam desenvolvimento, produção, manufatura, aquisição, posse e armazenamento de armas nucleares.

Também se expressou o desejo de que o futuro Tratado - que busca a “deslegitimação” da estratégia da dissuasão (*deterrence*) nuclear - se torne universal. Havia que reconhecer o “impacto desproporcional” que os testes nucleares têm tido historicamente nos povos indígenas ao redor do mundo, e os sofrimentos físicos, emocionais e mentais causados nas gerações de sobreviventes destes testes nucleares.

As armas nucleares não têm propósito legítimo algum<sup>52</sup>.

Ainda sobre as “obrigações gerais”, Cuba advertiu que, se se excluir do Projeto de Tratado a proibição de testes nucleares, ele ficaria muito debilitado; e afirmou então que a proibição de armas nucleares será “um passo transcendental de avanço rumo a sua eliminação definitiva da face da terra”; no final das contas, as gerações presentes e futuras “têm o direito legítimo a viver em um mundo sem a permanente ameaça das armas nucleares”<sup>53</sup>. Por sua vez, logo no início dos debates, o Brasil enfatizou os “imperativos humanitários” do presente processo negociatório de proibição de armas nucleares, a qual “é um fim em si mesma”; com a adoção do presente Projeto de Tratado se preencherá “uma lacuna desconcertante”, de modo a tornar o mundo “livre de todas as armas de destruição em massa”<sup>54</sup>.

Nos debates reiniciados também se recordou que na 1ª sessão (março) da Conferência (*supra*), houve vários apoios ao requisito de salvaguardas. E se observou que, no tocante ao padrão de verificação, o Projeto de Tratado seguia o mesmo enfoque dos tratados que estabeleceram zonas livres de armas nucleares. A África do

Sul assinalou que o Projeto de Tratado visava “estigmatizar e deslegitimizar as armas nucleares em uma escala global”<sup>55</sup>.

---

“Buscou-se destacar as ‘obrigações positivas’ dos Estados Partes, de assistência às vítimas e remediação ambiental, refletindo as preocupações humanitárias e ambientais coletivas da comunidade internacional.”

---

Buscou-se destacar as “obrigações positivas” dos Estados Partes, de assistência às vítimas e remediação ambiental, refletindo as preocupações humanitárias e ambientais coletivas da comunidade internacional. Ressaltou o Egito a necessidade de especificar as obrigações dos responsáveis pelo uso ou teste ou detonação de armas nucleares (assistência médica e psicológica, e reabilitação das vítimas). Agregou o Equador que cabia proteger também os direitos dos próprios Estados vitimados pelas consequências de explosões nucleares. As Ilhas Marshall sustentaram o dever de dar assistência adequada (inclusive psicológica) às

vítimas de testes nucleares. O CICV respaldou as “obrigações positivas” de assistência às vítimas consoante um “enfoque orientado a suas necessidades”, na linha do DIH. O Vietnã destacou, em nome da ASEAN, o marco de assistência às vítimas e remediação ambiental, despertando a conscientização e promovendo a educação em desarmamento<sup>56</sup>.

Ao retomar o uso da palavra, o Equador observou que o presente Projeto de Tratado não visa simplesmente “complementar” tratados anteriores, é um tratado separado, ainda que dentro da “arquitetura do desarmamento”. Por sua vez, as Ilhas Fiji, ecoando declarações de outras Ilhas do Pacífico, recordaram que sua região encontra-se marcada pelos testes nucleares; e agregaram que, para ser eficaz, o presente Projeto de Tratado não deve admitir ou estar sujeito a reservas. O presente Projeto de Tratado deve ressaltar os riscos criados pelas armas nucleares para a saúde pública e a própria sobrevivência da humanidade, e o “impacto desproporcional” que têm tido nos povos indígenas; também sugeriu a inclusão de referências (aos pilares do TNP, e ao papel da sociedade civil e da academia em avançar “os princípios de humanidade”)<sup>57</sup>.

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

**A Conferência da ONU Sobre  
O Tratado de Proibição de  
Armas Nucleares**

## 2. Período 22-30.06.2017

Anunciou-se que uma versão revista do Projeto de Tratado seria circulada muito em breve [dentro de cinco dias, em 27.06.2017]. As reuniões seguintes seriam a portas fechadas. A delegação do Brasil assinalou que teria preferido que as reuniões continuassem abertas, para que a Conferência continuasse a se beneficiar da participação das ONGs, membros de sociedade civil e outros observadores presentes na mesma<sup>58</sup>.

Efetivamente a versão revista do Projeto de Tratado veio a ser circulada prontamente, e a Presidente da Conferência (E. Whyte Gómez) passou a explicá-la: a) a estrutura do preâmbulo permanecia a mesma, mas melhor elaborado; b) quanto a salvaguardas, houve uma inovação significativa, no artigo 4, que passou a dispor que os NWS passavam agora a ter a opção de aderir ao futuro Tratado em uma data mais cedo; c) o artigo 9 passou a conter nova disposição permitindo reuniões extraordinárias (dos Estados Partes)<sup>59</sup>.

As discussões gerais que se seguiram concentraram-se em itens como a responsabilidade do Estado e a assistência às vítimas. Por exemplo, a delegação do Equador ressaltou a necessidade

de fortalecer o artigo 7 (sobre assistência às vítimas), de modo a trazer alívio às vítimas e enfrentar desafios ambientais. E o observador da Palestina observou que deveria haver clareza quanto à responsabilidade do Estado. Ambos sustentaram que não deveria haver possibilidade alguma de retirada do Tratado<sup>60</sup>.

A partir de então (28.06.2017 em diante), as reuniões de trabalho passaram a se realizar a portas fechadas<sup>61</sup>. Os facilitadores dos grupos de trabalho ajudaram nos avanços nas discussões (e.g., dos artigos 2 a 5, e sobre salvaguardas, artigo 3), tendo em mente o tempo disponível, porquanto a adoção do futuro Tratado estava programada para 07.07.2017<sup>62</sup>. Depois de dois dias de consultas a portas fechadas (28-29.06.2017) para os aperfeiçoamentos redacionais finais, a Presidente da Conferência anunciou, ao final do dia 30.07.2017, a nova redação aprimorada do Projeto de Tratado.

## 3. Período 01-07.07.2017

Decidiu-se então pelo envio da versão revista do Projeto de Tratado às capitais, para aprovação. A Presidente da Conferência (E. Whyte Gómez) assinalou que, das discussões, emergiram “mais pontos de convergência do que

diferenças”, e que o futuro Tratado haveria pois que resistir à erosão do tempo<sup>63</sup>. A sessões plenárias da Conferência, - agregou, - voltariam a reunir-se nos dias 05-06.07.2017, para tratar de questões processuais<sup>64</sup>.

Já então - uma vez consultadas as capitais - se formou um consenso sobre o teor do artigo 6, no sentido de que um Estado Parte que usasse ou fizesse testes com armas nucleares assumia a responsabilidade de prover “assistência adequada aos Estados Partes afetados”<sup>65</sup>. A delegação do Irã ponderou que o preâmbulo necessitava ir mais além, e referir-se ao “uso de armas nucleares como um crime contra a humanidade”<sup>66</sup>. A delegação do Kazaquistão recordou que, em seu país, um milhão e meio de pessoas foram afetadas por testes nucleares, e agregou que o presente Projeto de Tratado deveria agregar uma proibição também do trânsito e financiamento de armas nucleares<sup>67</sup>.

A delegação das Ilhas Fiji assinalou que, para ela, era uma prioridade ressaltar a responsabilidade dos Estados que realizaram testes com armas nucleares<sup>68</sup>. Cuba sugeriu que a data de abertura do futuro Tratado coincidissem com o Dia Internacional para a Eliminação de Armas Nucleares

em setembro de 2017<sup>69</sup>. Por sua vez, o representante do CICV observou que o novo Projeto de Tratado revisto cumpria os três objetivos identificados na primeira sessão (de março de 2017, *supra*) da presente Conferência, a saber: reconhecimento das “consequências humanitárias catastróficas” das armas nucleares; fundamentação do mesmo no DIH; e proibições claras e robustas<sup>70</sup>.

Em seguida, representantes de entidades da sociedade civil destacaram a importância do momento, às vésperas da adoção do Projeto de Tratado, porquanto as armas nucleares eram até o presente as únicas armas de destruição em massa ainda não sujeitas a um tratado de proibição global. Os artigos 6 e 7 eram “vitais para os que continuavam a viver os efeitos na saúde e ambientais dos testes nucleares”. Com o Tratado agora em vias de ser adotado, - acrescentaram, - “a comunidade internacional vem declarar pela primeira vez que as armas nucleares são tanto imorais como ilegais”; ao “proibir as armas nucleares com fundamentos humanitários”, vem ela rechaçar a alegação de que “os interesses nacionais tinham precedência sobre a humanidade”<sup>71</sup>, - a estratégia desacreditada da dissuasão (*deterrence*).

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

**A Conferência da ONU Sobre  
O Tratado de Proibição de  
Armas Nucleares**

## **IX. Adoção, Conteúdo e Significação do Tratado (07.07.2017)**

Ao final de seus trabalhos, a Conferência da ONU adotou, na data prevista de 07.07.2017, o Tratado de Proibição de Armas Nucleares, que estará aberto à assinatura na ONU em 20.09.2017. Ao elogiarem o papel desempenhado na Conferência pelas entidades da sociedade civil, as Delegações participantes aplaudiram o que proclamaram de “momento histórico” de adoção do Tratado, após “décadas de estagnação”<sup>72</sup>. O Tratado foi adotado por 122 votos a favor, um contra (Holanda) e uma abstenção (Singapura).

O Tratado proíbe os Estados Partes de jamais, em quaisquer circunstâncias, desenvolver, fazer testes, produzir, manufaturar, adquirir, possuir, guardar ou armazenar, transferir, instalar, enfim, usar ou ameaçar o uso de armas nucleares. Os Estados Partes que possuam armas nucleares estão obrigados a removê-las e destruí-las prontamente. O Tratado, ademais, estipula que um Estado Parte que tenha usado ou feito teste com armas nucleares tem a responsabilidade de prover assistência adequada aos Estados Partes afetados a fim de prestar assistência às vítimas, e remediar os danos ambientais<sup>73</sup>.

---

“O Tratado proíbe os Estados Partes de jamais, em quaisquer circunstâncias, desenvolver, fazer testes, produzir, manufaturar, adquirir, possuir, guardar ou armazenar, transferir, instalar, enfim, usar ou ameaçar o uso de armas nucleares. Os Estados Partes que possuam armas nucleares estão obrigados a removê-las e destruí-las prontamente.”

---

Na ocasião, diversas Delegações fizeram uso da palavra. Por exemplo, falando em nome da CELAC, El Salvador destacou o pioneirismo do presente Tratado, agregando que o uso de armas nucleares é uma violação do direito internacional e um crime contra a humanidade<sup>74</sup>. No mesmo sentido, Venezuela também declarou que o uso de armas nucleares é um crime contra a humanidade, e acrescentou que “nenhuma doutrina de segurança ou bloco militar poderia justificar o massacre massivo de seres humanos e a destruição do planeta”<sup>75</sup>. Na mesma linha de pensamento, afirmou a Bolívia, associando-se à CELAC, que



o uso ou ameaça de armas nucleares constitui uma violação da Carta das Nações Unidas e do direito internacional, e especialmente do DIH, e também constitui um crime contra a humanidade<sup>76</sup>.

Por sua vez, na mesma linha de pensamento, também o Irã afirmou que, ainda que seu preâmbulo tenha abordado as consequências catastróficas de armas nucleares, poderia o Tratado ter igualmente declarado que qualquer uso de armas nucleares constitui um crime contra a humanidade; ademais, poderia também ter se referido ao trânsito de armas nucleares<sup>77</sup>. O observador da Palestina assinalou a necessidade de criação de uma zona livre de armas nucleares no Oriente Médio<sup>78</sup>.

A seu turno, ponderou o Brasil que, com a adoção deste histórico Tratado, há que manter em mente o propósito último de *eliminar* as armas nucleares; ademais, destacou, ademais, o papel importante da sociedade civil na Conferência, ao chamar a atenção aos sofrimentos causados pelas armas nucleares<sup>79</sup>. Também o Chile assinalou a contribuição da sociedade civil<sup>80</sup>. E o Equador, associando-se com a CELAC, igualmente ressaltou a “tenacidade da sociedade civil”, e destacou o reconhecimento pelo Tratado do “impacto

desproporcional do uso de armas nucleares sobre os mais vulneráveis”<sup>81</sup>.

A África do Sul, por sua vez, assinalou que este era um dia a “marcar época”, em que “as Nações Unidas trabalharam junto com a sociedade civil para salvar o mundo do espectro das armas nucleares”<sup>82</sup>. Tanto o Egito como a Santa Sé também destacaram a importância do Tratado, e a contribuição da sociedade civil<sup>83</sup>. Em nome do Grupo Árabe, o Líbano afirmou que este era um “momento histórico”, e o “mundo árabe colocou os interesses internacionais acima dos interesses nacionais”<sup>84</sup>. A Suécia ressaltou a adoção e asserção pelo Tratado da “perspectiva humanitária”<sup>85</sup>.

Por sua vez, Trinidad e Tobago declarou, em nome do CARICOM, que o Tratado ora adotado constitui um avanço no desarmamento multilateral que será reconhecido por gerações futuras, inclusive em relação ao papel da sociedade civil; e agregou que o CARICOM apoia o compromisso da comunidade internacional com um mundo livre de armas nucleares no melhor interesse de toda a humanidade<sup>86</sup>. A seu turno, Cuba assinalou que o Tratado figura como “um tributo a todas as vítimas do uso e testes de armas nucleares, assim como um passo fundamental adiante rumo ao desarmamento”, proibindo



## Antônio Augusto Cançado Trindade

## A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares

categoricamente as armas nucleares de modo a levar à sua eliminação<sup>87</sup>. Por meio do Tratado, - prosseguiu, - a comunidade internacional declara claramente que as armas nucleares são “ímorais, injustificáveis e ilegais”<sup>88</sup>.

A Áustria observou que, tal como ocorreu no passado com as proibições de armas biológicas e químicas, a nova proibição, desta vez das armas nucleares, deve ser seguida de sua eliminação<sup>89</sup>. Também a Guatemala, associando-se à CELAC, assim como as Filipinas, em nome da ASEAN, assinalaram que a única verdadeira garantia contra o uso e ameaça de armas nucleares eram sua completa proibição e total eliminação<sup>90</sup>. Voltando a fazer uso da palavra, Trinidad e Tobago, associando-se desta vez tanto ao CARICOM como à CELAC, destacou as disposições do Tratado sobre assistência às vítimas e cooperação internacional, baseadas no “imperativo humanitário”<sup>91</sup>.

A Nigéria afirmou que “a adoção histórica” do presente Tratado marcava o ponto de partida da nova normativa dirigida a todos os Estados, tanto não-nucleares como nucleares<sup>92</sup>. Também o Panamá, associando-se à CELAC, assinalou que “o desarmamento nuclear total era um imperativo ético

para todos os 193 Estados membros [da ONU] sem exceção”<sup>93</sup>. Para a Tailândia, associando-se à ASEAN, o compromisso do Tratado de dar centralidade aos povos era um “trunfo para a humanidade e um legado para gerações sucessivas”<sup>94</sup>. Para a Irlanda, a negociação e adoção do Tratado resultaram da parceria entre os Estados presentes e os dedicados atores da sociedade civil<sup>95</sup>.

Com efeito, com a Conferência chegando ao fim, também as entidades da sociedade civil se pronunciaram. O representante da Campanha Internacional para Abolir as Armas Nucleares (ICAN) expressou a esperança de que “os erros do passado jamais se repitam”, e a determinação de que não há que desistir até que as armas nucleares estejam “inteiramente eliminadas e para sempre”<sup>96</sup>. Uma sobrevivente do bombardeio de Hiroshima (S. Thurlow) declarou que por sete décadas esperou por este dia, o “início do fim das armas nucleares”; e agregou: - “The world would not return to failed nuclear deterrence policies. (...) Nuclear weapons have always been immoral; now they are also illegal”<sup>97</sup>.

Ao destacar a importância desta intervenção, a Presidente da Conferência (E. Whyte Gómez) afirmou com

satisfação que, hoje, enfim, “temos um tratado proibindo armas nucleares”<sup>98</sup>; expressou a emoção de todos por esta resposta dada “às esperanças e sonhos das gerações presentes e futuras”<sup>99</sup>, e deu por encerrados os trabalhos. Ficou decidido que o novo Tratado de Proibição de Armas Nucleares seria aberto à assinatura a todos os Estados em cerimônia a realizar-se na sede da ONU em Nova York, em 20 de setembro de 2017, - como ocorreu, - e entraria em vigor 90 dias depois de ter sido ratificado por pelo menos 50 países.

Um mês antes da referida cerimônia de assinatura do referido Tratado (cf. *Addendum, infra*), a entidade ICAN circulou uma nota sobre a necessidade de assinatura *seguida de ratificação* do Tratado de Proibição de Armas Nucleares, para alcançar o desarmamento nuclear, dado o sofrimento inaceitável que seria causado por qualquer uso de armas nucleares, em flagrante violação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), do Direito Internacional Humanitário (DIH), e do Direito Ambiental Internacional<sup>100</sup>.

## X. Reflexões Finais

Há treze anos atrás, em conferência que ministrei na Universidade de Hiroshima no Japão, em 20.12.2004,

sustentei “*A Ilegalidade no Direito Internacional Contemporâneo de Todas as Armas de Destruição em Massa*”, a começar pelas mais devastadoras de todas elas, as armas nucleares<sup>101</sup>, - inteiramente desumanas por sua crueldade extrema, pela devastação indiscriminada causando sofrimento indescritível<sup>102</sup>. Em meu entender, já se formara uma *opinio juris communis* quanto à sua ilegalidade, negligenciada pelos “realistas” da *Realpolitik*<sup>103</sup>.

A estratégia da dissuasão (*deterrence*), - adverti, - tem tentado minimizar tal *opinio juris communis*; ora, não há como deixar de condenar as armas nucleares como violatórias da Carta da ONU e como crime contra a humanidade<sup>104</sup>. Contamos hoje com as zonas livres de armas nucleares. O uso ou ameaça de armas nucleares, - prossegui, - não pode ser abordado de uma perspectiva estritamente inter-estatal, e positivista, pois afetam elas a humanidade como um todo<sup>105</sup>. Há que ter em mente os princípios gerais do direito, em particular os de DIH e também de DIDH<sup>106</sup>.

Acrescentei, enfim, que há que ter presente que os seres humanos são sujeitos do direito internacional, para evitar o *summum jus, summa injuria* do caso *Shimoda e Outros* (decisão da Corte

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

Distrital de Tóquio, de 07.12.1963), como eu já advertia em um estudo publicado em 1981<sup>107</sup>. As armas nucleares, em suma, são condenadas pela consciência jurídica universal, fonte *material* última do direito internacional, e de todo o Direito<sup>108</sup>. Ao longo de mais de mais de três décadas e meia desde a publicação deste meu estudo, tenho fielmente propugnado a evolução do direito das gentes centrado na pessoa humana<sup>109</sup>, ou seja, a *humanização* do direito internacional.

Com efeito, desde o início da era nuclear e ao longo de todo o período da guerra-fria e até a década passada, as armas nucleares eram vistas a partir de um enfoque de “segurança” no plano inter-estatal; doravante, nos desenvolvimentos recentes (a partir do início desta segunda década do século XXI, 2010 em diante), passaram a ser examinadas com as atenções concentradas, *comme il faut*, em considerações básicas de humanidade, que permearam o ciclo de Conferências sobre o Impacto Humanitário das Armas Nucleares (2013-2014)<sup>110</sup>, e vêm de permear - como tenho podido testemunhar pessoalmente - a convocação (dezembro de 2016) e a realização da recente Conferência da ONU sobre o Tratado de Proibição de Armas Nucleares (março-julho de 2017).

É esta uma temática que só pode ser adequadamente abordada à luz dos princípios gerais do direito internacional, e em particular do DIH assim como do DIDH. Assim sendo, o desarmamento nuclear passa hoje felizmente a integrar o supracitado processo histórico em curso da *humanização* do novo *jus gentium* do século XXI. As consequências humanitárias das armas nucleares, em seus efeitos devastadores, finalmente moveram a consciência humana na conclusão e adoção, aos 07.07.2017, do Tratado de Proibição de Armas Nucleares. Esta realização da recente Conferência das Nações Unidas, à qual contribuíram as delegações dos Estados participantes assim como entidades da sociedade civil e da academia, só pode ser apropriadamente apreciada em uma perspectiva histórica.

---

“Com efeito, em toda a sua história as Nações Unidas vêm se empenhando nesta causa, já por mais de sete décadas, desde a adoção em 1946 da primeira resolução de sua Assembléia Geral, precisamente sobre esta matéria.”

---

Com efeito, em toda a sua história as Nações Unidas vêm se empenhando nesta causa, já por mais de sete décadas, desde a adoção em 1946 da primeira resolução de sua Assembléia Geral, precisamente sobre esta matéria. O próprio nascimento da ONU, pouco antes (em 1945), havia sido marcado pela atenção dispensada, já no preâmbulo de sua Carta, aos direitos fundamentais, à dignidade e ao valor da pessoa humana, e ao propósito de preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra. Temos hoje o privilégio de testemunhar um passo decisivo na realização deste sonho, e de haver pessoalmente contribuído à mesma.

Transcorridas mais de sete décadas, hoje se constata que estes nove meses mais recentes, - desde a adoção das três Sentenças da CIJ (dividida) nos casos das *Obrigações de Desarmamento Nuclear* (05.10.2016) até a adoção do Tratado de Proibição de Armas Nucleares (07.07.2017), - têm sido de profunda reflexão sobre o imperativo da proibição e eliminação das armas nucleares, em benefício de toda a humanidade. A recente adoção deste novo Tratado veio buscar substituir o horror da perspectiva de devastação nuclear (dadas as 15 mil ogivas nucleares hoje existentes,

e a modernização de seu estoque pelos Estados que as possuem) pela esperança de alcançar o desarmamento nuclear.

Com a adoção do Tratado de Proibição de Armas Nucleares, se substituiu enfim o enfoque de “segurança” centrado nos Estados a partir da estratégia nefasta e ultrapassada da dissuasão (*deterrence*) nuclear - própria da época da guerra fria - pelas considerações básicas de humanidade fazendo avançar o desarmamento nuclear, e, com ele, a confiança na sobrevivência da humanidade. A *raison d’humanité*<sup>11</sup> passou a sobrepor-se à *raison d’État*<sup>12</sup>. É nos momentos de profunda crise de valores que a esperança ressurge, como que em um lampejo de lucidez. Assim se têm dado os avanços no que concerne à condição humana. A esperança não perece.

## **XI. Addendum: Assinatura do Tratado (20.09.2017)**

Não poderia deixar de agregar este *Addendum* ao texto de minhas duas conferências ministradas neste Curso de Direito Internacional de 2017 (*supra*), para referir-me adicionalmente a um evento ocorrido posteriormente às mesmas: o da cerimônia, nas Nações

## Antônio Augusto Cançado Trindade

## A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares

Unidas, de abertura do Tratado de Proibição de Armas Nucleares, à assinatura e ratificação, que teve lugar na sede das Nações Unidas em Nova York, em 20 de setembro de 2017. Ao início da referida cerimônia fizeram uso da palavra o Secretário-Geral das Nações Unidas, o Presidente da Assembleia Geral das Nações Unidas, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), e a Campanha Internacional para Abolir as Armas Nucleares (ICAN).

Em seu discurso inaugural, ao dar por aberta a cerimônia, o Secretário-Geral da ONU (Antonio Guterres) ponderou que o presente Tratado resultava das preocupações crescentes com o risco apresentado pela “existência continuada das armas nucleares, incluindo as consequências catastróficas humanitárias e ambientais de seu uso”. Este era, portanto, um dia de celebrar um marco histórico, sendo o tratado um “passo importante rumo à meta universalmente sustentada de um mundo livre de armas nucleares”. Ademais, ressaltou ele o “papel vital exercido pela sociedade civil” na elaboração do Tratado”, além dos “testemunhos comoventes” dos sobreviventes das explosões atômicas em Hiroshima e Nagasaki - os *hibakushas* - que deram “ímpeto moral” à sua negociação<sup>113</sup>.

Por sua vez, o Presidente da Assembleia Geral da ONU (Miroslav Lajčák) assinalou que o presente Tratado haverá de “ampliar a consciência pública sobre os riscos das armas nucleares”<sup>114</sup>. Em seguida, o Presidente do CICV (Peter Maurer) assinalou que o mundo necessitava a promessa do presente Tratado, i.e., “a esperança de um sem armas nucleares”, pois “a humanidade simplesmente não pode mais viver sob a sombra escura da guerra nuclear, e do sofrimento imenso que todos sabemos que daí resultaria”<sup>115</sup>.

Em seguida, a Diretora Executiva do ICAN (Beatrice Fihn) ponderou que já não fazia sentido que as armas nucleares continuassem a não contar com uma convenção disposta sobre sua proibição, apesar de seu “imenso poder destrutivo e ameaça à humanidade”. Ao assinar hoje o presente Tratado, - acrescentou, - os Estados “demonstram seu comprometimento em liberar o mundo das armas nucleares, tornando-as ilegais”<sup>116</sup>. Em suma, ficou enfim claro que as armas nucleares são inaceitáveis, ilegais e desumanas, devendo ser eliminadas<sup>117</sup>.

O Secretário-Geral da ONU declarou então o Tratado de Proibição de Armas Nucleares aberto às assinaturas,

o que deu início a uma sucessão das mesmas, tendo sido o Brasil o primeiro país a assinar o Tratado. Ao final da cerimônia, o Tratado passou a contar com 50 assinaturas, e, ademais, com 3 ratificações (Guiana, Santa Sé e Tailândia). Na ocasião, os detratores do Tratado tentaram em vão privar o evento de sua significação histórica<sup>118</sup>. A Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), por exemplo, assinalou que o novo Tratado poderia tornar-se “contraprodutivo ao criar divisões”, e que haveria que manter em mente o anterior TNP, só podendo a obrigação de desarmamento de seu artigo 6 ser cumprida “passo a passo” (*step-by-step*), dado que “as condições para alcançar o desarmamento não são hoje favoráveis”; por isso a OTAN não podia apoiar o novo Tratado<sup>119</sup>.

---

“A consciência jurídica universal despertou a tempo, neste passo relevante que vem de ser tomado rumo ao desarmamento nuclear, em defesa da humanidade como um todo.”

---

Na ocasião, o Chanceler do Japão (Taro Kono) reiterou sua posição no sentido de buscar superar as lacunas e divisões entre países nucleares e não-nucleares nos panoramas já existentes, e anunciou que o Japão não assinaria o presente Tratado<sup>120</sup>. Contrastando com a posição de seu governo, uma sobrevivente (*hibakusha*) do bombardeio atômico de Hiroshima de 1945 (Setsuko Thurlow) ressaltou a necessidade e a importância do presente Tratado, que “nos traz a esperança” e “marca o início do fim das armas nucleares”<sup>121</sup>.

Um mês após a referida cerimônia de assinatura do Tratado de Proibição de Armas Nucleares, a I Comissão da Assembléia Geral da ONU aprovou 16 resoluções e 2 decisões sobre a questão do desarmamento, inclusive uma em que recomenda à Assembléia Geral que conclame os Estados, que ainda não o fizeram, a que assinem, e, posteriormente ratifiquem, o referido Tratado<sup>122</sup>. Em duas outras de suas resoluções, a I Comissão também recomendou à Assembléia Geral que alerte todos os Estados para a necessidade premente de realizar o desarmamento nuclear, dadas a “imensa e incontrolável capacidade destrutiva” das armas

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

nucleares, e as “inaceitáveis” e “catastróficas” consequências humanitárias de seu uso<sup>123</sup>.

Significativamente, no Tratado de Proibição de Armas Nucleares ocupa posição central a pessoa humana, o que se mostra em conformidade com as origens históricas do próprio direito

das gentes, na linha do pensamento jusnaturalista<sup>124</sup>. A consciência jurídica universal despertou a tempo, neste passo relevante que vem de ser tomado rumo ao desarmamento nuclear, em defesa da humanidade como um todo. Prossegue, assim, o atual processo histórico de *humanização* do direito internacional de nossos tempos<sup>125</sup>.



<sup>1</sup> Quanto ao recém-publicado texto das mesmas, cf. A.A. Cançado Trindade, “A Plea in Support of Prompt Compliance with the Obligations of Cessation of the Nuclear Arms Race and of Nuclear Disarmament”, XLIII *Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano* (2016), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2016, pp. 151-284. E, para um estudo de caso, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear*, Brasília, MRE/FUNAG, 2017, pp. 41-224; A.A. Cançado Trindade, *The Universal Obligation of Nuclear Disarmament*, Brasília, MRE/FUNAG, 2017, pp. 41-224.

<sup>2</sup> Sobre este processo histórico, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed. rev., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789; A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed. rev., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa, 2014, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368; A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 2ª. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2017, pp. 1-467.

<sup>3</sup> “Hollande Acknowledges Impact of Nuclear Testing in the Pacific”, *Agence France Presse*, 23.02.2016, p. 2; a primeira bomba de hidrogênio francesa foi lançada sobre Fangataufa em 1968.

<sup>4</sup> “Hollande Acknowledges ‘Consequences’ of Nuclear Tests on Polynesia Trip”, *France 24*, 23.02.2016, p. 1.

<sup>5</sup> “En Polynésie, les effets des essais nucléaires reconnus”, *Le Monde*, Paris, 24.02.2016, p. 10.

<sup>6</sup> “In Hiroshima 71 Years after First Atomic Strike, Obama Calls for End of Nuclear Weapons”, *The Washington Post*, 27.05.2016, p. 3.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 1-2.

<sup>8</sup> “At Hiroshima Memorial, Obama Says Nuclear Arms Require ‘Moral Revolution’”, *The New York Times*, 27.05.2016, pp. 1-2).

<sup>9</sup> S. Squassoni, “Obama’s Hiroshima Visit Strengthens His Call for Nuclear Disarmament”, *The Guardian*, Londres, 27.05.2016, p. 1.

<sup>10</sup> “Hiroshima Memory Must Never Fade, Obama Says on Historic Visit”, *BBC*, 27.05.2016, p. 5.

<sup>11</sup> “Obama Visits Hiroshima - U.S. President Pays Respect to A-Bomb Victims”, *The Japan News / The Yomiuri Shimbun*, 27.05.2016, p. 2.

<sup>12</sup> R. Falk, “On President Obama’s Visit to Hiroshima”, 28 *Peace Review - Journal of Social Justice* (2016) n. 3, p. 278.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 276-277.

<sup>15</sup> ONU, doc. SG/SM/18189-DC/3664, de 08.10.2016, p. 2.

<sup>16</sup> ONU, doc. GA/DIS/3550, de 10.10.2016, pp. 1-10.

<sup>17</sup> ONU, doc. GA/DIS/3552, de 12.10.2016, pp. 1-2. Quanto à preocupação com o terrorismo nuclear, cf. ONU, doc. GA/DIS/3553, de 13.10.2016, pp. 1-8.



**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

<sup>18</sup> ONU, doc. GA/DIS/3554, de 14.10.2016, pp. 1-10.

<sup>19</sup> ONU, doc. GA/DIS/3563, de 27.10.2016, pp. 1-19.

<sup>20</sup> ONU, doc. GA/DIS/3552, de 12.10.2016, p. 2.

<sup>21</sup> O referido documento, emitido originalmente em 14.10.2016, intitula-se “*Taking Forward Multilateral Nuclear Disarmament Negotiations*”, pp. 1-4.

<sup>22</sup> ONU, doc. A/C.1/71/1.41, pp. 3-4, preâmbulo e pars. 8 e 12.

<sup>23</sup> ONU, doc. A/C.5/71/12, de 04.11.2016, pp. 1-4.

<sup>24</sup> U.N., *Statement of the African Group at the Opening of the Conference to Negotiate a Legally Binding Instrument to Prohibit Nuclear Weapons, Leading Towards Their Total Elimination*, U.N., N.Y., 27.03.2017, pp. 1-4 [circulação interna somente].

<sup>25</sup> U.N., *Statement of the Head of the Philippine Delegation [B.S. Mercado] on behalf of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)*, U.N., N.Y., 27.03.2017, pp. 1-3 [circulação interna somente].

<sup>26</sup> U.N., *Statement by El Salvador on behalf of the Community of Latin American and Caribbean States [CELAC]*, U.N., N.Y., 27.03.2017, pp. 1-3 [circulação interna somente].

<sup>27</sup> U.N., *Statement by Antigua and Barbuda [Asha Challenger] on behalf of the Member States of CARICOM*, U.N., N.Y., 30.03.2017, pp. 1-2 [circulação interna somente].

<sup>28</sup> N.U., *Intervention du Représentant Permanent du Brésil [Mauro Vieira] à la Conférence*, N.U., N.Y., 28.03.2017, p. 1 [circulação interna somente].

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>32</sup> U.N., *Statement by the Permanent Representative of Japan [N. Takamizawa] to the Conference*, U.N., N.Y., 27.03.2017, pp. 1 e 4 [circulação interna somente].

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>35</sup> Cf. U.N., *Testimony by Fujimori Toshiki, Assistant Secretary General of ‘Nihon Hidankyo’ (Japan Confederation of Atomic and Hydrogen Bomb Sufferers Organizations)*, U.N., N.Y., 27.03.2017, p. 1 [circulação interna somente].

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>38</sup> ICRC, *Statement of the President [P. Maurer] of the International Committee of the Red Cross*, U.N., N.Y., 27.03.2017, pp. 1-2 [circulação interna somente].

<sup>39</sup> ICRC, *Statement of the International Committee of the Red Cross - Topic 1*, U.N., N.Y., 29.03.2017, pp. 1-2 [circulação interna somente].

<sup>40</sup> ICRC, *Statement of the International Committee of the Red Cross - Topic 2*, U.N., N.Y., 29.03.2017, pp. 1-2 [circulação interna somente].

<sup>41</sup> City of Hiroshima, *Message from the Mayor of Hiroshima [Matsui Kazumi]*, U.N., N.Y., 31.03.2017, p. 1 [circulação interna somente].

<sup>42</sup> Cf. U.N., *Draft Convention on the Prohibition of Nuclear Weapons*, UN doc. A/CONF.229/2017/CRP.1, pp. 1-8.

<sup>43</sup> U.N., *Statement by the United Nations Association of Cuba on the Occasion of the 2<sup>nd</sup>. Session of the U.N. Conference to Negotiate a Legally Binding Instrument to Ban Nuclear Weapons Leading Towards Their Total Elimination*, U.N., N.Y., 14.06.2017, p. 1 [circulación interna solamente].

<sup>44</sup> U.N., *Nuclear-Armed States, Positive Obligations, Institutional Issues, and Final Clauses: Further Comments Submitted by the International Association of Lawyers against Nuclear Arms [IALANA]*, U.N. doc. A/CONF.229/2017/NGO/WP.38, de 14.06.2017, pp. 2-4.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>46</sup> U.N., *Prohibitions and the Preamble: Further Comments Submitted by the International Association of Lawyers against Nuclear Arms [IALANA]*, U.N. doc. A/CONF.229/2017/NGO/WP.37, de 14.06.2017, p. 2.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 3. Assinalou, ademais, a IALANA que a proibição da ameaça de uso não veio a constar das Convenções anteriores contra as armas biológicas e químicas, dado que “não existiam doutrinas de *deterrence* biológica ou *deterrence química*”; *ibid.*, p. 3. Posteriormente, na 2<sup>a</sup>. sessão da Conferência (*infra*), a IALANA circulou uma carta (com 440 signatários, de 40 países), reiterando sua posição de que o uso de armas nucleares é uma violação do DIH e do DIDH, e a abolição de tais armas “is a responsibility the present generation owes to the *hibakusha*, the survivors of the 1945 atomic bombings, and to all past and future generations”; U.N., [*IALANA*:] *Lawyers’ Letter on the Abolition of Nuclear Weapons*, U.N., N.Y., 21.06.2017, pp. 1-2 [circulação interna somente]. - Por sua vez, também o Centro para Segurança e Política Internacional apresentou uma série de emendas, assinalando que o uso de armas nucleares gera sofrimento indiscriminado em violação da Carta da ONU e do direito internacional, e do direito fundamental à vida, ameaçando “a própria sobrevivência da humanidade”; por isto mesmo, opôs-se firmemente a qualquer cláusula que previsse a retirada de um Estado Parte do Projeto de Tratado, U.N., *Proposals of the Center for International Security and Policy to the Draft Convention on the Prohibition of Nuclear Weapons*, U.N. doc. A/CONF.229/2017/NGO/WP.31, de 09.06.2017, pp. 1- 6, esp. pp. 4 e 6. E concluiu com a seguinte crítica ao TNP: - “The NPT legalized the status of the five nuclear powers - permanent members of the U.N. Security Council, - and this is in direct contradiction with the very spirit of the draft Convention”; *ibid.*, p. 7.

<sup>48</sup> Cf. U.N., *Briefing by the President [Elayne Whyte Gómez] of the United Nations Conference to Negotiate a Legally Binding Instrument to Prohibit Nuclear Weapons Leading Towards Their Total Elimination*, U.N., N.Y., 12.06.2017, pp. 3-5 [circulação interna somente].

<sup>49</sup> Cf. *ibid.*, pp. 6 e 8.

<sup>50</sup> Cf. *ibid.*, pp. 9-10.

<sup>51</sup> U.N., *Comments of the International Committee of the Red Cross on Key Provisions of the Draft Convention on the Prohibition of Nuclear Weapons*, U.N. doc. A/CONF.229/2017/WP.7, de 14.06.2017, pp. 1-2.

<sup>52</sup> U.N., *Obligations of States Parties Should Include Destroying Existing Nuclear Arsenals, Speakers Say, as Talks on Legally Binding Instrument Continue*, P.R. doc. DC/3711, de 16.06.2017, pp. 1-2.

<sup>53</sup> ONU, *Intervención del Representante de Cuba (R. Benítez Versón) al Inicio de la 2a. Sesión de la Conferencia*, N.U., N.Y., 17.06.2017, p. 1 [circulação interna somente].

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

<sup>54</sup> U.N., *Statement by the Permanent Representative and Head of Delegation of Brazil (Mauro Vieira)*, U.N., N.Y., 15.06.2017, p. 1 [circulação interna somente].

<sup>55</sup> U.N., *Member States Consider How to Improve Draft as Conference Continues Debate on Legally Binding Instrument to Ban Nuclear Weapons*, P.R. doc. DC/3712, de 19.06.2017, pp. 1-3.

<sup>56</sup> U.N., *Focus on State Obligations to Assist Explosion Victims, as Conference Continues Negotiations on Legally Binding Instrument Banning Nuclear Weapons*, P.R. doc. DC/3713, de 20.06.2017, pp. 1-2.

<sup>57</sup> U.N., *Conference Concludes First Reading of Draft Legally Binding Instrument to Prohibit Nuclear Weapons*, P.R. doc. DC/3714, de 21.06.2017, pp. 1-2.

<sup>58</sup> Cf. U.N., P.R. doc. DC/3715, de 23.06.2017, p. 1.

<sup>59</sup> U.N., *Conference Considers Revised Draft of Proposed Legally Binding Instrument to Prohibit Nuclear Weapons*, P.R. doc. DC/3716, de 27.06.2017, p. 1.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>61</sup> Cf. U.N., P.R. doc. DC/3717, de 29.06.2017, p. 1.

<sup>62</sup> Cf. U.N., P.R. doc. DC/3718, de 30.06.2017, p. 1.

<sup>63</sup> Cf. U.N., P.R. doc. DC/3719, de 03.07.2017, p. 1.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>65</sup> U.N., *Conference to Negotiate Legally Binding Treaty Banning Nuclear Weapons Decides to Retain Entire Revised Text, Reinstate Language on Assistance for Victims*, P.R. doc. DC/3721, de 05.07.2017, p. 1. A Delegação do Irã insistiu na necessidade de inserção de disposição expressa sobre a responsabilidade de Estados que usaram, ou fizeram testes com armas nucleares; *ibid.*, p. 2.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 1. A esse respeito, a Argentina, por sua vez, lamentou que o Tratado não fizesse menção de proibição do trânsito de armas nucleares, e que os Estados nucleares (NWS) tivessem estado ausentes das negociações da Conferência; *ibid.*, p. 4.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>71</sup> U.N., *Treaty Would Pave Way to Eliminating Only Unbanned Weapon of Mass Destruction, Civil Society Groups Tell Conference Negotiating Legally Binding Instrument*, P.R. doc DC/3722, de 06.07.2017, p. 1.

<sup>72</sup> U.N., *Conference to Negotiate Legally Binding Instrument Banning Nuclear Weapons Adopts Treaty by 122 Votes in Favour, 1 against, 1 Abstention*, P.R. doc DC/3723, de 07.07.2017, pp. 1-2.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pp. 2-4. Por sua vez, o Peru ressaltou que ainda que o Tratado não tivesse expressamente se referido à proibição de trânsito das armas nucleares, esta última pode estar coberta pelo artigo 1(e) do mesmo; *ibid.*, p. 2.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>80</sup> Cf. *ibid.*, p. 3.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 4,

<sup>82</sup> E agregó que a África do Sul fez questão de participar da Conferencia, apesar da “pressão incrível” a que nela não participasse; *ibid.*, p. 3.

<sup>83</sup> *Ibid.*, pp. 4-5.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>88</sup> E acrescentou que o Tratado, ademais, deixa em aberto meios para que também os Estados nucleares (NWS) venham a assiná-lo; *ibid.*, p. 3.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 7-8.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 8. - Os Estados que promoveram a adoção do novo Tratado o consideraram como um complemento do TNP, fortalecendo o desarmamento nuclear.

<sup>99</sup> U.N., “U.N. Conference Adopts Treaty Banning Nuclear Weapons”, *U.N. News Centre*, N.Y., U.N., 07.07.2017, p. 1.

<sup>100</sup> ICAN, *Sign the Nuclear Ban Treaty*, 29.08.2017, pp. 2-3.

<sup>101</sup> Texto da conferência reproduzido in: A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, op. cit. supra n. (2), cap. XVII, pp. 361-390; e in: A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, op. cit. supra n. (2), cap. I, pp. 61-90.

<sup>102</sup> A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, op. cit. supra n. (101), pp. 363 e 390.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 376.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 379.

<sup>105</sup> *Ibid.*, pp. 380, 386-387 e 390.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 381-383.

<sup>107</sup> A.A. Cançado Trindade, “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment”, 59 *in Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (Sottile) - Genebra (1981) pp. 201-240; cit. in *ibid.*, pp. 387-390.

<sup>108</sup> *Ibid.*, pp. 385 e 390.

<sup>109</sup> Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

**Antônio Augusto  
Cançado Trindade**

## **A Conferência da ONU Sobre O Tratado de Proibição de Armas Nucleares**

<sup>110</sup> A.A. Cançado Trindade, *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear*, *op. cit. supra* n. (1), pp. 194-211; A.A. Cançado Trindade, *The Universal Obligation of Nuclear Disarmament*, *op. cit. supra* n. (1), pp. 194-211.

<sup>111</sup> Sobre a *raison d'humanité* no presente contexto, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear*, *op. cit. supra* n. (1), pp. 164-168 e 222-223; A.A. Cançado Trindade, *The Universal Obligation of Nuclear Disarmament*, *op. cit. supra* n. (1), pp. 164-168 e 222-223. E, para um estudo geral a respeito, cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (2), pp. 139-161, 393-528 e 635-645.

<sup>112</sup> Sobre o primado da *razão de humanidade* sobre a “razão de Estado”, cf. também A.A. Cançado Trindade, “A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (2003) pp. 237-288; A.A. Cançado Trindade, “La Persona Humana como Sujeto del Derecho Internacional: Consolidación de Su Posición al Inicio del Siglo XXI”, in *Democracia y Libertades en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Libro Conmemorativo de la XXXIII Sesión del Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Lima, 2005), Lima, Academia de Derecho Internacional de La Haya/IDEI (PUC/Peru), 2006, pp. 27-76; A.A. Cançado Trindade, “La Recta Ratio dans les Fondements du Jus Gentium comme Droit International de l’Humanité”, 58 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2011) pp. 91-121.

<sup>113</sup> U.N., *The Secretary-General’s Remarks at Signing Ceremony for the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, N.Y., U.N./Secretary-General, 20.09.2017, p. 1 (circulação interna).

<sup>114</sup> U.N., *Treaty Banning Nuclear Weapons Opens for Signature at U.N.*, N.Y., U.N. News Centre, 20.09.2017, pp. 1-2 (circulação interna).

<sup>115</sup> *Cit. in*: “50 Signatories Ink U.N. Nuclear Ban Treaty Opposed by Major Powers”, *The Japan Times*, Tokyo, 21.09.2017, p. 3.

<sup>116</sup> ICAN, *Overture à la signature du Traité d’interdiction des armes nucléaires*, Paris, Ican-France, 20.09.2017, p. 2.

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 1-2.

<sup>118</sup> Os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, - potências nucleares (Estados Unidos, Rússia, China, França e Reino Unido), - estiveram ausentes da cerimônia de assinatura do Tratado de 20.09.2017; ademais, Estados Unidos, Reino Unido e França emitiram um comunicado conjunto dizendo que não só estiveram ausentes de toda a negociação do Tratado, mas ademais “não pretendem assiná-lo, ratificá-lo ou jamais tornar-se partes ao mesmo”; U.N., *Treaty Banning Nuclear Weapons Opens for Signature at U.N.*, N.Y., U.N. News Centre, 20.09.2017, p. 1 (circulação interna). As potências nucleares, tendo em mente tão só o TNP, insistiram em seu argumento da *deterrence*, mas o Chanceler da Áustria (S. Kurz) “rejeitou a idéia de que as armas nucleares eram indispensáveis à segurança”; “New Treaty Banning Nuclear Weapons Signed at U.N. but the Countries that Matter Boycott It”, in *South China Morning Post* (ed. internacional), Hong Kong, 20.09.2017, pp. 1-3.

<sup>119</sup> NATO, *North Atlantic Council Statement on the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, NATO Press Release (2017)135, de 20.09.2017, pp. 1-3.

<sup>120</sup> *In*: “50 Signatories Ink U.N. Nuclear Ban Treaty Opposed by Major Powers”, *The Japan Times*, Tokyo, 21.09.2017, p. 2.

<sup>121</sup> ICAN, *Ouverture à la signature du Traité d’interdiction des armes nucléaires*, Paris, Ican-France, 20.09.2017, p. 2; ICAN, *U.N. Nuclear Weapon Ban Treaty Opens for Signature*, www.icanw.org, 20.09.2017, p. 2.

<sup>122</sup> ONU, doc. GA/DIS/3590, de 27.10.2017, pp. 1 e 6.

<sup>123</sup> *Ibid.*, pp. 6 e 8.

<sup>124</sup> Cf., a respeito, A.A. Cançado Trindade, “La Perennidad del Legado de los ‘Padres Fundadores’ del Derecho Internacional”, in *Discurso del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa del Profesor A.A. Cançado Trindade*, Madrid, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 20.05.2016, pp. 17-55; A.A. Cançado Trindade, “*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium. Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*”, in *24 Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas - Rio de Janeiro* (2008) n. 32, pp. 197-212.

<sup>125</sup> Cf. nota (2), *supra*.

## Sobre o Autor

### **Antônio Augusto Cançado Trindade**



Antonio Cancado Trindade é Juiz da Corte Internacional de Justiça; Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Doutor Honoris Causa de

diversas Universidades na América Latina, Europa e Ásia; Membro do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia e do Institut de Droit International.



## Sumário

- I.** *Presentación;*
- II.** *La jurisdicción estatal basada en convenciones que prevén la ayuda judicial mutua, en particular en materia penal;*
- III.** *La biodiversidad en la frontera de la jurisdicción territorial y de la competencia funcional del estado;*
- IV.** *La jurisdicción del estado frente a la inmunidad *ratione personae* de altos funcionarios del estado, en materias criminales;*
- V.** *Conclusiones generales*



**María Teresa  
Infante Caffi**

## **Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo**

### **I. Presentación**

A partir de las lecciones impartidas en el año 2017, tituladas *Territorio y Jurisdicción desde el Derecho Internacional Contemporáneo*, en el marco del Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano, este estudio se referirá a tres áreas donde los temas atinentes a la jurisdicción territorial y extraterritorial de los Estados se están planteando con especial visibilidad, en contextos académicos y de negociación multilateral. El derecho internacional es parte de las reflexiones en torno a estos temas y se prevé que de los debates surjan nuevos instrumentos, así como que se clarifiquen o confirmen principios y reglas.

Oxman<sup>1</sup> postula que la jurisdicción estatal constituye *el poder jurídico para actuar a través de medios legislativos, ejecutivos o judiciales*; aquélla determina cuándo y cómo actuar respecto de la conducta de personas y hechos que ocurren en un determinado espacio o territorio

estatal o fuera de éste. Esta definición permite visualizar que la jurisdicción del Estado se refiere primariamente, pero no exclusivamente, al poder jurídico para *generar y ejecutar* reglas. Afirmamos – siguiendo esta tesis –, que la jurisdicción estatal refleja la independencia y la igualdad soberana de los Estados cuyo poder jurídico está limitado por las normas que ha consentido y las de carácter general que afectan su autonomía, i.e. en materia de derechos humanos.

---

“La jurisdicción del Estado se refiere primariamente, pero no exclusivamente, al poder jurídico para generar y ejecutar reglas.”

---

En la relación entre la jurisdicción *territorial* – fundada en la afirmación soberana más básica del Estado – y la jurisdicción *extraterritorial*, se encuentra

una sutil distinción que el derecho internacional reconoce<sup>2</sup>; ella es, la distinción entre el título para ejercer una competencia sobre una persona o asunto, con independencia del lugar donde se sitúe, y el título para ejercer una competencia en el territorio de otro Estado, superponiéndose a sus prerrogativas.

La distinción se explica en estos términos:

*“International law is an aspect or an ingredient or a consequence of sovereignty (or of territoriality or of the principle of non-intervention, - the difference is merely terminological): laws extends so far as, but no further than the sovereignty of the State which puts them into force nor does any legislator normally intend to enact laws which apply to or cover persons, facts, events or conduct outside the limits of his State’s sovereignty.”*<sup>3</sup>

El curso dictado en 2017 abordó diversas áreas relativas a la jurisdicción estatal, mostrando aspectos de *lex lata* y otros de *lege ferenda*. Son las incertidumbres<sup>4</sup> que puede plantear la aplicación de la jurisdicción territorial y sus diversas connotaciones, y que puso en evidencia el asunto *Lockerbie* (1988), cuando un avión comercial de PanAm estalló en el aire sobre Escocia,

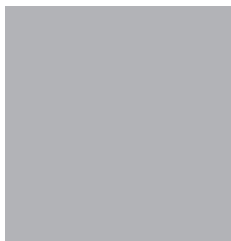
a causa de un atentado terrorista. El acuerdo alcanzado entre Países Bajos y Ucrania en julio de 2017,<sup>5</sup> respecto de la jurisdicción holandesa para la persecución y el juicio de quienes fueren responsables por el derribamiento del avión MH17 sobre territorio del segundo país, también aporta elementos en la materia.<sup>6</sup>

En torno a algunas de esas áreas, este trabajo selecciona tres que se encuentran en pleno desarrollo en el derecho internacional:

- La expansión de la jurisdicción estatal *basada en convenciones*, en particular en áreas penales, considerando la prohibición de ciertas conductas (e.g. corrupción, terrorismo, crímenes contra el derecho internacional);
- la construcción de un régimen para la biodiversidad en las áreas marinas más allá de la jurisdicción nacional; y
- la relación entre inmunidad de jurisdicción de altos funcionarios (representantes de los Estados), y excepciones y limitaciones por violaciones *graves* a los derechos humanos.

**María Teresa  
Infante Caffi**

**Territorio y jurisdicción:  
El derecho internacional  
en desarrollo**



## **II. La jurisdicción estatal basada en convenciones que prevén la ayuda judicial mutua, en particular en materia penal**

Es un área con larga tradición en el derecho internacional, y su estudio actual ofrece algunos puntos de observación novedosos, que se relacionan con conceptos relativos a una jurisdicción basada en el derecho a proteger ciertos derechos fundamentales, cuando ellos pueden verse afectados por hechos más allá del territorio propiamente tal, o, una jurisdicción concebida para la protección de intereses vitales del Estado.

Para enfocar esta tarea, interesa el ámbito de las reglas sobre mecanismos jurisdiccionales que contienen algunas convenciones; dichas reglas – en ejercicio de la jurisdicción interna – permiten a cada Estado parte poner en marcha su competencia penal (o

eventualmente civil u otra), en beneficio de otro Estado o del propio interés, tratándose de conductas que ambos consideran relevantes y sujetas a sus respectivos ámbitos.

Oppenheim<sup>7</sup> se refería al alcance de esta tendencia:

*“While no general rule of positive international law can as yet be asserted which gives to states the right to punish foreign nationals for crimes against humanity in the same way as they are, for instance, entitled to punish acts of piracy, there are clear indications pointing to the gradual evolution of a significant principle of international law to that effect. That principle consists both in the adoption of the rule of universality of jurisdiction and in the recognition of the supremacy of the law of humanity over the law of the sovereign state when enacted or applied in violation of elementary human rights in a manner which may justly be held to shock the conscience of mankind.”*

Las convenciones – que pueden incluso incorporar la facultad de ejercer una jurisdicción universal - desarrollan mecanismos de jurisdicción cuasi universal para perseguir a los supuestos infractores o culpables. Estos tratados establecen esencialmente, la obligación de ejercer jurisdicción sobre personas, o de extraditarlas a otro Estado para su procesamiento. No se trata solamente de otorgar una facultad o un derecho al Estado donde se encuentre la persona, sino de una competencia para establecer la jurisdicción *territorial* sobre personas por hechos ocurridos *extraterritorialmente*, junto con regular las conductas punibles en su derecho interno.

---

“No se trata solamente de otorgar una facultad o un derecho al Estado donde se encuentre la persona, sino de una competencia para establecer la jurisdicción territorial sobre personas por hechos ocurridos extraterritorialmente, junto con regular las conductas punibles en su derecho interno.”

---

Así lo reconocieron los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su Opinión individual separada en el asunto del *Arrest Warrant*, en 2002<sup>8</sup>.

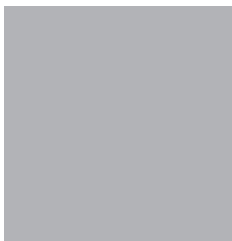
En *Brownlie's Principles of Public International Law*<sup>9</sup>, se plantea, entre otras ideas, que la jurisdicción es a menudo concurrente, y que no hay una jerarquía entre las bases de la jurisdicción. Sin embargo, un tratado puede establecer un área de mayor exclusividad, como en el caso de los delitos cometidos a bordo de una aeronave en vuelo.

Este trabajo no profundizará acerca de los fundamentos de una jurisdicción propiamente universal, tema relevante en el derecho internacional contemporáneo y con amplias connotaciones, como lo ha puesto de relieve el Instituto de Derecho Internacional (Sesiones de 2005 (Cracovia)<sup>10</sup> y de 2015 (Tallin),<sup>11</sup> referida a la jurisdicción civil universal por crímenes internacionales.

Tampoco se referirá a la naturaleza y alcance de la jurisdicción que estatuye la llamada *Alien's Action for Tort*, o *Alien Tort Act* (1789) de Estados Unidos, por ilícitos civiles en violación del derecho internacional o de un tratado del cual sea parte ese Estado.<sup>12</sup> Más bien, interesan las obligaciones previstas en tratados que norman el establecimiento

**María Teresa  
Infante Caffi**

## **Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo**



de una obligación de prever penas para las conductas prohibidas, de investigar si el infractor se encuentra en el Estado parte, de juzgar o extraditar, y de cooperar en la prevención de dichas conductas.

Un número considerable de tratados ha establecido mecanismos basados en este tipo de jurisdicción<sup>13</sup>. i.e. para la represión del terrorismo, desaparición de personas, la corrupción, la tortura, toma de rehenes, el tráfico de personas:

1. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, La Haya, 16 de diciembre de 1970.
2. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, Montreal, 23 de septiembre de 1971.
3. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Internacional (2010, Convenio de Beijing, que sustituiría los anteriores)
4. Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1973.
5. Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1980) y el Convenio para la Supresión de Actos de Terrorismo Nuclear, 2005.
6. Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, (1973). Aplicable a delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves matriculados en un Estado Partes, además de su territorio.

7. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 1979.
8. Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena, 1980.
9. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, 1984.

- Esta Convención fue objeto de análisis y aplicada en el asunto *Ex parte Pinochet (No.3)*, ante la House of Lords. Allí se debatió si la tortura cometida fuera del Reino Unido se sujetaba a la competencia británica antes de que se implementase la Convención por la *Criminal Justice Act 1988*, Sección 134.<sup>14</sup> Se planteó también, la cuestión de la inmunidad del ex jefe de Estado frente a la competencia penal del Reino Unido, en caso de crimen de tortura.<sup>15</sup>
- Esta Convención también jugó un papel fundamental en el asunto *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012), donde se profundizó acerca de los alcances de la jurisdicción basada en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o

Degradantes (1984). Allí, Bélgica demandaba que se determinase que Senegal estaba obligado a procesar al ex presidente del Chad, (Hissène Habré) o a extraditarlo a Bélgica para que se siguiese un proceso penal conforme a las reglas de dicho instrumento, y del derecho consuetudinario.

El caso se refería a un proceso penal iniciado contra Habré ante tribunales senegaleses, donde la Corte de Casación determinó (2001), que no podía aplicarse la jurisdicción universal (por hechos en país extranjero), ya que no estaba prevista en la legislación penal del país del foro. En Bélgica, a su vez, se había iniciado un proceso penal por violaciones al derecho internacional humanitario, tortura, genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra, que sirvieron de fundamento a la petición de extradición del Sr. Habré.

El asunto tenía un alcance mayor, dado que Bélgica sostuvo que los artículos 5 (2) y otros de la Convención establecían que todo Estado debe instituir su jurisdicción sobre los delitos tipificados en la Convención. A su juicio, se daba la hipótesis de que “[...] el



**María Teresa  
Infante Caffi**

## **Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo**

*presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.”*

Según Bélgica, también se aplicaban los Artículos 6 y 7 (7) sobre las medidas que debe adoptar un Estado en cuyo territorio se encuentra una persona que se supone ha cometido uno de los delitos tipificados en la Convención. El asunto se refería, por tanto, a si se había adoptado las medidas destinadas a establecer la jurisdicción relativa al ejercicio de la acción penal de Senegal o de Bélgica, respecto de la persona indicada, y sobre los actos de tortura que se le atribuían.<sup>16</sup>

Este caso tenía otro ángulo de interés, en cuanto a si era suficiente que un Estado fuera Parte de una convención (Bélgica), para que tuviese la titularidad de la presentación de una demanda dirigida contra otro Estado, y solicitase el término a una conducta contraria a la convención. La Corte declaró que la prohibición de la tortura tenía fundamento consuetudinario de valor imperativo (*jus cogens*),

pero que la obligación derivada de la Convención de extraditar o juzgar, se refería a actos ocurridos después que la Convención hubiera entrado en vigencia para el Estado requerido de colaboración. De esta suerte distinguió entre distintos títulos jurisdiccionales.

La Corte asumió, además, que las obligaciones derivadas de la convención tenían carácter *erga omnes* y por tanto, cada Estado Parte poseía interés en el respeto a sus normas. Por esto, remarcó que el establecimiento por cada Estado de la competencia universal, a fin de conocer del crimen de tortura era una condición necesaria para proceder a una investigación preliminar (artículo 6, párr.2) y someter el asunto a las autoridades competentes para ejercer su jurisdicción penal (artículo 7, párr.1). (Párr.74 de la sentencia).

10. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, (1985).
11. Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, complementario del Con-

- venio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, Montreal (1988).
12. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Roma (1988).
  13. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Viena (1988).
  14. Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado (1994).
  15. Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996.
  16. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos por Bombas (1997).
  17. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999).
  18. Convención contra el Crimen Transnacional Organizado (2000), conocida como Convención de Palermo. Tiene 3 Protocolos relativos al tráfico de personas (2000); migrantes por tierra, mar y aire (2000) y fabricación ilícita y tráfico de armas de fuego, partes y componentes y municiones (2001). Esta Convención ha sido invocada en el asunto Guinea Ecuatorial c. Francia, sobre Inmunidades y Procedimientos Penales<sup>17</sup>, en curso.
  19. Convención Interamericana contra el Terrorismo (2002)
  20. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003. Las disposiciones de esta Convención han sido consideradas para diseñar los textos propuestos por el *Special Rapporteur* -Prof. Sean Murphy – en su Tercer Informe sobre Crímenes contra la Humanidad, en la Comisión de Derecho Internacional (2017).<sup>18</sup>
  21. Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Londres (2005).
  22. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

**María Teresa  
Infante Caffi**

## **Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo**

En general, estas convenciones incluyen una cláusula por la cual se entiende que ningún Estado está facultado para ejercer en el territorio de otro Estado, competencias o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve *exclusivamente* a sus autoridades.

En cuanto a las bases de jurisdicción que prevén estas convenciones, se invocan generalmente la territorialidad, la nacionalidad y la personalidad pasiva (o sea cuando el nacional del Estado ha sido víctima de uno de los hechos reprimibles). Suelen agregar, además, que no se excluye el ejercicio de la jurisdicción penal establecida por un Estado Parte de conformidad con su legislación interna, lo que abre el camino a otras posibles fórmulas.

Los desafíos que se plantean respecto de este tema pueden observarse en torno a la persecución de los crímenes de guerra y contra la humanidad, en el caso de aquellos Estados que no son parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o de los convenios antes indicados que fueren aplicables en un caso específico, y que tampoco poseen una legislación compatible con convenios que obliguen a adoptar medidas internas para la ejecución de sus cláusulas en cuanto a investigar,

extraditar o procesar. Otro elemento de interés es la medida en que los convenios establecen una obligación – no sólo una facultad – de prestar asistencia jurídica a otro Estado.

---

“En cuanto a las bases de jurisdicción que prevén estas convenciones, se invocan generalmente la territorialidad, la nacionalidad y la personalidad pasiva. Suelen agregar, además, que no se excluye el ejercicio de la jurisdicción penal establecida por un Estado Parte de conformidad con su legislación interna, lo que abre el camino a otras posibles fórmulas.”

---

A este respecto, la propuesta del *Special Rapporteur*, Sean Murphy, en la Comisión de Derecho Internacional (2017)<sup>19</sup> toma ejemplos de convenciones que establecen elementos sucintos sobre asistencia jurídica mutua (i.e. la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 1984), u otros, que

desarrollan reglas específicas sobre cómo llevar a efecto tal cooperación (i.e. Convención contra el Crimen Transnacional Organizado, 2000).

Por otra parte, la iniciativa sobre un proyecto para adoptar un tratado multilateral de asistencia mutua jurídica y extradición para la persecución interna de crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra (impulsada por Argentina, Bélgica, Eslovenia, Países Bajos y Senegal), tiene un propósito parecido.<sup>20</sup> La cooperación mutua judicial tampoco es ajena al sistema creado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,<sup>21</sup> pero ella se rige por reglas específicas.

### **III. La biodiversidad en la frontera de la jurisdicción territorial y de la competencia funcional del estado**

En el actual debate internacional respecto de la biodiversidad en áreas marinas más allá de la jurisdicción nacional, se trata de buscar respuesta acerca de cómo proteger la diversidad marina cuando ella se sitúa en espacios donde no rige la soberanía del estado ribereño o donde no posee derechos soberanos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, resolvió en 2017, convocar a una conferencia con el objeto de iniciar la negociación de un “*instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional.*” (Resolución de 24.12.2017, 72/249).

Esta negociación deberá abordar los temas de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional. El significado de este planteamiento para el estudio de la jurisdicción del Estado es desafiante, ya que el marco jurídico en estudio tiene todavía parámetros amplios, y no totalmente consensuados. Parece, en todo caso, que no se contempla determinar la naturaleza jurídica inherente de esos recursos, sino que asumir un marco [abierto] de acceso y enfocarse más hacia los beneficios derivados de éstos y su marco ambiental.

En el derecho del mar, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar aún una compleja trama de jurisdicciones en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial, así

**María Teresa  
Infante Caffi**

**Territorio y jurisdicción:  
El derecho internacional  
en desarrollo**

como en lo penal y civil, tanto para el Estado ribereño como para terceros Estados<sup>22</sup>. Precisamente, el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar (caso Saiga<sup>23</sup>), debió referirse a la jurisdicción [aduanera] del ribereño en la zona económica exclusiva, así como a la legalidad del ejercicio de un derecho de persecución ininterrumpida.

En este caso, el demandante (San Vicente y las Granadinas) sostenía que el arresto al buque Saiga se había producido fuera de una zona donde pudiera ejercer jurisdicción territorial. El Tribunal analizó la naturaleza de los derechos o el título de Guinea en cuanto a la aplicación de sus normas aduaneras en su radio de competencia aduanera. Si no poseía ese título, carecía de vínculo jurisdiccional.<sup>24</sup> El Tribunal declaró que Guinea había actuado de forma contraria a la Convención (parr.136) al aplicar sus leyes aduaneras en un radio que incluía partes de la zona económica exclusiva; el arresto y la detención del buque Saiga era además, contraria a la Convención. En este caso, se analizó también los conceptos relativos al interés público y el estado de necesidad como fundamentos del derecho del Estado costero a su protección (Párrs. 128-138).

En otro asunto planteado ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y posteriormente sometido a arbitraje, *Arctic Sunrise (Países Bajos c. Federación de Rusia)*, el demandante sostuvo que en la Zona Económica Exclusiva, no se podía abordar buques extranjeros ya que la Convención prohibía hacerlo en alta mar (artículo 110), principio que se aplicaba en la ZEE. El derecho de visita y búsqueda era una excepción a la libertad de navegación y a la jurisdicción del Estado del pabellón, y necesitaba una justificación específica sostuvo Países Bajos.<sup>25</sup>

---

“En el derecho del mar, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar aún es una compleja trama de jurisdicciones en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial, así como en lo penal y civil, tanto para el Estado ribereño como para terceros Estados.”

---

Rusia argumentó a su vez, – aunque no se presentó ante el Tribunal – que

*“On 19 September [...] within the exclusive economic zone of the Russian Federation, on the basis of Articles 56, 60 and 80 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, and in accordance with Article 36 (1(1)) of the Federal Law “On the Exclusive Economic Zone of the Russian Federation” a visit [...] to the vessel “Arctic Sunrise” was carried out.*

...

*In view of the authority that a coastal State possesses in accordance with the aforementioned rules of international law, in the situation in question requesting consent of the flag State to the visit by the inspection team on board the vessel was not required;”<sup>26</sup>*

Es otro caso donde se plantea una superposición hipotética de competencias en áreas marinas.

En lo relativo al tema que nos ocupa, la referencia al carácter fundamental de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar plantea la cuestión de la *atribución de derechos* y la posibilidad de asimilar el acceso y aprovechamiento de la biodiversidad más allá de la jurisdicción nacional, con el régimen de pesca en alta mar, o con el correspondiente a la minería marina

en la Zona de fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional.

Una alternativa plausible – se discute – es extender los conceptos ya acordados respecto de la biodiversidad en general, en especial por la Convención sobre Biodiversidad de 1992 y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización, de 2010. También se ha hecho referencia a la Convención sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre (Washington, 1973), si bien ésta funciona con otra lógica jurídica. El tema de la jurisdicción, en todo caso, se plantearía dentro de un esquema focalizado hacia la protección de la biodiversidad marina en áreas más allá de la jurisdicción nacional.

El examen que data de 2004 sobre esta materia, se sistematizó en lo resuelto por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG69/292, 19.06.2015) en el marco de la futura *“elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional.”*<sup>27</sup>

**María Teresa  
Infante Caffi**

**Territorio y jurisdicción:  
El derecho internacional  
en desarrollo**

El enfoque así esbozado, acentuó el propósito de conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, más que la determinación de los derechos específicos que cada Estado pudiese invocar respecto de los recursos que aprovechase directamente o bajo su patrocinio, y los derechos que pudiese otorgar a operadores autorizados.

Las dificultades del tema se revelaron en el seno del comité preparatorio abierto a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a otros sujetos, que precedió la convocatoria a una conferencia de negociación. Este comité preparatorio sesionó en los años 2016 y 2017, decidiendo que los documentos que se generaren -a excepción del programa, programa de trabajo e informe- tendrían el carácter de oficiosos.

El estudio sobre la materia se posicionará, por tanto, desde una perspectiva de un bien común e inapropiable, dentro o al margen de un régimen internacional aceptado, o de libre acceso, sujeto a las regulaciones que impusieren los acuerdos relativos a la conservación de los recursos vivos en alta mar, o en espacios más allá de la jurisdicción nacional (evitando el empleo del concepto de alta mar). Estos elementos se ven enriquecidos o complejizados por la concepción de la libertad de investigación científica,

y las características adoptadas en la Convención de 1982.

Las negociaciones futuras deberán abordar entonces, los temas de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional, *“en particular, conjuntamente y como un todo, los recursos genéticos marinos, incluidas las cuestiones relativas a la distribución de los beneficios, las medidas de gestión basadas en zonas geográficas, incluidas las áreas marinas protegidas, las evaluaciones del impacto ambiental, la creación de capacidad y la transferencia de tecnología marina.”*

Se observa entonces, que la bioprospección y los recursos biogenéticos en áreas más allá de la jurisdicción nacional involucrarán cuestiones relativas al régimen de acceso a dichos recursos vivos, y que en el debate continuarán invocándose modelos aplicable a alta mar, o a los recursos minerales según la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, e incluso incorporando algún elemento del concepto de patrimonio común de la humanidad.<sup>28</sup>

Las implicancias para otros instrumentos jurídicos que fueren aplicables en la materia y para todos los estados negociadores no podrán ser soslayadas. Y



además, la futura negociación no deberá ir en detrimento de los instrumentos existentes ni de los órganos globales, regionales y sectoriales competentes. Un instrumento vinculante deberá contener, además, mecanismos para llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental y para establecer áreas marinas protegidas, incluyendo reservas marinas, en alta mar. La compleja relación entre estas áreas y los acuerdos relativos a recursos marinos vivos ha sido planteada, incluyendo para Estados no partes de aquéllos.<sup>29</sup>

---

“Un instrumento vinculante deberá contener, además, mecanismos para llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental y para establecer áreas marinas protegidas, incluyendo reservas marinas, en alta mar.”

---

De conformidad con la idea de enmarcar la negociación de este instrumento en la Convención de 1982, al menos tres aspectos parecen relevantes:

A. La investigación científica marina, con sus dos variantes: la investi-

gación básica y la investigación aplicada o bioprospección.<sup>30</sup>

Wyssbrod<sup>31</sup> agrega a esta lista, la reglamentación aplicable a los objetos arqueológicos, según si se encuentran en la Zona, en el mar territorial, o en la plataforma continental.

La investigación científica marina es concebida como un derecho de todos los Estados, sujeto a los derechos y obligaciones de otros Estados, como lo prevé la Parte XIII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982).

Su realización efectiva se sujeta a la autorización del Estado costero según la zona donde se realice, a las normas sobre alta mar o a aquéllas aplicables a la Zona de fondos marinos y oceánicos (Artículo 143), cuando se lleve a efecto en ésta. Entre otros aspectos, debe observarse el uso pacífico y el interés de la humanidad en su realización, por lo cual se puede establecer una relación con la autoridad internacional de la Zona para disseminar los resultados, o a través de otros canales internacionales apropiados.

**María Teresa  
Infante Caffi**

## **Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo**

Para efectos de este trabajo, creemos que la frase contenida en la Convención de 1982 (Artículo 241) es pertinente: “*Las actividades de investigación científica marina no constituirán fundamento jurídico para ninguna reivindicación sobre parte alguna del medio marino o sus recursos.*”

- B. Las normas que prevé la Convención sobre explotación de recursos biológicos.

El régimen de la pesca es de la esencia del derecho del mar contenido en la Convención de 1982, y la naturaleza jurídica de la Zona Económica Exclusiva y de la Plataforma Continental comprenden normas fundamentales sobre dicha actividad. A su vez, en alta mar, son relevantes los principios contenidos en la Parte VII de la Convención de 1982.

Las actuales regulaciones relativas a la pesca, regionales o generales, son amplias y algunas de ellas comprensivas. Recordemos que además de los acuerdos regionales, juegan un rol: el *Acuerdo sobre las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias (1995)*; el *Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de*

*conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar (1993)* y el *Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto (AMERP) (2009)*; todos ellos en vigor.

Estos regímenes se enfocan hacia tres fenómenos principales: i) la adopción de medidas efectivas de conservación y manejo de los recursos; ii) la lucha contra la pesca ilegal, no regulada y no informada (conocida como IUU en inglés), y iii) el establecimiento claro de diferentes competencias que deben ejercer el Estado del pabellón, el Estado participante en un Acuerdo sobre recursos pesqueros en alta mar, el Estado costero y el Estado del puerto. El cuadro resultante contiene ciertamente, interesantes elementos jurisdiccionales.

- C. Las normas aplicables a los recursos minerales de la Zona.

La relación entre biodiversidad en la Zona y el patrimonio *común* de la humanidad ha sido uno de los temas más debatidos en el período preparatorio, expresándose entre otros puntos de vista, que en un futuro régimen debería distinguirse entre alta mar y los recursos del suelo y subsuelo<sup>32</sup>.

Respecto del modelo institucional, la Convención de 1982 sugiere alternativas, aunque no se observa que ellas puedan servir de base exclusiva a un acuerdo que armonice efectivamente los diversos objetivos que persiguen los Estados acerca de los recursos biogenéticos más allá de la jurisdicción nacional.

Respecto del régimen aplicable a la Zona, el debate se orienta en torno a si fue concebido solamente para aplicarse a los recursos minerales, dado el alcance que le da la Convención de 1982, o si el régimen allí previsto abarca también los recursos biogenéticos, mediante una interpretación comprensiva de la Resolución 2749 (Asamblea General (XXV), de 1970, sobre los recursos del Área más allá de la jurisdicción nacional. Sobre la materia, recordamos que la idea de que no puede reivindicarse o ejercerse soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos, y que ningún Estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o sus recursos, es esencial a la Parte XI y otras disposiciones conexas según la Convención de 1982.

La Convención es clara en cuanto a que “no se reconocerán tal reivindicación o ejercicio de soberanía o de derechos soberanos ni tal apropiación.” (Artículo 137). Algún tipo de “apropiación” deberá ser ciertamente atribuida en un futuro régimen, pero sin los componentes de exclusividad o titularidad sobre la especie misma. Asimismo, la pregunta acerca de la apropiabilidad de ejemplares de organismos – a título de investigación científica – pero con interés comercial dado su material genético, ha sido expuesta.<sup>33</sup>

Por otra parte, la actividad de prospección, exploración o explotación debe considerar además, los elementos propios del medio ambiente marino, incluyendo la columna de agua, y por tanto, su conducción no es ajena a la cuestión de la protección de la biodiversidad.<sup>34</sup>

### Discusión sobre los Elementos Planteados.

- Considerando que la bioprospección y la explotación de los recursos genéticos marinos (BBNJ, en inglés)<sup>35</sup> no califican como investigación científica propiamente, es pertinente enfocar la Convención de 1982 a partir de otros aspectos

**María Teresa  
Infante Caffi**

## **Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo**

tos que pueden facilitar cómo se aborda el tema de dichos recursos<sup>36</sup>, junto a la protección del medio ambiente y la naturaleza de los espacios marinos. En este sentido, la Convención ya se encuentra complementada por otros acuerdos aplicables a las zonas de soberanía y jurisdicción nacional, donde el Estado costero ejerce soberanía o derechos soberanos sobre los recursos vivos y no vivos. Al respecto, la *Convención sobre Biodiversidad de 1992* y el *Protocolo de Nagoya de 2010*, son los instrumentos más relevantes. Ellos se basan en la preexistencia de jurisdicciones estatales sobre los recursos.

- Por otra parte, en la columna de agua de alta mar, ¿deben los recursos genéticos marinos seguir el mismo régimen previsto en la Parte VII de la Convención? Este régimen, si bien contempla el concepto de libertad de pesca sujeta a las condiciones que establece la Convención de 1982, debe entenderse también complementado por las demás convenciones o instrumentos aplicables a los recursos pesqueros, entre ellos, el Acuerdo de implementación para especies transzonales (1995). Se

sabe que la regla base del Estado del pabellón, como el titular de la jurisdicción sobre dichos recursos y el otorgamiento de permisos a barcos bajo su pabellón, no implica ausencia de marco jurídico para su actuación.

- En cuanto a la zona de fondos marinos, la discusión que entrará próximamente en fase de negociación, ha presentado tradicionalmente parámetros en torno a dos polos:

a) los recursos genéticos marinos se encuentran, según una perspectiva de países en desarrollo, cubiertos por el concepto del patrimonio común de la humanidad. Incluso se ha planteado la cuestión de las competencias de la Autoridad<sup>37</sup>; y

b) según otra opinión, el régimen de la Parte XI de la Convención, no es en sí mismo aplicable, al limitar la definición de recursos a los recursos minerales, sólidos, líquidos o gaseosos (Artículo 133) y a las actividades aplicadas a aquéllos.<sup>38</sup> El artículo 145 impondría en todo caso, medidas para proteger el medio marino en relación con dichas activida-

des. Elferink<sup>39</sup> matiza esta visión binaria, y postula que los Estados deben adaptarse a los principios aplicables en la Zona.

- Otra perspectiva, es aquélla que sostiene que el aprovechamiento de los recursos genéticos marinos (RGM) puede no conllevar una cuestión de derechos soberanos o de apropiación bajo soberanía, sino más bien la posibilidad de que actúe un sistema de protección de la propiedad intelectual o patente sobre el resultado de la investigación aplicada a determinado RGM. Así, no conflictuaría con los Artículos 136 y 137 de la Convención de 1982.<sup>40</sup> No obstante ello, en la medida en que exista una relación con recursos minerales de la Zona, la Autoridad de los Fondos Marinos no sería ajena a la posibilidad de regular el medio ambiente asociado a aquéllos y por tanto, la obligación de tener en cuenta los RGM allí existentes. En tal sentido, la autoridad poseería una capacidad de tutela que debe resguardarse.
- La simplificación consistente en sostener que puede aplicarse un concepto de libertad de pesca a los RGM, sin exclusividad para el titu-

lar que accede a dichos recursos, no da cuenta de otros objetivos, preocupaciones e intereses legítimos, tales como: el reparto de los beneficios generados por la investigación aplicada, la aplicación de criterios de gestión basados en zonas geográficas, incluyendo áreas marinas protegidas y la cuestión del enfoque ecosistémico<sup>41</sup>, o del enfoque precautorio.

- El acceso a los recursos genéticos marinos constituirá, por tanto, un pilar del futuro instrumento, el que deberá establecer parámetros aptos para abordar cuestiones relativas al reparto de beneficios y el enfoque ecosistémico.

El Informe de 21 de julio de 2017 (incluido en el informe del comité preparatorio<sup>42</sup>), recomendó - entre otras cosas - que la Asamblea General de las Naciones Unidas tomase una decisión sobre la convocatoria de la conferencia intergubernamental tan pronto como fuera posible, para elaborar el texto del instrumento. Esta conferencia ya ha sido convocada, y deberá abocarse a cuatro materias principales, concebidas como un paquete:

- Los RGM (cuya definición es en sí misma un tema de debate), in-

## María Teresa Infante Caffi

## Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo

cluyendo las cuestiones relativas a la participación en los beneficios;

- Las herramientas de gestión basadas en zonas geográficas, incluyendo áreas marinas protegidas;
- La Evaluación del Impacto Ambiental; y
- La creación de capacidades y transferencia de tecnología marina.

En esta perspectiva, pueden derivarse lecciones del examen de otros acuerdos internacionales, fueren vinculantes o códigos de conducta, que ya estuviesen operando en materia de biodiversidad marina a nivel regional, permitiendo la designación de áreas marinas protegidas en zonas específicas, especialmente cuando ellas reflejan un enfoque ecosistémico integrado. Por ejemplo, la *Convención sobre la Conservación y Ordenamiento de los Recursos Pesqueros en Alta Mar en el Océano Pacífico Sur* (2009)<sup>43</sup>, que tiene importantes referencias a la conservación de la biodiversidad.

Ciertamente, la *Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos* (1980)<sup>44</sup>, al estar en plena aplicación y adoptar un enfoque precautorio y ecosistémico, constituye un

marco de referencia importante. Johnson<sup>45</sup> ha planteado puntos de reflexión acerca de la importancia del Océano Austral, en esta última materia.

---

“Pueden derivarse lecciones del examen de otros acuerdos internacionales, fueren vinculantes o códigos de conducta, que ya estuviesen operando en materia de biodiversidad marina a nivel regional, permitiendo la designación de áreas marinas protegidas en zonas específicas, especialmente cuando ellas reflejan un enfoque ecosistémico integrado.”

---

Anotamos por otra parte, como un elemento de interés sobre este último tema, la necesidad de preservar el estatus de la Antártica, conforme al Tratado Antártico y su área de aplicación, en cuanto a cómo abordar los RGM más allá de la jurisdicción nacional en dicha área. En 2013, se adoptó la *Resolución 6, relativa a la Prospección Biológica en la Antártica*, que recoge algunos de estos elementos,<sup>46</sup> y contiene una importante

afirmación en cuanto a que “*es el marco adecuado para la gestión de la recolección de material biológico en la zona del Tratado Antártico y de considerar su uso*”.

Por otra parte, la especial relación entre el área regida por este Tratado, la propia *Convención de Canberra de 1980*, el *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente*,<sup>47</sup> y la Convención de 1982, pueden ser subrayadas. La interrelación entre el Tratado Antártico y la Convención de Canberra se expresa en la *Resolución 5 sobre Establecimiento del Área Marina Protegida en la región del Mar de Ross* (2017)<sup>48</sup>, estatus acordado en la *35ª Reunión de la Comisión de la Convención de Canberra*.<sup>49</sup>

#### **IV. La jurisdicción del estado frente a la inmunidad *ratione personae* de altos funcionarios del estado, en materias criminales**

El tema se ha venido abordando en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, traducándose en sucesivos informes. El primer ponente fue Roman A. Kolodkin (desde 2007) y posteriormente, Concepción Escobar (2012). Esta última ha presentado 5 informes a la fecha, proponiendo proyectos de artículos. La materia – como se ha trabajado - puede enfocarse en

el ámbito de la inmunidad de las personas cuando ellas gozan del estatus de altos funcionarios del Estado (Jefe de Estado, y las posibles limitaciones a la inmunidad basadas en esa calidad (*ratione personae*), o más bien en relación con los actos que les fueren atribuibles (*ratione materiae*).

En su quinto informe ante la Comisión, este órgano<sup>50</sup> relata que la Relatora Especial llegó a la conclusión de que en el derecho consuetudinario se constataba la existencia de limitaciones y excepciones *ratione materiae* a la inmunidad ante a la jurisdicción penal de otro Estado, de altos funcionarios de Estado (Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores). La inmunidad *ratione materiae* se aplicaría solamente a aquellos actos que calificasen como oficiales. Esas limitaciones y excepciones, o una tendencia en tal sentido, no se constataría en cambio, cuando el tema se examinare desde la perspectiva *ratione personae*. La Relatora Especial propuso, en consecuencia, un artículo (7) basado en esas conclusiones (A/CN.4/L.893).

El tenor de la propuesta primigenia de la Relatora Especial era el siguiente:

*“Draft article 7 Crimes in respect of which immunity does not apply*



**María Teresa  
Infante Caffi**

## **Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo**

*1. Immunity shall not apply in relation to the following crimes:*

*(a) Genocide, crimes against humanity, war crimes, torture and enforced disappearances;*

*(b) Crimes of corruption;*

*(c) Crimes that cause harm to persons, including death and serious injury, or to property, when such crimes are committed in the territory of the forum State and the State official is present in said territory at the time that such crimes are committed.<sup>51</sup>*

*2. Paragraph 1 shall not apply to persons who enjoy immunity *ratione personae* during their term of office.*

*3. Paragraphs 1 and 2 are without prejudice to: (a) Any provision of a treaty that is binding on the forum State and the State of the official, under which immunity would not be applicable; (b) The obligation to cooperate with an international tribunal which, in each case, requires compliance by the forum State.”*

Finalmente, el artículo 7 resultante del debate en la CDI, reza así:

***“Article 7 Crimes under international law in respect of which***

***immunity ratione materiae shall not apply***

*1. Immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the following crimes under international law: (a) crime of genocide; (b) crimes against humanity; (c) war crimes; (d) crime of apartheid; (e) torture; (f) enforced disappearance.<sup>52</sup>*

*2. For the purposes of the present draft article, the crimes under international law mentioned above are to be understood according to their definition in the treaties enumerated in the annex to the present draft articles.”<sup>53</sup>*

La *Special Rapporteur* ha explicado que su trabajo resulta del análisis de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia internacional, del trabajo previo de la Comisión y de la legislación interna, junto a la información que los Gobiernos hubieran transmitido a las preguntas de la propia Comisión al respecto, y sus declaraciones en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Así, observando el tema desde una perspectiva jurídica sistémica, junto con postular que se trata de un ejercicio de codificación y también de desarrollo progresivo, ha precisado que su labor ha

tenido en cuenta la interrelación entre inmunidad y jurisdicción estatal (y sus diferencias); la naturaleza procedimental de la inmunidad; la distinción entre los funcionarios del Estado y la inmunidad del Estado; y la distinción entre inmunidad frente a la jurisdicción penal de otro Estado de la inmunidad frente a tribunales penales internacionales.

La perspectiva sistémica permitiría concluir, por lo tanto, que los crímenes contra el derecho internacional no califican como actos oficiales; ellos son graves y erosionan los valores y principios reconocidos por la comunidad internacional *en su conjunto*. Este enfoque procura combinar los valores de la igualdad soberana de los Estados y la necesidad de estabilidad internacional, con el interés en prevenir y castigar los crímenes más serios de derecho internacional, lo cual responde a un interés de la comunidad internacional.

Recordamos que en la sentencia de la *House of Lords* sobre la extraditabilidad del entonces senador Pinochet a España, el 24 de marzo de 1999<sup>54</sup>, se enfrentaron los temas de la cuestión de la inmunidad de un ex jefe de estado y la inmunidad *ratione materiae* (regidas tanto por el derecho internacional como por la *State Immunity Act* 1978 del Reino Unido). La mayoría de los miembros

de la sala de la *House of Lords* – en una decisión que abrió una importante vía en el derecho internacional limitando la inmunidad del ex jefe de estado – basó su decisión en la idea de que la Convención contra la Tortura había sido negociada sobre la base del entendimiento de que esa inmunidad (en todas sus formas) no podía prevalecer ante el crimen allí regulado.<sup>55</sup>

En ese caso, se planteaba precisamente el tema de si una conducta punible realizada fuera del territorio de un Estado (España) podía ser extraditable por otro Estado (Reino Unido), en virtud de una convención de la cual este último era parte y de su legislación interna vinculada a esa convención, que consideraban tal crimen como extraditable. Éste habría sido el efecto de la *Extradition Act*, del Reino Unido de 1989. Es decir, si una jurisdicción legislativa cuyo fundamento último era la territorialidad del Estado legislador, unida a un título convencional (Convención contra la Tortura) que abría el abanico de una pluralidad de jurisdicciones, daba lugar a la posibilidad de que esa jurisdicción aceptare conocer extraterritorialmente de una conducta ocurrida en otro Estado. La *House of Lords* estimó que sí era posible y tenía fundamento, ya fuera por el concepto de crimen internacional extraditable, o

**María Teresa  
Infante Caffi**

## **Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo**

porque el país requirente tuviera una buena base de jurisdicción, y la inmunidad de jurisdicción fuese inaplicable, en cualquier caso.

En el mismo asunto, Lord Browne-Wilkinson observó, “*So far as the law of the United Kingdom is concerned, the only country where Senator Pinochet could be put on trial for the full range of the offences which have been alleged against him by the Spanish judicial authorities is Chile.*” Esta afirmación es interesante en cuanto – sin negar que el asunto ponía en juego la legislación (territorial) del país requerido (ley sobre extradición), -se admitió que “[...]the obligations which were recognised by customary international law in the case of such serious international crimes by the date when Chile ratified the Convention are so strong as to override any objection by it on the ground of immunity *ratione materiae* to the exercise of the jurisdiction over crimes committed after that date which the United Kingdom had made available”.

Respecto de la propuesta de la Relatora Especial (Concepción Escobar), el hecho de que la disposición propuesta por ella haya sido votada favorablemente por 21 miembros de la CDI, negativamente por 8 miembros y con una abstención, plantea un debate que los juristas y gobiernos deberán zanjar en sus deliberaciones sobre el

trabajo de la Comisión. La votación habría estado centrada en la existencia de un fundamento de *lex lata* o de *lege ferenda*, para establecer excepciones o limitaciones a la inmunidad del alto funcionario *ratione materiae*.

Un ejemplo de cómo se aborda la materia a nivel regional, se encuentra en el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo, 2014, no vigente).<sup>56</sup> Éste contiene una disposición por la cual “*No charges shall be commenced or continued before the Court against any serving AU Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such capacity, or other senior state officials based on their functions, during their tenure of office.*” (Artículo 46 A bis). Recordemos que el único instrumento multilateral a la fecha, en materia de inmunidades jurisdiccionales del Estado y sus bienes, es la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2004, no vigente).

La discusión, animada por los conceptos de *lex lata* y *lege ferenda*, plantea a lo menos tres interrogantes jurídicas de interés para este trabajo:

- El fundamento jurídico de la propuesta relativa a excepciones y

limitaciones, y su raíz consuetudinaria o como tendencia emergente de la jurisprudencia internacional y de la legislación interna de los Estado;

- La relación entre la renuncia a invocar la inmunidad conforme al estatuto de un tribunal penal internacional (v.g. el artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), y la inmunidad frente a la jurisdicción interna de otro Estado;<sup>57</sup> y
- La distinción entre inmunidad del Estado de aquella aplicable a un alto funcionario en materia penal o civil.

Sobre estos conceptos, su fundamento jurídico y alcances, el “*Symposium on the Present and Future of Foreign Official Immunity*”<sup>58</sup>, al amparo de la *American Society of International Law*, ofrece elementos sustantivos acerca de diferentes visiones que se postulan en la actualidad.

A su vez, la Corte Internacional de Justicia tendrá próximamente oportunidad de pronunciarse sobre algunos aspectos del tema, cuando examine el asunto *Guinea Ecuatorial c. Francia* sobre Inmunidades y Procedimientos Penales,

iniciado en 2016<sup>59</sup> todavía en la fase de excepción preliminar (jurisdicción).

La demanda de Guinea Ecuatorial invoca el supuesto no respeto de parte de los principios de igualdad soberana y la no intervención en asuntos internos de otros Estados, al permitir que la jurisdicción francesa pretenda ejercerse en materia penal contra su segundo vicepresidente, por alegaciones que de ser verdaderas, comprometerían exclusivamente la competencia del demandante. Al mismo tiempo, Guinea Ecuatorial sostiene que un inmueble perteneciente al Estado guineo ecuatorial y usado para fines de la misión diplomática, no puede ser objeto de embargo por orden de Francia.<sup>60</sup>

## V. Conclusiones generales

Los tres temas planteados suscitan el debate sobre cuál es la práctica de los Estados, y cuánta práctica y qué nivel de consistencia son necesarios para fundamentar la existencia de una regla *consuetudinaria* o la emergencia de una *costumbre internacional*.<sup>61</sup>

En los tres temas, los tratados internacionales juegan un papel fundamental, y su relación con el derecho interno de los Estados es la mejor forma de afirmar ciertos principios y asegurar su eficacia.

**María Teresa  
Infante Caffi**

**Territorio y jurisdicción:  
El derecho internacional  
en desarrollo**

En áreas donde interactúan el interés del Estado y su título jurisdiccional, con el interés *general* en prevenir o reprimir conductas *criminales* contrarias al derecho internacional, existe un gran espacio para el desarrollo de instrumentos de ayuda jurídica mutua. También para concebir acuerdos sobre el levantamiento de la inmunidad de personas que actúan en nombre del Estado, en caso de crímenes internacionales más graves, como lo ha sugerido el Instituto de Derecho Internacional en 2009.<sup>62</sup>

---

“En áreas donde interactúan el interés del Estado y su título jurisdiccional, con el interés general en prevenir o reprimir conductas criminales contrarias al derecho internacional, existe un gran espacio para el desarrollo de instrumentos de ayuda jurídica mutua.”

---

En otra dimensión, la del derecho del mar, las materias atinentes a la biodiversidad más allá de la jurisdicción nacional, plantean la perspectiva de cómo un bien común puede llegar a vincularse con la jurisdicción de un Estado.

Son capítulos que merecen continuar bajo estudio y sobre los cuales, en el ámbito interamericano, podría hacerse un aporte sustantivo.

<sup>1</sup> <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436?rskey=HRnpTb&result=94&prd=EPIL>), párr. A, 1,1.

<sup>2</sup> A. Orekhalishvili, “State jurisdiction in international law: complexities of a basic concept”, pp. 1-15, Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law, ed. A. Orekhalishvili, London, Edward Edgard Publishin Inc., 2015.

<sup>3</sup> F.A. Mann, “The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years”, Recueil des Cours, 1984, p.20.

<sup>4</sup> B. Simma & A.Th. Müller, “Exercise and limits of jurisdiction”, The Cambridge Companion to International Law, ed. by J. Crawford & M. Koskenniemi, Cambridge University Press, 2012, pp.139-141.

<sup>5</sup> <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/news/2017/07/07/minister-of-security-and-justice-signs-mh17-treaty-with-ukraine>

<sup>6</sup> A. Matta, “MH17-Downing Suspects to be Prosecuted before Dutch Domestic Courts-An Obstacle or an Advantage for International Justice?”, <http://opiniojuris.org/2017/07/17/33212/>

<sup>7</sup> Oppenheim’s International Law, Ninth ed., Vol.I, Part 2 to 4, eds. Sir R. Jennings & Sir A. Watts, London, Longman, 1996, p. 998.

<sup>8</sup> ICJ Reports 2002, p. 75, párr.42.

<sup>9</sup> 8th Edition, by J. Crawford, SC, FBA, Oxford, Oxford University Press, 2012, p.486.

<sup>10</sup> [http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2005\\_kra\\_03\\_en.pdf](http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_03_en.pdf)

<sup>11</sup> [http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2015\\_Tallinn\\_01\\_en-1.pdf](http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2015_Tallinn_01_en-1.pdf)

<sup>12</sup> 28 USC, para. 1350 (1982). <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350>. Ha sido especialmente analizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en los casos *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. (2013), [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491\\_l6gn.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf), y *Jesner v. Arab Bank, PLC* (2018), [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499\\_1a7d.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf)

<sup>13</sup> [https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Legislative\\_Guide\\_Universal\\_Legal\\_Regime/Spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Legislative_Guide_Universal_Legal_Regime/Spanish.pdf)

<sup>14</sup> Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), House of Lords, United Kingdom, 24 March 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147. <http://www.uniset.ca/other/cs5/2000AC147.html>

<sup>15</sup> Lord Millet votó en contra de la mayoría sosteniendo que el derecho internacional sí consideraba la tortura como un crimen contra el derecho internacional consuetudinario que facultaba ejercer jurisdicción universal.

<sup>16</sup> La Corte limitó su competencia a la Convención de 1984 (Arts. 6 (2) y 7(1)) y descartó conocer de reclamaciones por crímenes fundados en el derecho internacional consuetudinario.

<sup>17</sup> Asunto Immunités et procédures pénales (Guinea Ecuatorial c. Francia), CIJ, 2016. Se encuentra en fase jurisdiccional. <http://www.icj-cij.org/en/case/163>

<sup>18</sup> Ver *Third report on crimes against humanity*, by Sean D. Murphy, Special Rapporteur. Annex I, Draft articles provisionally adopted by the Commission to date. Draft Article 9 says: “*Aut dedere aut judicare* The State in the territory under whose jurisdiction the alleged offender is present shall submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, unless it extradites or surrenders the person

**María Teresa  
Infante Caffi**

**Territorio y jurisdicción:  
El derecho internacional  
en desarrollo**

*to another State or competent international criminal tribunal. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any other offence of a grave nature under the law of that State.”* A/CN.4/704

<sup>19</sup> <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2017/english/chp4.pdf&lang=EFS-RAC,%20Cap.%20IV>

<sup>20</sup> <https://ilg2.org/2017/12/07/fighting-against-impunity-the-mutual-legal-assistance-initiative-for-domestic-prosecution-of-the-most-serious-crimes/>. También: <http://www.pgaction.org/pdf/Background-Information-MLA-Initiative.pdf>

<sup>21</sup> D. Tladi, Complementarity and cooperation in international criminal justice. Assessing initiatives to fill the impunity gap. ISS Paper 277, Nov. 2014. <https://www.files.ethz.ch/isn/185933/Paper277.pdf>

<sup>22</sup> H. Caminos, “Las normas sobre ejecución en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar », Cursos Euro mediterráneos de Derecho Internacional, V, 2001, pp. 565-611.

<sup>23</sup> The M/V “SAIGA” (No. 2) Case, (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_2/merits/Judgment.01.07.99.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Judgment.01.07.99.E.pdf)

<sup>24</sup> Se discutía si había habido una importación ilegal de combustible al territorio de Guinea, ya que el buque Saiga estaba descargándolo en otra embarcación pesquera de St. Vincent and the Grenadines en aguas del primer país.

<sup>25</sup> Request for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea. 21 October 2013. [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/Request\\_provisional\\_measures\\_en\\_withtranslations.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Request_provisional_measures_en_withtranslations.pdf)

<sup>26</sup> Carta de 1º de octubre de 2013 de la Embajada de la Federación de Rusia en los Países Bajos al Ministerio de Relaciones Exteriores de Países Bajos. Citada en párrafo 64, Order, Request for the prescription of preliminary measures, International Tribunal for the Law of the Sea, 22 November 2013, The “Arctic Sunrise” case.

<sup>27</sup> El marco político para el tratamiento del tema fue dado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en 2012, cuyo documento final “El Futuro que Queremos” proponía en el párrafo 162, “abordar urgentemente el tema de la conservación y uso sostenible de la biodiversidad marina en las zonas fuera de la jurisdicción nacional, en particular, a tomar una decisión sobre el desarrollo de un instrumento internacional en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.” Para ello, la labor del Grupo de Trabajo Especial Oficioso de Composición Abierta que había actuado en virtud de la resolución AG 68/70 (2013).

<sup>28</sup> N. Matz-Lück analiza esta temática en “The Concept of the Common Heritage of Mankind: its Viability as a Management Tool for Deep-Sea Genetic Resources”, The International Legal Regime of Areas beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments, eds. E.J. Molenaar & A.G. Oude Elferink, Leiden, 2010, Brill, pp. 61-75.

<sup>29</sup> D. Tladi, “The Proposed Implementing Agreement: Options for Coherence and Consistency in the Establishment of Protected Areas beyond National Jurisdiction”. The International Journal of Marine and Coastal Law 30 (2015), pp. 654–673.



<sup>30</sup> Según A. de Marffy, bioprospección es la exploración de la biodiversidad con el fin de obtener recursos genéticos que tengan un valor comercial. Este no es el enfoque de la investigación científica marina, que no prevé un régimen de propiedad sobre los resultados de la investigación científica marina. “Les espaces marins au-delà des juridictions nationales entre droit applicable et modernité”, *Annuaire du droit de la mer*, 2005, p. 67.

<sup>31</sup> V. Wyssbrod, *L'exploitaton des ressources biologiques marines hors jurisdiction nationale*, Leiden, Brill, 2018, Pp.145-146

<sup>32</sup> F. Millicay, “*A Legal Regime for the Biodiversity of the Area*”, *Law, Science & Ocean Management* 739, 799–803, eds., M. Nordquist, R. Long, T. Heidar, & J. N. Moore, Leiden, Nijhoff, 2007.

<sup>33</sup> A.G. Oude Elferink, “The Regime of the Area: Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and Freedom of the High Seas”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, 22, 2007, p. 155.

<sup>34</sup> Esta temática no ha sido ajena a los estudios de la Autoridad de los fondos marinos. Pueden consultarse en <https://www.isa.org.jm/es/documents-resources/publications>.

<sup>35</sup> P. J. Smith, *La diversidad genética de los recursos pesqueros marinos Posibles repercusiones en la pesca*. 1996. <http://www.fao.org/docrep/003/v4865s/v4865s00.HTM>

<sup>36</sup> De Marffy en op.cit., pp. 73-74

<sup>37</sup> F. Armas abogaba por la competencia de la Autoridad de los Fondos Marinos para manejar, proteger y controlar estos recursos. “How Can Life in the Deep Sea Bed be Protected? 2006, *The International Law of Marine and Coastal Law*, 2009, pp.281-307.

<sup>38</sup> A. de Marffy, op.cit., pp. 64-66.

<sup>39</sup> A.O. Elferink, op. cit., p. 174.

<sup>40</sup> Wyssbrom, op.cit., pp. 156-7.

<sup>41</sup> Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (Convención de la CRVMA), en particular su Artículo II(3)(b), relativo al “mantenimiento de las relaciones ecológicas entre poblaciones recolectadas, dependientes y afines de los recursos vivos marinos antárticos y reposición de poblaciones disminuidas por debajo de los niveles definidos en el apartado (a).”

<sup>42</sup> [http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom\\_files/Procedural\\_report\\_of\\_BBNJ\\_PrepCo\\_m.pdf](http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Procedural_report_of_BBNJ_PrepCo_m.pdf)

<sup>43</sup> [http://www.subpesca.cl/portal/616/articles-898\\_Auckland.pdf](http://www.subpesca.cl/portal/616/articles-898_Auckland.pdf)

<sup>44</sup> <https://www.ccamlr.org/es/organisation/convenci%C3%B3n-de-la-crvma>

<sup>45</sup> C. M. Johnson, “The Relevance of the Southern Ocean to the Development of a Global Regime for Marine Areas beyond National Jurisdiction – An Uncommon Commons”, *The International Journal of Marine and Coastal Law* 32, 2017, pp. 709-732.

<sup>46</sup> [https://www.ats.aq/devAS/ats\\_meetings\\_meeting\\_measure.aspx?lang=s](https://www.ats.aq/devAS/ats_meetings_meeting_measure.aspx?lang=s)

<sup>47</sup> [https://www.ats.aq/documents/keydocs/vol\\_1/vol1\\_4\\_AT\\_Protocol\\_on\\_EP\\_s.pdf](https://www.ats.aq/documents/keydocs/vol_1/vol1_4_AT_Protocol_on_EP_s.pdf)

<sup>48</sup> [https://www.ats.aq/documents/ATCM40/fr/ATCM40\\_fr001\\_s.pdf](https://www.ats.aq/documents/ATCM40/fr/ATCM40_fr001_s.pdf)

<sup>49</sup> <https://www.ccamlr.org/es/system/files/s-cc-xxxv.pdf>

<sup>50</sup> Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur. 14 June 2016, A/CN.4/701

**María Teresa  
Infante Caffi**

**Territorio y jurisdicción:  
El derecho internacional  
en desarrollo**

<sup>51</sup> Esta última causal, conocida como “territorial tort exception”, fue discutida en el asunto Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening, *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99) ante la Corte Internacional de Justicia, el cual involucraba la inmunidad del Estado propiamente tal, en materia civil. La decisión de la CIJ favoreció – por mayoría - la tesis de que no había una excepción a la inmunidad del Estado basada en la gravedad de las violaciones al derecho internacional, y que el carácter de jus cogens de dichas normas no justificaban una derogación de la inmunidad. Comentario en L. Mc Gregor, “State Immunity and Human Rights Is There a Future after Germany v. Italy?”. *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), pp. 125-145.

<sup>52</sup> La incorporación del crimen de agresión fue discutida en la CDI, y se resolvió no hacerla, además de tener en cuenta su componente político, porque ello involucraría una determinación por un tribunal interno de que ha habido un acto de agresión de parte de un Estado, conforme al sistema recogido por el Estatuto de Roma enmendado en 2010, y que está vigente para un número de Estados Partes.

<sup>53</sup> Los crímenes así identificados, se definirían por los términos contenidos en tratados que los rigen a nivel mundial. La lista de los tratados mencionados en el artículo 7, párr. 2 es la siguiente: “Crime of genocide • Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, article 6; • Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, article II. Crimes against humanity • Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, article 7. War crimes • Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, article 8, paragraph 2. Crime of apartheid • International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 30 November 1973, article II. Torture • Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984: article 1, paragraph 1. Enforced disappearance • International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 20 December 2006, article 2.”

<sup>54</sup> Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), House of Lords, United Kingdom, 24 March 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147. <http://www.uniset.ca/other/cs5/2000AC147.html>

<sup>55</sup> Ver Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en su Opinión Individual separada en el caso Arrest Warrant, Congo c. Bélgica, ICJ Reports, 2002, párr.74. “*The increasing recognition of the importance of ensuring that the perpetrators of serious international crimes do not go unpunished has had its impact on the immunities which high State dignitaries enjoyed under traditional customary law. Now it is generally recognized that in the case of such crimes, which are often committed by high officials who make use of the power invested in the State, immunity is never substantive and thus cannot exculpate the offender from personal criminal responsibility. It has also given rise to a tendency, in the case of international crimes, to grant procedural immunity from jurisdiction only for as long as the suspected State official is in office.*” Párr.75. “*These trends reflect a balancing of interests. On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community.*”

<sup>56</sup> [https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045\\_-\\_protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf)

<sup>57</sup> El tema ha sido particularmente discutido a propósito de la remisión por el Consejo de Seguridad de la situación en Darfur, Sudán, a la Corte Penal Internacional, según Resolución 1593 (2005). Se ha planteado la cuestión de si la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado en ejercicio ha sido levantada por efecto de la remisión propiamente tal, y si el presidente de Sudán, Omar Al Bashir, está sujeto a lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto de Roma, y cuál es el alcance del artículo 98 del mismo, en cuanto a las obligaciones y derechos de terceros Estados partes o no partes del Estatuto, en materia de arresto y entrega del presidente a la Corte. Al respecto, Erica de Wet, “Referrals to the International Criminal Court under Chapter VII of the United Nations Charter and the Immunity of Foreign State Officials”, *American Journal of International Law*, Symposium on on the Present and Future of Foreign Official Immunity. *AJIL Unbound*/Volume 112/ 2018, <https://www.asil.org/resources/american-journal-international-law>, pp. 33-37.

<sup>58</sup> *AJIL Unbound*/Volume 112/ 2018, pp. 1-37.

<sup>59</sup> <http://www.icj-cij.org/fr/affaire/163>

<sup>60</sup> Requête introductive d’instance enregistré au Greffe de la Cour le 13 juin 2016. *Immunités et procédures pénales (Guinée Équatoriale c. France)*.

<sup>61</sup> S. Murphy, “Immunity *ratione materiae* of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: where is the State Practice in Support of Exceptions?”. En *AJIL Unbound*/Volume 112/ 2018, pp.4-8.

<sup>62</sup> *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes*. <http://www.idi-ii.org/en/publications-par-categorie/resolutions/page/2/>

## Sobre la autora

### María Teresa Infante Caffi



María Teresa Infante es Embajadora Extraordinaria y Plenipotenciaria de Chile en Países Bajos, tras haberse desempeñado como Directora Nacional de Fronteras y Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores y haber formado parte del grupo de 35 expertos que asesoran a Chile en la controversia con Bolivia por las aguas del Silala, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

La Embajadora Infante fue co-agente de Chile en el caso Perú-Chile también ante la CIJ y ha sido miembro de las delegaciones de Chile en numerosas conferencias internacionales, destacando la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico.

En el plano académico se ha desempeñado como profesora titular de la Universidad de Chile, ha enseñado en

la Academia Diplomática y ha sido profesora invitada en instituciones académicas de distintos países. Junto a ello, fue Directora del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y co-directora del programa de Maestría en Derecho Internacional, Inversión, Comercio y Arbitraje impartido conjuntamente por la Universidad de Chile y la Universidad de Heidelberg.

Ha publicado decenas de artículos y pertenece a diversas instituciones de derecho internacional, entre ellos el Institut de Droit International, International Law Association, la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, y el Law of the Sea Institute.

La Embajadora Infante es abogada de la Universidad de Chile y tiene el grado de Doctora del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra.

## Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *La Convención Americana sobre Derechos Humanos;*
- III.** *Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte;*
- IV.** *Conclusión*



# Notas sobre nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Juan Ignacio Mondelli

Las opiniones expresadas en este documento son del autor y no reflejan necesariamente las del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o las de la Organización de las Naciones Unidas.

*To Maha Mamo,*

*For her inspiring and tireless efforts to end statelessness and turn into reality the human right to a nationality in the Americas.*

*Para Maha Mamo,*

*Por sus esfuerzos inspiradores e incansables para acabar con la apatridia y convertir en realidad el derecho humano a una nacionalidad en las Américas.*

## I. Introducción

En noviembre de 2014, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) propuso un plan

de acción para erradicar la apatridia en el mundo antes de 2024<sup>1</sup>. En diciembre de ese año, 28 países y 3 territorios latinoamericanos y del Caribe adoptaron el *Plan de Acción de Brasil* con miras a alcanzar esta meta en América<sup>2</sup>. En junio de 2016, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) dio la bienvenida a ambos planes como los marcos estratégicos globales y regionales para acabar con la apatridia<sup>3</sup>. Al siguiente año, destacando que la apatridia constituye un grave problema humanitario y una violación de derechos humanos y libertades fundamentales, la Asamblea resaltó la importancia del derecho de toda persona a una nacionalidad, reconocido en el artículo XIX de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (“Declaración”) y en el artículo 20 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (“Convención”)<sup>4</sup>.

Como se desprende de estas resoluciones y de la Declaración de Brasil, los países de la región enfocan el

problema de la apatridia<sup>5</sup> como una vulneración del derecho humano a una nacionalidad<sup>6</sup>. En vista de ello, y dado que diversos instrumentos internacionales consagran el derecho humano a la nacionalidad<sup>7</sup>, la meta de erradicar la apatridia en América exige determinar cuál es el contenido y alcance de este derecho en el Sistema Interamericano de Protección Internacional de los Derechos Humanos.

Esta tarea es relevante por tres razones:

- En primer lugar, ayuda a comprender que muchas de las acciones orientadas a erradicar la apatridia, como por ejemplo el establecimiento de procedimientos de determinación de la apatridia a nivel nacional, son obligatorias y no una aspiración o expresión de buenas intenciones.
- En segundo lugar, porque si bien la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas* (“Convención de 1954”) y la *Convención para Reducir los Casos de Apatridia* (“Convención de 1961”) buscan proteger a las personas apátridas y asegurar que toda persona nazca y conserve su nacionalidad, no consagran expresamente el derecho humano a la nacionalidad.

- Finalmente, muchos países de la región aún no son Estados Partes en las convenciones sobre apatridia<sup>8</sup> y otros no han adoptado el Plan de Acción de Brasil. Así, la Declaración y la Convención continúan siendo la razón por la que deben adoptarse diversas de las medidas orientadas a erradicar la apatridia.

Este artículo explora la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte”) sobre el derecho a la nacionalidad y su vinculación con la prevención de la apatridia, la identificación y protección de las personas apátridas, y la resolución de los casos de apatridia.

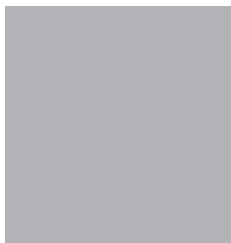
En vista de que fue escrito para explicar la evolución de la jurisprudencia de la Corte a los estudiantes del Curso de Derecho Internacional de la OEA, metodológicamente el artículo resume las opiniones consultivas y sentencias en orden cronológico, presentado los hechos del caso, los lineamientos dados por la Corte, así como algunas observaciones desde la perspectiva de la apatridia.

A modo de conclusión, el artículo resume los estándares identificados por la Corte y enuncia alguno de los temas que aún no han sido tratados. Dado su enfoque, el artículo no explora el contenido



Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



y alcance del derecho a cambiar la nacionalidad, en tanto presupone la posesión de una nacionalidad.

### II. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

El Art. 20 de la Convención consagra el derecho a la nacionalidad en los siguientes términos:

*Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad.*

*1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*

*2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.*

*3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.*

El derecho a la nacionalidad y el derecho a una nacionalidad no son sinónimos. El derecho a la nacionalidad, como se

denomina en el título del artículo, tiene cuatro componentes: 1) el derecho a una nacionalidad; 2) el derecho a adquirir la nacionalidad del Estado donde la persona nació, si no tiene derecho a adquirir otra nacionalidad; 3) el derecho a conservar la nacionalidad, comprensivo del derecho de la persona a que no se le deniegue ni prive arbitrariamente de su nacionalidad y; 4) el derecho a cambiar de nacionalidad.

---

“El derecho a la nacionalidad y el derecho a una nacionalidad no son sinónimos.”

---

Como se desprende de la letra del Art. 20, el derecho a la nacionalidad corresponde a toda persona sin distinciones basadas en la edad. En la Convención, la nacionalidad no es un derecho reconocido exclusivamente al niño o niña sino un derecho de *toda persona*. El

Art. 18.b) del *Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos*, elaborado por la Comisión Interamericana, indicaba que *todo niño* tenía derecho a *adquirir* la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tenía derecho a otra<sup>9</sup>. Durante la *Conferencia Especializada Interamericana*, la Comisión I modificó el texto, de modo de incluir un párrafo referido al derecho de *toda* persona a *una* nacionalidad sin especificar su edad<sup>10</sup>. Luego, durante la discusión plenaria del texto, los países modificaron el título del Art. 20 para que dijera “Derecho a la Nacionalidad”, eliminando también la palabra “adquirir” del artículo.

*Artículo 20.1.*

El primer componente del derecho *a la* nacionalidad es el derecho *a una* nacionalidad (Art. 20.1). La Convención no tutela el derecho a la doble o múltiple nacionalidad sino sólo el derecho a tener *una* nacionalidad<sup>11</sup>.

Del lenguaje muy amplio del Art. 20.1 pareciera desprenderse: 1) un derecho a adquirir la nacionalidad de un Estado de acuerdo con su propia legislación y obligaciones internacionales (ej. aquellas derivadas de los tratados bilaterales o multilaterales sobre nacionalidad en los que es Parte) y; 2) un derecho a no nacer ni devenir apátrida.

---

“Si bien los Estados tienen un amplio poder para establecer los criterios sustantivos y las modalidades para la adquisición, renuncia, pérdida y privación de la nacionalidad, una vez definidos, la persona tiene el derecho humano a esa nacionalidad, de acuerdo con tales criterios y modalidades.”

---

Con relación al primer punto, si bien los Estados tienen un amplio poder para establecer los criterios sustantivos y las modalidades para la adquisición, renuncia, pérdida y privación de la nacionalidad, una vez definidos, la persona tiene el derecho humano a esa nacionalidad, de acuerdo con tales criterios y modalidades. Como veremos, las regulaciones respectivas deben ser consistentes con los límites establecidos por el derecho internacional (ej. prohibición de arbitrariedad y de discriminación).

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



Con relación al segundo punto, el Art. 20.1 supone la cristalización de otro de los límites fijados por el derecho internacional a la prerrogativa estatal de regular la nacionalidad. Todas las personas deben poseer siempre, en todo momento, *una* nacionalidad. Toda persona tiene derecho a no nacer y a no devenir apátrida. El derecho internacional también prohíbe a los Estados generar nuevos casos de apatridia.

Ahora bien, dado que los Arts. 20.2 y 20.3 también se refieren a la prevención de la apatridia y a la conservación de la nacionalidad, cabe preguntarse si las normas se superponen o si, por el contrario, existen diferencias de contenido con el Art. 20.1.

### *Artículo 20.2.*

El Art. 20.2 consagra una salvaguarda para prevenir la apatridia al nacimiento. Establece que la persona debe adquirir la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

Esta norma es un desarrollo del derecho a *una* nacionalidad. Sin embargo, debe advertirse que sólo asegura el derecho a *adquirir* la nacionalidad del *país del territorio* donde nació la persona, siempre que no tenga derecho a otra nacionalidad.

La letra del Art. 20.2 no cubre otros supuestos de prevención de la apatridia infantil, como el caso cubierto por el Art. 4.1 de la Convención de 1961<sup>12</sup> que establece que “[t]odo Estado contratante concederá su nacionalidad a una persona *que no haya nacido en el territorio de un Estado contratante* y que de otro modo sería apátrida si en el momento del nacimiento del interesado uno de los padres tenía la nacionalidad del primero de esos Estados [cursiva agregada]”.

El Art. 20.2 se refiere a las personas nacidas en el territorio de un Estado que es Parte en la Convención, pero guarda silencio sobre cómo resolver la situación de la persona que nace *fuera de su territorio* y en un país que no es Estado Parte en la Convención, pero

el padre o madre del niño o niña tiene la nacionalidad del Estado Parte.

En este supuesto, si la persona no adquiere la nacionalidad del Estado no Parte en cuyo territorio nace, el derecho a *una* nacionalidad (Art. 20.1) obligaría al Estado Parte a darle la nacionalidad si, de otro modo, sería apátrida.

Bajo el Art. 20.2, la adquisición de la nacionalidad opera en forma automática, con independencia que el nacimiento haya sido o no registrado. Por ello, nada impide que una persona, cuyo nacimiento no fue oportunamente registrado, solicite su inscripción tardía de nacimiento como nacional, aun siendo mayor de edad, invocando esta norma.

#### *Artículo 20.3.*

El Art. 20.3 prohíbe la privación *arbitraria* de la nacionalidad. Ello significa que un Estado puede prescribir en su legislación la privación de la nacionalidad por razones legítimas. Por ejemplo, si comprueba que la nacionalidad fue adquirida mediante fraude durante el procedimiento de naturalización.

El Art 20.3 es aplicable tanto si la persona deviene apátrida como si la privación de la nacionalidad es arbitraria pero no deriva en apatridia.

El Art. 20.3 incluiría dos derechos: 1) el derecho a conservar *una* nacionalidad a lo largo de la vida<sup>13</sup>, comprensivo de la prohibición de la *privación y pérdida* arbitraria de la nacionalidad<sup>14</sup> y; 2) el derecho a no sufrir la *denegación* arbitraria de la nacionalidad (ej. cuando la ley prescribe la adquisición automática de la nacionalidad al nacimiento, pero las autoridades se niegan a inscribir a una niña como nacional por razones discriminatorias).

### **III. Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte**

Hasta aquí, se propone una interpretación posible del texto del Art. 20 de la Convención, considerando sus antecedentes y su objeto y fin (la protección del vínculo jurídico que une a una persona con un determinado Estado).

A continuación, confrontaremos esta lectura de la norma con la jurisprudencia de la Corte, procurando responder algunos interrogantes:

- ¿el derecho a *una* nacionalidad (Art. 20.1) equivale a un derecho a no ser apátrida o a una protección contra la apatridia en los diversos supuestos previstos por Convención de 1961 (ej. Art. 4.1)?;

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- ¿el Art. 20.1 brinda una protección absoluta contra la apatridia o, como ocurre con la Convención de 1961, admite la posibilidad de ocurrencia en ciertos supuestos excepcionales (ej. casos de fraude a la ley);
- ¿qué diferencias existen entre el Art. 20.2 de la Convención y el Art. 1 de la Convención de 1961?;
- ¿bajo el Art. 20.2 qué sucede si una persona tiene derecho a adquirir la nacionalidad de un país (*ius sanguinis*) pero, en la práctica, enfrenta dificultades insuperables para solicitarla u obtenerla?; y
- ¿la prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad (Art. 20.3) conlleva la prohibición de la denegación arbitraria de la nacionalidad?

### 1. Opinión Consultiva OC-4/84.

#### 1.1. Consulta.

En la opinión consultiva OC-4/84<sup>15</sup>, la Corte abordó por primera vez la cuestión del contenido y alcance del Art. 20 de la Convención. En su solicitud

de opinión consultiva, Costa Rica consultó a la Corte sobre la compatibilidad entre ciertas reformas propuestas a los Arts. 14 y 15 de su Constitución relativas a la naturalización de personas extranjeras, y las disposiciones de la Convención.

El proyecto de reforma constitucional, en su conjunto, estaba orientado a restringir las condiciones para que una persona extranjera pudiera adquirir la nacionalidad costarricense. Así, por ejemplo, incrementaba el plazo de residencia y establecía nuevos requisitos, tales como saber hablar, escribir y leer el idioma español, y someterse a un examen sobre la historia y valores del país. De igual modo, la reforma hacía más severas las condiciones para la naturalización por matrimonio.

La Corte analizó el tema a la luz del derecho a la nacionalidad (Art. 20), la prohibición de discriminación (Art. 1.1), la protección igualitaria ante la ley (Art. 24) y la protección a la familia (Art. 17.4), concluyendo que no se vulneraba el Art. 20. Sin embargo, la Corte encontró que, aunque la reforma mantenía la fórmula de la Constitución vigente, era discriminatoria en tanto otorgaba un trato preferencial a *la mujer extranjera que se case con costarricense*.

## 1.2. Lineamientos de la Corte.

Para la Corte, la nacionalidad es un *estado natural del ser humano* que fundamenta su capacidad política y parte de su capacidad civil<sup>16</sup>. Es un *vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado*, generador de obligaciones de lealtad y fidelidad para la persona, y del deber de protección diplomática para el Estado<sup>17</sup>.

La Corte recuerda que, para la doctrina clásica, la nacionalidad era *un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos*, siendo el Estado quien tenía la prerrogativa *exclusiva* de regular la nacionalidad y determinar quiénes eran sus nacionales. No obstante, aclara que este enfoque evolucionó de forma tal que, en la actualidad, la nacionalidad también es concebida como un derecho humano. Así, el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados para regular la nacionalidad<sup>18</sup>.

La Corte afirma que las *condiciones y procedimientos* para la naturalización son materia que depende *predominantemente* del derecho interno. Es el Estado quien debe determinar en qué medida existen y cómo deben valorarse las condiciones que garantizan que una persona que busca naturalizarse está efectivamente vinculada con el sistema

de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer. Es decir, corresponde al Estado definir la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad, pudiendo cambiar, ampliar o restringir las condiciones respectivas, según las circunstancias y su conveniencia<sup>19</sup>. Con todo, la Corte enfatiza que esta prerrogativa estatal no debe vulnerar *principios superiores*<sup>20</sup>.

La Corte dijo, asimismo, que la Convención consagra el *derecho a la nacionalidad* como un derecho humano con dos dimensiones. Por un lado, establece un derecho *a tener* una nacionalidad, lo cual supone vincular al individuo con un Estado determinado y dotarlo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales. Del otro lado, la Convención protege contra la privación arbitraria de la nacionalidad, es decir brinda protección contra la privación de los derechos políticos y los derechos civiles que se basan en la nacionalidad<sup>21</sup>.

La Corte observó que, de aprobarse la reforma, ninguna persona costarricense *perdería* su nacionalidad, y que, en tales condiciones, no existía contradicción posible con el Art. 20.1. Igualmente, la Corte revisó los requisitos para que una persona pudiera naturalizarse por matrimonio: 1) que

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

la persona se convirtiera en apátrida, al haber perdido su nacionalidad de origen tras casarse con una persona costarricense y; 2) que permaneciera en esa condición durante al menos dos años<sup>22</sup>. La Corte encontró que la reforma no vulneraba el Art. 20 de la Convención pues no creaba de por sí apatridia, sino que la apatridia se originaba por efecto de la ley del país del cónyuge afectado<sup>23</sup>.

### **1.3. Observaciones.**

En la OC-4/84, la Corte categoriza la nacionalidad como un “estado natural del ser humano”. Presumiblemente, la Corte utilizó el término “natural” como sinónimo de “habitual” o “frecuente”, es decir, en el sentido que normalmente las personas poseen una nacionalidad. Dado que, desde una perspectiva legal, la nacionalidad está regulada por normas jurídicas definidas por un Estado, no debiera leerse esta afirmación de la Corte en un sentido más amplio. La nacionalidad no debiera entenderse como una cuestión regida por el derecho natural<sup>24</sup>.

Siguiendo a la Corte Internacional de Justicia, la Corte define a la nacionalidad como el vínculo jurídico y *político* que liga a una persona con un Estado determinado. Si bien es cierto que, para

muchos países, la nacionalidad suele ser el fundamento de los derechos políticos, en la actualidad, otros países otorgan derechos políticos a las personas extranjeras con residencia legal en su territorio (ej. residentes permanentes). Así, la nacionalidad debe ser vista como una condición suficiente pero no necesaria para el ejercicio de derechos políticos.

La Corte sostiene categóricamente que la nacionalidad es un derecho humano, y que la adecuada interpretación del Art. 20 exige conjugar armoniosamente la prerrogativa estatal para regular la nacionalidad en el derecho interno, con los límites fijados por el derecho internacional para proteger los derechos humanos<sup>25</sup>. Para la Corte, el derecho internacional impone límites infranqueables al Estado para evitar que su poder sea ilimitado.

El mensaje de la Corte es simple: el Estado tiene un amplio poder para regular la nacionalidad. Sin embargo, si quebranta los límites fijados por el derecho internacional, viola la Convención. Debe existir un balance entre la prerrogativa estatal y el derecho individual.

Para dimensionar el amplio alcance de este enfoque, es importante advertir



que la Corte se refiere al derecho a la nacionalidad en el contexto de la naturalización, y se encarga de enfatizar que, aún en este ámbito donde la discrecionalidad del Estado suele ser amplia, el poder estatal no es ilimitado ni queda desvinculado del Art. 20<sup>26</sup>.

La Corte observó que la reforma, en general, estaba orientada a restringir las condiciones para adquirir la nacionalidad costarricense por naturalización pero “ningún costarricense *perdería* su nacionalidad por efecto de la eventual aprobación de las reformas [por lo que] no hay campo para la infracción del párrafo primero”<sup>27</sup>. Asimismo, dijo que el Art. 20.2 no estaba en juego, y que “la reforma no pretende privar de su nacionalidad a ningún costarricense ni prohibir o restringir su derecho a adquirir una nueva, [por lo que] tampoco puede considerarse que exista contradicción entre la reforma proyectada y el párrafo 3 del artículo 20”<sup>28</sup>.

---

“Uno de los límites que fija la Convención a la prerrogativa estatal de regular la nacionalidad, es la prohibición de generar apatridia.”

---

El análisis que hace la Corte relativo a la pérdida de la nacionalidad, bajo el Art. 20.1, parece sugerir que el Art. 20.1 no sólo contiene un derecho a *adquirir una* nacionalidad, pero también un derecho a no *perder* la nacionalidad.

Por otro lado, la Corte afirmó, mediante una referencia genérica al Art. 20, que la reforma no vulneraba el derecho a la nacionalidad dado que no creaba apatridia por sí misma, sino que, en todo caso, la apatridia se originaba por efecto de la ley del país de anterior nacionalidad del cónyuge, que perdió su nacionalidad por casarse con costarricense<sup>29</sup>.

Con ello, la Corte hace dos cosas: por un lado, indica que uno de los límites que fija la Convención a la prerrogativa estatal de regular la nacionalidad, es la prohibición de generar apatridia. La reforma no es contraria a la Convención porque no genera apatridia. Del otro lado, la Corte deja claro que un Estado puede válidamente exigir que una persona sea apátrida como condición para acceder a la naturalización. El único límite es que la apatridia no haya sido generada por el propio Estado.

En la OC-4/84, la Corte se refiere a la regulación de la naturalización en el derecho interno pero, dado los límites

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

de la consultas, no aborda la cuestión de si un Estado está obligado a facilitar la naturalización de personas apátridas. De conformidad con el Art. 34 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951* (“Convención de 1951”), y el Art. 32 de la Convención de 1954, los Estados deben facilitar la naturalización de las personas refugiadas apátridas y de las personas apátridas que no son refugiadas<sup>30</sup>. Está claro que los Estados Partes en dichos tratados deben facilitar la naturalización. Pero qué sucede, por ejemplo, con los países que son Estados Partes en la Convención pero no en la Convención de 1954, ¿deben facilitar la naturalización en virtud del Art. 20.1 de la Convención? La jurisprudencia de la Corte no aborda el punto.

### **2. Caso Castillo Petruzzi (1999).**

#### **2.1. Hechos.**

El *caso Castillo Petruzzi* se refiere a cuatro nacionales chilenos que fueron condenados a cadena perpetua como autores del delito de traición a la patria en Perú. La Corte tuvo que resolver si condenar a una persona extranjera (no nacional) por el delito de traición a la *patria* suponía una

imposición del vínculo de nacionalidad en violación del Art. 20. La Comisión Interamericana había argumentado que: 1) condenar a no nacionales por el delito de traición a la patria supone imponer arbitrariamente —o pretender crear— un vínculo artificial de fidelidad y lealtad; 2) para que un Estado pueda exigir fidelidad a personas extranjeras, es preciso que éstas opten voluntariamente por adquirir la nacionalidad de tal país y, consecuentemente, renuncien a su nacionalidad de origen<sup>31</sup>.

#### **2.2. Lineamientos de la Corte.**

Si bien la Corte encontró que Perú había violado distintos derechos tutelados en la Convención, concluyó que no vulneró el derecho a la nacionalidad<sup>32</sup>. La Corte reiteró los lineamientos de la OC-4/84. Reafirmó que la nacionalidad es un vínculo jurídico político entre un individuo y un Estado determinado, y que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados de fijar las condiciones y procedimientos para la adquisición de la nacionalidad, aunque esta prerrogativa sea predominantemente del derecho interno<sup>33</sup>.

La Corte encontró que en ningún momento Perú había cuestionado o afectado el derecho a la nacionalidad

chilena, ni pretendió crear o imponer artificialmente a las víctimas un vínculo de nacionalidad, con los consiguientes nexos de lealtad o fidelidad. Para la Corte, más allá de la denominación utilizada, el tipo penal de *traición a la patria* no suponía que los inculpados hubieran adquirido los deberes asociados a la nacionalidad peruana<sup>34</sup>.

### 2.3. Observaciones.

*Castillo Petrucci* es el primer caso contencioso en que la Corte se refiere a la nacionalidad. Aunque no se refiere a la apatridia, la sentencia es importante en cuanto reafirma los lineamientos de la OC-4/84 y, con ello, da un paso hacia la consolidación de la jurisprudencia de la Corte sobre la nacionalidad como derecho humano.

---

“En el caso *Ivcher* la Corte consolida definitivamente su jurisprudencia sobre la nacionalidad como derecho humano y sostiene, por primera vez, que la Convención protege este derecho con independencia de la forma en que se adquiere la nacionalidad.”

---

Es interesante notar que la Comisión alegó de manera genérica, una violación del Art. 20 de la Convención, sin precisar si el Estado había violado el Art. 20.1 y/o el Art. 20.3. La Corte descartó, también de modo genérico, una violación al Art. 20.

Alegar genéricamente una violación del Art. 20 es una imprecisión técnica. Como hemos visto, el Art. 20 tiene diversos componentes. Incluye el derecho a una nacionalidad (Art. 20.1), el derecho a adquirir la nacionalidad del país donde se produjo el nacimiento (Art. 20.2), el derecho a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad (Art. 20.3), y el derecho a cambiar la nacionalidad (20.3). La Comisión Interamericana no indicó cuál de estas normas, en concreto, consideraba vulnerada.

## 3. Caso *Ivcher Bronstein* (2001).

### 3.1. Hechos.

El caso *Ivcher*<sup>35</sup> es un caso de privación de la nacionalidad adquirida por naturalización que la Corte encuentra arbitraria.

El 27 de noviembre de 1984, mediante una *resolución suprema*, el presidente de

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Perú concedió al señor Ivcher la naturalización. El 6 diciembre, el señor Ivcher renunció a su nacionalidad de origen israelí en un acto notarial y, al día siguiente, el Ministro de Relaciones Exteriores le expidió el título de nacionalidad correspondiente. Luego de eso, el señor Ivcher ejerció derechos asociados a la nacionalidad peruana durante aproximadamente 13 años.

En 1997, el señor Ivcher era accionista mayoritario de la empresa operadora del Canal 2 de televisión. Como director y presidente del directorio, tomaba decisiones editoriales sobre la programación del canal. La legislación entonces vigente disponía que para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos se requería poseer la nacionalidad peruana.

En abril de 1997, el Canal 2 difundió una serie de reportajes donde denunciaba las supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, y los supuestos ingresos millonarios percibidos por Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia. Como consecuencia de estos reportajes, el señor Ivcher fue objeto de intimidaciones.

De acuerdo con el Art. 2.21 de la Constitución Política de 1993, *nadie* puede ser

despojado de la nacionalidad peruana. Asimismo, conforme al Art. 53, la nacionalidad no se perdía, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana. El 23 de mayo de 1997, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto Supremo 004-97-IN, que reglamentó la Ley de Nacionalidad No. 26574 (1996), y estableció la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados<sup>36</sup>.

En julio de 1997, mediante una *resolución directoral*, el Director General de Migraciones y Naturalización dejó sin efecto legal el título de nacionalidad expedido al señor Ivcher, argumentando que no estaba probado que hubiera renunciado a su nacionalidad de origen ante las autoridades competentes peruanas ni las de su país de origen<sup>37</sup>. En ningún momento, antes de emitir la resolución, las autoridades se comunicaron con el señor Ivcher para brindarle la oportunidad de defenderse, presentando sus puntos de vista u ofrecer pruebas.

Para la Comisión, el Estado privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher con el objeto de desplazarlo del control editorial del Canal 2 y coartar su libertad de expresión, manifestada a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.

Finalmente, en noviembre de 2000, una resolución ministerial declaró nula y sin efecto legal la resolución que había cancelado el título de nacionalidad.

La Comisión nunca alegó, y tampoco surge de los hechos del caso, que el señor Ivcher hubiera devenido apátrida como resultado de la renuncia a la nacionalidad israelí y posterior privación de la nacionalidad peruana. Presumiblemente, mantuvo su nacionalidad israelí<sup>38</sup>.

### 3.2. Lineamientos de la Corte.

La Corte comienza por reiterar los lineamientos de la OC-4/84 y del caso *Castillo Petruzzi*, en el sentido que la nacionalidad es un derecho humano y que el derecho internacional fija límites a la prerrogativa estatal para regularla<sup>39</sup>. Luego, deja en claro que la Convención protege el derecho a la nacionalidad *sin diferenciar la forma de adquisición*. La Convención no distingue si la nacionalidad fue adquirida al nacimiento, por naturalización, o a través de algún otro mecanismo del derecho interno<sup>40</sup>.

La Corte encontró que el Estado violó el artículo 20.1 y 20.3 de la Convención<sup>41</sup>, por razones sustantivas y procedimentales. A *nivel sustantivo*, la Corte observó que el señor Ivcher no

había renunciado expresamente a su nacionalidad peruana, siendo el único modo que la Constitución preveía para perderla. Por el contrario, fue privado de su nacionalidad al dejarse sin efecto su título de nacionalidad, sin el cual no podía ejercer sus derechos como nacional peruano.

A *nivel procedimental*, la Corte advirtió que el procedimiento utilizado para la anulación del título de nacionalidad tampoco cumplió con la ley de procedimientos administrativos, la que establecía un plazo de seis meses siguientes a la adquisición del título de nacionalidad para su anulación. Por el contrario, el título de nacionalidad fue dejado sin efecto recién en julio de 1997, es decir 13 años después de su otorgamiento. Además, la Corte notó que la autoridad que dejó sin efecto dicho título (Dirección General de Migraciones y Naturalización) era incompetente y de menor jerarquía a la que lo había otorgado (Presidente).

Con relación al Art. 8 de la Convención, la Corte recordó su jurisprudencia en el sentido que, si bien este artículo se titula “*Garantías Judiciales*”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto estatal que pueda afectar sus derechos. La Corte reiteró que tanto los órganos jurisdiccionales como los que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, tienen el deber de adoptar decisiones que respeten plenamente las garantías del debido proceso establecidas en el Art. 8<sup>42</sup>.

La Corte encontró que Perú vulneró el debido proceso dado que:

1. la Dirección General de Migraciones y Naturalización canceló el título de nacionalidad, siendo un órgano incompetente a ese fin; y
2. el procedimiento se llevó a cabo *exclusivamente* con la intervención de las autoridades, impidiendo al señor Ivcher participar en todas las etapas del mismo, a pesar de ser la persona cuyos derechos estaban siendo determinados.

Sobre este último punto, la Corte encontró que el Estado omitió informar al señor Ivcher que su expediente de naturalización no se encontraba en sus archivos, y tampoco le solicitó que presentara copias con el fin de reconstruirlo. Por otro lado, no le comunicó los cargos de que se le acusaba (haber

adulterado el expediente e incumplido el requisito de renuncia a su nacionalidad israelí), ni le permitió presentar testigos para defender su posición<sup>43</sup>.

En cuanto a las reparaciones, si bien la Comisión había solicitado el restablecimiento del título de nacionalidad peruana y su reconocimiento en forma plena e incondicional<sup>44</sup>, la Corte consideró que la cuestión había devenido abstracta, dado que las autoridades habían dejado sin efecto el acto administrativo que lo había cancelado.

### 3.3. Observaciones.

En el *caso Ivcher* la Corte consolida definitivamente su jurisprudencia sobre la nacionalidad como derecho humano y sostiene, por primera vez, que la Convención protege este derecho con independencia de la forma en que se adquiere la nacionalidad. Así, deja claro que, por más amplio que sea el poder estatal para regular la naturalización, concedida la nacionalidad, ninguna persona puede ser privada de ella por razones puramente discrecionales.

El *caso Ivcher* también sugiere que para la Corte, la privación arbitraria de la nacionalidad, aún si no resulta en apatridia, siempre supone una violación de los Arts. 20.3 y 20.1 en conjunto.

En tanto el Estado había retirado el título de nacionalidad peruana al Señor Ivcher, el caso exigía que la Corte evaluara si el Estado había violado el Art. 20.3. La Corte encuentra una violación del Art. 20.3, pero también concluye que el Estado violó el Art. 20.1.

Asumiendo que el señor Ivcher no devino apátrida, porque mantuvo su nacionalidad israelí, esta conclusión de la Corte confirmaría que:

1. el Art. 20.3 protege contra la privación arbitraria de la nacionalidad, con independencia que la persona devenga o no apátrida<sup>45</sup>;
2. un Estado viola el Art. 20.1 si la privación deriva en apatridia (derecho a no devenir apátrida) y;
3. un Estado viola el Art. 20.1, aunque la privación no origine apatridia, cuando se vulnera el derecho a una nacionalidad de conformidad con las leyes del propio Estado.

En otras palabras, pareciera que para la Corte el derecho a una nacionalidad incluye el derecho a no ser apátrida pero también, y en sintonía con el lenguaje del Art. XIX de la Declaración Americana, el derecho a la nacionalidad que legalmente corresponde a la persona<sup>46</sup>.

En otro orden, la Corte advierte que la privación de la nacionalidad puede ser arbitraria tanto si se vulnera *críterios sustantivos* como normas del *debido proceso*.

En el plano sustantivo, la Corte indica que la privación es arbitraria si a una persona se le retira su nacionalidad por causales distintas a las previstas en la ley. En el caso, la Constitución peruana sólo contemplaba la pérdida de la nacionalidad en caso de renuncia expresa y prohibía expresamente el *despojo* de la nacionalidad.

También en el ámbito sustantivo, la Corte deja claro que cualquier acto administrativo o judicial que tenga por efecto privar a la persona de los derechos derivados de su condición de nacional equivale a una violación del Art. 20.3. Así, un Estado puede privar de la nacionalidad a una persona mediante un acto administrativo o judicial que: 1) resuelve que la persona ya no es considerada como nacional suyo o; 2) cancela la validez del instrumento legal (en el caso un “título de nacionalidad”<sup>47</sup>) que permite a la persona ejercer los derechos asociados a la nacionalidad.

Por lo que se refiere a las *cuestiones procedimentales*, la Corte sostuvo que la privación fue arbitraria bajo el Art.



**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

20.3 porque la cancelación del título de nacionalidad fue resuelta por un órgano administrativo incompetente, y porque violó los límites temporales fijados por la ley de procedimientos administrativos para anular el título de nacionalidad. Es decir, que para hallar una violación del Art. 20.3, la Corte analizó si el Estado había violado las garantías procedimentales del derecho administrativo interno.

La Corte también se refirió a otras violaciones al debido proceso, pero para concluir que el Estado también violó los Arts. 8.1 y 8.2 de la Convención, en forma autónoma.

### **4. Caso de las niñas Yean y Bosico (2005).**

#### **4.1. Hechos.**

En el caso de las niñas Yean y Bosico<sup>48</sup>, la Corte se refiere por primera vez a la cuestión de la apatridia y los derechos a la nacionalidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre, y a la integridad personal, en relación con la prohibición de discriminación, la obligación de adoptar medidas y la protección especial de la niñez.

A comienzos del siglo XX, miles de trabajadores haitianos migraron a la

República Dominicana, donde se radicaron y nacieron sus hijos. La falta de recursos económicos, la dificultad para trasladarse hacia los hospitales o sencillamente el temor a la deportación hicieron que la mayoría de estos nacimientos ocurrieran fuera de centros médicos, por lo que frecuentemente debía recurrirse a la inscripción tardía de sus nacimientos.

Sin embargo, frecuentemente las autoridades registrales dificultaban este procedimiento o la obtención de las actas de nacimiento. Por este motivo, muchos niños y niñas nunca lograron obtener su cédula de identidad o pasaporte dominicano. Tampoco pudieron estudiar en escuelas públicas o acceder a servicios de salud o asistencia social.

Las niñas Yean y Bosico nacieron en República Dominicana en los años 1996 y 1985, respectivamente, de madres dominicanas y padres haitianos. Ambas crecieron y fueron a la escuela en ese país.

En marzo de 1997, cuando Yean tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años, solicitaron su inscripción tardía de nacimiento, la que fue rechazada al considerarse que los documentos que presentaron eran insuficientes. Las niñas recurrieron

esta decisión sin éxito. La lista de requisitos documentales que les exigían para el registro tardío variaban según la autoridad con la que trataban.

El Art. 11 de la Constitución de la República Dominicana de 1994, vigente al momento del nacimiento de las niñas, disponía que eran dominicanas todas las personas nacidas en el territorio, con excepción de los hijos de personas extranjeras que estuvieran en tránsito.

La Comisión y los representantes de las niñas alegaron que las autoridades registrales consideraban que las niñas Yean y Bosico no eran nacionales dominicanas debido a que habían nacido de trabajadores migratorios haitianos considerados en tránsito. Es decir, consideraban que sus casos caían bajo la excepción constitucional que les impedía adquirir la nacionalidad<sup>49</sup>.

El Estado argumentó que la negativa a registrar tardíamente a las niñas se debió al incumplimiento de los requisitos documentales necesarios. Asimismo, sostuvo que las niñas tenían la posibilidad de “optar por la nacionalidad haitiana”, en razón del vínculo del *ius sanguinis* que las unía con sus padres, y que “nunca estuvieron en peligro de ser apátridas”<sup>50</sup>.

La Corte tuvo por probado que no existía un criterio uniforme sobre los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento de las personas menores de 13 años. Inicialmente, se requirió a las niñas cumplir once requisitos. Luego doce y finalmente, cuando el caso se encontraba ante la Comisión, sólo tres.

De acuerdo a la Corte, cuando las niñas se presentaron ante la Oficialía, y solicitaron su inscripción tardía de nacimiento, “hicieron exigible su derecho a la nacionalidad”, cumpliendo con la presentación de la constancia de nacimiento y cédula de sus madres, que eran los dos únicos requisitos que debieron haberse exigido. La Corte notó que las niñas no presentaban condición alguna que las diferenciase de las demás niñas dominicanas menores de 13 años de edad, y que el rechazo de la solicitud de inscripción tardía tuvo el efecto de *denegar* la nacionalidad dominicana a ambas niñas<sup>51</sup>.

Luego de una reunión celebrada por la Comisión, el 25 de septiembre de 2001, finalmente el Estado entregó a las niñas sus actas de nacimientos y, según la Corte, “en esa fecha les otorgó la nacionalidad dominicana”<sup>52</sup>.

La Corte encontró que el Estado violó los derechos al nombre, al

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

reconocimiento de la personalidad jurídica, a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley consagrados en los Arts. 3, 18, 20 y 24 de la Convención, respectivamente, en relación con los Arts. 1.1 y 19 de la misma, en perjuicio de las niñas Yean y Bosico. Asimismo, concluyó que el Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el Art. 5 de la Convención, en relación con el 1.1, en perjuicio de las madres de las niñas y la hermana de una de ellas<sup>53</sup>.

### 4.2. Lineamientos de la Corte.

#### 4.2.1. Artículo 20.

La Corte concluyó que por razones discriminatorias y en violación a la normativa interna, el Estado denegó la nacionalidad dominicana a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de la nacionalidad. Al dejarlas apátridas por más de cuatro años, el Estado violó los artículos 20 y 24 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19<sup>54</sup>.

Si bien la Corte recordó que la competencia para determinar quiénes son sus nacionales es de los Estados, sostuvo que esta discrecionalidad sufre un *constante proceso de restricción*, para brindar *una mayor protección de la persona*

*frente a la arbitrariedad de los Estados*<sup>55</sup>. En este marco, la Corte afirmó que esta prerrogativa estatal reconoce dos límites. Por un lado, la prohibición de discriminación y el deber de los Estados de brindar una protección igualitaria y efectiva de la ley y, por el otro lado, el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.

Con relación al primero de estos límites (prohibición de discriminación), la Corte observó que se trata de una norma de *ius cogens* que implica para los Estados que, al regular los mecanismos para otorgar la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios, además de combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, especialmente cuando provienen de órganos públicos (medidas afirmativas)<sup>56</sup>.

Respecto al segundo límite (prevención de la apatridia), la Corte dijo que los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación sobre “otorgamiento” de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas. En este punto, la Corte subrayó que la apatridia imposibilita el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, ocasionándole una condición

de extrema vulnerabilidad. Asimismo, identificó tres causas de la apatridia: 1) cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibir la nacionalidad (conflicto de leyes de nacionalidad); 2) privación arbitraria de la nacionalidad; 3) *otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica*<sup>57</sup>.

La Corte sostuvo que la condición migratoria: 1) no puede constituir una justificación para privar a una persona del derecho a adquirir una nacionalidad, ni del goce y ejercicio de sus derechos y; 2) no se trasmite a los hijos. Asimismo, indicó que el nacimiento en el territorio es la única condición que debe demostrarse para adquirir la nacionalidad, cuando la persona no tiene derecho a otra nacionalidad<sup>58</sup>.

La Corte observó que, para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito<sup>59</sup>.

La Corte consideró que *al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio (...). Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos [cursiva agregada]*<sup>60</sup>.

La Corte sostuvo que los requisitos exigidos por un Estado para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad. Agregó que, en consideración al deber del Estado de otorgar la nacionalidad a las personas nacidas en su territorio, la República Dominicana

---

“La Corte sostuvo que la condición migratoria: 1) no puede constituir una justificación para privar a una persona del derecho a adquirir una nacionalidad, ni del goce y ejercicio de sus derechos y; 2) no se trasmite a los hijos.”

---

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

debió adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las niñas pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación, y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad<sup>61</sup>.

La Corte concluyó, leyendo el Art. 20 en conjunto con el Art. 2, que los requisitos para obtener la nacionalidad deben ser establecidos con anterioridad, de forma objetiva y clara por la autoridad competente. Dijo, igualmente, que la ley no debe otorgar al funcionario del Estado que aplica tales requisitos una discrecionalidad amplia, porque en tal caso daría espacio para la discriminación<sup>62</sup>.

La Corte dijo que la no inscripción tardía del nacimiento por razones discriminatorias equivalía a una *denegación de la nacionalidad* que tuvo el efecto de dejar a las niñas apátridas. La situación de apatridia conllevó para las niñas la imposibilidad de recibir protección del Estado, y vivir bajo el temor fundado de ser expulsadas del territorio y ser separadas de su familia<sup>63</sup>.

### 4.2.2. Artículo 3.

El Art. 3 de la Convención establece que *[t]oda persona tiene derecho al*

*reconocimiento de su personalidad jurídica*. Citando su jurisprudencia en el *caso Bámaca Velásquez*<sup>64</sup>, la Corte recordó que este derecho implica la capacidad del individuo de ser titular de derechos (capacidad y goce) y deberes<sup>65</sup>. De modo tal que, la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica niega de forma absoluta la condición de sujeto de derechos de una persona<sup>66</sup>.

Para la Corte, una persona apátrida, por definición, *no tiene personalidad jurídica reconocida*, siendo la nacionalidad un prerequisite para el reconocimiento de la misma<sup>67</sup>. La Corte concluyó que el Estado mantuvo a las niñas en un limbo legal, y que si bien vivían en un determinado contexto social, su existencia no estaba jurídicamente reconocida<sup>68</sup>.

En relación a los requisitos fijados por la normativa interna para la inscripción tardía de nacimiento, la Corte sostuvo que debían ser coherentes con el *fundamento* del derecho a la nacionalidad, es decir, debían orientarse a acreditar el hecho que la persona nació en el territorio<sup>69</sup>. Los requisitos para la declaración tardía de nacimiento no pueden representar un obstáculo para gozar del derecho a la nacionalidad<sup>70</sup>.

Para la Corte, el Estado no sólo violó la regulación interna sobre inscripciones

tardías, sino que impuso a las niñas una carga de prueba desproporcionada e indebida para el registro de nacimiento<sup>71</sup>.

#### 4.2.3. Artículo 18.

De acuerdo al Art. 18 de la Convención *[t]oda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos*. La Corte indica que el derecho al nombre constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona<sup>72</sup>, y que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia. Una vez registrada, el Estado debe garantizar a la persona la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para formalizar el vínculo que existe entre ese individuo con los miembros del grupo familiar, la sociedad y el Estado<sup>73</sup>.

La Corte hizo hincapié en que la denegación de la nacionalidad y consecuente apatridia, que implicó el desconocimiento de su personalidad jurídica y nombre, derivó en la negación de la proyección externa o social de la personalidad de las niñas<sup>74</sup>.

#### 4.2.4. Artículo 19.

Conforme al Art. 19 de la Convención *[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*.

La Corte no se pronunció sobre la violación autónoma del Art. 19, sino que lo tomó en consideración al analizar los demás artículos relevantes en el caso<sup>75</sup>. Recordó que: 1) revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños; 2) debe darse prevalencia al interés superior del niño al interpretar todos los derechos de la Convención; 3) el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas tratándose de niñas<sup>76</sup>.

#### 4.2.5. Artículo 5.

La Corte encontró que el Estado violó, en relación a las madres de las niñas y a la hermana de una de ellas, el derecho a la integridad personal consagrado en el Art. 5 de la Convención. Ello en razón de la incertidumbre e inseguridad que les causó la situación de vulnerabilidad en la que fueron colocadas, consistente en un temor fundado a que las niñas fueran expulsadas del país del cual

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

eran nacionales por carecer de actas de nacimiento<sup>77</sup>.

### 4.2.6. Reparaciones (medidas de satisfacción y garantías de no repetición).

Dado que el Estado inscribió a las niñas como dominicanas antes del dictado de la sentencia, la Corte no tuvo que pronunciarse sobre la forma de restituir la nacionalidad dominicana y solucionar el problema de la privación arbitraria de la nacionalidad que derivó en apatridia.

Aunque la Comisión y los representantes de las niñas alegaron que la nacionalidad no estaba asegurada, dado que el Estado efectuó el registro vulnerando la regulación interna en la materia, la Corte consideró que resultaba *un aporte positivo el otorgamiento de la nacionalidad dominicana a las niñas*<sup>78</sup>.

En cuanto al *registro de nacimientos*, la Corte dijo que el Estado debía adoptar las medidas necesarias y permanentes para facilitar la inscripción oportuna de niños y niñas, independientemente de su ascendencia u origen, a fin de reducir el número de personas que se veían en la necesidad de recurrir al trámite de inscripción tardía de nacimiento<sup>79</sup>.

Con respecto a la normativa sobre *inscripción tardía de nacimientos*, la Corte

dijo que el Estado debía adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para *regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento*. La Corte indicó que dicho procedimiento debía ser sencillo, accesible y razonable, en atención a que los solicitantes podrían *quedar en condición de ser apátridas*, y prever un recurso efectivo para las solicitudes denegadas<sup>80</sup>.

La Corte aclaró que los requisitos exigidos:

1. no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana;
2. deben ser los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en el territorio;
3. no pueden limitar la identificación del padre o madre del niño o niña a la presentación de la cédula de identidad y electoral, sino que debe aceptarse adicionalmente otro documento público apropiado, ya que la cédula es exclusiva de las personas nacionales dominicanas; y



4. deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento<sup>81</sup>.

### 4.3. Observaciones.

En el *caso Yean y Bosico*, la Corte concluyó que, por razones discriminatorias y en violación a la normativa interna, el Estado denegó la nacionalidad dominicana a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de la nacionalidad.

Así, la Corte deja claro que la *privación arbitraria de la nacionalidad* comprende:

1. el supuesto en que un Estado arbitrariamente *retira* o *despoja* de su nacionalidad a una persona a quien le fue previamente concedida (*caso Ivcher Bronstein*); y
2. el caso en que, en la práctica un Estado *deniega* la inscripción como nacional de una persona que debió ser considerado como tal de acuerdo a la ley al momento de su nacimiento (*ex lege*).

Los lineamientos brindados por la Corte sugieren que la *denegación*

*arbitraria de la nacionalidad* cubriría, a su vez, dos supuestos:

- el del *caso Yean y Bosico*; la legislación prescribe la adquisición *automática* de la nacionalidad, es decir por el sólo hecho del nacimiento en el territorio, pero en la práctica, se impide a la persona acceder efectivamente al procedimiento de inscripción de su nacimiento y obtener la documentación que confirma o prueba que posee esa nacionalidad; y
- el caso en que el derecho interno concede al individuo un *derecho a adquirir* la nacionalidad, por ejemplo el derecho de optar o solicitar el registro como nacional, pero se impide arbitrariamente a la persona acceder efectivamente al procedimiento para solicitar la nacionalidad.

Nótese la diferencia entre ambos supuestos. En el primer caso, la persona nace como nacional pero en la práctica, por motivos discriminatorios, la posición de las autoridades es que no es nacional y se impide u obstaculiza su inscripción como tal. En el segundo caso, lo que se impide es que la persona solicite u opte por la nacionalidad a la que tiene derecho.

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En otro orden, la Corte se refiere al deber de *prevenir, evitar y reducir la apatridia* como uno de los límites fijados por el derecho internacional al poder de los Estados. *Prevenir y evitar* la apatridia corresponden a la misma obligación: no generar nuevos casos de apatridia. En cuanto a la obligación de *reducir* podría entenderse en dos sentidos: siguiendo el lenguaje de la Convención de 1961, podría interpretarse como prevenir el surgimiento de nuevos casos para progresivamente reducir los que ya existen; o bien en un sentido más amplio, podría entenderse como una obligación estatal de prevención y de solucionar dichos casos.

La Corte se refiere al otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva como una de las causas de la apatridia. La posesión de una nacionalidad que no es efectiva se vincula con el problema de las personas apátridas *de facto*. El término apátrida *de facto*<sup>82</sup> no está definido en ningún instrumento internacional y no existe un régimen especial para su protección. Por el contrario, la Convención de 1954 brinda la definición de persona apátrida *de jure* y regula su protección internacional. La preocupación del ACNUR es que no se considere como apátridas *de facto* a personas que, en realidad, caen bajo la Convención de 1954, pues podría perjudicarse su protección<sup>83</sup>.

---

“La Corte se refiere al deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia como uno de los límites fijados por el derecho internacional al poder de los Estados.”

---

Para evitar confusiones convendría distinguir entre *nacionalidad que no es efectiva*, para referirse a las personas que *poseen una nacionalidad* pero que en los hechos, podrían encontrarse en una situación similar a la de las personas apátridas y tienen ciertas necesidades de protección. Luego convendría hablar de obstáculos legales o prácticos para la *efectiva adquisición* de una nacionalidad, supuesto en que la persona aún no es nacional del Estado y podría ser o no apátrida (*de jure*), dependiendo de si posee o no otra nacionalidad. También podría hablarse de obstáculos para el acceso efectivo a los procedimientos de inscripción de nacimientos u otros mecanismos a través de los cuales la persona confirma que posee una nacionalidad adquirida de pleno derecho.

En el caso *Yean y Bosico*, la Corte dijo *el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria*

*no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos*<sup>84</sup>.

Hay quienes explican esta regla afirmando que el estatuto migratorio de una persona no puede ser un requisito fijado por un Estado para regular el otorgamiento de la nacionalidad. Dicho así, en términos tan amplios, la afirmación merece ciertas objeciones.

La Corte no descarta de plano el uso de criterios o categorías que, en el derecho interno de un Estado, pueden traducirse en categorías migratorias específicas (ej. “extranjero transeúnte” o “extranjero en tránsito”) o estar definidas en las leyes de migración. La salvedad que hace la Corte es que deben ser categorías razonables y tomar en cuenta los vínculos que una persona ha desarrollado con el Estado. Por ejemplo, un residente de larga data con ánimo de permanencia en el país no puede considerarse “en tránsito” por encontrarse en una situación migratoria irregular.

---

“La Corte dice que una persona apátrida, por definición, no tiene personalidad jurídica reconocida.”

---

En su OC-4/84, la Corte tampoco descartó la utilización de requisitos tales como el *domicilio* o la *residencia*. De hecho, el proyecto de reforma constitucional de Costa Rica hacía referencia al requisito de residencia *oficial* y *regular* en los artículos 14 y 15, respectivamente. Además, en el derecho comparado, es frecuente encontrar legislaciones que exigen un plazo de residencia determinado bajo cierta categoría migratoria (ej. temporal o permanente) para solicitar la naturalización.

Por ello, debe advertirse que la Corte hace esta afirmación sobre la condición migratoria de la persona *en relación con la norma constitucional pertinente*. La Constitución dominicana (1994) no distinguía entre los niños o niñas nacidos en el territorio según fuera la nacionalidad o la condición migratoria del padre o madre. Sencillamente, las autoridades no podían distinguir allí donde la norma no lo hacía. Como veremos, la Corte revisita esta cuestión en el *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, donde lo presenta en términos mucho más claros.

En otro orden, la Corte dice que una persona apátrida, por definición, no tiene personalidad jurídica reconocida. Esta afirmación debe entenderse como ceñida al caso de las personas

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

apátridas, sean migrantes o *in situ*<sup>85</sup>, que no han sido identificadas, reconocidas o documentadas como tales. El reconocimiento de la condición de apátridas, a través de un procedimiento de determinación de la apatridia, permite que un Estado reconozca esa condición y brinde un estatuto de protección que asegure el reconocimiento de la personalidad jurídica.

En cualquier caso, este enfoque autorizaría a concluir que los Estados Partes estarían obligados a establecer procedimientos de determinación de la apatridia en el ámbito interno por dos razones: 1) el Estado debe identificar la condición de apátrida de una persona para asegurar el reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3) y; 2) en la práctica, esa condición de persona apátrida no identificada podría impedirle disfrutar de otros derechos tutelados por la Convención.

Para concluir, debe notarse que, aunque la jurisprudencia de la Corte tradicionalmente había resaltado la naturaleza *jurídica* y *política* que conlleva la nacionalidad, en este caso resalta también el *hecho social* que representa esta conexión<sup>86</sup>. Como veremos luego, en el *caso Gelman*, esta dimensión social se cristaliza en la idea de *identidad*.

---

“El reconocimiento de la condición de apátridas, a través de un procedimiento de determinación de la apatridia, permite que un Estado reconozca esa condición y brinde un estatuto de protección.”

---

### 5. Caso Gelman (2011).

#### 5.1. Hechos.

El caso, presentado a la Corte en enero de 2010, se refiere a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman en 1976. La víctima fue detenida en Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo, y luego trasladada a Uruguay, donde nació su hija. La niña, María Macarena Gelman García Iruretagoyena, fue entregada a una pareja uruguaya que no tenía hijos, que la registró como hija propia, aproximadamente un año y medio después de haberla recibido.

Los hechos fueron cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco del llamado *Plan Cóndor*. Por muchos años, María

Macarena fue buscada por su abuelo paterno, Juan Gelman. En marzo de 2000, cuando María Macarena tenía 23 años, tuvo por primera vez un contacto con su abuelo, enterándose así de la desaparición de sus padres biológicos. Ese año, María Macarena se sometió a una prueba de ADN que resultó en una identificación positiva. Posteriormente, inició una acción de reclamación de filiación legítima ante la justicia de Uruguay que, en marzo de 2005, decretó la nulidad de la inscripción de su partida de nacimiento como hija de padres uruguayos y ordenó su inscripción como hija de sus padres biológicos, nacida en Montevideo el 1 de noviembre de 1976.

La Comisión alegó que Uruguay suprimió la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman, violando su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a medidas especiales de protección de los niños y niñas y a la nacionalidad, en relación al Art. 1.1 de la Convención Americana<sup>87</sup>. Alegó, en relación con el artículo 3, que: 1) la apropiación de María Macarena por las fuerzas de seguridad de Uruguay le impidió asumir su verdadera personalidad jurídica al alcanzar la mayoría de edad; 2) María Macarena no conoció su verdadera identidad, pues vivió con una identidad falsa, aunque no

era consciente de ello. Asimismo, en relación al artículo 20, la Comisión sostuvo que dado que María Macarena era hija de padres argentinos y nació en Uruguay, y que el Estado no aclaró las circunstancias de su nacimiento, fue privada de su nacionalidad e identidad argentinas<sup>88</sup>.

A su turno, los representantes alegaron que María Macarena Gelman fue registrada con datos de nacimiento falsos, lo que hizo que creciera ignorando su verdadera personalidad jurídica. Así, fue privada de ejercer, incluso luego de adquirir la mayoría de edad, los derechos y obligaciones que le amparaban como hija de María Claudia García y Marcelo Gelman. La negación de su nombre e identidad la privaron, durante ese tiempo de acceder al derecho de ostentar la nacionalidad de sus padres. Por ello, alegaron que el Estado violó el derecho a la nacionalidad, al habersele negado su vínculo paterno-filial con nacionales argentinos. Las acciones y omisiones de Uruguay al no revertir la identidad falsa impuesta provocaron, a su vez, una privación arbitraria de su derecho a la nacionalidad<sup>89</sup>.

En agosto de 2010, Uruguay contestó la demanda, reconociendo la violación de los derechos humanos de María

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Macarena Gelman durante el gobierno de facto que rigió en Uruguay entre 1973 y 1985.

### **5.2. Lineamientos de la Corte.**

La Corte encontró que, aunque el Estado omitió especificar los hechos que admitía y las violaciones que reconocía y se opuso a algunas de las reparaciones solicitadas, era clara su disposición de allanarse al reconocer los hechos y las violaciones alegadas. Por ello, entendió que el reconocimiento efectuado por el Estado constituía una admisión parcial de hechos y un allanamiento parcial a las pretensiones de la demanda. La Corte notó, sin embargo, que la controversia subsistía en cuanto a la determinación de las consecuencias de los hechos ocurridos desde 1985<sup>90</sup>.

En cuanto a la cuestión de fondo, la Corte comenzó por indicar que la sustracción de niños o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero, constituye un “hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus

familiares”<sup>91</sup>. Por otro lado, dado que entonces era una niña, las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención debían interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la infancia, en especial con los artículos relevantes de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>92</sup>.

#### **5.2.1. Derecho a la identidad.**

Para la Corte, esta situación afectó el “derecho a la identidad”. Si bien aclara que este derecho no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, sostuvo que es posible determinarlo sobre la base del Art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto establece que ese derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. De acuerdo a la Corte, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el “conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”<sup>93</sup>.

La Corte indica que cuando se altera ilegalmente la identidad familiar de un niño o niña, por ejemplo como

resultado de la desaparición forzada de uno de sus padres, esta situación sólo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades, tanto jurídicas como fácticas, de recuperar su verdadera identidad. Caso contrario, el Estado no garantiza el derecho a la personalidad jurídica, en violación del Art. 3 de la Convención<sup>94</sup>.

---

“La Corte indica que cuando se altera ilegalmente la identidad familiar de un niño o niña, por ejemplo como resultado de la desaparición forzada de uno de sus padres, esta situación sólo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades, tanto jurídicas como fácticas, de recuperar su verdadera identidad.”

---

La Corte calificó la sustracción, supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García una *forma particular de desaparición forzada de personas*, por haber tenido ese propósito o

efecto, al dejar la incógnita por la falta de información sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo, en los términos de la referida Convención Interamericana<sup>95</sup>.

### 5.2.2. Derecho a la nacionalidad.

En cuanto al *derecho a la nacionalidad*, la Corte recuerda su jurisprudencia en el sentido que: 1) la nacionalidad, en tanto “vínculo jurídico” entre una persona y un Estado, es un prerequisite para que puedan ejercerse determinados derechos y es también un derecho de carácter inderogable reconocido en la Convención Americana; 2) el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en ésta; 3) importa, cuando se trate de niños y niñas, tener en cuenta la protección específica que les corresponde<sup>96</sup>.

En este último ámbito, la Corte dice que no debe privarse arbitrariamente al niño o niña del medio familiar, no debiendo ser retenidos y trasladados ilícitamente a otro Estado. La Corte encontró que el traslado ilícito desde



**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Argentina a Uruguay de la madre de María Macarena Gelman en estado de embarazo, frustró el nacimiento de la niña en el país de origen de su familia biológica (Argentina) donde normalmente hubiese nacido. Como resultado de la supresión de identidad, la niña adquirió la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria<sup>97</sup>. Por ello, la Corte encontró que Uruguay era responsable por la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman, desde su nacimiento y hasta que se determinó su verdadera identidad, lo que violó el Art. 20.3 de la Convención<sup>98</sup>.

### 5.2.3. Reparaciones.

Ninguna de las medidas de reparación ordenadas por la Corte se refirió a la restitución o adquisición de la nacionalidad argentina<sup>99</sup>. Con excepción de la reparación económica solicitada por las violaciones a la Convención, los representantes de la víctima no solicitaron ninguna medida en la demanda y el alegato escrito<sup>100</sup>. La Comisión tampoco solicitó medidas de reparación no pecuniarias en su demanda o alegato escrito<sup>101</sup>. La información del caso no indica si María Macarena Gelman ya era argentina al momento de la presentación de la demanda o del dictado de la sentencia, y si esta

nacionalidad la adquirió ejerciendo su derecho de opción por la nacionalidad argentina.

### 5.3. Observaciones.

Desde la perspectiva del derecho a la nacionalidad, el *caso Gelman* es importante por varias razones:

En primer lugar, porque evidencia la íntima conexión que existe entre la identidad y la nacionalidad. En segundo lugar, porque la Corte encuentra que, mediante el delito de desaparición forzada de los padres, un Estado puede impedir que un niño o niña adquiera la nacionalidad de un determinado Estado. Finalmente, porque brinda pautas sobre como enmarcar temporalmente la violación del derecho a la nacionalidad, así como sobre la forma de restituir este derecho.

Sobre el primer punto, la Corte habla por primera vez, acerca de la existencia de un “derecho a la identidad”, no consagrado expresamente en la Convención pero que de todos modos, encuentra tutela bajo algunas de sus provisiones.

La Corte enfatiza que la Convención no sólo protege la nacionalidad como derecho autónomamente reconocido,

sino también en razón de la importancia que tiene para que el individuo se reconozca como persona frente a su familia, su comunidad y, en definitiva, a su país de pertenencia.

Sobre el segundo punto, la Corte concluye que un Estado puede violar el Art. 20.3 de la Convención, al impedir que un niño o niña adquiera la nacionalidad de otro Estado. La Corte advirtió que, en condiciones normales, Macarena Gelman habría nacido en Argentina de padres argentinos nativos. No obstante, como resultado de la desaparición forzada de su madre y su traslado ilegal a Uruguay, ella nació en este último país, donde fue inscrita bajo una identidad falsa y como nacional uruguaya. Sin embargo la Corte encuentra que Uruguay privó arbitrariamente a la niña de su nacionalidad argentina.

De esta forma, la Corte alinea la prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad del Art. 20.3 con la obligación de los Estados de preservar y recuperar la identidad, incluida la nacionalidad, del niño apropiado y cuyo padre, madre o representante legal fue sometido a desaparición forzada, así como de los niños y niñas nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada<sup>102</sup>.

Finalmente, la Corte indica que la violación del derecho a la nacionalidad subsiste mientras la víctima no recupere su verdadera identidad. Es decir, la vulneración al derecho no cesa en el momento en que la persona conoce su verdadera identidad sino cuando la recupera.

La Corte deja claro que en supuestos de desaparición forzada, la restitución del derecho a la nacionalidad es la solución apropiada. Para ello, el Estado debe garantizar a la víctima la posibilidad, tanto jurídica como fáctica, de recuperar esa identidad.

Aunque la Corte no desarrolla este punto, cuando un Estado está impedido jurídicamente de restituir por sí la nacionalidad, por ejemplo debido a que Uruguay no puede garantizar la concesión de la nacionalidad Argentina, debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar que ese país otorgará la nacionalidad. Esto podría incluir desde gestiones diplomáticas con el tercer país, hasta el otorgamiento de facilidades para gestionar la nacionalidad, como por ejemplo la provisión de asistencia jurídica gratuita, los recursos para presentar su caso a las autoridades extranjeras, etc.

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### 6. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014).

#### 6.1. Consultas.

La solicitud de opinión consultiva OC-21/14<sup>103</sup> sobre niñez migrante fue presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Tuvo por objeto que la Corte, a través de responder nueve consultas, determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria o a la de sus padres, a la luz de los Arts. 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención, los Arts. 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración y el Art. 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

A pesar que la OC-21/14 no se refiere al Art. 20 de la Convención, la Corte aborda temas de especial interés para la protección internacional de las personas apátridas y la prohibición de expulsión de nacionales en las consultas 1 y 7:

*“[1.] ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana*

*de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional; y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?*

(...)

*[7.] ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado?”<sup>104</sup>*

#### 6.2. Lineamientos de la Corte.

##### 6.2.1. Identificación y protección internacional de niños o niñas apátridas.

La Corte indica que la noción de *protección internacional* comprende no sólo la protección recibida por las personas solicitantes de asilo, refugiadas y aquellas que reciben protección complementaria u otras formas de

protección humanitaria, sino también la protección recibida por las personas apátridas, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia<sup>105</sup>.

En línea con ello, la Corte señala que la noción de *país de origen* se refiere no sólo al Estado del cual una persona es nacional sino también, en el caso de una persona apátrida, al país de residencia habitual<sup>106</sup>.

Luego la Corte recuerda que de acuerdo a una jurisprudencia bien establecida, el *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños y niñas debe ser utilizado para establecer el contenido y alcance de las obligaciones estatales bajo el Art. 19 de la Convención, en particular en lo concerniente a las *medidas de protección* a las que se hace referencia dicho precepto. Para la Corte, los principios y derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño contribuyen *en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana, cuando el titular de derechos es una niña o un niño*<sup>107</sup>.

La Corte luego recuerda que, en el ámbito de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que, en principio, el disfrute de los derechos

reconocidos en dicho tratado no está limitado a quienes son nacionales del Estado Parte, sino que también abarca a los solicitantes de asilo, refugiados o migrantes con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación migratoria<sup>108</sup>.

Siguiendo ese rumbo, pero en el ámbito del Art. 1.1 de la Convención, la Corte sostuvo que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a *toda* persona sin discriminación alguna. *Esto es, son exigibles por todas las niñas y niños, sean solicitantes de asilo, refugiados o migrantes, independientemente de su nacionalidad o condición de apátrida, de su situación de niña o niño no acompañado o separado de la familia, y de su estatus migratorio o el de su familia*<sup>109</sup>.

Con base en los Arts. 19 de la Convención y VII de la Declaración, la Corte indicó que las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio de un Estado, aun si se encuentran no acompañados. Por el contrario, los Estados deben permitir el acceso al territorio y realizar una evaluación inicial<sup>110</sup> que debe, entre otras cosas, determinar la nacionalidad del niño o niña o, en su caso, su condición de apátrida<sup>111</sup>.

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte luego se refiere al deber de los Estados de identificar y proteger a la persona apátrida<sup>112</sup>. Aunque limitada a la obligación estatal de identificar a las niñas o niños apátridas, la Corte sostiene, apoyándose en las directrices del ACNUR<sup>113</sup>, que los Estados deben establecer o fortalecer, según sea el caso, procedimientos para determinar la apatridia. Tales procedimientos deben ser justos y eficientes y ser sensibles a las necesidades de edad, género y diversidad<sup>114</sup>.

Asimismo, respecto de la obligación de protección, la Corte deja claro que es una obligación del Estado receptor determinar si el niño es apátrida o refugiado, a fin de asegurar su protección como tal. Con este fin, según proceda, debe referir su caso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección<sup>115</sup>.

### 6.2.2. Expulsión de nacionales (Art. 22.5).

Al abordar el contenido y alcance del principio de no devolución (Art. 22.8)<sup>116</sup>, la Corte dijo que, al leerse el Art. 22 en su conjunto, queda claro que el término *extranjero* debe entenderse como toda persona no nacional

del Estado. La Corte agrega que, esto comprende a las personas que perdieron *ex lege* la nacionalidad o que fueron privadas de la misma, “siempre que tal pérdida automática o determinación estatal no vaya en contravención con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”<sup>117</sup>.

Con base en Art. 22.5<sup>118</sup>, que prohíbe expresamente la expulsión de nacionales, la Corte dijo que “si existe controversia respecto a la conformidad de tal decisión o pérdida con las obligaciones derivadas de la Convención Americana, y en particular con la prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad u otras normas aplicables, debe primar la consideración de que la persona es nacional hasta tanto no se emita una decisión definitiva al respecto y, por ende, no puede ser objeto de una expulsión”<sup>119</sup>.

### 6.3. Observaciones.

#### 6.3.1. Identificación y protección internacional de niños o niñas apátridas.

Aunque ceñida a la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes, en la OC-21/14, la Corte aborda por primera vez, diversas cuestiones vinculadas a la identificación y protección de las personas apátridas. Hasta entonces,

la Corte sólo se había referido al derecho a una nacionalidad y a la *prevención* y *reducción* de la apatridia pero no a la *protección* internacional de las personas apátridas. Además, la Corte sólo se había expedido en situaciones de apatridia *in situ*.

---

“La Corte brinda orientación sobre las diversas medidas que los Estados deben adoptar cuando un niño o niña no acompañado o separado de su familia se presenta en sus fronteras. En primer lugar, deben evitar rechazarlo en frontera. Luego deben evaluar inicialmente sus necesidades de protección y asistencia, verificando la nacionalidad del niño o niña.”

---

La Corte brinda orientación sobre las diversas medidas que los Estados deben adoptar cuando un niño o niña no acompañado o separado de su familia se presenta en sus fronteras. En primer lugar, deben evitar rechazarlo en frontera. Luego deben evaluar inicialmente sus necesidades de protección y

asistencia, verificando la nacionalidad del niño o niña. Si hubiera razones para considerar puede ser apátrida debe referirlo a un procedimiento de determinación de la apatridia o de la condición de refugiado, según sea el caso. Aunque la Corte no aclara el punto, queda entendido que cuando el niño o niña reúne ambas condiciones (refugiado apátrida), la referencia debe ser al procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

En vista de esta obligación de identificación y referencia, la Corte deja claro que los Estados tienen la obligación de establecer tales procedimientos o fortalecerlos, según se requiera. Para la Corte esta obligación emana del Art. 19 de la Convención y del Art. VII de la Declaración, es decir no queda limitada a los Estados Partes de la Convención de 1954.

Dado que la gran mayoría de los países de la región carecen de procedimientos de determinación de la apatridia, esta conclusión de la Corte debiera contribuir a que los países establezcan dichos procedimientos, en línea también con lo recomendado por la Asamblea General de la OEA<sup>120</sup> y el ACNUR en su “Borrador de Artículos”<sup>121</sup>.

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En otro orden, también es clave que la Corte haya indicado que los procedimientos de determinación de la apatridia deben ser *justos y eficientes*. Ello significa que deben cumplir con las garantías de un debido proceso. Además, la Corte indica que deben ser sensibles a las necesidades de edad, género y diversidad.

Los lineamientos de la Corte en esta opinión consultiva se apoyan fuertemente en las directrices del ACNUR, lo que confirma el gran peso que la Corte asigna a la visión de la Oficina sobre temas que son de su incumbencia<sup>122</sup>.

Finalmente, la Corte identifica algunos casos donde es relevante verificar la nacionalidad o apatridia del niño o niña: (i) cuando se cuestiona su derecho a permanecer en un país, estando sujeto a expulsión; (ii) en la identificación del país o países en relación con los cuales alega poseer un temor fundado de ser perseguida, en el sentido de la definición de refugiado; o (iii) cuando busca la aplicación de las salvaguardas de la Convención de 1961<sup>123</sup>. En todas estas situaciones, los Estados debieran verificar la nacionalidad o apatridia del niño o niña, previo a tomar cualquier medida que pueda afectar sus derechos.

6.3.2. Expulsión de nacionales (Art. 22.5).

Los lineamientos de la Corte sobre la cuestión de la expulsión de nacionales (Art. 22.5) deben entenderse en sintonía con el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*<sup>124</sup>, fallado diez días después de adoptada la OC-21/14. Como se vio, en este caso, la Corte encontró que la República Dominicana había denegado arbitrariamente la nacionalidad a niños y niñas de ascendencia haitiana nacidos en su territorio, al no registrarlos al nacer ni otorgarles documentación para probar su nacionalidad dominicana. Estos niños y niñas fueron luego expulsados del país.

Para expulsar del país a una persona es clave determinar la condición de *nacional* o *extranjero*. En el caso de los nacionales, la Convención establece una prohibición absoluta de expulsión, es decir no hay excepciones admisibles (ej. seguridad nacional). En el caso del *extranjero*, por el contrario, la expulsión es admisible, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones (ej. debido proceso sustantivo y procedimental).

En la OC-21/14, la Corte dijo que la prohibición de expulsión de nacionales (Art. 22.5) comprende a las personas que perdieron y a las que



fueron privadas arbitrariamente de su nacionalidad. Ahora bien, dado que, para desde la perspectiva de un Estado, tales personas podrían ser consideradas *extranjeras*, y que lo relevante es la posición subjetiva del Estado<sup>125</sup>, cabe preguntarse cómo podría el Art. 22.5 alcanzar a ciertas personas no nacionales.

En primer lugar, la Corte no dice que estas personas *son* nacionales. La Corte sólo dice que estas personas quedan amparadas bajo el Art. 22.5, aún si se les denegó o retiró la nacionalidad. Es decir, *como si fuesen* nacionales.

No obstante, deben concurrir dos condiciones: 1) la denegación, pérdida o privación de la nacionalidad debe haber sido arbitraria; 2) la determinación de la arbitrariedad debe comprender un análisis tanto de la normativa interna como de las obligaciones estatales bajo el derecho internacional de los derechos humanos (ej. prohibición de discriminación o de generar casos de apatridia).

La interpretación propuesta por la Corte está en línea con el objeto y fin del Art. 22.5, que es evitar que una persona sea expulsada de su *propio país*. El Art. 20.5.a) del *Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Protección*

*de Derechos Humanos*, indicaba que nadie podía ser expulsado del territorio de su *propio país*, ni ser privado del derecho a ingresar al mismo<sup>126</sup>. Durante la discusión del proyecto, Argentina solicitó que se cambiaran las palabras “de su propio país” por “su país de origen”, aprobándose la enmienda<sup>127</sup>. Aunque el informe del Relator de la Comisión I no se refiere a los cambios sufridos por esta norma durante la discusión del proyecto<sup>128</sup>, el texto elevado al plenario de la Conferencia refleja la redacción actual de la Convención<sup>129</sup>.

El enfoque seguido por la Corte también está en sintonía con la interpretación que el Comité de Derechos Humanos propicia respecto del Art. 12.4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que indica que *[n]adie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país [cursiva agregada]*. El Comité ha dicho que bajo el Art. 12.4 quedan protegidas personas que no pueden ser consideradas extranjeras por tener vínculos especiales con el país<sup>130</sup>.

Una interpretación contraria a la propuesta por la Corte, facilitaría a un Estado expulsar a sus nacionales mediante el sencillo recurso de someterlo, en forma previa, a un proceso de desnacionalización<sup>131</sup>.

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Una última cuestión es la relativa al límite temporal de la protección contra la expulsión. La Corte dijo que *si existe controversia respecto a la conformidad de tal decisión o pérdida con las obligaciones derivadas de la Convención Americana, y en particular con la prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad u otras normas aplicables, debe primar la consideración de que la persona es nacional hasta tanto no se emita una decisión definitiva al respecto y, por ende, no puede ser objeto de una expulsión [cursiva agregada]*.

Aquí el interrogante que parece abrirse es si la *decisión definitiva* (ej. firme o irrevisable) debe provenir de un tribunal doméstico (ej. Tribunal Constitucional) o si, por el contrario, debe provenir de la Corte como última instancia del control de convencionalidad. Bajo este enfoque, pareciera que si la decisión administrativa sobre que una persona no es nacional del Estado es confirmada judicialmente por un tribunal superior, la eventual expulsión de la persona como *extranjera* quedaría autorizada.

Lo que la Corte parece haber dicho, es que cuando está en tela de juicio la condición de “nacional” de una persona, dicha condición subsiste hasta tanto la cuestión sea dirimida definitivamente. No obstante, bajo el

Art. 22.5 siempre quedará cubierta la protección contra la expulsión de las personas que sufrieron denegación, pérdida o privación arbitraria de la nacionalidad, sea que hubiera resultado o no en apatridia.

### 7. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014).

#### 7.1. Hechos.

El relato de los hechos del *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas* es complejo. En 173 páginas, la sentencia se refiere a una diversidad de víctimas, situaciones fácticas, derechos afectados e inclusive cuestiones previas, tales como la determinación de la identidad y lugar de nacimiento de algunas de las víctimas.

La Corte pone mucho énfasis en explicar el contexto del caso. Dedicó 20 páginas a repasar la difícil situación socioeconómica y la discriminación en contra de la población haitiana y de ascendencia haitiana en el país, los problemas que enfrentan para obtener documentos, y la existencia de una práctica sistemática de expulsiones colectivas. De igual modo, analiza con detenimiento el derecho interno, tanto la legislación de nacionalidad vigente

al momento de los hechos como la jurisprudencia y práctica administrativa.

En cuanto a los hechos individuales del caso<sup>132</sup>, en lo fundamental la Corte tuvo por probadas dos situaciones. Por un lado, si bien algunas de las víctimas eran nacionales dominicanas y contaban con documentación oficial de identidad, fueron expulsadas del país. Las autoridades migratorias destruyeron o no consideraron sus documentos al momento de las expulsiones. Otras víctimas, también nacidas en el país, no contaban con documentación oficial de identidad cuando fueron expulsadas, debido a que sus nacimientos no fueron inscriptos en forma oportuna o tardía<sup>133</sup>.

En ambos casos las expulsiones se efectivizaron hacia Haití, en forma sumaria y sin brindar a las personas la oportunidad de ser oídas o de defenderse. No existieron órdenes administrativas o judiciales ni tampoco registros migratorios de las mismas. Tras la expulsión, algunas de las víctimas permanecieron en Haití por carecer de documentación o temor a retornar y ser nuevamente objeto de maltrato y expulsión. Otras víctimas retornaron al país en forma irregular.

#### 7.1.1. Derecho interno.

En cuanto al derecho interno, la Corte indica que la Constitución de 1994 regía la mayoría de los casos al momento de los hechos. De acuerdo con su Art. 11, las personas nacidas en el territorio adquirirían la nacionalidad (*ius soli*) salvo que fueran hijos de personas en tránsito o de representantes diplomáticos. Aunque, al momento del nacimiento de algunas de las víctimas estaban vigentes las Constituciones de 1955 y 1966, en este punto, las normas eran similares<sup>134</sup>.

El Art. 10.c) de la Ley 95/1939 sobre Inmigración establecía que *[l]as personas nacidas en República Dominicana, son consideradas nacionales de la República Dominicana, sean o no nacionales o de otros países*. Asimismo, el Reglamento de Migración 279/1939 definía “transeúnte” como el extranjero que ingresa con el propósito principal de proseguir a través del país con destino al exterior, para lo cual fijaba un límite temporal de 10 días. Ambas normas estaban vigentes al momento de los hechos<sup>135</sup>.

En agosto de 2004, la Ley General de Migración 285-04 derogó la Ley 95-1939. Además, en marzo de 2007, la Junta Central Electoral emitió la Circular 17, y en diciembre adoptó la Resolución

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

12-2007. Estas normas regularon la inscripción de los hijos de padres extranjeros en situación migratoria irregular en un Libro de Extranjería, para no nacionales.

En enero de 2010, se publicó la reforma de la Constitución. El nuevo Art. 18.3 incluyó una tercera excepción a la adquisición de la nacionalidad dominicana (*ius soli*), prescribiendo que no son dominicanas las personas nacidas en territorio nacional hijas e hijos de extranjeros *que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano*.

En septiembre de 2013, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia TC/0168/13 e interpretó la noción de *tránsito* en la *Constitución de 1966*. El Tribunal afirmó que desde 1929 todas las constituciones vigentes en el país regularon la situación de los extranjeros que ingresaron ilegalmente al país o que permanecieron sin permiso de residencia legal, concluyendo que no puede invocarse que sus hijos nacidos en el país tuvieran derecho a la nacionalidad dominicana pues *resulta jurídicamente inadmisibile fundar el nacimiento de un derecho a partir de una situación ilícita de hecho*.

En noviembre de 2013, se emitió el Decreto 327-13 que adoptó el *Plan*

*Nacional de Regularización de extranjeros en situación migratoria irregular en la República Dominicana*.

En mayo y julio de 2014 se sancionan la *Ley 169-14* y su *Decreto reglamentario 250-14*, respectivamente, como una medida para remediar los efectos de la sentencia TC/0168/13. Estas normas establecieron dos categorías de personas: a) hijos de padres extranjeros no residentes que nacieron en el país entre 1929 y 2007 y fueron registrados en el Registro Civil en base a documentos no reconocidos por las normas vigentes para esos fines al momento de la inscripción e; b) hijos de padres extranjeros en situación irregular nacidos en la República Dominicana que no figuran inscritos en el Registro Civil.

Para el primer grupo (frecuentemente llamado “grupo A”), la Junta Central Electoral (JCE) debía regularizar o transcribir sus actas de nacimiento en los libros del Registro Civil, libre de todo trámite administrativo a cargo de los beneficiarios. Subsana la irregularidad, la JCE debía acreditarlos como nacionales dominicanos.

Las personas del llamado “grupo B” podían registrarse en el libro para extranjeros contemplado en la *Ley General de Migración 285-04*, dentro de un

plazo perentorio. Debían acreditar fehacientemente el hecho del nacimiento en el país, por los medios establecidos en el reglamento de la ley. Transcurridos dos años de la obtención de una de las categorías migratorias, podían solicitar su naturalización, siempre que carecieran de antecedentes penales.

## 7.2. Lineamientos de la Corte.

### 7.2.1. Derecho a la nacionalidad.

La Corte comienza recordando los lineamientos de la OC-4/84 y el *caso Yean y Bosico*: 1) la nacionalidad es un vínculo jurídico político que liga una persona con un Estado; 2) dicho vínculo permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política; 3) la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos; 4) es además un derecho de carácter inderogable (Art. 27), que está establecido también en otros instrumentos internacionales; 5) la Convención recoge este derecho en un doble aspecto, dotando al individuo de un mínimo de amparo jurídico en sus relaciones y protegiéndolo contra la privación arbitraria de la nacionalidad; 6) si bien corresponde a los Estados determinar quiénes son sus nacionales, dicha atribución debe ejercerse en línea con

las normas del derecho internacional, en particular con el deber de prevenir y reducir la apatridia, y de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación<sup>136</sup>.

La Corte también dedica varios párrafos a reiterar su jurisprudencia sobre nacionalidad y principio de igualdad y no discriminación: 1) el principio imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios; 2) los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad; 3) el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos<sup>137</sup>.

¿Qué es lo novedoso del caso entonces?

### 7.2.2. Adquisición de la nacionalidad al nacimiento (*ius soli*).

El Estado argumentó que las personas nacidas en su territorio que no fueron registradas al nacer ni contaban con

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

documentación de identidad no nacieron dominicanas. Ello así, como resultado de la excepción al principio del *ius soli* y el hecho que sus padres no probaron que tenían una condición migratoria regular al momento de su nacimiento<sup>138</sup>.

Para el Estado, dichas personas no devinieron apátridas pues en Haití rige el principio de *ius sanguinis*. Además, sostuvo que la fijación de requisitos para la adquisición de nacionalidad no es discriminatoria, y que la Suprema Corte de Justicia (2005) y el Tribunal Constitucional (2013) habían dicho que las personas nacidas en el territorio de padres extranjeros en situación migratoria irregular no adquieren la nacionalidad dominicana<sup>139</sup>.

En relación a la excepción de *extranjero en tránsito*, la Corte se remite a su jurisprudencia en el caso *Yean y Bosico*. Afirma que es necesario seguir pautas elementales de razonabilidad, en lo que hace a materias vinculadas a los derechos y obligaciones establecidos en la Convención. Así, *para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito*<sup>140</sup>.

En cuanto a la excepción relativa a la *irregularidad migratoria de los padres*, la Corte subraya que, antes de la vigencia de la Constitución de 2010, o al menos antes de la nueva Ley General de Migración (2004), “*no había una práctica estatal constante ni una interpretación judicial uniforme en el sentido de negar la nacionalidad a los hijos de extranjeros en situación irregular [cursiva agregada]*”<sup>141</sup>.

La Corte encuentra una correlación entre el hecho de que las víctimas carecieran de documentación que acreditara su nacionalidad y la aseveración estatal de que no son dominicanas. Indicó, asimismo, que este enfoque estatal se basaba en decisiones judiciales emitidas en 2005 y 2013, posteriores al nacimiento de las víctimas, que propiciaron una aplicación retroactiva de normas. Adicionalmente, para la Corte, ello trajo aparejado un “*riesgo de apatridia en perjuicio de las presuntas víctimas, pues el Estado no [demostró] suficientemente que tales personas sí obtendrían otra nacionalidad*”. Por ende, el Estado no demostró que “*la omisión estatal de brindar documentación a las personas referidas no implicó una privación de su acceso a la nacionalidad. Siendo así, la negación estatal del derecho de las [víctimas] a la nacionalidad dominicana conlleva una vulneración arbitraria de ese derecho*”<sup>142</sup>.

7.2.3. Salvaguarda para prevenir la apatridia al nacimiento.

La Corte también brinda lineamientos sobre el contenido y alcance del Art. 20.2 en un apartado especialmente dedicado al tema de *[n]acionalidad y deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia*<sup>143</sup>, explicando cómo debían aplicarse estos criterios al caso concreto.

Con base en las conclusiones del Comité de Derechos Humanos sobre la interpretación del Art. 24<sup>144</sup> del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>145</sup>, la Corte enfatiza que *el momento en que resulta exigible la observancia de los deberes estatales respecto al derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia, es al momento del nacimiento de las personas*<sup>146</sup>.

---

“La Corte indica que “el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació.”

---

En el ámbito del Art. 20.2, la Corte indica que “el Estado *debe tener certeza* respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá *efectivamente* adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació [*cursiva agregada*]”<sup>147</sup>. Cuando el Estado no tiene tal certeza, tiene la obligación de concederle automáticamente la nacionalidad, para evitar que se genere una situación de apatridia. Para llegar a esta conclusión, la Corte se apoya en las directrices del ACNUR, que por error atribuye a su Comité Ejecutivo<sup>148</sup>.

La Corte aclara que esta obligación, se aplica también en el supuesto en que los padres no puedan, debido a la existencia de obstáculos *de facto*, registrar a sus hijos en el Estado de su nacionalidad<sup>149</sup>. Siguiendo las directrices del ACNUR<sup>150</sup>, la Corte dice que esta evaluación debe hacerse considerando las circunstancias particulares de cada caso y en función de si podría esperarse razonablemente que una persona tome medidas para adquirir la nacionalidad en tal situación. Brinda así, el ejemplo de los hijos de padres refugiados, que frecuentemente no pueden tomar contacto con las autoridades de su país de origen<sup>151</sup>.



Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Además, la Corte dijo que el Art. 20.2 debe interpretarse en el mismo sentido que lo establecido en el Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño y niña tenga una nacionalidad al momento de su nacimiento<sup>152</sup>.

Finalmente, al aplicar estos criterios al caso concreto, la Corte dice que “no puede establecer regulaciones que conlleven que personas nacidas en su territorio queden en *riesgo de apatridia* [cursiva agregada]” y que “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieran la del Estado en donde nacieron”<sup>153</sup>.

La Corte sostuvo que la información presentada por el Estado no permitía al Tribunal tener certeza sobre si el Estado adoptó acciones para constatar que las víctimas “efectivamente podrían obtener la nacionalidad de Haití”. La Corte dijo que es insuficiente la mera aseveración de que en otro país rige el *ius sanguinis* para desentenderse

de su obligación bajo el Art. 20.2. Por el contrario, debe demostrar que la persona que no obtiene su nacionalidad está “en condiciones efectivas de obtener la nacionalidad [de otro país]”<sup>154</sup>.

### 7.2.4. Documentos de identidad que prueban nacionalidad.

En cuanto a las personas que contaban con documentación que acreditaba su nacionalidad dominicana, la Corte encuentra que la actuación de los agentes estatales supuso desconocer su derecho a la identidad al no permitirles identificarse o no considerar sus documentos presentados<sup>155</sup>. En el caso de los niños y niñas, el desconocimiento de la identidad, también supuso una vulneración a su interés superior<sup>156</sup>.

Por lo que se refiere a las víctimas nacidas en República Dominicana que al momento de las expulsiones, no contaban con documentación oficial de identidad, la Corte determinó que la ausencia de dicha documentación estaba vinculada a una violación al derecho a la nacionalidad.

### 7.2.5. El derecho a la nacionalidad con relación a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno (Art. 2).

Respecto a este último grupo de víctimas, el Estado alegó que no les correspondía tal documentación por no haber nacido dominicanas ni ser apátridas<sup>157</sup>. Sobre este punto, la Corte notó tres cosas.

En primer término, que las Constituciones de 1955, 1966 y 1994 no indicaban expresamente que las personas nacidas en territorio dominicano que fueran hijas de personas extranjeras en situación migratoria irregular no adquirirían la nacionalidad dominicana con base en tal circunstancia. Tampoco, que hubiera una asimilación entre la irregularidad migratoria y el concepto de persona que están en tránsito en el territorio dominicano. Por el contrario, existieron interpretaciones judiciales, anteriores a la Ley General de Migración (2004), que afirmaron que el concepto de “tránsito” no puede asimilarse la “condición de ilegalidad del extranjero”<sup>158</sup>.

En segundo término, la Corte notó que la Suprema Corte de Justicia en 2005 y el Tribunal Constitucional en 2013 (sentencia TC/0168/13), con posterioridad al nacimiento de las víctimas, interpretaron las normas de nacionalidad de las Constituciones de 1966 y 1994, así como de todas las Constituciones dominicanas a partir

de 1929, en el sentido de que las personas nacidas en el territorio de padres extranjeros en situación migratoria irregular no adquieren la nacionalidad dominicana<sup>159</sup>.

En tercer término, la Corte observó que la inclusión expresa en la normativa constitucional, de la “residencia ilegal” de los ascendientes de personas nacidas en territorio dominicano como causal para negar a éstas la nacionalidad dominicana, se efectuó recién en 2010<sup>160</sup>.

La Corte luego indica que la inclusión de requisitos para la adquisición de la nacionalidad por nacimiento en el territorio de un Estado no es discriminatoria *per se*<sup>161</sup>. Advierte, asimismo, que la sentencia TC/0168/13 equivalía a una medida de carácter general, una política retroactiva que podía afectar el derecho a la nacionalidad de las víctimas, sobre la base de concluir que el orden jurídico interno anterior a 2010 preveía la imposibilidad de adquirir la nacionalidad dominicana a personas nacidas en territorio cuyos padres sean extranjeros que residen irregularmente en el país<sup>162</sup>.

La Corte recuerda que pesa sobre el Estado la carga de demostrar que un trato diferenciado no implica una

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

vulneración del derecho a la igual protección de la ley, y que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido<sup>163</sup>.

Para la Corte, la distinción que la sentencia TC/0168/13 hace entre personas nacidas en el territorio de extranjeros en situación migratoria irregular o regular, no se hace con base en una situación atinente a ellas, sino con base en la diferente situación de sus padres. Para la Corte, tal distinción, por sí sola, no permite dilucidar cuál es el fin perseguido con la distinción y, por lo tanto, impiden apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la misma<sup>164</sup>.

Este criterio *termina por revelarse discriminatorio como tal en República Dominicana, cuando se aplica en un contexto (...) discriminatorio de la población dominicana de ascendencia haitiana, que a su vez resulta ser un grupo desproporcionadamente afectado*<sup>165</sup>.

La Corte nota que la Ley 169-14, al igual que la sentencia TC/0168/13, parte de considerar extranjeras a las personas nacidas en territorio que eran hijas de extranjeros en situación migratoria irregular, por lo que implica

un obstáculo a la plena vigencia de su derecho a la nacionalidad. Si bien la Corte nota que el mecanismo de la ley 169-14 deriva en un proceso de “naturalización” y, como resultado, dichas personas podrían *adquirir* la nacionalidad dominicana, ello es contrario a la adquisición automática de la nacionalidad por el simple hecho del nacimiento en territorio<sup>166</sup>.

### 7.2.6. Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la identidad.

La Corte también repasa su jurisprudencia sobre reconocimiento de la personalidad jurídica bajo el Art. 3 de la Convención, y recuerda que: 1) la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular y gozar de derechos y deberes; 2) el Estado debe brindar los medios y condiciones jurídicas para que este derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares; 3) el reconocimiento de la personalidad jurídica determina la existencia efectiva del individuo ante la sociedad y el Estado; 4) es un derecho inderogable. Además, cita el *caso Yean y Bosico*, para recordar que una persona apátrida, por definición, “no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado”<sup>167</sup>.

De nuevo, ¿qué es lo novedoso del caso?

Citando el *caso Gelman*, la Corte reafirma que la nacionalidad integra el derecho a la identidad<sup>168</sup> y, como veremos luego, este enfoque la lleva a concluir que no es admisible la naturalización como una solución al problema de la privación arbitraria de la nacionalidad. Una persona que, de acuerdo a la Constitución, debió ser reconocida como nacional al nacer, no puede ser considerada extranjera como paso necesario para resolver su situación. El derecho a la *identidad* de las víctimas, en este caso dominicana, impide que la solución pase por considerarlas extranjeras en algún punto.

#### 7.2.7. Derecho de circular y residir (Art. 22.1) y prohibición de expulsión de nacionales (Art. 22.5)

La Corte encontró que el Estado violó los derechos de circular, residir e ingresar al país del cual eran nacionales las víctimas, consagrados en los artículos 22.5 y 22.1<sup>169</sup> de la Convención Americana.

Como hemos visto, la Corte tuvo por probado dos situaciones: 1) algunas de las víctimas contaban con documentos oficiales de identidad que los

acreditaba como nacionales dominicanos pero las autoridades los desconocieron; 2) otras víctimas, si bien nacieron en República Dominicana, carecían de documentación oficial de identidad. Para la Corte, dado que en ambos casos se violó el derecho a la nacionalidad, el Art. 22.5 de la Convención resultaba aplicable en ambas situaciones<sup>170</sup>.

La Corte destacó que no se probó que el Estado haya tomado medidas para identificar y verificar formalmente la nacionalidad de las víctimas, antes de expulsarlas<sup>171</sup>. Igualmente, llamó la atención sobre el hecho que si bien algunas de las víctimas pudieron de hecho regresar al país, de acuerdo a la forma en que se dieron los hechos, la destrucción o desconocimiento de documentos de nacionalidad, así como la expulsión de dominicanos que carecían de documentación oficial, tuvieron por resultado el impedimento de las víctimas de poder regresar al territorio dominicano de forma legal, y circular y residir libre y legalmente en República Dominicana.

#### 7.2.8. Reparaciones (restitución y garantías de no repetición).

En el ámbito de las medidas de restitución, la Corte se refiere al

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

reconocimiento de la nacionalidad dominicana de las víctimas. Así, ordenó al Estado adoptar, en un plazo de seis meses, las medidas necesarias para asegurar que determinadas víctimas “cuenten con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana, debiendo, si fuera necesario, proceder al reemplazo o restitución de documentación, así como proceder a cualquier otra acción que sea necesaria a efectos de cumplir lo dispuesto, en forma gratuita”<sup>172</sup>.

En cuanto a las garantías de no repetición y adopción de medidas de derecho interno, la Corte dijo que la sentencia TC/0168/13 y los artículos 6, 8 y 11 de la Ley No. 169-14 resultaban violatorios de la Convención, por lo que el Estado debía, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para evitar que continuaran produciendo efectos jurídicos<sup>173</sup>.

Así, la Corte ordenó al Estado adoptar en un plazo razonable, dos tipos de medidas: 1) aquellas necesarias para dejar sin efecto toda *norma* de cualquier naturaleza, sea constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda *práctica, decisión o interpretación*, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación

de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio; 2) las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que debe ser accesible y sencillo, de modo de asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de los padres<sup>174</sup>.

### 7.3. Observaciones.

La Corte analiza si es compatible con la Convención la excepción al principio de *ius soli* basado en la irregularidad migratoria de los padres receptado expresamente en la Constitución (2010) e implícitamente en las constituciones posteriores a 1929, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2013).

A diferencia del lenguaje amplio que utilizó en el *caso Yean y Bosico*, la Corte aclara que la inclusión de requisitos para limitar la adquisición de la nacionalidad no es de por sí discriminatoria. Sin embargo, concluyó que a pesar de que República Dominicana tenía la carga de probar que una distinción no

es discriminatoria, no demostró que la distinción tenía una justificación objetiva y razonable, perseguía un fin legítimo y existía proporcionalidad entre los medios utilizados y dicho fin. Es decir, la Corte recurre a su jurisprudencia sobre discriminación para hacer el examen (*test*) en el caso concreto.

Para la Corte, ni siquiera la sentencia TC/0168/13 ofrecía pautas para entender el fin perseguido por el Estado. Al tiempo de enfatizar la imposibilidad de apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la norma, observó el contexto discriminatorio hacia la población dominicana de ascendencia haitiana y el impacto desproporcionado que la norma tiene en dicha población.

En síntesis, la Corte hace un análisis mucho más sofisticado de la cuestión de discriminación que el que presentó en el *caso Yean y Bosico*. Asimismo, al hacer esta evaluación, puso mucho énfasis no sólo en el análisis del texto constitucional, pero también de la práctica administrativa y los criterios de interpretación judicial. La Corte también resalta la importancia del estudio de la práctica en el contexto del Art. 20.2. De este modo, en sintonía con las recomendaciones del ACNUR, deja claro que la determinación de si

una persona es nacional de un Estado o apátrida, exige un análisis de hecho y de derecho<sup>175</sup>.

En la sentencia, la Corte también se esfuerza por distinguir el supuesto en que una persona es nacional de un Estado pero su nacimiento nunca fue inscripto (problema de registro civil y otorgamiento de documentación de nacionalidad), del caso en que el desconocimiento de la documentación de identidad de esa persona por parte de las autoridades refleja, más bien, una posición sobre su condición de no nacional (problema de nacionalidad). Nuevamente, la Corte sigue la orientación del ACNUR a este respecto<sup>176</sup>.

En cuanto a los límites fijados por la Convención a la prerrogativa estatal de regular la nacionalidad, la Corte se refiere por primera vez, a la prohibición de establecer regulaciones que generen un *riesgo* de apatridia. Con ello, ya no se trata de regulaciones que efectivamente generen casos de apatridia pero incluso de aquellas que podrían llegar a generarlos.

Por lo que toca a la salvaguarda para prevenir la apatridia al nacimiento (Art. 20.2), la Corte brinda los siguientes lineamientos: a) la persona sólo debe probar su nacimiento en el territorio;

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

b) el Estado tiene la carga de probar que esa persona ya es nacional o tiene derecho a adquirir otra nacionalidad; y c) el estándar de la prueba requiere de certeza. No debe haber ningún tipo de dudas sobre que la persona debe *efectivamente adquirir* la nacionalidad. Nótese aquí que la Corte no dice que la persona debe adquirir una *nacionalidad efectiva* sino que el acceso a esa nacionalidad debe ser efectivo.

Sobre este último punto, la Corte concluye que el Art. 20.2 exige al Estado que evalúe si en la práctica, la persona enfrentará algún tipo de obstáculo para hacer efectivo su derecho a la nacionalidad de otro país. No basta alegar que de acuerdo a la ley extranjera, una persona tendría derecho a la nacionalidad. Debe demostrarse que en los hechos, el acceso a la nacionalidad será efectivamente posible.

También en relación al Art. 20.2, la Corte indica que la obligación de conceder la nacionalidad es automática, es decir opera al momento del nacimiento. Con ello, la Convención establece un estándar superior al fijado por el Art. 1 de la Convención de 1961, que admite también una modalidad no automática de adquisición de la nacionalidad mediante solicitud<sup>177</sup>.

En cuanto al derecho a la identidad, la Corte retoma los lineamientos del *caso Gelman*, donde se había enfocado en la privación de la nacionalidad e *identidad argentina* de la víctima. En este caso, la Corte se enfoca en la *identidad dominicana* de las víctimas para descartar que la solución al problema de la denegación arbitraria de la nacionalidad sea un régimen de naturalización. La naturalización, a diferencia de un régimen de restitución automática de la nacionalidad o de adquisición mediante solicitud, presupone la extranjería de las personas. Para la Corte, no se trata de que las personas afectadas recobren la nacionalidad sino que se busque una solución que tenga en consideración sus vínculos con la comunidad y sociedad a la que pertenecen (*identidad*).

Usando el lenguaje de la Asamblea General (OEA), de lo que se trata es que los Estados resuelvan *debidamente* los casos de apatridia existentes, de conformidad con sus obligaciones internacionales relacionadas con los derechos humanos y apatridia, tomando en cuenta la situación de grupos especialmente vulnerables por haber sido históricamente discriminados<sup>178</sup>.

Finalmente, en cuanto a la prohibición expulsión de nacionales (Art. 22.5), queda claro que cubre los casos de



denegación arbitraria de la nacionalidad, como los que derivan de situaciones vinculadas al desconocimiento arbitrario de documentación de nacionalidad, aún si la posición del máximo tribunal del Estado y de las autoridades es que tales personas no son nacionales sino extranjeras.

#### **IV. Conclusión.**

A modo de conclusión, compilamos en los siguientes dos apartados, los principales lineamientos brindados por la Corte en los casos contenciosos y opiniones consultivas revisadas, e identificamos algunos de los vacíos que la Corte podría llenar en un futuro.

En cuanto a los *lineamientos*, hemos visto que, en un primer momento, la Corte se esforzó por sentar las bases de la nacionalidad como derecho humano, explicando los límites fijados por el derecho internacional a la prerrogativa estatal de regular la nacionalidad. Luego se ocupó de desarrollar el contenido y alcance de la prohibición de denegación y privación arbitraria de la nacionalidad, tanto en lo sustantivo como procedimental.

La Corte también tuvo la oportunidad de explicar la vinculación del derecho a la nacionalidad con la prevención de la apatridia y otros derechos, tales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Más recientemente, la Corte habló de la existencia de un derecho a la identidad e indicó que la naturalización no puede ser una solución apropiada para solucionar una violación al Art. 20.3, dado que implica considerar como extranjeras a personas que debieron ser inscriptas como nacionales desde su nacimiento.

Igualmente, la Corte abordó diversas cuestiones referidas a la inscripción de nacimientos, al otorgamiento de documentación de identidad que prueba nacionalidad, a la prohibición de expulsión de nacionales, y a la

---

“En un primer momento, la Corte se esforzó por sentar las bases de la nacionalidad como derecho humano, explicando los límites fijados por el derecho internacional a la prerrogativa estatal de regular la nacionalidad. Luego se ocupó de desarrollar el contenido y alcance de la prohibición de denegación y privación arbitraria de la nacionalidad, tanto en lo sustantivo como procedimental.”

---

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

identificación y determinación de la condición de apátridas de los niños, niñas y adolescentes en contexto migratorios.

A pesar de las importantes pautas brindadas por la Corte, subsisten áreas que aún no han sido exploradas. En un futuro, quizás en ejercicio de su función consultiva, la Corte podría precisar las obligaciones de los Estados en lo relativo cuestiones tales como la inscripción tardía de nacimientos solicitada por una persona desde un país extranjero; las medidas positivas para facilitar la expedición de documentación de nacionalidad; la existencia de otras salvaguardas para prevenir la apatridia bajo el Art. 20.1 (en adición a la consagrada en el Art. 20.2); el otorgamiento de facilidades para la naturalización de personas apátridas, etc.

De este modo, la Corte podría dar orientación a los Estados sobre principios y criterios orientados a erradicar la apatridia, realizando plenamente el derecho a la nacionalidad, pero fundamentalmente determinar cuánto hay, en realidad, de obligatorio en esta meta regional que no debe ser vista como una simple aspiración.

### **1. Estándares.**

#### **La nacionalidad como derecho humano y el problema de la apatridia:**

- La nacionalidad es el vínculo jurídico y político que liga a una persona con un determinado Estado. Es también un hecho social.
- La nacionalidad es un derecho humano de carácter inderogable y un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos.
- El Estado tiene una amplia prerrogativa para regular la nacionalidad en su derecho interno. Sin embargo, el derecho internacional le impone límites infranqueables para evitar que este poder sea ilimitado. Estos límites incluyen la prohibición de discriminación, de arbitrariedad y de generar casos de apatridia o riesgos de apatridia.
- Para interpretar adecuadamente el Art. 20 debe conjugarse armónicamente la prerrogativa estatal de regular la nacionalidad con los límites fijados por el derecho internacional para proteger los derechos humanos.

- La Convención consagra el derecho humano a la nacionalidad con las siguientes dimensiones: 1) derecho a tener una nacionalidad; 2) derecho a adquirir la nacionalidad del territorio donde nació la persona, si no tiene derecho a otra; 3) derecho a que no se deniegue ni prive arbitrariamente de la nacionalidad a una persona; 4) derecho a cambiar la nacionalidad.
- El *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños debe ser utilizado para establecer el contenido y alcance de las obligaciones estatales bajo los Arts. 19 y 20 de la Convención, cuando el titular de derechos es un niño, niña, o adolescente.

### **Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.**

- La Convención protege el derecho a la nacionalidad sin diferenciar la forma en la que fue adquirida (ej. adquisición por nacimiento en el territorio, naturalización, opción de nacionalidad, etc.).
- Los requisitos para adquirir la nacionalidad deben ser establecidos por una autoridad competente, de forma objetiva y clara. La ley no debe otorgar al funcionario del Estado que aplica tales requisitos una discrecionalidad amplia que pueda dar lugar a discriminación.
- El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de la persona de ser titular de derechos y deberes.
- La falta del reconocimiento de la personalidad jurídica niega de forma absoluta la condición de sujeto de derechos de una persona.
- Una persona apátrida, por definición, no tiene personalidad jurídica reconocida.

### **Inscripción de nacimientos.**

- La apatridia coloca a las personas en una situación de extrema vulnerabilidad en cuanto al ejercicio y goce de derechos humanos tutelados en la Convención.
- Los requisitos fijados por la normativa interna para la inscripción tardía de nacimiento deben ser coherentes con el derecho a la nacionalidad, orientándose a acreditar el hecho que la persona nació en el territorio.

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- Los requisitos exigidos por un Estado para probar el hecho del nacimiento en su territorio deben ser razonables, no pudiendo representar un obstáculo para disfrutar del derecho a la nacionalidad.
  - Los Estados no pueden imponer a la persona una carga de prueba desproporcionada e indebida para el registro de nacimiento.
  - Los requisitos de un procedimiento de inscripción tardía de nacimiento deben: 1) ser sencillos, accesibles y razonables considerando que los solicitantes podrían quedar en condición de apátridas; 2) no constituir un obstáculo para obtener o confirmar la nacionalidad; 3) ser los indispensables para probar el nacimiento en el territorio; 4) considerar alternativas para la identificación del padre o madre del niño, no pudiendo limitarse a la presentación de una cédula de identidad o electoral, sino que debe aceptarse otros documentos públicos apropiado; 5) estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios.
- ### **Derecho a la identidad.**
- El derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención pero es posible determinarlo sobre la base del Art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
  - El derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el “conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.
  - La identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia.
  - Cuando se altera ilegalmente la identidad familiar de un niño o niña como resultado de la desaparición forzada de uno de sus padres, esta situación sólo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades, tanto jurídicas como fácticas, de recuperar su verdadera identidad.

### **Privación arbitraria de la nacionalidad.**

- La privación de la nacionalidad es arbitraria si se produce en violación a los criterios sustantivos sobre pérdida o privación de la nacionalidad, o las garantías del debido proceso establecidas en el derecho interno o las previstas en el Art. 8 de la Convención.
- Cuando la ley prescribe la adquisición automática de la nacionalidad, la no inscripción del nacimiento como nacional por razones discriminatorias equivale a una denegación arbitraria de la nacionalidad.
- El desconocimiento de la validez de la documentación que prueba nacionalidad, en tanto refleje una posición arbitraria de las autoridades sobre la condición de no nacional de esa persona, equivale a una privación arbitraria de la nacionalidad.
- En el contexto de la desaparición forzada de una persona y su traslado ilícito a otro país, el Estado receptor puede privar arbitrariamente al niño o niña nacido en su territorio de la nacionalidad

del país de origen de sus padre o madre, si frustra el nacimiento en el territorio de ese país, donde normalmente hubiese nacido, y suprime su verdadera identidad.

### **Prevención de la apatridia (Art. 20.2).**

- En el supuesto del Art. 20.2, la persona sólo debe probar que nació en el territorio.
- El Estado tiene la carga de probar que dicha persona es nacional o tiene derecho a adquirir la nacionalidad de otro país.
- El estándar de la prueba requiere certeza acerca que la persona efectivamente adquirirá la nacionalidad de otro país.
- Un Estado no puede desligarse de su obligación bajo el Art. 20.2 alegando que, de acuerdo al texto de la ley extranjera, una persona tendría derecho a la nacionalidad.
- La evaluación del derecho extranjero requiere examinar si, en la práctica, la persona enfrentará obstáculos legales o prácticos para hacer efectivo su derecho a la nacionalidad de otro país.

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- La obligación de conceder la nacionalidad es automática, es decir opera al momento del nacimiento.

o adolescentes migrantes, desde un enfoque de edad, género y diversidad;

### **Protección de las personas apátridas.**

- Los Estados están obligados a verificar la nacionalidad o apatridia de los niños, niñas o adolescentes migrantes no acompañados o separados de sus familias que llegan a sus territorios;
- Si tras una evaluación inicial se determinará que un niño, niña o adolescente puede requerir protección internacional como refugiado o apátrida, las autoridades fronterizas o de protección de la infancia deben referir el caso a las autoridades competentes para determinar su condición de refugiado o apátrida (no refugiado);
- Los Estados deben establecer o fortalecer, según sea el caso, procedimientos de determinación de la apatridia que sean justos y eficiente;
- Los procedimientos de determinación de la apatridia deben considerar las distintas necesidades de protección de los niños, niñas

### **Naturalización.**

- El Estado tiene un amplio margen de discreción para establecer los criterios sustantivos y procedimientos para la naturalización de personas extranjeras. Puede definir la mayor o menor facilidad para naturalizarse, y cambiar, ampliar, o restringir las condiciones, según las circunstancias y su conveniencia. Sin embargo, regulada la naturalización, la adquisición de la nacionalidad por esta vía queda tutelada por la Convención.
- El derecho a la nacionalidad incluye el derecho de toda persona extranjera a naturalizarse, de acuerdo con los criterios sustantivos y procedimiento fijados por el derecho interno del Estado.
- La naturalización, en tanto supone considerar a una persona como extranjera, no es la solución adecuada para resolver un caso de privación arbitraria de la nacionalidad y restituir el derecho a la nacionalidad.

### **Derecho de residencia y expulsión de nacionales.**

- En caso de duda sobre la condición jurídica como nacional o extranjera de una persona que alega la denegación, pérdida o privación arbitraria de su nacionalidad, debe primar la consideración de que es nacional hasta tanto no exista una decisión definitiva al respecto.
- La prohibición de expulsión de nacionales (Art. 22.5) cubre los casos de denegación, pérdida y privación arbitraria de la nacionalidad, aún si la posición de las autoridades es que tales personas son extranjeras.

## **2. Vacíos**

### **Inscripción tardía de nacimientos.**

- Si los Estados están obligados a establecer procedimientos de inscripción tardía de nacimientos que permitan a la persona presentar una solicitud desde un país extranjero, sea en un consulado o embajada o a través de cualquier otro medio electrónico que permita verificar la identidad de la persona, así como la autenticidad

de la documentación presentada y declaraciones formuladas;

### **Otorgamiento de documentación que prueba la nacionalidad.**

- Qué medidas positivas deben adoptar los Estados para facilitar la expedición de documentación que acredite la identidad y nacionalidad de sus nacionales, tanto si se encuentran en su territorio como en el extranjero;

### **Salvaguardas para prevenir la apatridia.**

- Si del derecho a *una* nacionalidad (Art 20.1), leído en conjunto con el Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, emana una obligación para los Estados de: i) conceder su nacionalidad al niño o niña, que de otro modo sería apátrida, nacido en el territorio de un Estado no Parte en la Convención pero de padre o madre nacional de un Estado que sí es Parte, ii) prevenir otros supuestos de apatridia infantil (ej. niños expósitos o nacidos a bordo de buques o aeronaves), a través de la adopción de las medidas tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados;



Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### Protección de personas apátridas no refugiadas.

- Si los Estados están obligados a establecer procedimientos para determinar la apatridia que sean justos y eficientes, a fin de asegurar el efectivo goce y disfrute de los derechos tutelados en la Convención a las personas apátridas mayores de edad;

### Solución de casos de apatridia y privación arbitraria de la nacionalidad.

- Qué consideraciones deben tener en cuenta los Estados que desean adoptar medidas legislativas, administrativas o de otro carácter para asegurar la restitución o la adquisición de la nacionalidad de poblaciones que fueron privadas arbitrariamente de su nacionalidad y/o que permanecen en su propio país como apátridas *in situ* (ej. inexistencia de plazos para presentar una solicitud, salvaguarda de derechos adquiridos, respeto de la identidad individual, carga y mérito de la prueba del nacimiento en el territorio, etc.);

### Otorgamiento de facilidades para la naturalización de personas apátridas y refugiadas apátridas.

- Si el derecho a *una* nacionalidad (Art 20.1) supone para los Estados la obligación de facilitar la naturalización de las personas apátridas y refugiadas apátridas, aún si el país en cuestión no es Estado Parte en la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967, o la Convención de 1954. En caso afirmativo, qué tipo de *exenciones* deben otorgarse (ej. documentación que el solicitante no pueden razonablemente obtener o presentar) y qué tipo de *facilidades* podría concederse (ej. reducción del plazo de residencia)<sup>179</sup>;

### Privación arbitraria de la nacionalidad.

- Si la prohibición de *privación* arbitraria de la nacionalidad (Art. 20.3) incluye: i) la *pérdida* arbitraria de la nacionalidad (*ex lege*), ii) la denegación arbitraria del derecho de *optar* por la nacionalidad o ser *registrado* como nacional del país;

### **Prohibición de expulsión de nacionales.**

- Si la prohibición de expulsión de nacionales (Art. 22.5) incluye una prohibición absoluta de expulsar del territorio a las personas a quienes se denegó o fueron privadas arbitrariamente de su nacionalidad, y qué tipo de medidas positivas deben adoptarse, inclusive en cooperación con otros Estados, para facilitar el retorno al propio país;

### **Enfoque de edad, género y diversidad.**

- En relación a los anteriores puntos, qué consideraciones especia-

les debe tener un Estado, en razón de la edad, género y diversidad de las personas. Así por ejemplo, en lo referido a la situación de niño, niñas y adolescentes -especialmente cuando se encuentran no acompañados o separados de sus familias-, las personas LGTBI y pueblos indígenas o nómades en zonas fronterizas;

### **Declaración Americana.**

- En relación a los puntos 1) a 9), qué obligaciones internacionales emanan para los Estados de la Declaración.

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>1</sup> ACNUR, *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024*, Ginebra, 4 de noviembre de 2014.

<sup>2</sup> *Plan de Acción de Brasil: Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad*, Capítulo Sexto (Programa “Erradicación de la Apatridia”), Brasilia, 3 de diciembre de 2014.

<sup>3</sup> OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), *Promoción y protección de derechos humanos*, 14 de junio de 2016, párr. V.1.

<sup>4</sup> OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), *Promoción y protección de derechos humanos*, 21 de junio de 2017, párr. iii.

<sup>5</sup> El Art. 1.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 define el término “apatrida” como aquella “persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”.

<sup>6</sup> *Declaración de Brasil: Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe*, Brasilia, 3 de diciembre de 2014, pág. 3 (donde se indica que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad, y que la apatridia supone una violación de ese derecho individual cuando la prerrogativa estatal para regular la adquisición, pérdida, renuncia y privación de la nacionalidad en su derecho interno infringe los límites fijados por el derecho internacional”).

<sup>7</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Art. 15; Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Art. 7; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Art. 5.d.iii); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Art. 24.3; Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Art. 9; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), Art. 29; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), Art. 18.

<sup>8</sup> A la fecha, de los 35 Estados Miembros de la OEA, 19 son Estados Partes en la Convención de 1954 y 16 en la Convención de 1961. Tras la aprobación parlamentaria sin reservas de ambas convenciones sobre apatridia, Chile y Haití estaban completando los trámites internos para depositar los instrumentos de adhesión respectivos.

<sup>9</sup> OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, “Actas y Documentos” (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969), pág. 21.

<sup>10</sup> *Ibid.* Informe del Relator de la Comisión I (Materia de la Protección), pág. 301.

<sup>11</sup> Naturalmente, ello no impide que un Estado consagre, como marca la tendencia más reciente, la permisividad de la doble o múltiple nacionalidad en sus constituciones o legislaciones internas, o en los tratados internacionales bilaterales o multilaterales en los que son Partes.

<sup>12</sup> Artículo 4.1. “Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a una persona *que no haya nacido en el territorio de un Estado contratante* y que de otro modo sería apátrida si en el momento del nacimiento del interesado uno de los padres tenía la nacionalidad del primero de esos Estados [cursiva agregada]”.

<sup>13</sup> La nacionalidad que una persona tiene derecho a conservar durante su vida puede o no coincidir con la adquirida al nacimiento, lo importante es que no devenga apátrida.

<sup>14</sup> En la Convención de 1961, el término “pérdida” se refiere al retiro de la nacionalidad de pleno derecho (*ex lege*) y “privación” al retiro de la nacionalidad iniciado por autoridades del Estado. Es decir, cuando el retiro no opera automáticamente sino como resultado de un acto administrativo o judicial. Ver ACNUR, *Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, Ginebra, 2014, nota a pie 17.

<sup>15</sup> Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.

<sup>16</sup> *Ibid.* párr. 32 y 34 *in fine*.

<sup>17</sup> *Ibid.* párr. 35.

<sup>18</sup> *Ibid.* párr. 32 y 33.

<sup>19</sup> *Ibid.* párr. 36.

<sup>20</sup> *Ibid.* párr. 36.

<sup>21</sup> *Ibid.* párr. 34.

<sup>22</sup> *Ibid.* párr. 46.

<sup>23</sup> *Ibid.* párr. 48.

<sup>24</sup> Pérez Pérez, Alberto. Observación del ex Juez de la Corte durante su presentación “*El derecho humano a la nacionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH (Arts. 20.1 y 20.2)*”, III Curso Regional sobre Apatridia del ACNUR, Montevideo, Uruguay, 29 de julio de 2014.

<sup>25</sup> *Ibid.* párr. 38.

<sup>26</sup> La naturalización supone la adquisición de la nacionalidad de un Estado por una persona extranjera (no nacional) que cumple con los criterios sustantivos y procedimentales fijados en su normativa interna. Suele enfatizarse el carácter discrecional de la prerrogativa estatal para conceder o denegar la naturalización, por oposición a los supuestos donde la adquisición de la nacionalidad opera en forma automática (*ex lege*). En este último caso, no existe un acto administrativo o judicial de concesión de la nacionalidad, sino que se adquiere de pleno derecho por imperio de la ley (ej. por el simple nacimiento en el territorio).

<sup>27</sup> *Ibid.* párr. 42.

<sup>28</sup> *Ibid.* párr. 42.

<sup>29</sup> *Ibid.* párr. 48.

<sup>30</sup> El texto de ambas convenciones es idéntico en lo relativo a las facilidades para la naturalización “Los Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización (...) Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible los derechos y gastos de los trámites”. El fundamento de estas facilidades se basa en el hecho que, frecuentemente, una persona apátrida no puede presentar a las autoridades del país donde busca naturalizarse, los documentos que las leyes suelen exigir a los extranjeros en general (ej. pasaporte nacional, certificado de nacimiento, certificado de carencia de antecedentes criminales, etc.). La adquisición de una nacionalidad es la única solución duradera posible para las personas apátridas no refugiadas. El exceso de requisitos sustantivos, como un prolongado plazo de residencia, o exigencias de documentación que obstaculicen la naturalización podrían impedir el acceso a la nacionalidad como solución al problema de la apatridia.

<sup>31</sup> Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52.

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>32</sup> *Ibid.* párr. 103.

<sup>33</sup> *Ibid.* párr. 99-101.

<sup>34</sup> *Ibid.* párr. 102.

<sup>35</sup> Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74.

<sup>36</sup> Luego que la Corte emitiera su sentencia en el caso Ivcher Bronstein, el 6 de febrero de 2001, el Congreso de Perú sancionó la ley 27532, el 16 de octubre de 2001. Su Art. 1 modificó el Art. 7° de la Ley N° 26574 para dejar claro que, como principio, la nacionalidad peruana *no se pierde*, salvo por renuncia expresa ante *autoridad peruana*. Hasta entonces, la ley establecía que la nacionalidad peruana “*se pierde*”, por renuncia expresa ante *autoridad competente*. Por otro lado, el Art. 2 de la ley 27532 derogó los Arts. 12, 13, 15 y 27 del Decreto Supremo N° 004-97-IN (1997). El Art. 12 de dicha norma establecía que la naturalización podía ser cancelada, entre otras causales, por los delitos contra el Estado, la defensa nacional, la seguridad pública, el terrorismo, la traición a la Patria, razones de interés público o interés nacional. El Art. 15, a su turno, facultaba al Presidente a “conceder, denegar o cancelar la naturalización sin expresión de causa, cuando así lo exija la seguridad nacional”.

<sup>37</sup> *Caso Ivcher Bronstein*, párr. 94 y nota a pie 82.

<sup>38</sup> Israel, *Ley de Nacionalidad*, 5712-1952, 14 de julio de 1953, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b4ec20.html> [accedido en 30 de enero de 2017]. Conforme a la sección 10 (e), la renuncia debe ser presentada ante la autoridad competente israelí, es decir, no ante una autoridad extranjera. Además, para producir efectos jurídicos debe ser aceptada por dicha autoridad.

<sup>39</sup> *Ibid.* párr. 86-89.

<sup>40</sup> *Ibid.* párr. 90.

<sup>41</sup> *Ibid.* párr. 97.

<sup>42</sup> *Ibid.* párr. 102 y 104, citando el *caso del Tribunal Constitucional*, 31 de enero de 2001, serie C No. 71, párr. 69-71.

<sup>43</sup> *Ibid.* párr. 106-109.

<sup>44</sup> *Ibid.* párr. 171.

<sup>45</sup> En general, la privación de la nacionalidad que deriva en apatridia es considerada arbitraria. La Corte no abordó esta cuestión en su análisis del caso pues como se dijo, presumiblemente el señor Ivcher no devino apátrida.

<sup>46</sup> Declaración, Artículo XIX. “Derecho de nacionalidad. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”.

<sup>47</sup> En otros países también llamada “carta de ciudadanía”.

<sup>48</sup> Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130.

<sup>49</sup> *Ibid.* párr. 152.

<sup>50</sup> *Ibid.* párr. 121.

<sup>51</sup> *Ibid.* párr. 163.

<sup>52</sup> *Ibid.* párr. 147.

<sup>53</sup> *Ibid.* párr. 206.

<sup>54</sup> *Ibid.* párr. 174.

<sup>55</sup> *Ibid.* párr. 140.

<sup>56</sup> *Ibid.* párr. 141.

<sup>57</sup> *Ibid.* párr. 142.

<sup>58</sup> *Ibid.* párr. 156.

<sup>59</sup> *Ibid.* párr. 157.

<sup>60</sup> *Ibid.* párr. 166.

<sup>61</sup> *Ibid.* párr. 171.

<sup>62</sup> *Ibid.* párr. 191.

<sup>63</sup> *Ibid.* párr. 173.

<sup>64</sup> Corte IDH, *caso Bámaca Velásquez*, 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179.

<sup>65</sup> Caso de las Niñas Yean y Bosico, *op.cit.* párr. 176.

<sup>66</sup> *Ibid.* párr. 179.

<sup>67</sup> *Ibid.* párr. 178.

<sup>68</sup> *Ibid.* párr. 180.

<sup>69</sup> *Ibid.* párr. 190.

<sup>70</sup> *Ibid.* párr. 192.

<sup>71</sup> *Ibid.* párr. 165.

<sup>72</sup> *Ibid.* párr. 182.

<sup>73</sup> *Ibid.* párr. 184.

<sup>74</sup> *Ibid.* párr. 186.

<sup>75</sup> *Ibid.* párr. 135.

<sup>76</sup> *Ibid.* párr. 134.

<sup>77</sup> *Ibid.* párr. 205-206 y 227-228.

<sup>78</sup> *Ibid.* párr. 243.

<sup>79</sup> *Ibid.* párr. 241.

<sup>80</sup> *Ibid.* párr. 239.

<sup>81</sup> *Ibid.* párr. 240.

<sup>82</sup> ACNUR, *Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, Ginebra, 2014, párr. 7. Una definición funcional del “apátridas de facto” indica que son personas fuera del país de su nacionalidad que no pueden o, por razones válidas, no están dispuestos a acogerse a la protección de ese país. La protección, en este sentido, se refiere a la protección diplomática, a la asistencia consular a la asistencia general, incluso en relación al apoyo para el regreso al país de la nacionalidad. *Manual, op. cit.* Nota a pie 4.

<sup>83</sup> *Ibid.* párr. 7.

<sup>84</sup> *Ibid.* párr. 156.

<sup>85</sup> Como señala el ACNUR, aunque la apatridia puede darse en contextos migratorios, la mayoría de las personas apátridas nunca han cruzado una frontera y se encuentran en su propio país. Esto significa que su situación de apatridia existe *in situ*, es decir en el país de su residencia de larga duración o en el país de su nacimiento. ACNUR, *Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, Ginebra, 2014, párr. 1.

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>86</sup> *Ibid.* párr. 136, citando el Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala), Corte Internacional de Justicia, 6 de abril de 1955, ICJ Reports 1955, pág. 23.

<sup>87</sup> Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondos y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 2 y 3.d).

<sup>88</sup> *Ibid.* párr. 103.

<sup>89</sup> *Ibid.* párr. 104.

<sup>90</sup> *Ibid.* párr. 28 y 31.

<sup>91</sup> *Ibid.* párr. 120.

<sup>92</sup> *Ibid.* párr. 121.

<sup>93</sup> *Ibid.* párr. 122.

<sup>94</sup> *Ibid.* párr. 131.

<sup>95</sup> *Ibid.* párr. 132.

<sup>96</sup> *Ibid.* párr. 128.

<sup>97</sup> *Ibid.* párr. 128.

<sup>98</sup> *Ibid.* párr. 312.3.

<sup>99</sup> *Ibid.* párr. 312.8-17.

<sup>100</sup> Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), “Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas”, 24 de abril de 2010, <http://corteidh.or.cr/docs/casos/Gelman/esap.pdf> ; “Caso CDH - Gelman vs. Uruguay. Alegatos finales escritos”, 10 de diciembre de 2010, <http://corteidh.or.cr/docs/casos/Gelman/alefrep.pdf>.

<sup>101</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruret Agoyena (Caso 12.607) contra la República Oriental del Uruguay”, 21 de enero de 2010, <http://corteidh.or.cr/docs/casos/Gelman/demanda.pdf>; “Observaciones Finales Escritas, Caso 12.607, Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman Iruretagoyena, Uruguay”, 10 de diciembre de 2010, <http://corteidh.or.cr/docs/casos/Gelman/alefcom.pdf>

<sup>102</sup> *Cf.* Art. 25.4) de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

<sup>103</sup> Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

<sup>104</sup> *Ibid.* párr. 3.

<sup>105</sup> *Ibid.* párr. 37.

<sup>106</sup> *Ibid.* párr. 49.

<sup>107</sup> *Ibid.* párr. 57.

<sup>108</sup> *Ibid.* párr. 57 y su nota a pie donde se cita al Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No 6 (2005). Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, 1 de septiembre de 2005, párr. 12.

<sup>109</sup> *Ibid.* nota al pie 127.

<sup>110</sup> *Ibid.* párr. 83.

<sup>111</sup> *Ibid.* párr. 86.

<sup>112</sup> *Ibid.* párr. 94.



<sup>113</sup> ACNUR, *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, HCR/GS/12/02, 5 de abril de 2012.

<sup>114</sup> *Ibid.* nota a pie 169.

<sup>115</sup> *Ibid.* párr. 96.

<sup>116</sup> El Art. 22.8 de la Convención dispone que “[e]n ningún caso el *extranjero* puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas [cursiva agregada]”.

<sup>117</sup> *Ibid.* párr. 218.

<sup>118</sup> El Art. 22.5 de la Convención establece que “[n]adie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.

<sup>119</sup> *Ibid.* párr. 218.

<sup>120</sup> Asamblea General OEA, “Promoción y protección de derechos humanos”, Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) (2016); “Promoción y protección de derechos humanos”, Resolución AG/RES. 2908 (XLVII-O/17) (2017).

<sup>121</sup> ACNUR, *Borrador de Artículos sobre Protección y Facilidades para la Naturalización de las Personas Apátridas* (San José, Costa Rica, febrero de 2017), <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11167>.

<sup>122</sup> Aunque inicialmente el mandato del ACNUR se limitaba a las personas refugiadas apátridas, según lo establecido en el párrafo 6 (A) (II) del Estatuto del ACNUR y en el artículo 1 (A) (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, sus competencias se fueron ampliando. Así, para llevar a cabo las funciones previstas en los artículos 11 y 20 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, el mandato del ACNUR se amplió para incluir a las personas comprendidas en los términos de dicha Convención según las Resoluciones de la Asamblea General 3274 (XXIX) de 1974 y 31/36 de 1976. Asimismo, al ACNUR le fueron conferidas responsabilidades con relación a las personas apátridas en general bajo la Conclusión 78 del Comité Ejecutivo del ACNUR, la cual fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 50/152 de 1995. Posteriormente, en su Resolución 61/137 de 2006, la Asamblea General respaldó la Conclusión del Comité Ejecutivo 106, que establece cuatro grandes áreas de responsabilidades del ACNUR: la identificación, prevención y reducción de la apatridia, y la protección de las personas apátridas.

<sup>123</sup> *Ibid.* párr. 100.

<sup>124</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

<sup>125</sup> ACNUR, *Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954* (2014), párr. 37 (“[c]uando las autoridades competentes tratan a un individuo como no nacional, aunque esta persona parezca cumplir los criterios para la adquisición automática de la nacionalidad, conforme a la legislación del país, es la posición de ellos más que la letra de la ley, la que determina en conclusión que un Estado no considere a ese individuo como nacional”). Ver también párr. 99 (“Es la posición subjetiva del otro Estado, que es vital en la determinación de si un individuo es su nacional para los efectos de la definición de una persona apatridia”).

Juan Ignacio Mondelli

## Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>126</sup> OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Actas y Documentos*, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, pág. 21.

<sup>127</sup> *Ibid.* Acta de la duodécima sesión de la Comisión I (versión resumida), 15 de noviembre de 1969, pág. 246.

<sup>128</sup> OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, “Actas y Documentos” (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969), Informe del Relator de la Comisión I (Materia de la Protección), pág. 301-302.

<sup>129</sup> OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, “Actas y Documentos” (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969), Artículos 1 al 33 de la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos Estudiados por la Comisión I (revisados por la Comisión de Estilo), pág. 317.

<sup>130</sup> Comité de los Derechos del Niño, “Libertad de circulación (artículo 12). Comentario general No. 27”, el 1 de noviembre de 1999, párr. 20 (donde el Comité dice que “[e]n la redacción del párrafo 4 del artículo 12 no se hace diferencia entre nacionales y extranjeros (“nadie”). Así pues, los titulares de ese derecho sólo pueden determinarse interpretando las palabras “su propio país”. El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia”).

<sup>131</sup> Amnesty International, “Bahrain: Government expels citizens after having revoked their nationality”, 31 de enero de 2018, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/01/bahrain-government-expels-citizens-after-having-revoked-their-nationality/>.

<sup>132</sup> *Ibid.* párr. 199-224.

<sup>133</sup> *Ibid.* párr. 226.

<sup>134</sup> *Ibid.* párr. 173-4.

<sup>135</sup> *Ibid.* párr. 175-6.

<sup>136</sup> *Ibid.* párr. 253-257.

<sup>137</sup> *Ibid.* párr. 262-264.

<sup>138</sup> *Ibid.* párr. 278.

<sup>139</sup> *Ibid.* párr. 293.

<sup>140</sup> *Ibid.* párr. 294 y nota a pie 342, citando el caso *Yean y Bosico*, párr. 157.

<sup>141</sup> *Ibid.* párr. 258-61.

<sup>142</sup> *Ibid.* párr. 298 *in fine*.

<sup>143</sup> *Ibid.* párr. 295.

<sup>144</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Observación General 17. Los derechos del niño (Artículo 24)*, 4 de julio de 1989, párr. 8.

<sup>145</sup> Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

<sup>146</sup> *Ibid.* párr. 258.

<sup>147</sup> *Ibid.* párr. 259.

<sup>148</sup> ACNUR, *Directrices sobre la Apatridia No. 4: Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961*, 21 de diciembre de 2012, párr. 25.

<sup>149</sup> *Ibid.* párr. 261.

<sup>150</sup> *Ibid.* párr. 25-26, citado por la Corte como párr. 26-27.

<sup>151</sup> ACNUR, *Directrices sobre la Apatridia No. 4*, párr. 25.

<sup>152</sup> Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas, op. cit., nota a pie 298.

<sup>153</sup> *Ibid.* párr. 296.

<sup>154</sup> *Ibid.* párr. 297.

<sup>155</sup> *Ibid.* párr. 274

<sup>156</sup> *Ibid.* párr. 276.

<sup>157</sup> *Ibid.* párr. 279.

<sup>158</sup> *Ibid.* párr. 289.

<sup>159</sup> *Ibid.* párr. 290.

<sup>160</sup> *Ibid.* párr. 291.

<sup>161</sup> *Ibid.* párr. 292.

<sup>162</sup> *Ibid.* párr. 314-5.

<sup>163</sup> *Ibid.* párr. 316.

<sup>164</sup> *Ibid.* párr. 317.

<sup>165</sup> *Ibid.* párr. 318.

<sup>166</sup> *Ibid.* párr. 323-4.

<sup>167</sup> *Ibid.* párr. 265.

<sup>168</sup> *Ibid.* párr. 266.

<sup>169</sup> “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”.

<sup>170</sup> *Ibid.* párr. 387.

<sup>171</sup> *Ibid.* párr. 388.

<sup>172</sup> *Ibid.* párr. 452.

<sup>173</sup> *Ibid.* párr. 453 y 468.

<sup>174</sup> *Ibid.* párr. 469-70.

<sup>175</sup> ACNUR, *Manual*, párr. 23 (“Establecer si un individuo no es considerado como nacional suyo conforme a su legislación, requiere un análisis cuidadoso de cómo un Estado aplica sus leyes de nacionalidad a un caso individual en la práctica y las decisiones de revisión/apelación que pueden haber tenido un impacto en la condición del individuo. Este es un asunto mixto de hecho y de derecho”).

**Juan Ignacio Mondelli**

## **Nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Inter- americana de Derechos Humanos**

<sup>176</sup> ACNUR, *Manual*, párr. 37 (“Cuando las autoridades competentes tratan a un individuo como no nacional, aunque esta persona parezca cumplir los criterios para la adquisición automática de la nacionalidad, conforme a la legislación del país, es la posición de ellos más que la letra de la ley, la que determina en conclusión que un Estado no considere a ese individuo como nacional. Este escenario se presenta con frecuencia cuando la discriminación contra un grupo particular está muy extendida en los departamentos de gobierno o cuando en la práctica, la ley que rige la adquisición automática al nacer es sistemáticamente ignorada y los individuos están obligados a probar vínculos adicionales a un Estado”).

<sup>177</sup> ACNUR, *Directrices sobre la Apatridia No. 4: Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961*, diciembre de 2012, párr. 12 y 36.

<sup>178</sup> OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), párr. V.3; y Resolución AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), párr. iii.3.

<sup>179</sup> Ver ACNUR, *Borrador de Artículos sobre Protección y Facilidades para la Naturalización de las Personas Apátridas*, Costa Rica, Febrero de 2017, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11167> (donde se incluye un capítulo sobre facilidades para la naturalización).

## Sobre el autor

### Juan Ignacio Mondelli



Juan Ignacio Mondelli es Oficial Regional de Protección (Apatridia) en el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), desempeñándose en la Unidad Legal Regional para las Américas desde San José, Costa Rica.

Previo a este nombramiento, ejerció el cargo de Oficial Nacional de Protección de la Oficina Regional del ACNUR para el sur de América Latina durante una década.

Ha participado en diversos foros y conferencias a nivel internacional

sobre el tema de la apatridia y ha dictado clases en el Curso de Derecho Internacional de la OEA.

Mondelli es abogado, graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con la orientación de derecho público (sub orientaciones en derecho internacional y derecho administrativo). Posteriormente, obtuvo una maestría en derecho (LLM) en la Southwestern Law School en Los Angeles, California, como becario Fulbright – Siderman.

## Summary

- I.** *Introduction;*
- II.** *Two Centuries of Mischief;*
- III.** *Towards Universal Solutions:  
The Hague Principles;*
- IV.** *The Paraguayan Example;*
- V.** *What Now in the Americas?;*
- VI.** *Conclusion*



**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

# **The Hague Principles, the OAS Guide and the New Paraguayan Law on International Contracts<sup>1</sup>**

## **I. Introduction**

Countless transactions flow daily boosting worldwide commerce through international contracting. A central issue regarding them relates to applicable law. Inconceivably, this matter lags appropriate regulation. Only Europe has managed to advance a regional document, currently in vigor in most of the countries of the Union. The Americas, in turn, proposed in recent decades a praised regulation, which failed in attracting a substantial number of ratifying countries. The situation worsens in other regions, where no initiatives have come to fruition.

This scenario can change dramatically after the formal approval, in 2015, of a global instrument on applicable law in international contracting advanced by the Hague Conference on Private International Law, undisputedly the most prestigious global codifying organization of the field in the world. Paraguay has been the first country to

implement its solutions via legislation, and currently, the Organization of American States (OAS) is preparing a Guide which expectedly will make conditions ripe for reforms in the same direction in other countries of the continent.

After a short historical note, this presentation will describe these recent developments and argue how they can inspire legal reform efforts in other regions and countries of the world.

## **II. Two Centuries of Mischief**

As an unfortunate legacy of developments that unfolded during the nineteenth century, choice of law in international contracts has become a chaos, characterized by conflicting solutions around the world.

Nationalistic movements in Europe and the Americas laid to rest the idea of a universal law and took a direction far from what had been enshrined in



the medieval-consolidated *ius commune* and *lex mercatoria*. Throughout civil law jurisdictions, nation-states sanctioned civil and commercial codes, while common law jurisdictions furthered their own national precedent-based laws. This, in turn, provided impetus for the development of private international law as a discipline destined to solve the puzzle of *conflict of laws* in times when national solutions that attempted to address the problem were alarmingly contradictory.<sup>2</sup> Place of execution, place of performance and other formulas were proposed to solve, for instance, matters regarding the law applicable to international contracts.

---

“Nationalistic movements in Europe and the Americas laid to rest the idea of a universal law and took a direction far from what had been enshrined in the medieval-consolidated *ius commune* and *lex mercatoria*. ”

---

The German jurist Savigny was very influential in the mid-nineteenth century with his idea of unifying these formulas in an international treaty

that would bind all ratifying nations.<sup>3</sup> This proposal led to the inauguration of a Hague Conference on Private International Law in 1893 under the leadership of the Dutch jurist Asser.<sup>4</sup> However, more than a hundred years would pass before the Hague Conference - converted into a permanent body in 1955 - would address the issue of choice of law in international contracts.

In the meantime, the Americas took the lead. One of the Montevideo Treaties of 1889, signed in the city so-named, specifically addresses the issue of choice of law, albeit with highly controversial solutions regarding absence of choice and silence in relation to party autonomy.<sup>5</sup> These early Montevideo treaties remain binding on Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Peru and Uruguay. In 1940, new treaties were signed in Montevideo (ratified by only Argentina, Paraguay and Uruguay) that reaffirmed the earlier solutions regarding absence of choice of law and a general rule - with exceptions - of the applicability of the law of *the place of performance*. Furthermore, these later treaties provided that each state should determine for itself the acceptance - or not - of the principle of party autonomy, an issue that, in

**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

## **The Hague Principles, the OAS Guide and the New Paraguayan Law on International Contracts**



the absence of clear provisions to that effect in domestic legislation, became very controversial in Brazil<sup>6</sup>, Paraguay<sup>7</sup> and Uruguay<sup>8</sup>.

Many other states in the continent, such as Brazil, Chile and Venezuela, did not incorporate the Montevideo Treaties, but instead ratified the so-called Bustamante Code of 1928 which was adopted as a result of the Sixth Pan-American Conference that took place in La Habana, Cuba, in 1928. This Code offers a different solution in the absence of choice of law, namely, that the law of *the place of execution* shall be applicable; it has also raised many questions as to whether or not party autonomy is endorsed.

By the mid-twentieth century, there was a general feeling that the above-mentioned documents adopted in the Americas were highly unsatisfactory, firstly, due to the questionable solutions they proposed, and secondly, because of the divergences among

them. To make matters worse, there were states in the continent that had not ratified any of these instruments, notably, from the common law world.

The establishment of the OAS in 1948 spawned strong hopes that the situation finally would be resolved. After careful evaluation, the OAS decided against the notion of developing a general code such as Bustamante's, but instead, to work towards *gradual* codification of particular topics in the field of private international law.<sup>9</sup>

---

“After careful evaluation, the OAS decided against the notion of developing a general code such as Bustamante's, but instead, to work towards gradual codification of particular topics in the field of private international law.”

---

This idea started fruition in 1975 with the first Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP) that had been convened to adopt certain instruments in topics such as arbitration and commercial law, among others. To date, seven CIDIPs have been convened that have resulted in the adoption of twenty six international instruments (including conventions, protocols, uniform documents and model laws).<sup>10</sup>

It was not until CIDIP V took place in Mexico City in 1994 that the issue of choice of law in international contracts was addressed. The resulting instrument is the *Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts*, commonly known as the “Mexico Convention.” It clearly recognizes party autonomy and in the absence of choice, adopts the formula of “the closest connection”, which can lead either to the application of national law or non-State law<sup>11</sup>.

Even though it was welcomed by relevant legal scholars,<sup>12</sup> the Mexico Convention itself has so far only been ratified by Mexico and Venezuela, unlike other continental instruments which enjoy widespread reception. Speculation is rife as to why the Convention was not ratified by more

countries. Some writers state that the legal establishment in the region was not sufficiently prepared to receive its solutions,<sup>13</sup> or that perhaps there was ignorance of other modalities for its reception besides ratification. Regarding the latter, an alternative would be, for instance, simply copying its provisions into a national law on the matter, as done for instance in Venezuela.<sup>14</sup>

The comparable European instrument on choice of law, known as the *Rome Convention of 1980*<sup>15</sup>, has enjoyed a different fate. This document was adopted by several European states and, in 2008, was converted into a European Regulation which made it applicable - initially with some exceptions - to the whole of the European Union. The Rome instrument - just as the Mexico Convention - settles the issue in favor of party autonomy. In the absence of choice, the European regulation adopts controversial solutions in favor of the place of characteristic performance<sup>16</sup>. Direct applicability of Non-State law is discarded in the Rome instrument. It can only be incorporated by reference in the contract<sup>17</sup>.

The Rome Convention became relevant not only because of its adoption

**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

## **The Hague Principles, the OAS Guide and the New Paraguayan Law on International Contracts**



by the European block, but also due to its influence in the drafting of the Mexico Convention in the Americas and, more recently, in the preparation of an instrument that addresses the issue on a global scale.

### **III. Towards Universal Solutions: The Hague Principles**

Success of the Rome Convention led the Hague Conference on Private International Law to undertake feasibility studies in the early 1980s regarding the possible adoption of a similar instrument on a global scale. This endeavor was discarded after considering the difficulties of obtaining massive ratification of the proposed instrument, lack of which would make the endeavor a failure.<sup>18</sup> However, in recent years the matter was resumed and feasibility studies that took place between 2005 and 2009 indicated that perhaps a different type of instrument could prove successful and effective.<sup>19</sup>

Accordingly, a Working Group was convened in 2010<sup>20</sup>, which advanced the idea that rather than targeting adoption of a treaty or “hard law” instrument, to develop instead a “soft law” document, inspired as to drafting technique by the highly-praised UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles address substantive law issues while the Hague Principles - as they are commonly known - are limited to choice of law issues, specifically in relation to party autonomy.

---

“The UNIDROIT Principles address substantive law issues while the Hague Principles - as they are commonly known - are limited to choice of law issues, specifically in relation to party autonomy.”

---

Absence of choice is not addressed, perhaps because this would have made the project too ambitious, and perhaps also because it makes little sense to regulate these issues in a “soft law” instrument<sup>21</sup>. Given that the Hague Principles - just as the UNIDROIT Principles - are not intended to be formally adopted by states, their applicability will normally derive as a result of their having been selected by the parties in the exercise of party autonomy.

Of course, additional uses are also envisaged for the Hague Principles, notably as an interpretative tool for judges and arbitrators and as a model for legislators.

#### **IV. The Paraguayan Example**

The Paraguayan Law on international contracts is in vigour since January 2015<sup>22</sup>. The law comprises 19 Articles. Its first part, regarding choice-of-law, basically reproduces the Hague Principles, with minor modifications<sup>23</sup>. The following provisions mostly deal with the applicable law in the absence of choice, replicating almost literally the Mexico Convention of 1994<sup>24</sup>. Finally, the Law incorporates norms regarding public policy in line with the Hague Principles<sup>25</sup> and derogations.<sup>26</sup>

The Statement of Motives of the Paraguayan law notes that after possessing one of the most antique regimes of the world in matters of cross-border contracting, Paraguayan legislation becomes forward-looking and could even inspire other texts that might be adopted elsewhere in the world, given that it sets a path showing how actually to embody the Hague Principles in a national legislative text<sup>27</sup>.

Some highlighting features of the Paraguayan enactment are the following: In line with the Hague instrument, the party autonomy principle is amply admitted<sup>28</sup>. In Paraguay, scholarly opinions were divided regarding the solution adopted by the Civil Code<sup>29</sup> until recently, when the Supreme Court decided in favor of party autonomy.<sup>30</sup> However, Paraguay is a civil law system country and precedent does not have the same binding effect that it has in common law jurisdictions. The need for a law to settle this issue was pressing.

Broad acceptance of party autonomy in the new Paraguayan law is reflected, for instance, in that no connection is required between the law chosen and the parties or their transaction. This is still a requirement in some systems, such as the US in its Restatement

**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

## **The Hague Principles, the OAS Guide and the New Paraguayan Law on International Contracts**

(Second) of Conflict of Laws, Article 187(2)(a).<sup>31</sup> However, there exists a tendency towards its abandonment, as reflected in recent international instruments<sup>32</sup>, among them Rome I<sup>33</sup>, the Mexico Convention and the Hague Principles.<sup>34</sup>

Party autonomy is recognized to a maximum extent in the Paraguayan enactment when granting formal status to non-State law, becoming the first law in the world to do so openly, for the purpose of court proceedings<sup>35</sup>. This solution levels “the playing field” between arbitration and litigation, at least in countries that have adopted the UNCITRAL Model Law<sup>36</sup>. It is no longer necessary to include an arbitral clause to assure that the choice of non-State law will be respected.

The Paraguayan law also includes other forward-looking provisions included in the Hague instrument. For instance, choice of law is not in principle subject to any requirement of form<sup>37</sup>. Thus, the agreement on choice of law can be oral or made via electronic communication. Also, the choice of law clause is considered independent from the contract containing it<sup>38</sup>. This separability principle is aligned with Rome I, and in jurisdictional issues with the Hague Choice of Court Convention

of 2005,<sup>39</sup> as well as, in arbitration, with the UNCITRAL Model Law<sup>40</sup>. The Paraguayan Law also transcribes the innovative provision of the Hague Principles providing for solutions regarding conflicting standard terms<sup>41</sup>.

In absence of choice, the law follows the solution of the closest connection contained in the Mexico Convention<sup>42</sup>, and discards the previous highly-criticized solution of the “place of performance” followed by the Montevideo Treaties, ratified by Paraguay and also adopted by the national Civil Code.<sup>43</sup> Since in the Paraguayan enactment the term Law is equated to Non-State law, if adjudicators find that transnational rules are more appropriate and thus more closely connected to the case than national law, they will apply them directly.<sup>44</sup>

---

“Since in the Paraguayan enactment the term Law is equated to Non-State law, if adjudicators find that transnational rules are more appropriate and thus more closely connected to the case than national law, they will apply them directly.”

---



Under the title “equitable harmonization of interests”, Article 12 of the Paraguayan Law copies Article 10 of the Mexico Convention. Accordingly, it states the following: “In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usages and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.” This equitable or corrective formula will apply both when the law was chosen and in the absence of choice.

In the Americas, a similar corrective formula has been accepted for many years through Article 9 of the 1979 OAS Inter-American Convention on General Rules of Private International Law, ratified by several countries in the region.<sup>45</sup> In the arbitral world, Article 28(4) of the UNCITRAL Model Law, copied in many arbitral regulations in the Americas, also includes a corrective formula.<sup>46</sup>

Regarding the highly-contested notion of public policy, as do the Hague Principles, the Paraguayan Law attempts to clarify this mess and to simplify the terminology.<sup>47</sup> In relation to the so-called *lois de police*, it states that the parties’ choice of law does not forbid the

judge to apply the mandatory norms of Paraguayan Law which, according to the latter, should prevail even in the presence of a choice of foreign law. The judge may or may not take into consideration the mandatory norms of other States closely connected with the case, taking into account the consequences of its application<sup>48</sup>. In relation to public policy as a defensive mechanism, the judge may exclude the application of a provision of the law applicable if and to the extent that the result would be manifestly incompatible with the notion.<sup>49</sup>

In a balance, Paraguayans need no longer be ashamed. After suffering one of the more anachronistic regimes in the world in the field of international contracting, they are now reaping the benefits of an apt regulation. The Hague Principles have given the world a formidable model upon which to craft legislation. Paraguay has taken advantage of this with its new Law. Hopefully, other countries will soon follow suit.

## V. What Now in the Americas?

The Hague Principles were highly influenced by solutions proposed by both the Rome Convention and the



**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

## **The Hague Principles, the OAS Guide and the New Paraguayan Law on International Contracts**

Mexico Convention. More than twenty years have passed since the approval of the Inter-American instrument and, of course, the Hague Principles also incorporated subsequent developments that paved the way for solutions to some new issues, such as, for instance, severability of the choice of law clause from the main contract. Furthermore, this soft law instrument has been better able to solve issues that, in the development of the Mexico Convention had been subject to compromise solutions due to the complexity of negotiations that lead to adoption of a treaty; this is particularly so regarding non-state law.

Now, what's next for the Americas? Will the region insist on the ratification of the Mexico Convention? Should the Convention be amended, taking into consideration new developments? Perhaps a model law should be prepared? The latter question has gained particular momentum after the enactment of the new Paraguayan law on international contracts.

Recently, the Inter-American Juridical Committee of the OAS analyzed all these alternatives after circulating a questionnaire to OAS Member States and prominent private international law specialists. Responses reflect the

perception that, evidently, the Hague Principles have gone further than the Mexico Convention and its provisions could serve to amend the Inter-American document.<sup>50</sup>

However, considering that the Mexico Convention which dates from 1994 has received only two ratifications, the real question is whether a process leading to a new revised convention would be worth the effort. One possible answer is that such a revised document may be much better received by the legal community within the Americas and also that this may provide an opportunity to correct the English translation of the original instrument, which has been criticized by anglo-speaking jurists.

---

“Considering that the Mexico Convention which dates from 1994 has received only two ratifications, the real question is whether a process leading to a new revised convention would be worth the effort.”

---

But the process of negotiating and approving a convention is very complicated and costly, while other kinds of

instruments - such as model laws and legislative guides - have proven to be highly effective means to harmonize private international law solutions. Ultimately, it would be far more effective for Latin American states to adopt national laws in accordance with best practices endorsed by the OAS and by the Hague Conference, applicable to all international transactions, rather than to promote the adoption of treaties like the Mexico Convention and its eventual amendment, which would only affect contracting parties in ratifying states.

So, a model law or a legislative guide may be a good idea. But why just a *legislative* guide? Why not a guide that could also be useful to judges, arbitrators, contracting parties and academics? In response, the Inter-American Juridical Committee has entrusted one of its members to draft a guide on the law applicable to international contracts with support from the OAS Department of International Law<sup>51</sup>. This guide will later be subject to formal approval by the Committee as a whole.

This proposal combines the best of all worlds: Firstly, the guide will serve as an instrument that will educate. This is not a minor thing, considering that

one of the reasons why the Mexico Convention has met strong resistance is attributed to misinformation as to its content and implications. A guide can overcome this obstacle.

Secondly, the guide will be a tool available to legislators that takes into account recent developments enshrined in the Hague Principles and that also covers matters not addressed therein but that were regulated in the Mexico Convention, specifically regarding absence of choice.

Thirdly, the guide can take advantage of the fact that UNIDROIT, UNCITRAL and The Hague Conference are envisaging the drafting of a document explaining the interplay between the UNIDROIT Principles, the Vienna Convention on Sales and The Hague Principles. Reference to this interplay can be made, in turn, at the OAS document.

Finally, the guide could be a powerful *interpretative* tool in the hands of judges, arbitrators and parties, considering the alarming uncertainties that still persist in the subject of international contracting. The instrument will illuminate solutions based on common-sense and highly debated that are contained in both the Hague Principles and the

**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

## **The Hague Principles, the OAS Guide and the New Paraguayan Law on International Contracts**

Mexico Convention, explaining their intricacies and comparing them, when appropriate, with the response of other instruments such as the Rome I Regulation.

### **VI. Conclusion**

Two recent developments are key for the future of international contracting regulation in the Americas: the adoption of the Hague Principles and the enactment of the new Paraguayan law

on international contracts. The latter serves as a model of how the Principles can be incorporated into national legislation. Driven by these accomplishments, the OAS is preparing its *Guide for the Americas on the Law Applicable to International Contracts*. Perhaps the new Paraguayan law, together with the Inter-American guide –that will develop intricacies of choices available to regulators–, can pave the way and ease reformist efforts in the Americas and other regions of the world.

<sup>1</sup> This presentation is drawn upon the papers prepared for the “Global Forum on Private International Law China” (Wuhan, China, September of 2017), organized by the China Society of Private International Law with the support of the Hague Conference on International Private Law; and for the Congress “Towards a Global Framework for International Commercial Transactions” (Lucerne, Switzerland, September, 2016), organized by the University of Lucerne and the the Hague Conference on International Private Law. It also excerpts material included in the following article: Moreno Rodríguez, José Antonio, *The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past?* (2016). *Eppur si muove: The Age of Uniform Law - Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, VOLUME 2, ISBN: 978 88 86 44 93 66 . Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2958771>

<sup>2</sup> In fact, the discipline stands as an independent branch just since the XIX century (G. Kegel, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 3, *Fundamental Approaches*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck)/ Tübingen/ and Martinus Nijhoff Publishers/ Dordrecht/ Boston/ Lancaster, 1986, p. 5).

<sup>3</sup> M. F. C. de Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*, Tomo Sexto, Segunda Edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid, p. 137.

<sup>4</sup> In 1881, the Italian jurist and politician Mancini tried to move forward a conference on Private International Law, which did not happen. The initiative was resumed by the Dutch jurist Asser, and under his influence his countries’ government invited European States to a conference regarding international codification in the field in 1892 (M. Wolff, *Derecho Internacional Privado*, Traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Editorial Bosch, 1958, p. 44). This constitutes the genesis of the Conference on International Private Law.

<sup>5</sup> Regarding critics, see, for example, D. Hargain/ G. Mihali, *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*, Montevideo/ Buenos Aires, Julio César Faura Editor, 1993, p. 31, p. 39. On the issue of the autonomy of the will in the Treaties of 1889, see in: R. Santos Belandro, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 55-56.

<sup>6</sup> N. de Araújo, *Contratos Internacionais*, 2ª Ed., Río de Janeiro, Librería e Editora Renovar Ltda., 2000, pp. 320-324.

<sup>7</sup> See my article on “Autonomía de la Voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo”, in the book *Homenaje a Tatiana Maekelt*, CEDEP, Asunción, 2010, pp. 409 y siguientes.

<sup>8</sup> Can be seen in total account in: C. Fresnedo de Aguirre, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991. Currently, there is an important shift on this topic, analyzing in a broader perspective in the following excellent work: D. Operti Badán, “El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año VI, N° 6, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

<sup>9</sup> See, for example, in: J-M. Arrighi, “El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, Argentina, organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2001.; E. Villalta, “El De-

**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

## **The Hague Principles, the OAS Guide and the New Paraguayan Law on International Contracts**

recho Internacional Privado en el Continente Americano”, en *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*, ASADIP y Programa de Pos-Graduacao em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, 2014, pp. 23 and following.

<sup>10</sup> See in: [http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_internacional\\_privado\\_conferencias.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm)

<sup>11</sup> As understood by Juenger, delegate of the United States in the deliberation leading to the Mexico Convention. F.K. Juenger, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, en 60 *Louisiana Law Review*, 2000, pp. 1133-1148. The relevance of this opinion is highlighted by Siqueiros, who drafted the Project of said instrument, since Juenger himself proposed the formula used in this article after a heated debate and in a position of compromising. J.L. Siqueiros, “Los Principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223.

<sup>12</sup> In fact, the modern solutions offered by the Mexico Convention have been applauded (see R. Herbert, *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, RUDIP, Year 1-No. 1, p. 45; J. Tállice, *La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo*, *Liber Amicorum in Homenaje al Profesor Didier Operti Badán*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 560-561), stating that it deserves to be ratified or incorporated into the internal laws of the countries through other means.

<sup>13</sup> See in: J.A. Moreno Rodríguez / M.M. Albornoz, *Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional*, published in Spanish at [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar). In English: *Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts*, in 7 *Journal of Private International Law*, Hart Publishing, 2011/3, p. 493.

<sup>14</sup> This was the case of Venezuela (E. Hernández-Bretón, *La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina*, in *DeCITA 9, Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 170). On the Venezuelan Law, see T.B. de Maekelt / C. Resende / I. Esis Villaroel, *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada, T. I y II*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005. In particular, in Volume II, the work of J. Ochoa Muñoz / F. Romero, on the applicable law to international contracting and the *lex mercatoria* (pp. 739-832).

<sup>15</sup> Denominated as: “Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”

<sup>16</sup> See: G.A. Bermann, “Rome I: A Comparative View”, en F. Ferrari / S. Leible (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 350.

<sup>17</sup> See critics to this in: M. J. Bonell, “El reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) – Es decir, una ocasión perdida”, en *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. J. Basedow/ D.P. Fernández Arroyo/ J.A. Moreno Rodríguez (eds.), CEDEP y *La Ley Paraguaya*, 2010.

<sup>18</sup> See in: M. Pertegás/ I. Radic, “Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?”, en *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, J. Basedow/ D.P. Fernández Arroyo/ J.A. Moreno Rodríguez (eds.), CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, p. 341.

<sup>19</sup> Access to the preparatory Works can be seen through the site [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>20</sup> N. B. Cohen (United States); The Hon. Justice Clyde Croft (Australia); S. E. Darankoum (Canada); A. Dickinson, (Australia); A. S. El Kosheri (Egypt); B. Fauvarque-Cosson (France); L. G. E. Souza Jr. (Brasil); F. J. Garcimartín Alférez (Spain); D. Girsberger (Switzerland); Y. Guo (China); M. E. Koppenol-Laforce (Netherlands); D. Martiny (Germany); C. McLachlan (New Zealand); J. A. Moreno Rodríguez (Paraguay); J. L. Neels (South Africa); Y. Nishitani (Germany); R. F. Oppong (United Kingdom); G. Saumier (Canada) e I. Zykin (Russia). The following observers also joined the Working Group: M. J. Bonell (UNIDROIT); F. Bortolotti (International Chamber of Commerce); T. Lemay (UNCITRAL); F. Mazza (Arbitration Court of the International Chamber of Commerce); K. Reichert (International Bar Association) y P. Werner (International Swaps and Derivatives Association). Later on, T. Kadner Graziano (Switzerland) y S. Symeonides (Cyprus) joined the Work Group, with the last member having a long history in North American Law.

<sup>21</sup> This was widely discussed in the deliberations of the Work Group in the Hague, from which I participated.

<sup>22</sup> Law 5393 “on the law applicable to international contracts”. The title in Spanish is: “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”. See, both in Spanish and English, here: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details>. The law was enacted in January 15, 2015. Published on January 20, 2015, the Law has been in force as from the following day. [4/?pid=6300&dtid=41](https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details).

<sup>23</sup> Articles 1-10, as well as Articles 13-14.

<sup>24</sup> Articles 11-12, 15-16.

<sup>25</sup> Article 17.

<sup>26</sup> Article 18. The law derogates several Articles of the Civil Code (Articles 14, 17, 297, 687 and 699 (b), regarding international contracts, most of them containing chauvinistic rules).

<sup>27</sup> Authorship of the law is attributed in the Statement of Motives to Doctor José A. Moreno Rodríguez, a Paraguayan national Member of the Working Group of the Hague Conference on Private International Law and representative, formally appointed by the Ministry of Foreign Affairs, to the Special Committee which approved the text of the Hague Principles which was reproduced almost entirely by the bill.

<sup>28</sup> Article 4 of the Paraguayan Law reproduces Article 2 of the Hague Principles. The Article further opens the doors for *dépeçage*. The parties may choose if they wish different laws applicable to different parts of the contract, provided that they be clearly distinguished. Also, choice of law may be made or modified at any time.

<sup>29</sup> See the discussion in: J.A. Moreno Rodríguez, *Autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado paraguayo*, in *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, CEDEP, Asunción, 2010. The article is accessible at: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/internacional-privado/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Autonomia-de-la-voluntad-en-el-derecho-internacional-privado-paraguayo.pdf>.

**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

## **The Hague Principles, the OAS Guide and the New Paraguayan Law on International Contracts**

<sup>30</sup> Acuerdo y Sentencia N° 82 of 21 March 2013, in Reconstitución del Expte. Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato. The Court cited expressly the author of this contribution. See in: J.A. Moreno Rodríguez, *Derecho Internacional Privado y Derecho de la integración – Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, CEDEP, Asunción, 2013, p. 381.

<sup>31</sup> Not in England (Steel Authority of India Ltd. V. Hind Metals Inc. (1984). See C.G.J. Morse, England, in *Public Policy in Transnational Relationships*, M. Rubino-Sammartano / C.G.J. Morse (gen. eds.), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 62.

<sup>32</sup> A reasonable connection is not required in several international conventions in transport-related matters. It does not appear neither in the Hague Conventions of 1955 on the law applicable to international sales of movables; the 1986 Convention on international sales of goods, nor in the 1978 Convention on the law applicable to contracts of intermediaries and representation.

<sup>33</sup> H. Heiss, *Party Autonomy*, in *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, F. Ferrari / S. Leible (eds.), München, Sellier, 2009, p. 2.

<sup>34</sup> See J. A. Moreno Rodríguez, *La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional*, Publicación de la Organización de Estados Americanos, 2006, III, D, 7. This, in turn, is in accordance with arbitral practice. ICC Case N° 4145 de 1984, XII (1987) Yearbook Comm. Arb., 97 (101). ICC Case No. 4367 of 1984, XI (1986) Yearbook Comm. Arb., 134 (139).

<sup>35</sup> The Working Group that drafted the Hague Principles, in its deliberations, pondered the question whether it should confine itself to admitting non-State law in arbitration or whether it should go beyond the status quo. L. Gama Jr. / G. Saumier, *Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, in *El Derecho internacional Privado en los procesos de integración regional*, Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 November, ASADIP y Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pp. 62-63.

<sup>36</sup> M. Pertegás / B.A. Marshall, *Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, in 39 *Brooklyn Journal of International Law*, 2014/3, p. 979. Or “bridging the gap (G. Saumier, *Designating the Unidroit Principles in International Dispute Resolution* (November 8, 2011), in 17 *Uniform Law Review*, 2012, p. 533. Available at: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2012285>, p. 547).

<sup>37</sup> Article 7 of the Paraguayan Law, copied from Article 5 of the Hague Principles, states that a choice of law is not subject to any requirement as to form unless otherwise agreed by the parties.

<sup>38</sup> Article 9 of the Paraguayan Law, drawn from Article 7 of the Hague Principles.

<sup>39</sup> Consolidated version of the Hague Principles [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf), p. 25.

<sup>40</sup> Article 16.

<sup>41</sup> Article 8.2 of the Paraguayan Law transcribes Article 6.2 of the Hague Principles, according to which “if the parties have used standard terms designating different laws and under both of these laws the same standard terms prevail, the law designated in those terms applies;



if under these laws different standard terms prevail, or if no standard terms prevail, there is no choice of law”.

<sup>42</sup> Article 11 of the Paraguayan Law. This provision reproduces in part Article 9 of the Mexico Convention.

<sup>43</sup> Article 37 of the Montevideo Treaties and Article 17 of the Civil Code. The flexibility of this formula of the “closest connection” was in line with the former English notion (up to 1991, when the Rome Convention came into force in England) of the “proper law of the contract” (H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 7th ed., D. McClean / K. Beevers, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009, p. 352), also in line with Restatement (Second) of “Conflict of Laws” of 1971 (Sections 145, 188) of the United States and the test of the “most significant relationship”, prevailing in the majority of States (see S.C. Symeonides / W. Collins Perdue / A.T. von Mehren, *Conflict of Laws: American, Comparative, International, Cases and Materials*, American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minnesota, 1998, p. 139).

<sup>44</sup> As stated by Jürgen Samtleben, there is no justification for insisting on a conflictual method leading to a national law whose connection to the contract may be more occasional than real. J. Samtleben, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 26-27. Regarding cyberspace, as stated by Lessig, what before was the exception is now the rule. Conduct was once governed within a jurisdiction or jurisdictions in coordination. Nowadays, it is systematically governed within multiple jurisdictions that are not coordinated (L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Editorial Basic Books, 1999, p. 192).

<sup>45</sup> Argentina, Brazil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Ecuador, Mexico, Peru, Uruguay and Venezuela. See in: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>. Article 9 of this Convention states: “The different laws that may be applicable to various aspects of one and the same juridical relationship shall be applied harmoniously in order to attain the purposes pursued by each of such laws. Any difficulties that may be caused by their simultaneous application shall be resolved in the light of the requirements of justice in each specific case.” Herbert and Fresnedo de Aguirre have pointed out that said article draws upon American doctrines of Currie (of governmental interests) and Cavers (of equitable solutions), contrary to the abstract and automatic system in place before in Latin America. The adoption of these doctrines has the merit of having left open an ample interpretative field to relax the rigid criteria of the continent up until then (see C. Fresnedo de Aguirre / R. Herbert, *Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano*, in *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 57. See also R. Herbert, *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 1 (1994) RUDIP, pp. 89-90).

<sup>46</sup> This Article corresponds exactly to Article 32 of Paraguayan Arbitration Law 1879 of 2002. The solution was originally included in the European Convention on Arbitration of 1961 (Article VII), and qualified by a leading arbitrator as one of the most significant accomplishments of the XXth century, liberating arbitration of local perceptions. M. Blessing, *Choice of Substantive Law in International Arbitration*, in 14 *Journal of International Commercial Arbitration*, 1997/2, p. 54.

**José Antonio  
Moreno Rodríguez**

**The Hague Principles, the OAS  
Guide and the New Paraguayan  
Law on International Contracts**

<sup>47</sup> Article 17 of the Paraguayan Law adapts Article 11 of the Hague Principles, since the former directly targets the Paraguayan courts and not arbitrators.

<sup>48</sup> This possibility is also contemplated by the Mexico Convention in its Article 11, paragraph 2.

<sup>49</sup> When drafting the Hague Principles, a key consideration for the Working Group was to restrict State interference with party autonomy to a maximum. A consensus was reached that it is impossible to lay down precise guidelines on this matter, except in regards to the restrictive nature of public policy as an exception to party autonomy. [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf).

<sup>50</sup> The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Advance of its principles in the Americas, Document prepared by the department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs of the Organization of American States, accessible at: [www.asadip.org/v2/?p=5535](http://www.asadip.org/v2/?p=5535) (last access: September 13, 2016).

<sup>51</sup> Currently Dr. José Moreno Rodríguez. Formerly, members of the Committee working on this matter were Elizabeth Villalta, Gélin Imanes Collot and José A. Moreno Rodríguez. The first report is expected to be delivered at the session of the Committee in October 2016 at Rio de Janeiro (<http://www.oas.org/en/sla/iajc/agenda.asp> - last access, September 13, 2016).

## Sobre el autor

### **José Antonio Moreno Rodríguez**



José Antonio Moreno is a drafter of the Paraguayan Law on International Contracts. LL.M Harvard, 1993. Member of the Working Group of The Hague Conference on Private International Law regarding The Hague Principles on International Contracts. Member of the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States. Member of the Governing Council of UNIDROIT.

Member of the International Chamber of Commerce Court of Arbitration. Former President of the American Association of Private International Law. Member of ICSID Annulment Committees regarding Investment Arbitration. Professor and Visiting Professor of several universities, among them, Heidelberg and Paris II. [www.jmoreno.info](http://www.jmoreno.info).

## Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *Internacionalización del paradigma democrático en la sociedad global-digital;*
- III.** *La Innovación Democrática Digital en Sistema Interamericano;*
- IV.** *Reflexiones Finales: ¿Hacia una Democracia Digital?*



# Democracia y Derecho Internacional: La innovación democrática digital en el Sistema Interamericano

**Beatriz M. Ramacciotti**

## I. Introducción

La temática que se aborda en este artículo estará centrada en dilucidar algunos datos y claves esenciales para comprender los cambios que se están dando en el marco del Sistema Interamericano para avanzar hacia una *democracia digital*.

Es un hecho, una realidad cada vez más presente, que los avances tecnológicos, en particular digitales, están permeando todos los ámbitos de la vida, el entorno laboral, la economía, la educación, la salud, la cultura, los entretenimientos sociales, las relaciones familiares; y, como es lógico, este impacto no podía estar ausente de la política ni del derecho.

Como dice un investigador español en forma muy gráfica<sup>1</sup>, que el Internet, en realidad las TIC, pueden compararse con una suerte de verdadero “horno” cuyo calor llena de energía y empuja

a las personas hacia adelante a hacer cosas que jamás hubieran pensado realizar. Y, asimismo, también impulsa a forjar una mejor comunidad, un mejor destino.

En la actualidad, es difícil imaginar un mundo sin Internet y sin las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) pues ¿qué supondría? Sería un espacio sin luz, sin calor, donde la carencia de acceso a la información y las comunicaciones, representaría un verdadero *apagón de derechos*. Precisamente, el camino hacia una sociedad del conocimiento, basado en las TIC, demuestra que éstas no se agotan con la interconexión y el intercambio de datos, sino que representan también ese sueño, ese ideal, ese anhelo de los usuarios-ciudadanos, de participar en una mejor gobernanza en el mundo.

Es así que resulta necesario enfocarse en el efecto que están teniendo los avances cibernéticos en lo que respecta

a la innovación democrática, particularmente en los países latinoamericanos y caribeños. No es casual que se utilicen cada día más los términos *e-democracia*, *democracia digital*, o *democracia cibernética*, dado que la interrelación de estas dos variables -- nuevas tecnologías digitales y democracia-- pueden dar lugar a un universo muy amplio de asuntos, entre los cuales, en este artículo, sólo apreciaremos algunas claves que resultan de esta interrelación, quedando abierto el campo de estudio para comprender y analizar más ampliamente un fenómeno sobre el que son más las preguntas que surgen, que las respuestas.

Lo que sí se observa es que el Internet, las redes sociales y otros novedosos medios virtuales están trascendiendo su mero uso instrumental, para revitalizar el concepto mismo de democracia representativa, con mecanismos propios de una democracia más directa, participativa y deliberativa. En consecuencia, el propósito esencial de estas reflexiones será apreciar cómo es que el mundo virtual está impactando en los regímenes democráticos<sup>2</sup>.

## II. Internacionalización del paradigma democrático en la sociedad global-digital

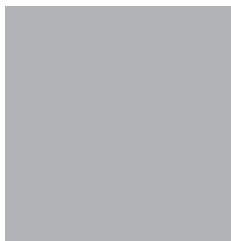
### Globalización, Interdependencia y Revolución Digital

Para apreciar en toda su dimensión el fenómeno e impacto de las nuevas tecnologías digitales en el ámbito democrático, debe visualizarse el contexto más general; vale preguntar ¿cuáles son las características de la *actual* sociedad internacional?

Existe la denominada *globalización*, que se va forjando al final de la Guerra Fría, en la década de los noventa, mediante la integración de las economías nacionales a un mercado mundial con una libre y masiva circulación de capitales, bienes, servicios, empresas multinacionales, tecnología, comunicaciones y personas. Coadyuvó con esta tendencia, el *multilateralismo*, vale decir, los organismos internacionales, no sólo los creados después de la Segunda Guerra Mundial, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Unión Europea y la OEA, entre otros, sino particularmente, la

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**



Organización Mundial de Comercio (OMC)<sup>3</sup> que, desde 1995, significó un paso importante para avanzar en el comercio internacional conforme lo requería el dinamismo económico de los países. A esto se añade, la sucesión de una variedad de cumbres y foros de líderes que se realizan periódicamente, y que muestran que los problemas y desafíos *internos* están estrechamente ligados al entorno internacional.

Otro rasgo distintivo, es el *multicentrismo*, representado por los Estados --que siguen siendo actores importantes-- pero, al mismo tiempo, por variados actores no-estatales que se han empoderado y cumplen un rol cada vez más relevante en el ámbito mundial: empresas multinacionales; las ONG del más variado tipo como Greenpeace, Word Wildlife Fund, la Cruz Roja, Amnistía Internacional; las iglesias y los conglomerados religiosos; las ligas deportivas; y todo tipo de fundaciones, asociaciones y redes trasnacionales.

Todo ello conlleva que la *interdependencia* deba ser visualizada con el apellido de *compleja*<sup>4</sup>, porque está representada por múltiples canales de conexión a todo nivel y entre los más diversos actores; con una mutua dependencia; y con ciertos valores comunes sobre la paz, el medio ambiente, la democracia y los derechos humanos, por mencionar algunos de los temas de central preocupación de la humanidad.

En este contexto mundial, la llegada de Internet y las TIC promueve, posibilita y facilita una mayor y permanente interdependencia con el acceso a la información y a las comunicaciones que se expanden y se multiplican cada día con millones de usuarios. Así, la globalización viene a ser *potenciada* por la revolución digital. Desde la década de los noventa se genera un cambio de la tecnología mecánico-electrónica hacia la tecnología digital que es la existente desde la segunda mitad del siglo pasado, marcando el inicio de la *era de*



la información o usando un término más omnicomprendivo, de una *sociedad del conocimiento*.

Pero ¿cómo afecta a nivel político la confluencia de estos fenómenos? Una de sus consecuencias ha sido el surgimiento de nuevas modalidades de poder. Frente al poder tradicional ejercido por los Estados —*hard power*— representado por la preponderancia militar de las superpotencias, así como el poderío económico y financiero en el mundo global, se va perfilando un *poder difuso* o *poder blando* —*soft power*—, que se manifiesta en forma extendida y transversal, y se va plasmando a través de la influencia, persuasión y capacidad de difundir ideas, apego a ciertos valores, productos, conceptos culturales y formas de vida, principalmente a través del dinamismo del intercambio digital.

El *softpower* es ejercido por variados actores incluidos los Estados y resulta esencial en esta era digital, por su gran impacto en incontables individuos, a través de valores promovidos por los gobiernos, los organismos internacionales, las ONG, las empresas y entidades del más diverso tipo de la sociedad civil, que han ido adquiriendo una mayor presencia en el contexto internacional.

Por su parte, el derecho internacional —sustentado en tratados y acuerdos; la costumbre internacional; los principios; la doctrina y la jurisprudencia; con normas sobre las más diversas materias para regular la conducta de los Estados, las organizaciones internacionales y entidades supranacionales y el individuo— representa un *poder blando* necesario para la solución pacífica de las controversias y la difusión de principios con vocación universal para las presentes y futuras generaciones, como son el derecho a un desarrollo sostenible (Agenda 2030/ONU), el derecho a la paz, los derechos humanos fundamentales y el derecho a la democracia.

En definitiva, esta nueva era de la información globalizada nos convierte más y más en sujetos interdependientes, cada vez más homogenizados, quedando disminuido el significado tradicional de las fronteras geográficas y convirtiéndonos en sujetos que vivimos en una especie de *aldea global*. Los cambios estructurales, tanto en la naturaleza como en las fuentes del poder, y la presencia de diferentes y numerosos actores, llevan a otro concepto muy en boga: el uso del poder inteligente —*smart power*— que sería el ejercicio del poder a través de los medios digitales. Pues bien, este es el contexto marco en el cual se desarrolla la democracia.

**Beatriz M. Ramacciotti**

**Democracia y Derecho Internacional**



## El paradigma democrático en la sociedad global-digital

Es importante anotar que la democracia (*demos*= pueblo; *kratos*= poder) se ha extendido con la globalización, la interdependencia compleja, las economías abiertas y la revolución tecnológica. En la actualidad, su expansión llega a casi ciento cincuenta países con regímenes de democracias plenas o semi-plenas. ¿Cuándo comienza la democracia a ser objeto de interés a nivel multilateral? Las características del régimen político de un Estado devienen en una temática considerada en los foros internacionales, desde mediados del siglo XX, lo cual se acelera con la caída del muro de Berlín en 1989 y el fin de la Guerra Fría.

Particularmente en el ámbito regional primero -en la OEA y en la Unión Europea- y más tarde en las Naciones Unidas, se presentan avances jurídicos para fortalecer la gobernabilidad

democrática en estrecho vínculo con los derechos humanos y la paz. Este hecho no es menor, porque el *paradigma democrático* se incorpora como objeto de estudio del derecho internacional, siendo posible hacer un paralelo con la evolución que se dio con la temática de los derechos humanos, que primero fueron reconocidos a nivel interno y *después* se plasmó su protección a nivel internacional, siendo hoy en día valores universales<sup>6</sup>.

---

“Los cambios estructurales, tanto en la naturaleza como en las fuentes del poder, y la presencia de diferentes y numerosos actores, llevan a otro concepto muy en boga: el uso del poder inteligente -smart power- que sería el ejercicio del poder a través de los medios digitales.”

---

En el caso de la Unión Europea, se introdujeron cláusulas democráticas en sus tratados constitutivos y existen, entre otras instancias, el Comité Europeo para la Democracia y la Gobernabilidad (CDDG) y la Comisión de Venecia - *Venice Commission* - para apoyar a los países miembros a mejorar el funcionamiento de las instituciones democráticas y la protección de los derechos humanos.

En el marco de las Naciones Unidas, si bien es cierto que no se incluye la palabra *democracia* en su Carta Constitutiva, ello fue debido a que en 1945 se tuvo que negociar un texto que permitiera la aquiescencia de Estados con diversos regímenes de gobierno e ideologías, como lo refleja el Consejo de Seguridad con los cinco miembros con derecho a veto (Estados Unidos, Francia, la ex Unión Soviética - hoy Rusia, el Reino Unido y China).

Dicha situación llevó a privilegiar una organización multilateral de tipo plural con un objetivo esencial: preservar la paz y la seguridad internacionales. No obstante, a través de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), se incorporaron los derechos políticos, estableciéndose expresamente que éstos deben ser respetados en el marco de

una *sociedad democrática*. Posteriormente, en 1966, los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos; y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluyeron el derecho a votar y a ser elegido en elecciones periódicas y auténticas. Luego, en 1991, se crea la Unidad de Asistencia Electoral (Res. Ag/46/27/1991), que justamente promueve la democracia.

Asimismo, en varias Comisiones y Organismos del Sistema de Naciones Unidas, se considera a la democracia como un valor esencial. A modo de ejemplo, en 1997, la UNESCO aprueba una Declaración Universal sobre Democracia; la Comisión de Derechos Humanos/ONU, desde 1999, cada cierto tiempo, emite declaraciones relativas a la promoción del *derecho a la democracia*<sup>7</sup>; en la Declaración del Milenio, en 2000, hay referencias a la defensa de la libertad, la democracia y el estado de derecho<sup>8</sup>; en la Cumbre Mundial de 2005, se hace un recuento de los avances democráticos y se crea el *Fondo de Naciones Unidas para la Democracia*/ *The United Nations Democracy Fund*, precisamente para promover los valores democráticos<sup>9</sup>. Más tarde, en 2015, la ONU adopta la *Agenda 2030* y declara el 15 de septiembre como Día Internacional de la Democracia<sup>10</sup>.

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

Respecto al Sistema Interamericano, cabe destacar que la democracia es el único régimen político *legítimo* aplicable a los Estados miembros de la OEA. Para ser más precisos, la democracia representativa - en sus diversos grados y modalidades- está legitimada a nivel jurídico y existe -más o menos consolidada- en todos los países del continente, con excepción de Cuba, que permanece adscrita a un régimen político de partido único, el Partido Comunista<sup>11</sup>. En la actualidad, Venezuela, presenta un resquebrajamiento de los cánones democráticos, un irrespeto por la separación de poderes, entre otras graves violaciones a los derechos y libertades democráticas<sup>12</sup>.

La exigencia democrática para el sistema político se encuentra establecida en la propia Carta constitutiva de la OEA:

*“...ciertos que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región.” (Preámbulo)*

*“...promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no-intervención.”(Propósitos, Artículo 2, b)*

*“...la solidaridad de los estados americanos y los altos fines que con ella se*

*persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”.* (Principios, art 3, d)

En las décadas siguientes, especialmente en los años noventa, se adoptaron varios instrumentos jurídicos para promover la democracia. En 1991, la Resolución 1080, que fue el primer mecanismo de acción colectiva de la OEA para responder frente a quebrantamiento de la institucionalidad democrática en sus Estados miembros<sup>13</sup>. En 2001, se aprueba la Carta Democrática Interamericana (CDI), que sistematiza los principios y normas democráticas contenidas en la carta de la OEA y en resoluciones de la Asamblea General, en un compendio que representa el desarrollo progresivo del derecho internacional regional sobre la materia.

Con una visión omnicomprensiva de la democracia, la CDI establece que *“...los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”*. En su texto contiene los elementos esenciales que deben estar presentes en un régimen democrático -respeto a las libertades y los derechos humanos; acceso al poder y su ejercicio conforme al estado de derecho; elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio

universal y secreto; un régimen plural de partidos políticos; y la separación e independencia de los poderes públicos.

### Paradigma democrático vs. Principios del Derecho Internacional

Un aspecto interesante de este proceso de internacionalización del paradigma democrático en la sociedad global-digital, es la evolución de los conceptos acorde a los nuevos tiempos, de tal manera que se cuestionan y pierden la antigua validez y su ámbito de aplicación algunos postulados del *corpus juris* del derecho internacional, que antes eran inamovibles.

No intervención vs acción colectiva pro-democrática.- Los asuntos que podían ser considerados de exclusiva competencia de la jurisdicción interna, hoy son objeto de una u otra forma de regulación internacional. Si bien la intervención unilateral de los Estados está prohibida en el derecho internacional -salvo la legítima defensa y acciones multilaterales para salvaguardar la paz y la seguridad internacionales- existe actualmente en el marco regional, *la acción colectiva pro-democrática*. Esta no viola el principio de no-intervención, vale decir que es lícita según principios, normas y costumbres y constituye una

obligación exigible a los Estados, a la OEA y a sus órganos, siendo aplicable frente a ruptura del orden democrático o una *grave alteración orden constitucional*<sup>4</sup>.

Libre determinación vs elección modalidad gobierno en sistema político democrático.- La libre determinación es un principio del derecho internacional (Carta ONU, art. 1,2; Carta OEA, art.3, e), ligado al proceso de descolonización. Sin embargo, dentro de la evolución de la sociedad internacional, hoy en día dicho principio se refiere a la libertad de un pueblo para elegir su propio sistema político. En el Sistema Interamericano, en todo caso, la libre determinación se interpreta como una modalidad que debe respetar el ejercicio *efectivo* de la democracia representativa, vale decir, se puede optar por configurar una república presidencialista o parlamentaria; una confederación; un sistema unitario o federal; etc., pero siempre respetando el núcleo esencial de los valores democráticos.

Reconocimiento de gobiernos vs régimen democrático.- Existe actualmente un cuestionamiento a la *teoría de la efectividad*, que postulaba que el no reconocimiento de un gobierno ilegítimo -*gobierno de facto*-, no era un postulado aceptable para el derecho internacional, dado que éste no primaba frente al marco legal interno. Hoy, según principios

**Beatriz M. Ramacciotti**

**Democracia y Derecho  
Internacional**

y normas del Sistema Interamericano, prevalece la *teoría de la legitimidad* que implica que los Estados deben obligatoriamente tener un *gobierno de jure* en el marco de un Estado democrático.

En definitiva, en este siglo XXI, la internacionalización de la democracia en el mundo global digital, emulando una evolución similar a la ocurrida con la protección de los derechos humanos, se afianza y permite afirmar una suerte de *ecumenismo* del modelo democrático en sus diferentes variables, énfasis y modelos, así como la obligación de los Estados de no impedir elecciones libres y multipartidarias, y guardar estándares internacionales aceptables de libertad, igualdad y justicia dentro de un estado de derecho.

### La democracia y sus déficit

Pero la pregunta que deviene, es ¿qué está pasando con la democracia? Los principios democrático-liberales y la existencia de la acción colectiva en defensa de la democracia, no han impedido que existan algunos gobiernos autoritarios y un menoscabo de las libertades y derechos esenciales de los ciudadanos en algunos Estados miembros de la OEA.

La presencia de prácticas arbitrarias o medidas verticales adoptadas sin el debido consenso, van deteriorando el

clima de cultura cívica, la confianza de los ciudadanos y tienen efectos adversos para la gobernabilidad democrática y el estado de derecho. Al mismo tiempo, hay que admitir, que en nuestros países, en menor o mayor grado, se están generando *déficit democráticos* que proyectan sombras en nuestras sociedades. ¿Por qué viene sucediendo esto? Es sabido que para que un marco legal funcione debe estar armonizado con las aspiraciones de los sujetos y con el contexto social que está normando. La democracia, como una forma de organización política, social y jurídica no es una producción de laboratorio. En nuestra región, la construcción de la democracia ha sido un proceso largo y complejo, que ha avanzado sufriendo interrupciones, idas y vueltas, pero que, a pesar de sus debilidades hoy está asentada.

---

“En este siglo XXI, la internacionalización de la democracia en el mundo global digital, emulando una evolución similar a la ocurrida con la protección de los derechos humanos, se afianza y permite afirmar una suerte de ecumenismo del modelo democrático en sus diferentes variables, énfasis y modelos.”

---



---

“En la actualidad, los esfuerzos ya no son para instalar las reglas del juego democrático, sino que están centradas en qué tipo, con qué requisitos y qué calidad de democracia se desea afianzar.”

---

En esa línea, las elecciones libres, periódicas y plurales donde se expresa la voluntad popular, se han vuelto una práctica irremplazable. Igualmente, el hecho que debe existir la independencia y el balance de poderes, unido al respeto de las libertades esenciales, son valores principales. En otras palabras, la sociedad *mayoritariamente* quiere resolver sus problemas dentro de un espacio democrático. En tal línea de pensamiento, en la actualidad, los esfuerzos ya no son para instalar las reglas del juego democrático, sino que están centradas en qué tipo, con qué requisitos y qué calidad de democracia se desea afianzar, por cierto, dentro de los principios legitimados jurídicamente a nivel interno e internacional.

Hay determinados síntomas que se pueden observar en el día a día, especialmente en las generaciones más

jóvenes, que protagonizan movilizaciones y protestas para expresar un descontento ciudadano con los políticos y una creciente falta de confianza en los gobernantes en general, en buena cuenta ligado a la poca transparencia y a la corrupción que ha dañado tremendamente a la política.

La realidad que prima en muchos países es un Estado *pesado y cerrado*, con una administración pública obsoleta, mecanismos institucionales que no están plenamente al servicio del ciudadano y con partidos políticos que muestran verticalidad y acuerdos bajo consignas, sin una democracia interna, con carencia de nuevos liderazgos y una baja conexión entre los líderes y sus representados.

En este contexto, los electores, que sólo ejercen su derecho cada 4 o 5 años, no se sienten representados, y cada vez hay más ausentismo y una menor proporción de votación, con una suerte de apatía y desafección ciudadana. Todos los actores son más críticos del sistema político y ahora con conocimiento dado que cuentan con la amplísima información que brindan las redes sociales. Todo ello deriva en una erosión de los vínculos del Estado y el gobierno con la sociedad.



**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

Esta situación ha sido reflejada en diversos estudios del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el BID y la OEA, entre otros, que muestran que, no obstante los avances alcanzados en América Latina, hay signos de inestabilidad, de autoritarismo y desafección democrática que implican un panorama de creciente erosión de las relaciones entre el Estado y la sociedad; entre los partidos políticos y sus militantes; entre los gobernantes y los electores<sup>15</sup>. Y como se entiende que la estabilidad política es el punto de partida para el desarrollo económico y social, es preocupante que se esté enfrentando un creciente vacío de poder real que podría ser ocupado por alternativas no democráticas, populismos o radicalismos de distinto tipo, que no harían sino negar y desandar los logros democráticos que ya se han alcanzado. Existe un gran riesgo.

Sin embargo es bueno afirmar, como también lo plantean los estudios, que muchos ciudadanos, especialmente el segmento más joven, quieren *recuperar* la política y sentirse partícipes de la construcción de la sociedad en la que viven, sentirse representados. Y lo más importante, es que la sociedad mayoritariamente quiere resolver sus problemas dentro de un espacio

democrático. Por esta razón, muchos hablan de la necesidad de *democratizar la democracia*, dado que los ciudadanos quieren más y no menos democracia, quieren más y no menos respeto a los derechos humanos, quieren más y no menos equidad e inclusión<sup>16</sup>. El grueso de la población no está pensando en dictaduras ni en regímenes totalitarios: quiere una innovación de nuestras democracias, vale decir, encontrar nuevos cauces democráticos.

---

“Es preocupante que se esté enfrentando un creciente vacío de poder real que podría ser ocupado por alternativas no democráticas, populismos o radicalismos de distinto tipo, que no harían sino negar y desandar los logros democráticos que ya se han alcanzado.”

---

### **Las tecnologías de información y comunicación (TIC)**

Frente a la necesidad de fortalecer la democracia, los protagonistas del espacio público, progresivamente vuelven

sus miradas hacia una innovación de la gobernabilidad, utilizando entre otros, los versátiles instrumentos cibernéticos. Por ello, teniendo en cuenta el contexto descrito, cabe ahora detenerse en lo que significan las *tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, cuya expansión está generando múltiples transformaciones a todo nivel.

---

“El grueso de la población no está pensando en dictaduras ni en regímenes totalitarios: quiere una innovación de nuestras democracias, vale decir, encontrar nuevos cauces democráticos.”

---

Las TIC, permiten - con algo tan simple como una *laptop*, o un celular y una conexión- tener una comunicación múltiple y acceder a información amplia, modificarla y transmitirla a su vez a numerosos usuarios. Ahora, más del 60 % de la población en Latinoamérica tiene acceso a Internet, al igual que sucede en la mayor parte del mundo, configurando una sociedad-red, un *mundo plano*<sup>17</sup> que alude al hecho que las estructuras económicas y sociales han dejado de ser rígidas y verticales para volverse flexibles y horizontales. La interconexión digital,

representa una suerte de pasaporte permanente al mundo interdependiente que se vuelve familiar porque, desde lo individual, se logra conexión permanente con el agregado social.

Muchos dicen que se acabaron la lectura, la escritura y la literatura, pero en verdad sucede lo opuesto: hoy estamos escribiendo más que nunca con cientos y miles de correos y mensajes diariamente. Y estamos leyendo e investigando como nunca antes, y también en contacto permanente con las personas y las causas que nos interesan. El Internet<sup>18</sup>, el *hardware* y el *software* y la *world wide web* -que en 2016 cumplió sus bodas de plata - son innovaciones ingeniosas que han transformado el mundo, ese mundo que ya no sería posible tratar de imaginarnos sin las mismas.

Como en su momento sucedió con la revolución cultural, a raíz de la creación de la imprenta a mediados del siglo XV que hizo posible la difusión de ideas a través de la palabra escrita en libros y en la prensa; y luego, con la primera Revolución Industrial (mediados s. XVIII) y la Segunda Revolución Industrial (mediados s. XIX- s. XX) que aceleraron los procesos de industrialización, los medios de transporte y permitieron ver el mundo desde

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

otra perspectiva; pues en esta Tercera Revolución Industrial que se vive en el s. XXI, que es una revolución *digital*<sup>9</sup> (y biotecnológica) se está logrando vivir y actuar con nuevos parámetros, pudiendo acceder y estar en contacto 7-24 horas con todos los rincones del planeta, tener acceso a toda clase de información y poder avanzar investigaciones con unos pocos *clicks* del *mouse*, materializándose un avance nunca imaginado antes en todos los ámbitos, particularmente en lo científico y tecnológico.

Cabe precisar que en la actualidad, todo el universo de las TIC (sitios web, ordenadores, terminales, navegadores, redes, nube, motores de búsqueda, sitios web con tecnología libre y aportes colaborativos *-peer production; mass collaboration/ co-creation, como Wikipedia; proyecto Gutenberg; etc.*) obligan a manejar conceptos dinámicos y una permanente innovación de medios y contenidos. Un área importante – que no es materia de análisis específico – son los nuevos derechos en formación o *derechos de cuarta generación* como serían el acceso universal a Internet; la alfabetización digital; el *habeas data* informático (derecho a proteger datos personales en los buscadores de información); la privacidad online y la seguridad digital, entre otros rubro.

Existe una corriente que sostiene que además de los derechos propiamente digitales, prácticamente todos los derechos reconocidos *offline* deben también ser amparados como derechos *online*. El Internet y las redes sociales también suponen un punto de inflexión en la forma como se articula el sistema social que nos rodea, y por ende, también un punto de inflexión para el mundo político y el ámbito jurídico que debe normarlo.

### **Derecho Internacional y Mundo digital**

¿Cómo recoge el derecho internacional estos avances digitales? Los derechos cibernéticos y el espacio virtual con todas sus consecuencias, positivas y negativas, ya son objeto de estudio del derecho internacional, en gran medida, como *soft law*, como derecho en formación. Diversos organismos internacionales, foros y entidades transnacionales están abordando la temática digital desde hace tiempo.

La *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de Información (CMSI)/ World Summit on the Information Society* aprobada por la Asamblea General de ONU en 2001, y coorganizada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la Organización de las Naciones

Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el ya mencionado PNUD, en estrecha colaboración con todos los organismos de las Naciones Unidas, constituye el foro más importante a nivel mundial sobre el mundo digital.

Su primera versión se materializó en Ginebra (2003), a la que llegaron más de diez mil asistentes, incluyendo Jefes de Estado y diversos representantes; funcionarios de organismos internacionales; entidades de la sociedad civil y del sector privado, aprobándose documentos como la Declaración de Principios de Ginebra sobre “*Construir la Sociedad de la Información: Un desafío global para el nuevo milenio*”; y un plan de acción. La segunda fase, efectuada en Túnez (2005), aprobó el “*Compromiso de Túnez*” y un programa de acción.

Periódicamente se ha continuado con la CMSI, habiendo sido su más reciente reunión en Ginebra, en marzo de 2018<sup>20</sup>. Entre las temáticas abordadas están la necesidad de reducir la brecha digital (*digital divide*); el fomento de tecnologías de punta; y los nuevos derechos en formación: la libre conectividad digital; el acceso a internet en condiciones de igualdad y sin

discriminación; el derecho a la alfabetización cibernética – o sea el combate al analfabetismo digital (*digital illiteracy*); el *habeas data* informático; la privacidad de las comunicaciones virtuales; y el derecho a la seguridad digital, entre otros. El alcance de estos objetivos con apoyo de gobiernos, empresas y sociedad civil, más la cooperación regional e internacional, representa un potencial amplísimo para el desarrollo digital y el bienestar de la humanidad en su conjunto.

Puede mencionarse que en la *Declaración del Milenio* (2000), en la *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible* (2005); y, más recientemente, en la *Agenda 2030*, aprobada en 2015<sup>21</sup>, se enfatiza que la expansión de las TIC y la interconexión digital planetaria brindan mayores y mejores posibilidades para acelerar el progreso humano, las modalidades democráticas y avanzar hacia el desarrollo de una sociedad del conocimiento.

En el caso del Sistema Interamericano, los fundamentos jurídicos de los derechos digitales relacionados con el acceso a la información, la participación ciudadana y otros, están incluidos en una interpretación extensiva de la Carta de la OEA, la CDI, la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

en los acuerdos de las Cumbres de las Américas, en las declaraciones de la Asamblea General de la OEA; entre otros.

Veamos algunos ejemplos:

*-III Cumbre de las Américas, Quebec, 2001, "...seguir avanzando y ampliando la conectividad cibernética continental, exhortando a los gobiernos a aceptar el gran reto de insertarse en la era digital..."*

*-XXXVI Asamblea General de la OEA, 2006, Declaración de Sto. Domingo sobre Gobernabilidad y Sociedad del Conocimiento: "(Los gobiernos)... reconociendo que la humanidad evoluciona hacia un nuevo modelo de desarrollo...basado en el uso intensivo del conocimiento y la innovación, tienen en cuenta las TIC para producir, acceder y diseminar el conocimiento (...) fortalecer la gobernabilidad democrática, lograr el desarrollo equitativo y sostenible (...) y reducir la brecha digital..."*

*-VII Cumbre de las Américas, Panamá, 2015 (mandatos para la acción), "... facilitar el acceso equitativo, plural, amplio y seguro a las tecnologías de información y comunicación (TIC), con el fin de promover nuevas formas de participación ciudadana, respetando todos los derechos humanos incluido el*

*derecho a la privacidad según art.12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos..."*

En estos foros internacionales también existe preocupación por el lado oscuro de la red, vale decir, que junto al cotidiano y amplio acceso de millones de personas a la información, al conocimiento, a la cultura, a los servicios y productos de todo tipo, al mismo tiempo, se expanden a través de la internet, las redes delictivas del narcotráfico, del terrorismo, del crimen organizado y de los delitos propiamente cibernéticos como la piratería informática aprovechando de éstos avances tecnológicos de frontera. Los gobiernos y las entidades especializadas tanto a nivel nacional como internacional, las empresas y los propios individuos están tomando conciencia de la magnitud de estas amenazas, adoptando en forma creciente una serie de medidas para prevenirlos y enfrentarlos<sup>22</sup>.

En definitiva, las declaraciones a nivel mundial y regional, reflejan que las TIC y los avances digitales están promoviendo el debate y la participación; facilitando la transparencia, permitiendo un discurso colectivo más dinámico, con mayor presencia del pueblo facilitando el planteamiento de sus demandas sociales y la toma de decisiones.

Este escenario, sin duda, tiene efectos en la democracia representativa y la gobernabilidad de los países que, probablemente, conservando los valores y principios básicos democráticos, tendrán que adaptarse gradualmente a los referentes virtuales.

### **III. La Innovación Democrática Digital en Sistema Interamericano**

En línea con los antecedentes expuestos, puede apreciarse que en la última década, la atención de los actores políticos y sociales se ha ido dirigiendo hacia distintas modalidades para lograr una innovación democrática con plena utilización de los medios virtuales. Se están buscando nuevos parámetros para hacer funcionar las instituciones democráticas, incluyendo al gobierno, a los poderes del Estado y la sociedad civil, para superar esa suerte de fractura que se está dando entre representantes y representados, y poder llevar adelante una agenda política que realmente tenga consonancia con las demandas y aspiraciones de los ciudadanos.

Así, se pueden visualizar una multiplicidad de proyectos y medidas dirigidas a la innovación democrática promovidas por algunos gobiernos y entidades públicas y, a nivel multilateral, en el

marco de la OEA y el BID. Resulta de gran interés apreciar como del cruce de las variables *democracia* y *TIC*, pueden surgir muchas iniciativas para reconducir la democracia representativa e ir superando sus actuales falencias y disfunciones. En este artículo, se analizarán tres desarrollos que apuntan en esa dirección: i) el *Gobierno Digital*—sea el gobierno electrónico o el gobierno abierto—; ii) el acceso digital a la información pública; y iii) la participación ciudadana a través de medios virtuales.

#### **Hacia un Gobierno Digital: del Gobierno Electrónico al Gobierno Abierto**

En la década de los 90, surge la noción de un gobierno electrónico en forma subsecuente a la universalización de internet. El objetivo fue modernizar los procesos en las instituciones públicas por medio del uso de medios cibernéticos para lograr su automatización y volverlos más eficientes. Para avanzar hacia esta nueva concepción e implementar la digitalización de los procesos, se tuvieron que repensar los procesos administrativos y darles un cambio a las modalidades de funcionamiento al interior del gobierno. Para ello hizo falta no sólo una voluntad política sino también efectuar una inversión en *hardware* y *software* apropiados.

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

Esta mirada crítica hacia adentro, y este proceso conformaron la *nueva* administración pública, digitalizando los presupuestos, la recaudación, los recursos humanos y los registros civiles, entre otros. En varios países, se incorporaron servicios más eficientes en línea, incluso la denominada *ventanilla única* -un portal nacional que centraliza la información más relevante sobre servicios públicos y permite una tramitación en línea 7 días-24 horas- con beneficios tangibles para el propio gobierno, las personas y las empresas<sup>23</sup>.

Todo este movimiento modernizante respondió sin duda a la necesidad de cambio de una burocracia tradicional con disfuncionalidades y limitaciones, rigidez en los procesos y trámites lentos y engorrosos y la inevitable tramitación en persona en las oficinas. Otro asunto que se ha ido solucionando es la duplicación de funciones entre distintas oficinas encargadas de trámites similares o consecutivos y el tema de la información poco accesible. Además, todas estas falencias burocráticas representaban un alto costo para el Estado. Cabe señalar que, alguna medida, se trasladó la lógica aplicada en el sector privado al sector público en sus propios parámetros y dimensiones. El *gobierno electrónico*, que parte como un modelo básico, se va ampliando poco

a poco integrando plataformas virtuales ad-hoc para que el ciudadano más allá de los trámites, pudiera solicitar y acceder a la información pública.

---

“Resulta de gran interés apreciar como del cruce de las variables democracia y TIC, pueden surgir muchas iniciativas para reconducir la democracia representativa e ir superando sus actuales falencias y disfunciones.”

---

Debe destacarse el apoyo de la OEA y el BID, que mancomunaron sus esfuerzos para brindar un decidido apoyo a la innovación de la gestión pública, promoviendo el uso de las TIC para implementar los servicios online a través de plataformas virtuales. Un proyecto clave, en el caso de la OEA, es la *“Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe (RED-GE-ALC)”*, constituida formalmente en 2014, en colaboración con los Estados miembros para coadyuvar en la modernización del gobierno y las instituciones públicas. La mayor parte de los gobiernos -32 de los 35 países- ya son parte de esta Red, en distintos grados



de desarrollo. La RED GEALC<sup>24</sup> ha estado centrada en facilitar soluciones y expertos cibernéticos; identificar estrategias; sistemas informáticos ad-hoc (software público); e intercambio de experiencias y logros concretos<sup>25</sup>.

Existe también el apoyo a la modernización de los gobiernos locales a través de la “RED MUNET/gobierno local/municipal”, para así coadyuvar a democratizar todos los estamentos de gobierno en un Estado miembro. Más de 120 Municipios se encuentran participando en esta Red.

Cabe preguntarse ¿por qué ahora se habla de gobierno abierto? La historia, los adelantos y los cambios siguen su curso y los esfuerzos por lograr un gobierno digital se fueron desplazando poco a poco hacia otro foco prioritario: la ciudadanía. Hoy en día, más allá de modernizar la burocracia y efectuar trámites con mayor facilidad y rapidez y obtener servicios públicos con menos papeleo, la atención primordial está puesta en las personas como eje esencial de un ambiente democrático. De ese modo, se va instalando una novedosa concepción que va más allá de la digitalización de los procesos y sistemas del gobierno, de forma tal que la innovación digital trascienda su mero uso instrumental y, con ideas más inclusivas, se concibe

una nueva gobernanza democrática que, tomando los avances del gobierno electrónico como una herramienta, evoluciona hacia una suerte de nuevo contrato social: el *gobierno abierto*.

Esta idea tiene como antecedente una iniciativa del Presidente Barack Obama, quien apenas llegado a la Casa Blanca en 2009, se comprometió a crear un novedoso mecanismo para facilitar un amplio acceso a la información y los servicios de todas las entidades públicas y para recibir sugerencias de interés ciudadano. Esta iniciativa ya está muy bien implementada y se ha hecho extensiva al Gobierno de los 50 Estados y del Distrito Federal de Washington DC, e inclusive a muchas ciudades como New York<sup>26</sup>.

¿Qué significa *gobierno abierto*? Es un nuevo modelo político-democrático de tipo omnicompreensivo, que propone profundizar la democratización del sistema político, a través de una reconfiguración de las relaciones entre gobernantes y ciudadanía, vale decir una nueva y activa interacción entre el poder legalmente constituido --en sus distintos niveles-- con la sociedad, utilizando los medios virtuales, las TIC, en torno a tres objetivos:

a) *Transparencia: que implica poner a disposición de la gente datos relevantes*

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

*e información pública (big data —open data), no sólo en forma pasiva sino activa, sobre planes, proyectos, presupuestos, etc. del gobierno para propiciar el control ciudadano, lo cual implica vencer la cultura del secreto imperante en el sector público y terminar con la “caja negra” de los aparatos burocráticos. Siendo que el ciudadano tiene derecho a saber todo sobre el gobierno—actividades, cómo funciona, que decisiones toma, cuánto gasta, y cuál es el resultado de su política, salvo excepciones expresas tipificadas por ley, este elemento está estrechamente ligado a la rendición de cuentas, de tal modo que a través de ciertas normas y mecanismos todos los actores públicos deben responder a las críticas o requerimientos, justificar sus acciones u omisiones y también, de ser el caso, aceptar una responsabilidad según leyes;*

*b) Participación Ciudadana: habilitación de espacios online y otros, tanto para el seguimiento de las políticas públicas como para articular propuestas o una posición crítica frente a las mismas a través de una continua interacción; y*

*c) Colaboración: que supone una mayor presencia colectiva en la gestión pública, involucrando a la población interesada o afectada por ciertas decisiones, con la opción de una discusión abierta y aportes a través de un proceso cuasi-deliberativo.*

*Esta vendría a constituir una nueva forma de hacer política, utilizando los conocimientos y habilidades múltiples de las personas y grupos interesados en algún asunto, problema o función pública, para la creación conjunta de soluciones a través de un proceso cuasi-deliberativo, que en la práctica implica una suerte de corresponsabilidad en la gestión gubernamental.*

---

“La atención primordial está puesta en las personas como eje esencial de un ambiente democrático. De ese modo, se va instalando una novedosa concepción que va más allá de la digitalización de los procesos y sistemas del gobierno.”

---

En 2011, se crea la Alianza para el Gobierno Abierto/AGA- Open Government Partnership/OGP)- como una iniciativa multilateral surgida en la 66ª Asamblea General de Naciones Unidas. Está integrada actualmente más de setenta países —entre ellos varios latinoamericanos<sup>27</sup>, y por representantes de la sociedad civil, para apoyar el desarrollo de un gobierno más democrático a través de los principios de transparencia, consulta

y participación popular, integridad pública y lucha anticorrupción, apoyados en las nuevas tecnologías digitales. El AGA viene a representar una suerte de nuevo *contrato social* con relación a los derechos y obligaciones de gobernantes y gobernados, vale decir, incluye no sólo al gobierno central, sino también al congreso, al poder judicial y al poder electoral, y además, comprende al sector privado y a la sociedad civil, con el objeto de lograr mediante cierto principios y el mundo digital una gobernabilidad democrática más eficiente, transparente, participativa y solidaria.

En 2015, se realizó la Cumbre Global Alianza para el Gobierno Abierto (México) en la que se adoptó la *Carta Internacional de Datos Abiertos*, que resulta un recurso indispensable para añadir valor público y social a la información pública que tienen las entidades del gobierno e instituciones públicas en general. Esta Carta precisamente viene a representar un conjunto de principios y buenas prácticas para la apertura de los datos de entidades públicas. Entre los principios básicos que contiene están los siguientes:

- Datos abiertos por defecto, para que todos los datos gubernamentales públicos se pongan a dispo-

sición, al tiempo que se cuida la privacidad y confidencialidad de los mismos.

- Calidad y cantidad, para identificar, priorizar y describir los datos de manera adecuada para incrementar su potencial de uso.
- Utilizables por y para todos, publicándolos de manera gratuita y en formatos abiertos, para mejorar la gobernanza, fortalecer las instituciones democráticas y el desarrollo de políticas públicas y la toma de decisiones.
- Publicación de datos para la innovación, para fomentar el desarrollo y crecimiento económico en nuestros países.

En 2016, en París, se realizó una nueva Cumbre de la Alianza para el Gobierno Abierto, que reunió a gestores públicos, tomadores de decisiones y organizaciones de la sociedad civil para debatir, compartir experiencias y exigir una mayor apertura de los gobiernos y extender esta misma dinámica a otros poderes públicos, o sea a los poderes legislativo y judicial, e incluso a los gobiernos locales para ampliar el espacio cívico en muchos países.

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

Ya se está haciendo efectivo el concepto de *gobierno abierto* aplicado a ciudades, habiéndose materializado en la *Declaración de París*, en la que se reiteró el compromiso con la transparencia y la lucha contra la corrupción. Asimismo, se dio el lanzamiento del Programa Piloto Regional de la Alianza para el Gobierno Abierto con un total de 15 ciudades participantes incluyendo gobiernos locales y entidades de la sociedad civil de América, Asia, Europa y África que se comprometieron a llevar a cabo nuevas iniciativas enfocadas a mejorar la transparencia y la vida de los ciudadanos.

En suma, los avances son notorios, pero sin duda estamos recién en una fase inicial y por ello habrá que sopesar las distintas experiencias, para pasar luego a afianzar los cambios con un adecuado marco legal. Hace algunos años el concepto “Gobierno Abierto” era un ideal seguido por sólo algunos países que se encontraban en condiciones preferentes para aplicar políticas consecuentes con aquella idea. Gracias al arduo y coordinado trabajo de más de setenta países del mundo, actualmente el concepto ha traspasado la barrera teórica y se está llenando de contenido, materializándose en políticas concretas. Incluso,

el concepto mismo esta evolucionado hacia la idea de un Estado Abierto, haciendo referencia a una extensión de los principios del Gobierno Abierto a todos los niveles y poderes del Estado.

El Sistema Interamericano, se ha adscrito a los principios y al proyecto de avanzar hacia un gobierno abierto. En la VII Cumbre de las Américas en Panamá, 2015, se establece en la Declaración la recomendación de “... *promover el Gobierno Abierto y el acceso a información como herramientas clave para mayor una mayor transparencia, eficiente gestión pública, participación active e inclusión social*”. Y en la OEA, tomando en cuenta los avances logrados a través del gobierno electrónico, se ha plegado a la corriente mundial del gobierno abierto, en el sentido de promoverlo y contribuir a que instituciones públicas sean más eficientes, transparentes, participativas y abiertas, y a consolidar una cultura de transparencia, promoviendo distintos esfuerzos de los Estados miembros y la comunidad internacional para empoderar a funcionarios y agentes de cambio para implementar con eficiencia prácticas de un gobierno abierto en la región.

## El acceso digital a la Información Pública

Otro componente esencial de la gobernabilidad democrática, el gobierno abierto y, en nuestro caso de estudio, de la democracia digital, es el acceso a la información en general y, en particular, el acceso a la información pública, que se considera un derecho humano estrechamente ligado a la libertad de expresión, ambos pilares esenciales de una sociedad democrática.

Se parte del principio que, por regla general, la información en posesión del Estado es pública, salvo excepciones que deben estar debidamente tipificadas por ley. Este derecho coadyuva a transparentar la gestión pública y una rendición de cuentas de las autoridades. En la actualidad este derecho debe ser analizado también desde la perspectiva del acceso digital, vale decir, bajo el prisma de los beneficios y desafíos que se plantea para ejercer este derecho a través de Internet, la web 2.0 y, en general, utilizando las TIC. Este derecho contribuye a fortalecer la relación de confianza entre el gobierno y la ciudadanía y que las personas puedan ejercer con mayor amplitud sus derechos políticos, sociales, económicos y de toda índole.

A nivel mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (Art.19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (Art.19, 2), reconocen que el derecho de libertad de expresión incluye el derecho a recibir informaciones, opiniones y difundirlas, sin limitación y por cualquier medio de expresión.

En el marco interamericano existen otros antecedentes y desarrollos jurídicos importantes, como la norma en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), que establece en su Art. 13,1 que

*“...toda persona tiene el derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”*

Por su parte, en la Cumbre Extraordinaria de las Américas (2004), en la Declaración de Nuevo León se enfatiza que

*“...el acceso a la información en poder del Estado, con el debido respeto a las normas constitucionales y legales, incluidas las de privacidad y confidencialidad,*

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

*es condición indispensable para la participación ciudadana y promueve el respeto efectivo de los derechos humanos. Nos comprometemos a contar con los marcos jurídicos normativos, así como, con las estructuras y condiciones necesarias para garantizar a nuestros ciudadanos el derecho al acceso a la información.”*

La Carta Democrática Interamericana (2001), destaca la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, la probidad y el respeto de los derechos sociales y la libertad de expresión (art. 4º), derechos directamente relacionados con el acceso a la información pública indispensable para que las personas puedan conocer y defender debidamente sus derechos.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso “*Claude Reyes y otros vs. Chile*” (19/9/2006), interpretó que el derecho de libertad de expresión incluye el derecho de acceso a la información; mientras que el Comité Jurídico Interamericano, en 2008, elaboró el *Informe sobre los Principios de Acceso a la Información Pública* (CJI/RES.147-LXIII-0/08)

En 2010, la Asamblea General de la OEA, aprobó la *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública* que proporciona a los Estados un

marco de referencia legal para garantizar este derecho, y en 2016, se hace realidad el *Programa Interamericano sobre Acceso a la Información Pública* que coadyuva a dar orientaciones para la puesta en acción de la Ley Modelo.

Todos estos instrumentos internacionales definen y protegen la facultad que debe tener todo ciudadano para recibir y obtener datos, registros, archivos e información de diverso tipo, bajo el poder de entidades públicas y entidades privadas que tengan financiamiento público según la ley. Los datos deben estar en formatos abiertos –*open data*– y libres para reutilización. Esto se denomina transparencia *activa* dado que las entidades públicas deben publicar de oficio la información relevante. También puede darse en algunos casos transparencia *pasiva* o sea a solicitud de parte.

Existe una corriente digital a la que están adhiriendo paulatinamente gobiernos e instituciones de todo el mundo para poner los datos que administran a libre disposición de las personas e instituciones –lo que se denomina “*open data*”– sin restricciones de copyright, patentes u otros– en formatos que permitan su reutilización para cualquier fin, por ejemplo, el desarrollo de nuevos análisis o de aplicaciones

*online*<sup>28</sup>. En buena parte de los países de la región se han creado portales donde se publican datos abiertos en formatos legibles incluyendo aspectos financieros de las actividades públicas y datos de utilidad práctica para los ciudadanos.

En definitiva, el acceso a la información pública es básico para que el ciudadano esté informado y así se pueda transparentar la gestión pública y se haga posible un control social de las autoridades y los recursos públicos que pasan a estar bajo escrutinio popular. En otras palabras, el acceso a la información, en forma digital principalmente, pase a ser un instrumento esencial para defensa y ejercicio de otros derechos, como la libertad de expresión y la participación ciudadana.

Sobre este tema debe mencionarse la *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet* (2011), suscrita por el Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de ONU y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de OEA, que remarcan:

*“...el carácter transformador de internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad*

*de acceder a la información...y la necesidad de divulgación de la información.”*

El Consejo de Derechos Humanos (ONU) aprobó en 2016 una resolución que establece que el acceso a internet deberá ser considerado, en adelante, un derecho básico de todos los seres humanos y que, los Estados deben proveer a sus ciudadanos un acceso a la red, condenando a las naciones que alteran este derecho, dado que todos deben gozar de los mismos derechos humanos *offline* y *online*. En este orden de ideas, el acceso al internet se considera un derecho humano que debe ser protegido en el ámbito legal interno e internacional.

Estos avances jurídicos son fundamentales para lograr una ciudadanía más consciente y empoderada y, por cierto, para la participación política. De este modo, y considerando que en la actualidad la mayor parte de la información se solicita y transmite a través de medios digitales, será necesario que en el futuro próximo se perfeccionen todos los antecedentes jurídicos antes mencionados, con relación a un e-acceso universal a la información con el consiguiente aumento de la interactividad. La idea fundamental es que los medios *online*, que son instrumentos democratizadores por



**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

excelencia, deben extenderse a todos con un acceso generalizado a la web; una simplificación del software y el hardware; y la disminución de los costos relacionados a los mismos.

Todo ello generará mayor apertura, libertad, igualdad y no discriminación en el uso de los medios virtuales, junto con una más amplia transparencia de los gobiernos y el impulso a una participación ciudadana más comprometida con los objetivos del bien común. Entonces, la propuesta esencial, es que el acceso a la información pública sea analizado bajo el prisma de Internet, de la web 2.0 dado que “todo pasa” por Internet. Asimismo, sería necesario, que se amplíe el alcance de las recomendaciones en esta temática a otros actores como el poder judicial, los partidos políticos, los sindicatos y los gremios profesionales, entre otros, perfeccionando los antecedentes jurídicos con relación al acceso digital a la información pública. Esta tarea pendiente deberá efectuarse, en lógica conjunción con las políticas para promover el gobierno digital que se desarrollan en la OEA y el BID.

Ahora bien, al examinar el derecho de libertad de expresión y el e-acceso universal a la información, surgen reflexiones para conciliarlos con otros

derechos fundamentales también protegidos como son el derecho a la privacidad y la protección de los datos personales, incluyendo el derecho al olvido, así como la temática de la censura en internet vs. la neutralidad de la red.

---

“La idea fundamental es que los medios online, que son instrumentos democratizadores por excelencia, deben extenderse a todos con un acceso generalizado a la web; una simplificación del software y el hardware; y la disminución de los costos relacionados a los mismos.”

---

Existe una protección internacional de los datos personales, tanto a nivel universal (*Pacto Derechos Civiles y Políticos*, arts. 17; 19,3) como regional, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Arts.11 y 13), entre otros. Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano, elaboró un Informe (CJI/OEA/2015) sobre el tema proponiendo a los Estados una serie de principios sobre privacidad y protección de datos personales señalando que debiera existir legislación para establecer los derechos

y obligaciones de los *intermediarios* que tratan *data* (el Estado; entidades públicas y privadas; buscadores como Google; redes sociales como Facebook, Instagram; etc).

Adicionalmente, existe la preocupación por los *rastros* que quedan en los buscadores de información. La inmensa cantidad de datos que se pueden obtener en tiempo récord en Internet, la perennidad de dicha información y su posible colisión con el derecho a la privacidad y protección de los datos personales, son asuntos que necesitan en forma urgente el desarrollo de una protección jurídica a nivel local e internacional.

Hay dos recursos que están en boga: el derecho de *habeas data*, que permite al afectado conocer, rectificar o actualizar los datos falsos o erróneos que vulneran su dignidad, honor o vida privada en bancos de datos de entidades públicas y privadas; y el *derecho al olvido*/*right to be forgotten* relacionado con el anterior pero específicamente para remover de Internet -del buscador digital- un dato erróneo o falso, pernicioso para la imagen, u obsoleto con el trascurso del tiempo, que resulta perjudicial para el ejercicio actual de derechos de una persona.

Por su parte, en el otro extremo del espectro, frente a la apertura total de los canales digitales, aparece la censura en Internet (*internet filtering*), así como el monitoreo que podrían efectuar los gobiernos, ciertas entidades o sujetos privados, respecto de las comunicaciones digitales. Cabe precisar, que en democracia es legal que se efectúe *cierto tipo* de control amparado en leyes especiales para prevenir o evitar los delitos cibernéticos. Frente a esta posibilidad, en algunos países (Chile, Brasil, Unión Europea) ya existen leyes sobre *la neutralidad de la red*, que incluyen la prohibición de interferencias, bloqueos, discriminación, y restricción arbitraria de las actividades de los usuarios de internet, debiendo los proveedores (*Internet service provider*), adoptar medidas sobre la gestión de tráfico y administración de la red, pero siempre respetando la privacidad de los usuarios y brindando una protección legal para todos los derechos.

En el marco del derecho internacional, en las Naciones Unidas y en la OEA se viene abordando el tema del derecho a la privacidad en la era global digital<sup>29</sup>, que enfatiza la protección legal contra la recopilación ilícita o arbitraria de datos personales y su uso indebido, la vigilancia ilícita de comunicaciones e injerencia ilegal en la vida privada.

**Beatriz M. Ramacciotti**

**Democracia y Derecho Internacional**

Sea que se decida por la privacidad o por el derecho de informar y recibir todo tipo de información, en nuestros días se trata de conciliar una probable colisión de derechos, de forma tal que el e-acceso a la información, la libertad de expresión y otros derechos coexistan con los derechos a la privacidad, a la intimidad y la imagen de las personas ponderando caso por caso como la mejor forma de proteger todos los derechos.

### **La participación ciudadana digital (e-participación ciudadana)**

En el contexto de innovación democrática, un tercer elemento fundamental está dado por la e-participación ciudadana. Este derecho está sustentado en los derechos políticos consagrados en normas de derecho internacional a nivel universal (*Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948, art.21; *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, 1966 (arts.21 y 22); y regional, (*Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1969, Arts. 16 y 23), que reconocen y protegen el derecho de todo ciudadano de participar en la vida política de un Estado.

En la actualidad, los medios digitales se han convertido en espacios de discusión de ideas y propuestas, que abren la posibilidad de una interrelación

continúa entre gobernantes y ciudadanos, y, en general, se abre y expande una amplia participación digital sobre asuntos de interés individual o colectivo entre una pluralidad de actores, entre ellos los partidos políticos. A través de los mensajes de *twitter*, *facebook*, *chats* y todo tipo de redes virtuales y portales digitales, el mundo político se dinamiza y la participación ciudadana prospera.

Sin desmerecer los mecanismos de democracia *directa* como los plebiscitos, los referéndums, y los cabildos abiertos, entre otros; no contradicen a la democracia representativa sino que la refuerzan, de forma tal que los electores pueden expresarse no solamente en elecciones generales, sino también en otros momentos de la vida política, a través del voto popular<sup>30</sup>. Estos mecanismos de democracia directa no siempre funcionan adecuadamente. Un elemento a considerar es que, en algunos países, el aporte de los medios digitales no es aprovechado en toda su magnitud dado que no existe suficiente debate ni redes sociales para promover un voto consciente, que no sea sólo un “sí” o un “no”, sino un voto reflexivo e informado.

Surge así la necesidad de ampliar los mecanismos de participación ciudadana a través de Internet, las redes

y la web 2.0, para hacer posible un intercambio permanente con mecanismos no solo *de arriba hacia abajo -upside-down-* sino también *de abajo hacia arriba -bottom-up-* que se han convertido rápidamente en medios de *e-participación ciudadana* por excelencia, promoviendo una opinión pública abierta frente al orden establecido, e incluso, en instrumentos de presión en favor de determinadas causas y reclamos a nivel interno e internacional.

---

“Mediante el mundo digital, se hará cada vez más real y posible la promesa de una gobernabilidad democrática con las características que tanto reclama la ciudadanía: eficiente, transparente, equitativa, dinámica, participativa y solidaria.”

---

Estos mecanismos provienen de la sociedad civil y están ampliándose diariamente a través de *blogs*, *e-movilizaciónes*, *e-campañas* y otros medios no tradicionales muy novedosos como la colaboración abierta o *crowdsourcing* en torno a determinadas causas, que han empezado a ser utilizadas también

por otros actores incluyendo el poder legislativo –iniciativas de *e-congreso abierto*–; constitución *colaborativa* –para cambios constitucionales–; y todo tipo de propuestas ciudadanas; y, para coadyuvar en los procesos electorales –plataformas para recepción, verificación, y publicación en tiempo real de denuncias– entre otros<sup>31</sup>.

Teniendo en cuenta que la corrupción está en el centro de la preocupación ciudadana, con otro mecanismo como el *smarter crowdsourcing*, se está avanzando en modalidades innovadoras para fomentar la transparencia utilizando la tecnología, los datos y la innovación<sup>32</sup>. Todas estas iniciativas de colaboración ciudadana están en concordancia con los lineamientos del gobierno abierto.

Así, mediante el mundo digital, se hará cada vez más real y posible la promesa de una gobernabilidad democrática con las características que tanto reclama la ciudadanía: eficiente, transparente, equitativa, dinámica, participativa y solidaria. Es importante mantener vivo el debate y recopilar experiencias para solucionar los desafíos utilizando los medio digitales, en particular, los datos abiertos, que están aportando positivamente en varias esferas de la participación coadyuvando a la gobernabilidad democrática.

**Beatriz M. Ramacciotti**

**Democracia y Derecho  
Internacional**

#### **IV. Reflexiones Finales: ¿Hacia una Democracia Digital?**

Para finalizar con algunas reflexiones, lo primero que puede decirse es que el escenario que se va configurando comprende un universo de temas sumamente amplio y complejo que está en una primera etapa de experimentación. Y, como es obvio, todavía son más las preguntas que las respuestas. Sin embargo, cabe precisar, que al presentar el tema de la innovación democrática coadyuvada por medios digitales, no estamos planteando un determinismo tecnológico, ni propiciando una discusión sobre si sería conveniente o no el uso de las TIC en los sistemas democráticos, puesto que su existencia es una realidad inevitable. La pregunta esencial es si el Internet viene a ser -como dice el maestro Joan Subirats- un nuevo *martillo* que nos ayuda a clavar más de prisa los clavos de siempre, o significa y marca un cambio de época donde el mundo digital es determinante para una renovación social, política y jurídica de nuestras sociedades<sup>33</sup>.

Desde el punto de vista de la democracia, lo que importa es hacerle frente a la verticalidad, a la grieta entre representantes y representados, a la

opacidad y a las asimetrías existentes de diferente tipo. Vale decir, que se enfrenten y se subsanen los déficit democráticos con una mayor transparencia y con espacios más amplios de participación cívica. No se trata en ningún caso de un alejamiento de los valores esenciales de la democracia representativa, que como sistema de gobierno esta afianzado jurídica y socialmente en las Américas y en buena parte del mundo.

Se tiene muy claro que los ensayos de regímenes alternativos, han acabado en estrepitosos fracasos y, lo más grave y lamentable, afectando las libertades fundamentales y el mínimo desarrollo y estabilidad política a las que puede aspirar un pueblo.

En ese sentido, algunas reflexiones finales, serían las siguientes:

- La era digital llegó a la política y al derecho. La democracia representativa clásica está siendo impactada por la revolución que significan las TIC, en términos de gestión gubernamental, en las dinámicas de interrelación y equilibrios de poder, generando vínculos más directos, horizontales e inclusivos.

- La implementación de un *gobierno digital/gobierno abierto* permite enfrentar los déficit democráticos: desconfianza, falta de legitimidad y transparencia, ineficiencia e incapacidad de apreciar el sentir ciudadano.
- La promesa del *gobierno digital/gobierno abierto* rebasa la simple “modernización del Estado”, ofreciendo soluciones a problemas crónicos de gobernabilidad democrática, con capacidad de responder a las emergentes demandas de una sociedad *en red*.
- El acceso *digital* a la información pública es el puente indispensable para lograr un ciudadano consciente de los recursos del Estado, con posibilidad de tener una visión crítica de la gestión pública, exigir rendición de cuentas y transparencia al gobierno y las entidades públicas, y a todos los poderes del Estado, para así contar con elementos esenciales para el buen gobierno y la lucha contra la corrupción.
- La participación ciudadana está siendo revolucionada por los medios digitales que promueven una democracia más dinámica y participativa. Las TIC generan la irrupción de todos y abren un amplio espacio de interacción a una ciudadanía más empoderada para defender sus derechos y vigilar decisiones públicas que afectan su bienestar. Permite avances para subsanar la fractura existente entre representantes y representados.
- Está surgiendo una democracia representativa *digital*, engarzada con elementos de democracia directa y deliberativa, sin debilitar los principios básicos contenidos en los instrumentos jurídicos interamericanos, (i.e. Carta de la OEA, Carta Democrática Interamericana, 2001.) Así, el mundo digital obliga a repensar la política y el marco jurídico dado que la innovación democrática a través de las TIC deberá ser recogida, no sólo a nivel interno, sino también en los instrumentos jurídicos internacionales.
- El derecho internacional debe establecer el marco de referencia y una tipificación de los derechos y responsabilidades cibernéticas para avanzar hacia un nuevo paradigma democrático en la era global-digital.

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

### **Bibliografía**

#### **Democracia**

R. Dahl, *On Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1998.

L. Diamond, “Universal Democracy?” *Policy Review*, June 2003.

C. Fierlbeck, *Globalizing Democracy: Power, Legitimacy, and Interpretation of Democratic Ideas*, New York, Manchester University Press, 1998.

E. C. Kamarck & J. S. Nye, *Governance.com: Democracy in the Information Age*, Washington DC, Brookings Institute Press, 2002.

A. Mangas, *Humanización, Democracia y Estado de Derecho*, Madrid, Dialnet.

M. F. Plattner & A. Smolar (Editors), *Globalization, Power and Democracy*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000.

PNUD/OEA, *Nuestra democracia*, 2010.  
[https://www.oas.org/es/sap/docs/nuestra\\_dem\\_s.pdf](https://www.oas.org/es/sap/docs/nuestra_dem_s.pdf)

B.M. Ramacciotti, “La Internacionalización del Paradigma Democrático en el Sistema Interamericano”, *Revista*

*Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, Georgetown University & Universia, Washington, DC, 2008.

B.M. Ramacciotti, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Córdoba, Ed. Lerner, 2009, pp.99-151.

B.M. Ramacciotti, “La Democracia en la Era Digital: Una mirada desde el ámbito latinoamericano”, en *Liber Amicorum: Estudios de Derecho Internacional*, en homenaje a la Doctora Z. Drnas de Clement, Córdoba, Ed. Advocatus, 2014.

A. Touraine, *What is Democracy?* Boulder, Westview Press, 1997.

#### **Revolucion digital y democracia**

M. Castells, *La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

M. Castells (ed.), *La Sociedad Red: Una visión Global*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

R. Faris & B. Etling, “Madison and the Smart Mob: The Promise and Limitations of the Internet for Democracy”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 32, 2, summer 2008.



T. Friedman, *The world is flat: A brief history of the twenty-first century*, New York: Straus & Giroux, 2005.

J. Naisbitt, *The Global Paradox*, New York, Avon Books, 1994.

J. S. Nye, *The Paradox of American Power*, Oxford, Oxford University Press, 2002, Chapter II: “The Information Revolution”.

M. Margolis & D. Resnick, *Political as Usual: The Ciberspace Revolution*, Thousand Oaks, Sage, 2000.

P. Villatoro y A. Silva, *Estrategias, programas y experiencias de superación de la brecha digital y universalización del acceso a las TIC. Un panorama regional*, Santiago, CEPAL, 2005.

*World Economic Forum: the digital divide*.  
<https://www.weforum.org/agenda/2015/08/three-numbers-explain-mobile-digital-divide/>

### **Hacia un Gobierno Abierto Hacia una Democracia Digital Participación y deliberación ciudadana.**

R. Araya Dujisin, Internet, “Política y Ciudadanía”, *Nueva Sociedad* 195, 2005

C. Colombo, “Innovación democrática y TIC: ¿hacia una democracia participativa?”, *Revista Internet, Derecho y Política*, UOC, 2006.

L. Dahlberg, “The Internet and Democratic Discourse: Exploring the prospects of online deliberative forums extending the public sphere”, *Journal Information, Communication & Society*, Vol. 4, 2001.

A. Hoffman, A. Ramírez y J. A. Bojórquez (Coord.), *La Promesa del Gobierno Abierto* (libro digital) presentado en el “Encuentro Regional sobre Gobierno Abierto” del Open Government Partnership (OGP), Santiago de Chile, 2003.

A. Lissidini, Y. Welp y D. Zovatto, *Democracia Directa en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2008;

F. López Egaña, *¿Pueden los Estados seguir gobernando ciudadanías bajo viejos paradigmas? Los desafíos políticos del gobierno abierto en América Latina y el Caribe*, Documento de Discusión, BID, 2014.

W. Merkel, *Democracia Directa*, Fundación R. Ebert, 2014;

A. Naser y G. Concha, *El Gobierno Electrónico en la gestión pública*, Santiago, Editorial CEPAL, 2011.

**Beatriz M. Ramacciotti**

## **Democracia y Derecho Internacional**

J.S. Nye (Eds.). *Governance.com*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2002;

P. Norris, *Digital Divide? Civic Engagement, Information Poverty and the Internet Worldwide*, Chap. 5, “Theories of Digital Democracy”, Cambridge University Press, 2001.

O. Perez, Open Government, Technological Innovation, and the Politics of Democratic Disillusionment: E-Democracy from Socrates to Obama, *Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 9, pp. 65-67, 2013.

D. Piaggese, El BID y el Gobierno Electrónico, en *Política Digital*, México, D.F., No. 20, 2004.

2007, OEA, *Recomendaciones sobre Acceso a la Información*, Documento Conjunto preparado por el Departamento de Derecho Internacional y otras entidades de la OEA, aprobado por Asamblea General (AG/RES.2288 (XXXVII-O/07)).

2006, OEA, AG/DEC.46(XXXVI-O/06) *Declaración de Santo Domingo sobre “Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento”*. <https://www.oas.org/docs/declarations/AG-DEC-46-Dec-de-Santo-Domingo-SPA.pdf>

2010. *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información*, aprobada por la Asamblea General de la OEA, 8 junio 010, por Res.AG/RES 2607 (XL-O/10). [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES\\_2607\\_XL-O-10](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10).

2011, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*, ONU/OEA/OSCE/CADHP,

2015, OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales*, CIJ/doc.474/15 Rev. 2, 26 de marzo, 2015.

PNUD, *La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2004.

J. Subirats, “Los dilemas de una relación inevitable: Innovación democrática y tecnologías de la información y la comunicación”, en H. Cairo Carou (comp.), *Democracia Digital: Límites y Oportunidades*, Barcelona, Trotta, 2002.

Unión Interparlamentaria, UNESCO. *La democracia en la era digital y la amenaza a la privacidad y las libertades individuales*, Res. 133ª, Asamblea de la UIP, Ginebra, 21 octubre, 2012.

PNUD, *Ciudadanía Política: Voz y Participación Ciudadana*, 2014.

<sup>1</sup> D. Calatayud Soriano, Eco versus Terpsícore: De la libertad de expresión al derecho de comunicación en Internet, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm.20, 2do. Semestre 2012, pp.253.

<sup>2</sup> B.M. Ramacciotti, “La Democracia en la Era Digital: Una mirada desde el ámbito latinoamericano”, en *Liber Amicorum: Estudios de Derecho Internacional*, en homenaje a la Doctora Zlata Drnas de Clement, Directores E. J. Rey Caro & M. C. Rodríguez de Taborda, Córdoba, Ed. Advocatus, 2014, pp.787-819.

<sup>3</sup> La OMC es un organismo integrado por más de 160 países, con sede en Suiza, que se ocupa de promover tratados de libre comercio y de integración económica, la regulación de empresas y capitales, la propiedad intelectual, los servicios (especialmente educación y salud), entre otros.

<sup>4</sup> Joseph S. Nye. & E.C. Kamarck, *Governance.com: Democracy in the Information Age*, Washington DC, Brookings Institute Pres, 2002.

<sup>5</sup> Marshall McLuhan & B.R.Powers, *La Aldea Global*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1995.

<sup>6</sup> B. Ramacciotti, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Cordoba, Editorial Lerner, 2009.

<sup>7</sup> Comisión de Derechos Humanos/ONU, <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/docs/61chr/leaflet61.pdf>

<sup>8</sup> Declaración del Milenio 2000

<sup>9</sup> <https://www.un.org/democracyfund/about-undef>

<sup>10</sup> 15 de setiembre, Día Internacional de la Democracia/ <http://www.un.org/es/events/democracyday/index.shtml>

<sup>11</sup> Beatriz M. Ramacciotti, *Cuba y el Sistema Interamericano: ¿Hacia una integración progresiva y funcional en la OEA?*, Buenos Aires, CRIES, 2016, pp. 335-365.

<sup>12</sup> <http://www.t13.cl/noticia/mundo/las-razones-entender-crisis-venezuela>

<sup>13</sup> Resolución AG/Res.1080 (xxi-0/91) sobre Democracia Representativa, 1991.

<sup>14</sup> Op.cit. B.M. Ramacciotti, “La democracia en la era digital...”, 2014, pp.792.

<sup>15</sup> PNUD, *La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, 2004.

<sup>16</sup> El Foro Económico Mundial/World Economic Forum (WEF), Buenos Aires, abril 2017, reunió a más de mil personas entre políticos, empresarios, sociedad civil, y concluyó que el principal reto en la región es mejorar la gobernabilidad y fortalecer la democracia.

<sup>17</sup> T. Friedman, *The world is flat: A brief history of the 21 century*, New York, Strauss & Giroux, 2005.

<sup>18</sup> Internet es la infraestructura digital sobre la que se montan una serie de servicios: la Web, el e-mail, el chat, el streaming de video, las llamadas de voz, etcétera), por lo que la Web e Internet no deben tomarse como sinónimos.

<sup>19</sup> En 1989, Tim Berners-Lee, británico, crea la Web y el sistema http con páginas escritas en lenguaje html (hypertext markup language) contenido en páginas y sitios web. Bernes-Lee establece la primera comunicación entre un cliente y un servidor logrando unificar un único espacio, accesible desde cualquier lugar del mundo a través de Internet, y permitiendo almacenar, consultar, actualizar y compartir esa información en forma masiva.

**Beatriz M. Ramacciotti**

**Democracia y Derecho  
Internacional**

<sup>20</sup> Miles de expertos en tecnologías de la información y la comunicación (TIC) de todo el mundo se reunieron en Ginebra del 19 al 23 de marzo de 2018 en el Foro de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Foro CMSI 2018), reunión anual más importante de las múltiples partes interesadas de la comunidad internacional en las TIC, con el objeto de conocer los desarrollos de punta y avanzar hacia un pleno desarrollo digital en beneficio de la humanidad.

<sup>21</sup> En 2015, 193 Estados Miembros de Naciones Unidas llegaron a un consenso sobre el documento final de la nueva agenda “Transformando nuestro Mundo: la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030” que se compone de una Declaración, 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas.

<sup>22</sup> T. Krone, High Tech Crime brief, Australian Institute of Criminology, Canberra, 2005.

<sup>23</sup> Colombia ventanilla única de comercio exterior <https://www.youtube.com/watch?v=-vEPkYPwwL3k>

Chile atiende ventanilla única <https://www.youtube.com/watch?v=EL9v6Daq-KI>

<sup>24</sup> Los principales mecanismos de cooperación a través de RED GEALC son: Base Datos Expertos de e-Gobierno; Fondo de Cooperación Horizontal, FOCOH; Repositorio de Información y Documentos; Grupos de Trabajo Virtuales; Campus Virtual: Cursos de Formación e-Gov(10,000 funcionarios en 10 años); e-GovMonitor: monitoreo y avances e-Gobierno, desde 2008; E-Govex -Sistema de Información de Aplicaciones de e-Gobierno desde 2008; Excel-Gob Premios a Excelencia.

<sup>25</sup> En IV Reunión Ministerial de Gobierno Electrónico (Santiago de Chile, 2016), se votaron los premios 2016 a la excelencia en Gobierno Electrónico (excelGOB), convocados por la Red de GEALC, con el apoyo de OEA y BID. Categoría mejora de los servicios públicos: Trinidad & Tobago con su “Ventana Única Electrónica” para facilitar los negocios y el comercio; Categoría Software público: Chile con “Simple versión 2016”; Desarrollo Económico: Clave única, Chile; Datos abiertos: Gob.mx, México; Enfoque de género: Gob.mx, México; Cooperación horizontal: ganaron menciones Brasil, Chile, México, República Dominicana y Uruguay.

<sup>26</sup> Sobre iniciativa del Gobierno Abierto - <https://www.youtube.com/watch?v=Ar2ohR5Jank>

<sup>27</sup> 15 países latinoamericanos miembros son parte de esta Alianza para el Gobierno Abierto (AGA) (México, Brasil, Paraguay, Uruguay, Chile, Colombia, Perú, Argentina; El Salvador, Costa Rica, Panamá, Guatemala, Honduras, Rep. Dominicana; y Trinidad y Tobago). Cabe mencionar que hay países más avanzados que otros, como Costa Rica, Chile, México y Uruguay, que va por su 3er. Plan de Gobierno Abierto.

<sup>28</sup> De la mano con este concepto de open data está el de linked data que hace referencia a que los datos están entrelazados mediante tecnologías de web semántica; y la “big data”, constituida por todos los datos que directa e indirectamente se producen en el universo, segundo tras segundo. En la actualidad la cantidad de datos generados por persona y en unidad de tiempo es muy grande, pero existe un software de frontera que permite la lectura y almacenamiento y procesamiento de la big data.

<sup>29</sup> Derecho a la Privacidad en la Era Digital/ The right to privacy in the digital era, Res. AG/ONU/2013.

<sup>30</sup> El Comité Jurídico Interamericano, mediante un Informe sobre esta temática (CJI/doc383/11, 2011) hizo un completo análisis de los mecanismos directos de participación ciudadana que los Estados Miembros de OEA reconocen en sus constituciones, a saber: derecho de petición; solicitud de información; iniciativa popular; referendo; plebiscito; revocación de autoridades; colaboración ciudadana o voluntariado; participación en la gestión pública; cabildos abiertos y afines; rendición de cuentas; participación y consulta a los pueblos indígenas; participación en la política agraria; derecho a la defensa de intereses varios (medio ambiente; salud pública; patrimonio cultural; derechos del consumidor, entre otros).

<sup>31</sup> Y. Welp y U. Serdult, “Direct Democracy Upside Down”, *Taiwan Journal of Democracy*, Vol. 8, N.1, pp.69-92.

<sup>32</sup> <http://anticorruption.smartercrowdsourcing.org/>

<sup>33</sup> J. Subirats, *Otra Sociedad ¿Otra política? De “No nos representan, a la democracia de lo común”*, Barcelona, Icaria Editorial, 2011.

## Sobre la autora

### Beatriz M. Ramacciotti



Beatriz M. Ramacciotti es abogada y profesora de derecho internacional. Ha desempeñado actividades profesionales en el ámbito público, académico y privado.

Como Embajadora del Perú ante la Organización de los Estados Americanos (OEA), ejerció la presidencia del Consejo Permanente y encabezó los grupos de trabajo sobre modernización de sistemas de justicia, y probidad y ética pública, entre otros.

En el ámbito académico ha sido profesora de Derecho Internacional y Política Exterior en programas de posgrado en diversas universidades latinoamericanas; Profesora visitante y Directora de la Base de Datos Políticos de las Américas (Georgetown University, Washington, D.C.); Co-Fundadora, ex Directora y miembro honorario del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI-PUCP), Universidad Católica del Perú; miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, IHLADI. Es también

miembro de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional de la Haya.

La Embajadora Ramacciotti es autora de numerosas publicaciones, entre ellas “Presidencialismo y Parlamentarismo en América Latina” (Editor), (Georgetown University & OAS, Washington, D.C., 1st Edition, 2005); “El nuevo paradigma democrático y la protección internacional de la democracia en las Américas” (Ius et Veritas, Universidad Católica del Perú, 2005); “La privatización de la violencia y la responsabilidad internacional de agentes no-gubernamentales” (XX Curso de Derecho Internacional, OEA/CJI, 1993); “Derecho Internacional: Casos y Materiales”, (Universidad Católica del Perú, 1a. ed, 1991; 2ª ed, 1993; 3ª ed, 2001, entre otras.

Beatriz M. Ramacciotti es abogada (Universidad Católica del Perú); Magister en Asuntos Internacionales (Tufts Fletcher School of Law & Diplomacy); Doctora (PHD) en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba).

## Sumario

### Palabras preliminares;

- I.** *Introducción, deslinde y precisiones;*
- II.** *El derecho extranjero como cuestión multidisciplinaria;*
- III.** *Una visión general de los contralores de constitucionalidad y convencionalidad del derecho extranjero;*
- IV.** *Un enfoque operativo y la función del control de constitucionalidad;*
- V.** *Un enfoque operativo - la función del control de convencionalidad – el derecho internacional humanitario;*
- VI.** *Control de convencionalidad y la convención americana de derechos humanos- pacto de san José de Costa Rica;*
- VII.** *La convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (en vigor)*





# Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero

**Didier Operti Badán**

## Palabras preliminares

Mi participación en este importante Curso anual de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano, con el encomiable apoyo de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, me retrotrae a tiempos pasados, algunos más distantes que otros, que nos dieron la posibilidad de contribuir a esta hermosa tarea del desarrollo progresivo de las disciplinas del derecho internacional con invariable convicción y entusiasmo.

Por todo ello, reciban sus organizadores y cursantes mi reconocimiento.

De acuerdo a los objetivos del Curso, el perfil de los cursantes (con énfasis en ramas diferentes del derecho internacional) y las orientaciones de la coordinación, he tratado de asumir su naturaleza de post-graduación y conforme a ésta, preservar el carácter coloquial y verbal del mismo tal como

se desarrollara en los hechos sin perjuicio del orden de la versión escrita.

Por tanto, el presente texto registrará las citas bibliográficas precisas al cierre del texto como un insumo útil y necesario. De ellas destaco el Coloquio celebrado en París el 23 de septiembre de 2016 sobre control de constitucionalidad y de convencionalidad del derecho extranjero, por la iniciativa y bajo la dirección de los Profesores Gustavo Cerqueira (Brasil-Francia) y Nicolás Nord (Francia), referido a América Latina, Estados Unidos y Europa, en el que juristas de esta tres áreas analizamos en profundidad el tema en la acogedora sede de la Corte de Casación.

## I. Introducción, deslinde y precisiones

El tema a mi cargo exige señalar en su apertura que la cuestión del derecho extranjero es un capítulo fundamental en el funcionamiento del derecho

internacional privado, por lo cual me permitiré consignar algunas precisiones que estimo indispensables.

- Las relaciones privadas (matrimonio, filiación, sucesión, testamento divorcio, contratos, etc.) se constituyen en el objeto del derecho internacional privado cuando afectan a más de un Estado. Desde el nacimiento mismo de esta disciplina jurídica hasta el presente, el método normativo predominante ha sido el de las reglas de *conflicto de leyes* (también denominada norma *formal* o *clásica*), por medio de la cual se resuelve cuál será el Estado cuya ley será aplicable a la relación de que se trata.

Así se observa desde tiempos muy distantes, en el derecho romano y el medioevo, sin omitir el tratado egipcio-hitita en materia de extradición, verdaderamente revolucionario en su tiempo. No obstante, por su mayor rigor técnico destaca el derecho estatutario medioeval, y con éste, la posibilidad y en su caso, el *deber* de respetar el derecho extranjero y aplicarlo.

- El concepto precedente constituye un verdadero paradigma

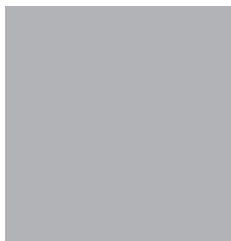
civilizatorio, trascendental y vigente, que lleva a algunos autores – Werner Godschmidt, acaso como el más señalado –, a identificar el derecho internacional privado como *Derecho de la Tolerancia*, por lo que representa el respeto por el derecho extranjero en la evolución de la comunidad internacional.

En efecto, cuando un juicio u otra actividad jurisdiccional tiene lugar en un cierto Estado y en ese caso, la relación jurídica privada internacional se regula en el fondo por la ley de otro Estado, estamos en el corazón mismo del tema a nuestro cargo o sea la aplicación del derecho extranjero.

- El fundamento para esa aplicación comenzó (y suele aun hoy invocarse) como la *cortesía* del Estado (*comitas gentium*), con relación al derecho del Estado extranjero, vale decir como un acto *unilateral* y discrecional – aunque no totalmente desinteresado – convirtiéndose más tarde en un *deber*, eventualmente sujeto a reciprocidad, que es un concepto de inocultable proyección histórica e, inclusive, vigencia.

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**



La fuente de tal deber se encuentra en muchos casos en los tratados y convenciones internacionales y en otros—acaso todavía la mayoría de los Estados—, en su propio derecho interno como podemos verlo en Argentina, Brasil, Colombia, Estados Unidos, México, Venezuela, Uruguay, etc., sólo por citar algunos, sin perjuicio de señalar que una situación similar se da en los demás continentes, incluso en Europa, no obstante la legislación de integración supranacional uniforme vinculante.

Cabe igualmente precisar que el derecho internacional privado cuenta también con otro método normativo que es el de las leyes materiales o sustantivas uniformes (*legislación sustancial*) para distinguirlo del método *formal* (*solución de conflicto de leyes* ya referida). Dicho método material uniforme es el que encontramos por ejemplo en

la Convención de Viena que Regula los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Naciones Unidas, 1989), vigente entre un elevado número de Estados a escala mundial y por cierto, de la región.

- Resulta interesante señalar a los efectos de nuestro tema, que en el caso de soluciones como la precitada Convención, al tratarse de una regulación directa del propio contrato de compraventa no se da la hipótesis de aplicación del derecho de un Estado parte por el de otro Estado parte. La Convención uniforme funciona como derecho *propio* de los Estados ratificantes con lo cual aquí no se plantea la cuestión del derecho extranjero de acuerdo con los términos que hemos identificado en el marco del derecho internacional privado, desde que se someten al mismo derecho. Vale decir, no hay conflicto de leyes.

Empero, cabe consignar que cualquier tratado o convención, para el Estado que no sea parte de esos instrumentos, sería derecho *extranjero*, punto que demanda especial análisis.

- La jurisdicción internacional competente es otro de los temas a tener presente como objeto de la solución de conflicto ya que ella va asociada, de una forma u otra, a la cuestión de la ley aplicable. Así, en el *common law* la precede; en el sistema de derecho romano (*civil law*) suele estar asociada a ella o, aun, ser uno de los efectos de dicha ley.

Se verá a continuación cuáles son las ramas del derecho que se ocupan, aun tangencialmente, del tema del derecho extranjero.

## II. El derecho extranjero como cuestión multidisciplinaria

1. Son varias las disciplinas jurídicas que tratan el derecho extranjero y coadyuvan en su tratamiento; son, en rigor, las siguientes:
  - 1.1. El derecho internacional privado: en cuanto a la regla que ordena la aplicación del derecho extranjero

en la esfera internacional, sin perjuicio de tener presente que, con antelación a la solución del conflicto de leyes, cada Estado evalúa los intereses y derechos de su propio orden jurídico ante la posibilidad de la sujeción de una relación jurídica privada a otro derecho distinto del propio.

Así, el asunto se nutre inexorablemente de otros componentes provenientes del derecho internacional *público* y con éste comienza el papel de las soberanías que si bien es propio del derecho público, irradia sus efectos sobre el derecho internacional privado. Esto es así, al punto de provocar desarrollos doctrinarios que apuntan a un *encuentro necesario* negado por una cuasi hemipléjica mirada de las relaciones entre ambas ramas del Derecho Internacional. El derecho de los tratados, en particular, así lo impone, sin perjuicio de otros procesos de convergencia de las mismas.

- 1.2. El derecho procesal: en la función de interpretar y aplicar el derecho extranjero cuando ello procede, lo cual pone en sus manos no solamente el procedimiento—aspecto formal - sino el cómo debe

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**



sentenciar en aquellos casos— aspecto sustancial – en los que la norma aplicable no pertenece a su propio orden jurídico como derecho sustantivo, sino, reitero, al derecho extranjero que debe aplicar como tal.

Naturalmente, la secuencia del procedimiento incluidos los recursos, es materia del derecho procesal en tanto pone a cargo de la *lex fori* lo que ya en la Edad Media Jacobo Balduino reconocía como “*las formas ordenatorias del proceso*”, las que abarcan incluso las garantías y derechos de las partes. Esto incluye la pertinencia del empleo de los diferentes recursos procesales disponibles, el tratamiento igualitario del litigante extranjero y la eliminación de la caución de arraigo, etc. Así lo disponen, a título de ejemplo, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y sus Protocolos Adicionales.

1.3. El Protocolo de Cooperación y Asistencia en Materia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, que ha tenido y mantiene un amplio y positivo desarrollo, impulsado desde la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y plasmado en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) y los derechos nacionales, con la creación de una Autoridad Central, la que ha visto reforzadas progresivamente sus competencias en el ámbito internacional.

Este órgano ejerce, entre otras, la función de facilitar a la Justicia el conocimiento del derecho extranjero y su aplicación, sin perjuicio del papel que en ello les cabe junto a las partes la responsabilidad de cooperar con la Justicia especialmente en cuanto al conocimiento e información del derecho extranjero, hoy día muy facilitado por los medios electrónicos.

### III. Una visión general de los controladores de constitucionalidad y convencionalidad del derecho extranjero

He optado por comenzar con estos párrafos a fin de un mejor ordenamiento de la exposición, en algunos aspectos con el consiguiente riesgo de reiteración, que prefiero asumir en aras de la claridad.

1.1. Antes de desarrollar la exposición de ambos controles, debemos tener presente que se trata de una cuestión propia del derecho internacional privado, y por ende capítulo que ha pasado a ser parte integrante de la teoría general (Cf. P Lagarde). El derecho extranjero por su complejidad y todavía limitada bibliografía específica, asienta en el espacio de los especialistas. Aún más, es interesante subrayar que este reconocido maestro francés del derecho internacional privado sitúa el derecho extranjero en el ámbito de la Teoría General de la materia a igual título que la calificación de las categorías (relaciones jurídicas privadas en la esfera internacional), la cuestión previa, el reenvío, etc.

1.2. Recordemos con Edoardo Vitta el triple análisis del control de constitucionalidad del derecho extranjero:

a) el de las reglas de conflicto y la constitución del Estado del cual dimanar;

b) el de la ley extranjera y la constitución local- aquí se trataría de resolver la cuestión sin tomar como referencia la constitución extranjera;

c) el de la ley extranjera y la constitución extranjera, a cargo del juez del foro. Este último caso es, por su esencia, el más debatible y ha merecido respuestas antagónicas.

El precitado Vitta lo acota a la hipótesis de los sistemas de constitución rígida de los Estados que aún no han pronunciado la inconstitucionalidad de la ley, excluyendo así el caso del llamado control difuso a cargo de *cualquier* juez de instancia (v.gr., el de la Constitución argentina vigente, art.43). Obviamente, si la ley extranjera aplicable a la relación en el caso concreto ha sido declarada inconstitucional conforme al derecho extranjero de origen, el juez *fori* deberá atenerse a ello.

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

1.3. A nuestro entender, esto será así sin perjuicio de su revisión por el mismo órgano jurisdiccional superior u otros (v.gr., la C. argentina, art.116, que atribuye esa competencia a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación). Claro está que en el sistema de control difuso sería imposible establecer algún tipo de evaluación anticipada del juez *fori* de la constitucionalidad del derecho extranjero conforme al derecho de origen.

Como puede observarse, en todos los casos en que jugaría la constitución extranjera se plantearían muy serias dificultades, por lo cual llega a sostenerse que el derecho extranjero no debe abarcar la constitución del Estado de origen.

No obstante, en la solución convencional interamericana (Convención de Normas Generales de 1979), una interpretación textual del art. 2 impondría una interpretación calcada de la que daría el juez extranjero.

Volveremos sobre este punto.

2. Desde esa perspectiva debemos ver el papel que cumple el derecho público – en particular el derecho

constitucional --por ser los Estados sus protagonistas cuando aplican a nivel jurisdiccional su propio derecho o el derecho extranjero, siempre sujetos a su propio orden jurídico y en especial a su constitución, sea de oficio o por vía de acción o excepción de las partes en juicio, ante la jurisdicción del foro.

---

“En el sistema de control difuso sería imposible establecer algún tipo de evaluación anticipada del juez *fori* de la constitucionalidad del derecho extranjero conforme al derecho de origen.”

---

No incluyo en el derecho extranjero a estos fines el derecho de fuente extra-etática.

3. La pertinencia de ambos controles:
- 3.1. Partimos de una hipótesis adelantada en el acápite mismo de esta exposición que sostiene que la obligatoriedad del derecho extranjero habilita ambos controles. Naturalmente, esta posición no está



exenta de cuestionamientos, entre ellos el de quienes le atribuyen al derecho público extranjero y en especial a la constitución, un nivel jerárquico e institucional tal, que le sustraería del contralor foráneo, sea *por razón de forma o de contenido*.

Otra de las objeciones es que las categorías del derecho privado del caso internacional son materia de calificación a cargo de lo que en doctrina se ha dado en llamar *derecho fundante* (expresión muy utilizada en la doctrina argentina), por lo cual la norma aplicable por la norma de conflicto debería pertenecer al ámbito del derecho privado y no del derecho público.

Esto significa, por ejemplo, que si se tratara de un litigio en que el juez del foro deba aplicar la ley extranjera para resolver sobre la legitimidad de una filiación natural, consultará la ley extranjera que regula esa categoría sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de la misma.

Sin embargo, el debate sobre el punto continua, a pesar de la fuerte tentación de recurrir al orden público internacional como si poseyere un verdadero *fuero de atracción* sobre aquellas situaciones

complejas que evidencian una verdadera colisión de normas nacionales y extranjeras y complejidades mayores, poniendo en juego la identidad del orden jurídico local.

- 3.2. En caso de una respuesta favorable a la inclusión de la constitución en el derecho extranjero, procede preguntarse “¿a la luz de cuál constitución debería operar tal control?”: i) la de la Constitución del foro, o ii) la del Estado de origen del derecho extranjero. En ambos casos habrá de resolverse a cuál de los Estados compete esa función y en tal caso responder cual sería el juez o tribunal competente para llevar a cabo tal control.

En primera lectura, no resulta fácil aceptar que la constitución del Estado A controle, según sus reglas, la constitución del Estado B. Por mi parte, no he visto en mi país a los constitucionalistas ocuparse de este problema. Por tanto, habría que tomar en cuenta la posición extrema a la que se llegaría por la vía de la observancia del derecho extranjero limitando la selección a las leyes de derecho privado reguladoras de la relación jurídica privada en juego. Y si persistiera la

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

duda, hasta podría llegar a aplicarse el derecho material doméstico.

4. Problema técnico- jurídico de derecho internacional privado e institucional; o derecho público, en la especie, el derecho constitucional.

Analicemos:

- 4.1. Para responder a esta proposición, tras reconocer su complejidad, decimos que – obviamente –, se trata de un tema técnico-jurídico difícil todavía no muy abordado por la doctrina, el que nos exige un análisis progresivo y considerar sus componentes. Entre éstos, se advierte el creciente papel y gravitación del llamado *derecho humanitario* en el funcionamiento del derecho internacional privado, tal como lo plantea con indiscutible rigor técnico la actual catedrática uruguaya Cecilia Fresnedo de Aguirre en su reciente curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2016).

La autora llega a calificar ciertas normas de derecho internacional privado, como *jus cogens* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art.64) para re-

afirmar su *imperatividad*. De este modo, recurre a un instituto del derecho internacional general –ordinariamente aplicado por el derecho internacional público- y lo traslada al derecho internacional privado, de modo especial en lo que dice relación con el derecho internacional humanitario.

La pregunta emergente—entre otras --, sería si esa calificación de *jus cogens* puede extenderse a la constitución de un Estado extranjero, lo cual, a mi juicio, dependerá del contenido de la misma.

---

“La pregunta emergente—entre otras --, sería si esa calificación de *jus cogens* puede extenderse a la constitución de un Estado extranjero, lo cual, a mi juicio, dependerá del contenido de la misma.”

---

Dejo planteado el tema a fin de poner en sintonía la cuestión del derecho extranjero con el marco superior de la constitución, propia o foránea, que a falta de conven-

ción o tratado, nos llevaría a un escenario axiológico de derecho interno que podría aproximarse al prealudido *jus cogens*, particularmente gravitante cuando se suscita en el ámbito del derecho internacional humanitario.

- 4.2. Debemos, sin duda, asumir el grado de influencia del derecho internacional humanitario aunque en mi respuesta, en particular, se circunscriba al derecho internacional privado y así ver cómo operaría en la interpretación y aplicación del derecho extranjero por el juez o tribunal de instancia y su eventual elevación a un tribunal superior.

Lo anterior abarca las respuestas, tanto del actual derecho positivo interamericano, ineludible y fundamental, a efectos de este Curso, como de la doctrina contemporánea de mayor recibo o influencia, sin pretender relevarla aquí de manera exhaustiva.

Para concluir esta cuestión, decimos que el derecho internacional privado no puede técnicamente aislarse del derecho internacional general, ni perder de vista que se

trata de una especialidad sobre las relaciones privadas extranacionales o internacionales, según se les denomine.

- 4.3. El derecho internacional humanitario consagrado en las constituciones liberales y democráticas, ha sido refrendado y desarrollado por las convenciones, tratados y otros instrumentos de derechos humanos en nuestro hemisferio y fuera de él. En el espacio regional sitúo y destaco – precisamente en este curso – el protagonismo que ha tenido y mantiene la OEA en el avance progresivo del derecho internacional en general, y en especial, en el plano interamericano.

En suma, dejamos planteadas algunas reflexiones, más que respuestas inequívocas a la pregunta del punto 4, en las que hay que seguir profundizando. Esto no nos impide registrar la fuerte índole institucional de los controles del derecho extranjero y de ahí precisamente que vayamos directamente al examen de los mismos comenzando con el de convencionalidad.

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

### **IV. Un enfoque operativo y la función del control de constitucionalidad**

1. Nos decía nuestro gran Maestro Quintín Alfonsín: “*una vez identificada la regla aplicable, es necesario decidir si está o no en vigor, si es o no constitucional y si tiene efectos retroactivos*”. Todo esto—cabe señalarlo—, a mediados del siglo XX, varias décadas antes de los textos positivos interamericanos y aun europeos y por supuesto antes de la Convención de Viena de 1969.

A la luz de los conceptos precedentes, creemos haber identificado los problemas que deben ser considerados por el magistrado al menos inicialmente en lo formal (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) a fin de calificar debidamente el instrumento convencional; luego, determinar si su propio Estado está obligado por ellos, sea por razón de las fuentes, sea por el principio de jerarquía normativa que conlleva su aplicación imperativa (caso de contralor compartido de la Constitución Argentina), sea por el rango que pueda eventualmente asignársele a los derechos humanos y su posible integración

al plexo constitucional como una etapa en su desarrollo progresivo.

2. Establecer aquí qué papel le tocaría a los jueces al cumplir esas funciones, es tema de suma complejidad técnica y de profunda sensibilidad. En este sentido, B. Audit y L. d'Ávout destacan el carácter *a menudo político de esta decisión*. Así, el juez *fori* en caso de hallarse en curso el control de constitucionalidad en el Estado de origen, deberá aguardar ese resultado en tanto esa decisión afecta al mismo tiempo principios institucionales superiores como el principio de separación de poderes y los controles que el mismo requiere.

Los derechos fundamentales de la persona humana, entre éstos, el de obtener un fallo ajustado a derecho son considerado como un pilar sobre el cual ciertos autores fundan la sujeción del derecho extranjero al recurso de casación, conocido como un medio de resolución del caso concreto y de alineamiento de la jurisprudencia libre en los países de derecho civil.

3. Cabría evocar aquí que ha sido el profesor argentino A. Garro quien nos ha informado en el Coloquio

de París que no conoce ningún caso en Estados Unidos *en el que se haya considerado la conformidad de la ley extranjera con la constitución del Estado extranjero*.

Por mi parte, no dudo en afirmar que una regla americana aplicable en Uruguay como derecho extranjero de Estados Unidos (la *Rule 44-1* de 1966 lo califica como derecho y no como hecho) no será objeto de control a la luz de la Constitución Americana teniendo presente la diferenciación entre *civil law* y *common law*, sin olvidar que los Estados Unidos no son Parte de la Convención Interamericana de Normas Generales ya citada.

Es obvio que el estudio sobre este aspecto debe continuar. Me remito aquí a lo expresado en nuestra Visión General, sin perjuicio de ciertas conclusiones atinentes al tema.

## **V. Un enfoque operativo - la función del control de convencionalidad – el derecho internacional humanitario**

1. Comienzo por decir que este control opera dentro del derecho de los tratados, tal cual lo ordena la

Convención de Viena en su art.26 “*Pacta sunt servanda – Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” y art.34: “*Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento*”.

Tengamos presente aquí la decisión de febrero de 1972 de la Corte de Casación francesa, citada por M. Lagarde, la que ha calificado como *derecho extranjero* (en el sentido de *foráneo*, según mi lectura) la Convención con terceros países.

2. El tema se desplaza al terreno del control de constitucionalidad cuando ese tratado o convención de la que no es Parte el Estado del foro presenta vicios de constitucionalidad conforme a la constitución del Estado de origen; en tal caso y *a fortiori* no cabría tal control de convencionalidad sino el de constitucionalidad. Aquí habría una complementariedad que no puede decirse que tenga alcance general.

Advierto igualmente que dentro de una visión diferente del control de convencionalidad, que el juez *fori* se puede encontrar, por razón de contenido, ante lo que llama-

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

mos *confrontación normativa* cuando el Estado de origen de la regla aplicable de su derecho interno ha tenido cambios significativos en instrumentos vinculantes con terceros Estados.

3. Esto nos lleva a concebir el control de convencionalidad *no solamente como una categoría del derecho de los tratados*, tal como lo sostuviéramos en el precitado Coloquio, como apertura normativa y a la vez, a una suerte de revisión axiológica de la Convención de Viena.

Este orden de ideas, diferentes sin duda a las soluciones ortodoxas de la Convención, surte efectos en América Latina, en la que el control de convencionalidad lleva a considerar el derecho internacional humanitario *en el cuadro del respeto del derecho extranjero*, como la esencia misma del derecho internacional privado, consagrado a resolver los problemas planteados por *la continuidad internacional de las relaciones privadas*, como tempranamente lo afirmara Savigny, seguido luego por gran parte de la doctrina, en la uruguayana en especial por el profesor Ronald Herbert.

---

“El tema se desplaza al terreno del control de constitucionalidad cuando ese tratado o convención de la que no es Parte el Estado del foro presenta vicios de constitucionalidad conforme a la constitución del Estado de origen; en tal caso y a *fortiori* no cabría tal control de convencionalidad sino el de constitucionalidad.”

---

4. A la pregunta de si *el Estado del foro debe aplicar como derecho extranjero el designado por un instrumento internacional entre el Estado de origen y un tercero* mi primera respuesta es negativa, salvo para aquellos casos en que el Estado de origen sea Parte de convenciones o tratados que obligan a su derecho interno a regular la relación privada de una cierta manera para *todos* los casos – como una suerte de principios generales -- hipótesis de muy difícil armonización normativa con los arts. 26 y 34, en especial este último.

En tal sentido, el control de convencionalidad se plantearía, en la expresión de P. Lagarde como un *aspecto particular* en el cual se trata de ver si el derecho extranjero del Estado de origen es contrario a un tratado o convención entre los Estados A (Estado del foro o local) y B (Estado de origen). Asimismo, y como tema menos tratado y más complejo todavía, se pregunta cuál sería la eventual aplicación de alguno de esos instrumentos internacionales entre B y C sujeta o no al control de constitucionalidad sobre tales tratados en el Estado de origen.

En ningún caso podríamos perder de vista que la pauta de referencia sigue siendo el acto *soberano* de la constitución nacional que atribuye al poder legislativo la facultad de ratificar los tratados, lo cual al no existir el tratado, no sería tal para el país no ratificante.

Todo esto exige profundizar en la cuestión de la compatibilidad entre el nuevo derecho internacional humanitario y el derecho constitucional clásico lo que incluye el llamado *bloqueo de los derechos humanos* y que recibe hoy día de una parte respuestas afirmativas

(Cf. M. Risso Ferrand) y de otra las que nos proponen ciertas dudas y reservas (Cf. A. Durán Martínez y C. Del Piazso), todos ellos publicistas de nota.

5. Cabe reconocer la influencia de los derechos fundamentales y de las libertades que avanzan sobre ámbitos reservadas antes al derecho internacional privad., así como subrayar a título de información que en nuestra región el control de convencionalidad se consolidó como un efecto derivado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sendos casos promovidos en su sede (en especial la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*—2005) contra diferentes gobiernos de Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

En tal caso se producirían, al menos, estos efectos: a) se amplía el repertorio de los derechos humanos a nivel interno con rango constitucional; b) a la hora de aplicar el derecho extranjero, el juez del foro deberá hacerlo en consonancia con esa ampliación; c) la aplicación del derecho ex-



**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

trajero estará sometida al recurso de casación en tanto se trata de una cuestión de derecho y no de hecho.

6. Adviértese que esta línea de análisis extiende notoriamente el ámbito del derecho extranjero y enerva la posibilidad de *nacionalizarlo* y aplicar su propio derecho o, en su caso, considerarlo como un hecho y también, en consecuencia, decidir del mismo modo.

En doctrina europea de recibo, se ha sostenido que la invocación creciente de los *derechos fundamentales europeos*, tanto los proclamados por el Consejo de Europa como los de la Unión *se traduce claramente por una subversión de los principios y métodos de solución de derecho internacional privado* (B. Audit, traducción libre).

En términos teóricos, este control de convencionalidad pondría al juez *fori* en situación de aplicar su derecho constitucional interno con la incorporación directa de las reglas convencionales de derecho internacional humanitario sin pasar por los procedimientos de reforma de la carta constitucional, propios del sistema de constitución rígida,

siempre que sean “*inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*” (art 72, Constitución Uruguaya).

---

“En términos teóricos, este control de convencionalidad pondría al juez *fori* en situación de aplicar su derecho constitucional interno con la incorporación directa de las reglas convencionales de derecho internacional humanitario sin pasar por los procedimientos de reforma de la carta constitucional.”

---

7. Recordemos aquí que en doctrina se ha calificado a dicha Convención como *jus cogens*, afirmándose que por ella operaría como fundamento del orden público, medio por el cual se restablecería el vínculo entre la regulación de derecho privado y la protección de derecho público (Cf. C.Fresnedo de Aguirre). Naturalmente, la invocación de uno u otro fundamento produciría efectos diversos desde que en el primero la *impera-*

*tividad* de la regla estaría implícita en ella misma, en tanto que en el segundo sería el *efecto* producido por el juez *fori* para evitar la aplicación de una ley competente en base al nivel de *intolerancia* entre ambas soluciones, la del derecho interno y la ley competente del derecho extranjero.

8. Reaparece – inevitablemente – el tema de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, el desdoblamiento funcional de Scelle y otras soluciones, y con él la cuestión de las relaciones de concordancia o superioridad entre aquéllos. Se abre aquí una veta de estudio—entre muchas - realmente interesante, a la cual refiere de modo crítico Audit – al considerarse cuál es el grado de imperio de la ley comunitaria en la relación con terceros países y si esa norma debe ser considerada como derecho extranjero aplicable. Todo esto sujeto, además, a la cuestión del predominio de una u otra estructura normativa, como lo señala, por ejemplo J.S.Bergé.
9. De modo paralelo a lo que antecede, cabe anotar su influencia sobre el llamado *bloque constitucional* (Risso Ferrand, Duran Martinez Del

Piazzo, Spangenberg, etc. entre otros), el que a mi juicio debe reconocer como resguardo el principio de jerarquía normativa, el que tiene su vértice en la constitución, lo que lleva a parte de la doctrina, al menos en mi país, a afirmar la complementariedad entre ambos controles cuando se trata de la compatibilidad del *bloque de los derechos humanos* con la Constitución Uruguay. Complementariedad que, en mi opinión, no equivaldría a asimilación o equivalencia sino a instancias de actuación dirigidas a obtener certeza jurídica en cuanto al derecho aplicable – derecho extranjero propiamente dicho y/o derecho convencional y con ella, la legitimidad de la decisión jurisdiccional.

Advertimos aquí la necesidad de preservar la diferenciación de ambos controles, lo que no obsta a su examen conjunto, como lo ha hecho con profundidad y fundamento el precitado Coloquio. La complementariedad de los controles puede darse o no en tanto que:

i) a nuestro juicio, cualquier juez o tribunal conoce como juez *fori* de un caso en que debe aplicar el derecho extranjero,

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

ii) al hacerlo, deberá considerar los tratados y convenciones que obligan al Estado del foro, desde que ello hace parte del derecho positivo aplicable, no siendo imperativo en todos los casos su cotejo con la constitución del foro, el que, lógicamente, no se excluye;

iii) el juez del foro, al conocer la Convención y solamente cuando se observe que la misma se aparta del derecho de los tratados o viola la constitución por razón de forma o de contenido, elevará el asunto al seno de la Suprema Corte de Justicia por ser *cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados* (Constitución Uruguay, art. 239. ord. 1°);

iv) en materia de inconstitucionalidad, la constitución establece previsiones especiales, mientras que no las posee para el control de convencionalidad; y

v) es notorio que no se podría invocar la complementariedad como sinónimo de *perfección*, sino de *aditamento*

10. Por éstas razones decimos que más que ser un sinónimo de lo que se produce, *complementariedad* es

una asignación de competencias al tribunal superior para llevar a cabo ambos controles, sujetos a los requisitos propios de cada uno, los que a mi juicio son autónomos y sólo relacionados por razón de la competencia exclusiva del decisor.

Por tanto, se aseguraría así un cotejo normativo y orgánico superior acorde a la jerarquía del texto convencional. Naturalmente, no desconocemos que en este punto se abre el debate de la relaciones entre derecho interno y derecho internacional que el derecho positivo no ha resuelto de un modo idéntico, como lo muestra el derecho comparado, y en especial el cotejo entre las soluciones constitucionales de Argentina y Uruguay, tema a nuestro cargo en el precitado Coloquio.

Por otra parte, es notorio que el derecho constitucional y el derecho internacional público abordan con la hondura propia la muy conocida controversia acerca del monismo y del dualismo. Se abre de este modo en el tema un extenso cauce de análisis y propuestas, a todo lo cual no escapa el derecho internacional privado, en el momento crítico de interpretar y aplicar el derecho extranjero.

Aquí las concepciones filosófico-jurídicas jus naturalista y positivista, vuelven a enfrentarse en un nivel verdaderamente trascendente que abraza todo el orden jurídico de los países donde ello sucede.

A manera de síntesis:

- 10.1. El examen de convencionalidad será en todo caso previo al diagnóstico de inconstitucionalidad y sujeción al procedimiento específico previsto en la constitución.
- 10.2. Es preciso diferenciar aquí el control de convencionalidad cuando se trata de un instrumento internacional del que el Estado del foro no es parte, pues en tal caso será para él, en principio, un típico caso de aplicación del derecho extranjero.
- 10.3. Ya hemos visto las modulaciones de este criterio con la aparición en escena de las reglas uniformes, particularmente las del derecho comunitario, a las que los Estados vinculados suelen pretender asignarle rango de derecho internacional general, cuando en realidad no es más *strictu sensu* que derecho regional

o comunitario, sin imperio *erga omni* y por tanto no vinculante con terceros países.

- 10.4. El derecho internacional humanitario con su fuente convencional participa en el cotejo normativo que precede a la identificación y aplicación del derecho extranjero e introduce en el asunto unos criterios de índole humanitaria que inciden en el plano político institucional de los países y en su responsabilidad internacional, como lo muestran ciertos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los que haremos referencia

## **VI. Control de convencionalidad y la Convención Americana de Derechos Humanos- pacto de San José de Costa Rica**

1. Se afirma por algunos autores que el concepto de *control de convencionalidad* es una noción edificada progresivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que fue descubriéndose paulatinamente hasta su actual consolidación (Cf. J. A Amaya). No obstante, en la doctrina europea, con antelación a tales desarrollos se ha señalado

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

como un *aspecto particular de la constitucionalidad de la ley extranjera aquél en el que ella es contraria a un tratado concluido entre el país donde ella está en vigor y un tercer país*. Incluso se ha interpretado que en tal caso el juez francés debe hacer prevalecer el tratado mientras que la ley interna no lo obliga (J.Maury).

A esta postura “nacionalista” se oponen otros autores al expresar: “si la ley aplicable es contraria al tratado (con terceros países, claro) el juez francés no podrá hacer más que constatar este hecho pues el orden jurídico del legislador francés no es el que consagra el derecho internacional, sino el de la regla en vigor en el extranjero” (H. Batiffol y P. Lagarde).

En nuestra opinión, el problema en definitiva es el de *la competencia jurisdiccional del juez del foro para controlar el derecho extranjero designado como efecto de un tratado que obliga al Estado de origen y no al Estado del foro*.

Asimismo, reiteramos que hoy en día cuando se habla de control de convencionalidad se considera *el ámbito de una manera diferente a la clásica, más amplia y profunda*, por lo cual, como ya lo hemos

dicho en este mismo Curso, el asunto desborda el margen del derecho de los tratados aunque éstos siguen siendo la regla matriz ineludible aunque interpretable de modo progresivo como todo texto positivo.

2. Es dentro de este enfoque que a mi juicio se ubica esta nueva forma de examinar el derecho convencional, ahora a la luz de su contenido de derechos humanos. Y es aquí donde se fundamenta la posición del autor argentino J. A. Amaya.

---

“En nuestra opinión, el problema en definitiva es el de la competencia jurisdiccional del juez del foro para controlar el derecho extranjero designado como efecto de un tratado que obliga al Estado de origen y no al Estado del foro.”

---

En tal sentido, me parece importante relevar que *en lo operativo* el control de convencionalidad en la

doctrina argentina internacionalista contemporánea es considerado *un instrumento para la protección de los derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado* (V. Bazán).

3. En Brasil, siguiendo a G. Cerqueira (el que cuenta a su vez con valioso doctrinario autóctono) se reconoce el *doble control* del derecho extranjero, de recibo, primeramente, como *un derecho jerarquizado en el país de origen* y, luego, como *un derecho a jerarquizar, cuando la jerarquía de las normas propia del sistema jurídico extranjero se pone en marcha en el foro requerido*.

Es relevante el juicio de este autor cuando señala que el control de convencionalidad *varía según el objeto y el valor jerárquico atribuido a cada convención*.

En este sentido, afirma que en materia de derechos del Hombre las convenciones tienen valor constitucional y en este caso el control de convencionalidad *se alinea con el sistema de control de constitucionalidad*.

4. Este aserto del precitado autor nos introduce en la consideración del Pacto de San José sin perder la

perspectiva de la jerarquía normativa y jurisdiccional, ínsitas en la aplicación del derecho extranjero.

Estos criterios se reflejan a la hora de examinar la aplicación del Pacto de San José en doctrina y jurisprudencia, ciertamente copiosas ambas y que trataremos de un modo global que se expone a continuación:

Recapitulando:

- 4.1. reconocemos *ab initio* que la Convención bajo examen pertenece por su esencia al derecho público y en especial al derecho constitucional, sin perjuicio de admitir su transversalidad e influencia sobre las soluciones de derecho internacional privado;
- 4.2. la práctica de aplicación del derecho extranjero, amplia y variada, muestra en nuestra región solamente algunos casos en este tópico, los que por la naturaleza y sensibilidad de los derechos en juego han registrado un excepcional relieve desde el punto de vista jurídico e institucional.
- 4.3. se advierte una innegable *constitucionalización* del derecho inter-

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

nacional que alcanza también al derecho internacional privado en el momento de aplicar el derecho extranjero.

- 4.4. se advierte también que el control de convencionalidad se ha vuelto unidireccional en cuanto al protagonismo de los derechos humanos.
- 4.5. los casos relevados (J.A. Amaya , V. Bazán ) dan cuenta de fallos de la Corte IDH , v.g. el *Myrna Mack Chang v. Guatemala* en el que por primera vez en un voto razonado el juez mexicano Sergio García Ramírez, a la sazón Presidente de la Corte, utiliza la expresión *control de convencionalidad*, a partir de lo cual se le asigna la *paternidad* de la misma. En otros fallos posteriores, en especial el caratulado *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte sentenció que *el poder legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana* (Art.1.1 de la C.) y recordó que *cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados...* (Omis). (Omis).

Cabe aquí preguntarse si ello equivale a afirmar que la Convención es supraconstitucional con todos los efectos derivados. Es igualmente relevante la afirmación de la Corte IDH cuando se autocalifica como el *control último de la Convención*, con el desplazamiento del poder jurisdiccional de los países sin texto constitucional – por ejemplo, en el caso de Uruguay -, que lo autorice.

- 4.6. Corresponde citar el caso *Gelman vs. Uruguay*, donde se enuncian los *estándares* (Amaya) sobre el control de convencionalidad y se entra claramente en el ámbito de la responsabilidad del Estado, al que se le imponen sobre la base de la desaparición forzada de personas, indemnizaciones y obligaciones de hacer que a mi juicio podrían exceder las competencias de la CIDH.

En suma, es notorio que el pretense o real *bloqueo constitucional* en cuanto haga parte del orden jurídico de un Estado, jugará su rol en el funcionamiento del derecho extranjero.



## VII. La convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (en vigor)

1. Relevo fundamentalmente dos de sus disposiciones, los arts. 1 y 2, en tanto el primero prioriza el derecho convencional sobre el interno, y el segundo que obliga al juez *fori a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable.*

Sobre esta Convención y en general sobre el derecho extranjero y la cooperación, hay autores latinoamericanos como G. Parra Aranguren, E. Tellechea Bergman, C. Fresnedo de Aguirre, M. B. Noodt Taquela, R. Santos Belandro, entre otros, y muy valiosos, por cierto.

Escapa a esta exposición el abordaje de tan rico material doctrinario que en todo caso consolida conceptos fundamentales, que la obra de CIDIP se ha encargado de patentizar mediante varias convenciones, hoy vigentes entre un buen número de países de la región, cuyo examen meritara alguna instancia de evaluación y sistematización.

Me permito consignar a modo de reflexión complementaria que no estoy a favor una interpretación pieletrista del art. 2 sobre todo a la hora de esgrimirse el control de constitucionalidad por las razones que ya he expuesto.

2. Asimismo, dejo aquí propuesta una interpretación extensiva de la Convención en virtud de la naturaleza de los temas contenidos en ella que me induciría a auspiciar un ámbito de aplicación no limitado al escenario interamericano.

Sólo quedaría resaltar la significación de esta Convención, única en el derecho internacional comparado, y acaso el más relevante esfuerzo codificador de la honrosa CIDIP a la que me unen tantos y profundos vínculos técnicos y personales.

Finalmente, sólo resta agradecer a todos ustedes, los cursantes y colegas, el apoyo brindado, expresándoles mi sincera gratitud por la actitud participativa y dialoguista propia de colegas, profesores y discípulo.

### Noticia bibliográfica básica

Incluiré solamente aquellas obras en cuyo contenido aparece el tema de los

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

controles de convencionalidad y constitucionalidad del derecho extranjero. Naturalmente, ocupa el primer lugar por ser la más reciente—y acaso única— obra colectiva específica publicada el precitado Coloquio.

1. Études de droit international privé (Amérique Latine-États Unis-Europe CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET DE CONVENTIONNALITÉ DU DROIT ÉTRANGER – Sous la direction de Gustavo CERQUEIRA et Nicolas NORD –Collection Colloques Volume 34 – Colloque du 23 septembre 2016, Cour de cassation, Ed. Société de Législation Comparée, 285 pp.-

2. Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE-- Droit International Privé, Septième édition, L.G.D.J., 1981, Tome I, pp. 389-390,

3. Quintín ALFONSÍN – Teoría del Derecho Privado Internacional, Montevideo, ed. Idea, 1982, ps.526-27 y 530.

4. Werner GOLDSCHMIDT – Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia ( Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico- Décima edición actualizada por el formidable

trabajo ( en equipo) de su discípula ALICIA PERUGINI ZANETTI, Ed. Abeledo Perrot, 2009, W.Goldschmidt trata in extenso el tema del DE y expone una tesis relevante como la de la “Imitación del derecho extranjero” p.17, consagrada como derecho positivo en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPR. de 1979, especialmente su art. 2 propuesto por el Maestro en la CIDIP II.

5. Bernard AUDIT avec le concours de Louis d’Avout, Sixième édition- Ed.Economica, Paris, 2010, p. 254.

6. Dominique Bureau et Horatia Muir Watt- Droit International Privé. Tome I – Partie generale – Themis droit PUF, Paris 2007. Pp. 212, 349, pp.442-445. SUBRAYO: en la pág. 454 dentro del sub-título “Le contrôle de la constitutionnalité de la loi pétrangère”, las autoras citan a Werner Godschmidt (a quien reconozco junto a Quintín Alfonsín, como mis Maestros de DIPr.), con su visión “ontológica” del derecho designado, cimentada en una concepción realista y vital del Derecho.

7. Léna Gannagé – Le droit international privé á l’épreuve la hierarchie des normes (l’exemple du droit de famille) RCDIP – 2001, pp. 1-42.

8. Edoardo Vitta – Cours général de droit international privé, Recueil des cours 53, 1979, en especial ps.71-83. Subrayo la fineza y profundidad del análisis del autor sobre las diferentes hipótesis de la aplicación del derecho extranjero y el control de constitucionalidad (p.79).

9. Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE – Public Policy: Common principles in the American States- Recueil des cours, Vo.379, 2016 – Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 396 ps.- Destaco especialmente el análisis del control de constitucionalidad (ps.148 y 149) y la proposición de la autora en cuanto a la posible invocación de la Constitución del foro como “parte de las reglas de policía que impedirían aplicar el derecho extranjero cuando éste viola principios constitucionales básicos (por ej. Igualdad y no discriminación). Sus aportes sobre la extensión del jus cogens (ver espec.ps. 112-118) al dominio del dipr., es otro aporte que sugiere un especial tratamiento que supera el tema a mi cargo. En cuanto – otro tema -- al orden público internacional, se trata de un “estudio ineludible”

10. Eduardo Tellechea Bergman de los múltiples estudios de dipr. procesal

de este profesor (Ex Director de la Autoridad Central de Uruguay) destaco por su especial relación con el tema, el más reciente: “Aplicación e Información del derecho extranjero en el ámbito interamericano. Regional y en el Uruguay”, en Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR – Año 2-Nro.3-2014,ps.35 a 58. Subrayo por su valor la declaración de las Primera Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional de 1972, relevada por E. Tellechea, que nosotros apoyáramos entonces en la que se postula en cuanto a la “interpretación constitucionalidad, aplicación espacial, temporal y en todos los demás aspectos” del DE , “debe estarse” “a las “soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece” y que ello debe ser reglado en “forma expresa “ en la futura “ Convención Interamericana” ( obsérvese que estas Jornadas prologan la CIDIP I – Panamá, 1975, y anticipan la C,I. de Normas Generales ( CIDIP II, Montevideo, 1979 (p.41,nota 19).

11. Jorge Alejandro Amaya – Control de constitucionalidad- 2da. Edición actualizada y ampliada – ASTREA-Buenos Aires-Bogotá – 2015. Destaco especialmente su muy prolijo examen de la consolidación del control de

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

convencionalidad, su origen y evolución (ps.363-371), así como el relevamiento de los más relevantes fallos de la CIDH desde el de *Almonacid Arellano vs. Chile* (p.365) en adelante, así como la relación del caso Gelman (ps.397-399) cuya sentencia en este dramático produjo efectos significativos tanto jurídicos como políticos en materia de aplicación de convenciones de DH y su eventual efecto retroactivo, entre otros aspectos de rango constitucional. En este sentido señalo la influencia en ciertas concepciones del neo-constitucionalismo del dramático caso caratulado “Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García vs. Uruguay-Asimismo, me remito en particular a las ps. 399-400 en las que se aborda la “Competencia de la CIDH en la verificación de la aplicación del Control de Convencionalidad”, cuya exclusividad y preeminencia sobre la Constitución uruguayana no compartimos. Cabe citar aquí como un valioso aporte doctrinario en Estudios Jurídicos de la Fac. de D. de la U. Católica del Uruguay, la obra colectiva jurisprudencia encabezada por el Profesor Augusto Durán Martínez y de éste en particular su análisis de la jurisprudencia de la CIDH y de la sentencia de la CIDH en el caso Gelman.

12. Alicia Perugini de Paz y Geuse y R. A. Ramayo, El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable (Un enfoque normológico), Revista La Ley-1988-A ps.968 ss.; también destaco el estudio de A. Perugini titulado “Constitución Nacional, Derecho Extranjero y Orden Público”, en revista La Ley. 1978-D, p. 925 y ss.

13. S. Albanese, Coordinadora, obra colectiva titulada “el control de convencionalidad”, Buenos Aires, Eriar, 2008, de la que destaco de Albanese el cap. destinado a “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, ps. 13 y 14.

14. Carlos E. Del Piazzo, “Actos susceptibles de control jurisdiccional de constitucionalidad (Ajenidad de cuestiones políticas) – Estudios de Derecho Administrativo, 2015, nro. 12, p. 111 y ss.

15. Martín Riso Ferrand, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”- Estudios Jurídicos, Fac. de D. de la Universidad Católica, Nro. 8, 2010, ps. 301-321. De este mismo autor, La Constitución [on uruguayana de 1967 Balance

y Perspectivas, en la misma revista. Facultad de Derecho 25 años, ps.15 a 40, espec. Ps. 31 y ss.

16. Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nro. 19, 2015, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, ps.25-70- Este estudio presenta una lista de los fallos de la CIDH que puede resultar de gran interés para los estudios del DIH ; también su enfoque del control de convencionalidad “ para proteger adecuadamente los derechos humanos , honrar los compromisos internacionales en la materia y, entre otros objetivos, evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional” ( p.1). Se trata de un estudio de un jurista muy activo en el terreno de los DH, muy respetable por cierto, que a veces se aleja un tanto del rigor técnico jurídico que el tema del neo-constitucionalismo demanda.

17. Augusto Durán Martínez, “En torno al neoconstitucionalismo” en Estudios Jurídicos- Publ. de la Facultad de D. de la U. Católica del Uruguay, Nor. 7, 2009, ps.63-105. Es oportuno agregar que el tema del neoconstitucionalismo—emergente

tras la Segunda Guerra Mundial --, ofrece una amplísima literatura jurídica que dificulta una selección razonable y equitativa. En este sentido nos permitimos incluir en esta bibliografía aquellos trabajos “de cercanía “, de natural incidencia en la aplicación de los textos constitucionales y de ahí nuestra visión desde el dipr. y el funcionamiento del respectivo control sobre una dimensión normativa clásica sensiblemente ampliada desde estas nuevas visiones del Derecho Público el que incluye la rama internacional, el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

18. Derecho internacional privado y derecho internacional público>un encuentro necesario, Biblioteca de derecho de la globalización / Obra colectiva / ASADIP / CEDEP, Asuncion, con Prólogo de Yves Daudet . Ver mis capítulos , ps. 59 a 80 y 429 a 448.

### **Aclaraciones:**

A. Los autores de las ponencias del Coloquio de Paris deben considerarse citados in totum sin perjuicio de citas especiales en el texto de algunos de ellos.

B. Así . por ejemplo, la cita de Paul Lagarde, con su relato final, es ineludible y de utilidad manifiesta.

**Didier Operti Badán**

**Los Controles de Constitucionalidad  
y Convencionalidad del Derecho  
Extranjero**

C. La bibliografía ha sido escogida con la mirada puesta en los cursantes y el Curso mismo, sin excluir, por supuesto, los anhelados lectores.

D. El carácter interdisciplinario del tema nos ha obligado a proporcionar

un balance de las fuentes que trata de respetar el equilibrio entre las mismas.

E. No hemos pretendido hacer un estudio de derecho comparado, sino, simplemente, diferenciar con fines pedagógicos ciertas soluciones en aras de un más claro entendimiento.

## Didier Operti Badán

## Sobre el autor



Didier Operti cuenta con una destacada trayectoria como abogado, diplomático y político, además de desempeñarse como catedrático de derecho internacional principalmente en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el Comité Jurídico Interamericano, la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga (UCUDAL), la Universidad de la República (Uruguay), entre otras. Su actividad diplomática incluye, entre otros, los cargos de Representante Permanente del Uruguay ante la OEA, Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro del Interior del Uruguay.

Ha representado a su país en múltiples misiones internacionales tales como la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), la Comisión Binacional Argentino-Uruguay del Puente Buenos Aires-Colonia, las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), y las Conferencias de La Haya de Derecho Internacional Privado, entre muchas otras.

El Dr. Operti ha ejercido como abogado en el sector privado, y ha sido consultor en temas de derecho civil y comercial, así como en diversas auditorías y estudios. Es egresado de la Universidad de Uruguay y cuenta con un doctorado en derecho y ciencias sociales.



## Sumario

- I. *Presentación del tema;*
- II. *La evolución del derecho internacional humanitario contemporáneo y la contribución del CICR para su desarrollo;*
- III. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949;*
- IV. *Los Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949;*
- V. *Sobre la importancia y vigencia de los Protocolos Adicionales I y II de 1977*



# A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949

**Gabriel Pablo Valladares**

## I. Presentación del tema

El presente artículo retoma una sección de la exposición realizada en el marco de la invitación que la Organización de los Estados Americanos (OEA) ofreció al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) durante la XLIV edición del Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano, en la Ciudad de Río de Janeiro, en agosto de 2017.

En tal ocasión, el tema escogido fue “*El Derecho internacional humanitario, a 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*” y lo que aquí se presenta es una síntesis de lo expuesto oportunamente por el expositor.

En primer término, se reseña el derecho internacional humanitario contemporáneo, su evolución y la contribución del CICR a su desarrollo, para luego exponer, de forma escueta, los

aspectos generales de los Convenios de Ginebra de 1949 y en forma más detallada, sus Protocolos adicionales de 1977.

En segundo término, el artículo pone de relieve la importancia que los citados protocolos han tenido para el desarrollo del derecho internacional y la vigencia que tienen en la actualidad.

## II. La evolución del derecho internacional humanitario contemporáneo y la contribución del CICR para su desarrollo

Conforme el CICR, el derecho internacional humanitario es el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a

utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección o protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto.

En pocas palabras, el derecho internacional humanitario comprende las normas del derecho internacional que establecen normas mínimas de humanidad que deben ser respetadas en cualquier situación de conflicto armado<sup>1</sup>.

La codificación de este derecho en el ámbito universal comenzó en el siglo XIX y desde entonces los Estados han aceptado un conjunto de normas basado en la experiencia de los conflictos armados, para dar protección a quienes no participan o han dejado de participar de las conflagraciones bélicas. Así, este derecho, entre otras disposiciones, protege a la población civil, el personal sanitario o los trabajadores humanitarios, a los que ya no pueden luchar, como los soldados heridos o los prisioneros; prohíbe los ataques contra la población civil y los considera crímenes de guerra; reconoce el derecho de la población civil a obtener protección contra los peligros de los conflictos armados y a recibir la ayuda necesaria; obliga a que se tomen todas las medidas posibles para evitar cualquier daño a la población, sus casas o sus medios de subsistencia, como fuentes de agua,

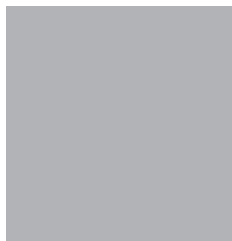
cultivos o ganado; establece que los enfermos y los heridos tienen derecho a recibir ayuda, independientemente del bando al que pertenezcan; especifica que los trabajadores sanitarios, sus vehículos y los hospitales dedicados a tratamiento humanitario no deben ser atacados; prohíbe la tortura y el trato humillante o denigrante a prisioneros; especifica que los detenidos deben recibir alimento y agua, y también se les debe permitir comunicarse con sus seres queridos; limita el empleo de armas y tácticas durante los conflictos armados, a fin de evitar sufrimiento innecesario y prohíbe expresamente la violación u otras formas de violencia sexual en el contexto de un conflicto armado.

Es sabido que el derecho internacional humanitario nació tras las tareas de salvamento y socorro imparciales emprendidas por Henry Dunant en favor de los soldados heridos en el campo de batalla de Solferino, norte de Italia, en junio de 1859 y en una de las propuestas que posteriormente consignó en su obra *Recuerdos de Solferino*<sup>2</sup>.

A la iniciativa de Dunant se debe el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja<sup>3</sup> y la aprobación del primer *Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares*

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**



*Heridos de los Ejércitos en Campaña*, firmado en 1864<sup>4</sup>, primer antecedente de los *Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* y los *Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977* que son materia de este estudio.

Si bien el derecho internacional humanitario contemporáneo nace en el siglo XIX, ciertos elementos que se consideran la base del pensamiento humanitario y que han sido útiles para el desarrollo de las normas internacionales destinadas a ser aplicadas en conflictos armados, se han gestado mucho tiempo antes.

En el año de su fundación, 1863, el CICR reunió en Ginebra un congreso donde participaron personalidades de varios países, quienes recomendaron la creación de sociedades nacionales de socorro y apoyaron las ideas de Dunant.

En 1864 el Consejo Federal Suizo convocó a una Conferencia en Ginebra de

la que participaron delegados plenipotenciarios de 16 Estados. En el seno de la Conferencia mencionada, se adoptó el texto del primer *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corrían los militares heridos de los ejércitos en campaña* (en adelante *Convenio de Ginebra de 1864*). Este tratado fue revisado, y ampliado en varias oportunidades y dio origen a otros tratados, especialmente en 1906, 1929, 1949 y 1977.

Los diez artículos del Convenio de Ginebra de 1864, disponen básicamente sobre el respeto y la protección del personal y las instalaciones sanitarias, como así también, reconocen el principio esencial de que los militares heridos o enfermos debían ser protegidos y cuidados sin importar su nacionalidad, instituyéndose el emblema distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco, colores invertidos de la bandera suiza, para la identificación y la protección de los cuerpos, instalaciones y transportes sanitarios o de socorro en los conflictos armados.

---

“Los diez artículos del Convenio de Ginebra de 1864, disponen básicamente sobre el respeto y la protección del personal y las instalaciones sanitarias, como así también, reconocen el principio esencial de que los militares heridos o enfermos debían ser protegidos y cuidados sin importar su nacionalidad, instituyéndose el emblema distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco.”

---

En 1876, durante la denominada *Guerra de Oriente*, el Imperio Otomano, que era Parte del Convenio de Ginebra de 1864, envió una carta al CICR anunciando que para la identificación de sus cuerpos de socorro adoptaría el emblema de la media luna roja sobre fondo blanco, explicando que lo hacía así porque el emblema de la cruz roja sobre fondo blanco chocaba con la susceptibilidad del soldado musulmán.

Fue en 1929, cuando la Conferencia Diplomática que fue reunida para revisar el Convenio de Ginebra de 1864, reconoció además de la cruz roja sobre

fondo blanco a otros dos emblemas como signos distintivos y de protección de los establecimientos y de las formaciones de sanidad o socorro: la media luna roja y el sol y león rojos<sup>5</sup>.

En 1868 se adoptó la *Declaración de San Petersburgo* que contiene algunos de los elementos que describen los principios del derecho internacional humanitario, tanto sea el de distinción, como el de necesidad militar y la prohibición de causar males superfluos o daños innecesarios<sup>6</sup>:

*“Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo;*

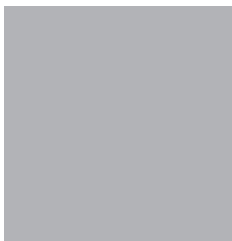
*Que, a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres;*

*Que este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o haría su muerte inevitable.”*

En 1874, una Conferencia Diplomática celebrada en Bruselas por iniciativa del Zar Alejandro II de Rusia aprobó un proyecto de declaración internacional relativa a las leyes y costumbres de la

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**



guerra. Pero ese texto no fue ratificado, porque algunos gobiernos presentes no deseaban verse obligados por un tratado internacional. Sin embargo, el proyecto de Bruselas fue una importante etapa en la codificación de las leyes de la guerra.

En 1899, Frédéric de Martens enunció, para los casos no previstos en el derecho internacional humanitario, el principio siguiente: *“las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”*<sup>7</sup>. Puede sostenerse entonces que Rousseau y de Martens, fueron quienes contribuyeron para establecer las bases del principio de humanidad.

A finales del siglo XIX, se celebró en La Haya la *Conferencia de la Paz de 1899* que prohibió el empleo de balas que se hinchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano y luego en 1907,

la Segunda Conferencia en La Haya revisó y amplió la primera, aprobando catorce Convenios<sup>8</sup>. Mientras tanto, continuaba el desarrollo del derecho de Ginebra o derecho internacional humanitario, con la adopción de un nuevo *Convenio de Ginebra* en 1906, para aliviar la suerte corrida por los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña que actualizaría el Convenio de 1864.

Suele decirse que *los hechos preceden al derecho*. El derecho internacional humanitario intentó siempre dar respuesta a las experiencias dramáticas de los conflictos armados en procura de evitar el sufrimiento humano, a lo que se sumó también, la necesidad de limitar los avances técnico-bélicos especialmente crueles.

El primer conflicto mundial demostró que era preciso adoptar y codificar normas para la protección de los prisioneros de guerra, a favor de los cuales el CICR ya había emprendido una

acción humanitaria de envergadura, sin que aquello se encontrase previsto en los instrumentos internacionales entonces en vigor. Por la experiencia adquirida en este campo, se le encargó al CICR la preparación de un proyecto de código, que se transformó en 1929 en la *Convención sobre la Protección de los Prisioneros de Guerra*.

En 1919, la firma del *Tratado de Versalles* pone fin a la Primera Guerra Mundial y se crea la *Liga de Sociedad de Naciones* en el ámbito internacional. Coetáneamente en el mundo de la Cruz Roja nace la *Liga de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, actualmente conocida con el nombre de *Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*.

Por otra parte, la guerra con agentes bacteriológicos y químicos y los desmanes ocasionados por estas armas en la primer contienda bélica de carácter mundial, indujo a la comunidad internacional, con el apoyo del CICR, a trabajar en el texto de un tratado sobre el *Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición del empleo en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos*.

En 1934, la XV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, reunida en Tokio, aprobó

el “*Proyecto de convenio internacional relativo a las personas civiles de nacionalidad enemiga que se hallan en el territorio de un beligerante o en el territorio ocupado por éste*”, preparado por el CICR. Pero, este proyecto tampoco se perfeccionó porque los Gobiernos se opusieron a la convocatoria de una Conferencia Diplomática que hubiera podido conducir a su aprobación. Así, las disposiciones del proyecto de Tokio no pudieron ser aplicadas durante la última contienda mundial, con las consecuencias conocidas por todos.

La Segunda Guerra Mundial fue un conflicto caracterizado por una violencia sin precedentes. Y no sólo por la violencia de un combatiente contra otro, sino porque en gran medida esa violencia también se dirigió contra la población civil, que no había pagado un precio tan alto por el belicismo desde la Guerra de los Treinta Años. En este conflicto, por primera vez, las bajas de los no combatientes superaron a las de los combatientes<sup>9</sup>.

Los campos de exterminio de los nazis, artífices siniestros del holocausto del pueblo judío y de otros grupos étnicos y políticos, añadieron otra cuota de horror a la tragedia que el mundo vivió entre 1939 y 1945. Para expresar el sentimiento de entonces ante la terrible



**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

realidad, alcanza con citar las palabras del general Eisenhower cuando visitó un campo de la muerte nazi en 1945: «*El mundo debe saber lo que ha sucedido y nunca olvidarlo*»<sup>10</sup>.

También, conflictos de carácter interno, como la sangrienta Guerra Civil Española, entre 1936 y 1939, mostraron que los tratados humanitarios debían extenderse a los conflictos armados sin carácter internacional. Por ello, finalizada la Segunda Guerra Mundial, se produjo un consenso generalizado tendiente a adaptar y modernizar el derecho internacional humanitario<sup>11</sup>.

En febrero de 1945, incluso antes del fin de las hostilidades, el CICR anunció a los Gobiernos y a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja su intención de revisar los Convenios de Ginebra existentes, así como de que se adoptaran nuevos convenios, preguntándose si aún quedaba espacio para las normas humanitarias en una era de guerra total<sup>12</sup>.

La Confederación Helvética convocó, como en ocasiones anteriores, a una Conferencia Diplomática y el CICR asumió la misión de elaborar los proyectos de los acuerdos, los que fueron aprobados en una única sesión<sup>13</sup>. En el marco de esta Conferencia se adoptó

una cuarta convención relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. De modo que, no cabe duda, de que la decisión de elaborar los Convenios de Ginebra de 1949, estuvo sellada por la tragedia de la Segunda Guerra Mundial y de que la finalidad de los Convenios era llenar los vacíos del derecho internacional humanitario, que habían quedado revelados por el conflicto.

A estos instrumentos internacionales, se sumaron los trabajos finalizados de la *Conferencia Diplomática de 1974-1977, sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados*, reunida en Ginebra. La Conferencia culminó con la adopción de dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949; el primero aplicable a los conflictos armados de carácter internacional y el segundo a los conflictos armados sin carácter internacional. Una vez más, el CICR acompañó desde su génesis ese proceso, preparando el texto completo de los proyectos que sirvieron de base para los debates de la Conferencia Diplomática citada precedentemente.

Desde 1977 hasta la actualidad, la comunidad internacional adoptó otros textos de instrumentos internacionales de derecho internacional humanitario

o, con contenidos de esta normativa, habiendo el CICR participado en todos los debates previos y en las conferencias que adoptaron sus textos, tales como la *Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados* de 1980 y sus cinco protocolos; la *Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su destrucción* de 1993; la *Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción* de 1997; el *Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional* en 1998 que contiene un listado de crímenes de guerra en su artículo 8º; el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados* de 2001; el *Protocolo III Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional* de 2005; la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* de 2006 que es aplicable también durante conflictos armados; la *Convención de Oslo sobre la Prohibición de las Municiones en Racimo* de 2008; la *Convención sobre la Transferencia y Comercio de Armas* de 2013; y el *Tratado para la prohibición de las Armas Nucleares* de 2017.

### III. Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949

Para introducirnos en este tema, se cita al profesor suizo, Jean Pictet, y se recuerda aquí que los Convenios de Ginebra no son polvorientos libros mágicos ni contratos acerca de intereses más o menos sórdidos y que tampoco son una fría recopilación de problemas abstractos y de casos académicos. Por el contrario, se trata de textos llenos de savia y de calor humano y conciernen a cada uno de nosotros<sup>14</sup>.

Toda la doctrina jurídica internacional coincide en que los principales instrumentos del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados son los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Estos tratados, universalmente aceptados<sup>15</sup>, protegen durante las situaciones de conflicto armado, entre otros, a los heridos, los enfermos, los náufragos, los prisioneros de guerra y las personas civiles. Sin embargo, como fuera mencionado precedentemente, los Convenios no abarcan importantes ámbitos, como el de la conducción de las hostilidades y la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades y por ello, en 1977

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

se aprobaron dos Protocolos que completan, pero no reemplazan, a los mencionados Convenios.

Las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (en adelante I, II, III, IV Convenio) y sus Protocolos adicionales I, II y III son la columna vertebral del derecho internacional humanitario.

Las normas establecidas en los cuatro Convenios de Ginebra se aplican a los conflictos armados internacionales. Sólo una disposición de los Convenios de Ginebra, el artículo 3 común a los cuatro Convenios, se aplica a los conflictos armados no internacionales.

Cada uno de los Convenios encierra un régimen de protección de una categoría de víctimas en especial, así, los heridos y los enfermos de los ejércitos de campaña en el I Convenio; los heridos, enfermos y náufragos en el II Convenio; los prisioneros de guerra en el III Convenio y los civiles en el IV Convenio. Cada uno de estos sistemas principales de protección incluye también categorías particulares de personas que tienen derecho a una protección máxima o reforzada. Tal es el caso del personal sanitario y religioso en el I y el II Convenio; los menores de edad y las mujeres en el

III Convenio y las mujeres y niños, los refugiados y apátridas en el IV Convenio.

---

“La doctrina jurídica internacional coincide en que los principales instrumentos del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados son los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.”

---

Los Convenios de Ginebra también contemplan un sistema de protección mínima, entrando en esta categoría los espías y mercenarios, quienes no tienen derecho al estatuto del prisionero de guerra, pero si tienen derecho a las garantías fundamentales de los Convenios.

Es importante destacar que nadie podrá ser obligado a renunciar, ni renunciará voluntariamente a la protección que se le otorga en los Convenios<sup>16</sup>.

Ciertas normas humanitarias fundamentales, se han de observar independientemente del tipo de conflicto, del estatuto de las personas afectadas por el conflicto y de las actividades que éstas

realizan. Así pues, están prohibidos, en cualquier tiempo y lugar: el homicidio, la tortura, los castigos corporales, las mutilaciones, los atentados contra la dignidad personal, la toma de rehenes, los castigos colectivos, las ejecuciones efectuadas sin juicio previo y todos los tratos crueles y degradantes<sup>17</sup>.

---

“Los Convenios de Ginebra también contemplan un sistema de protección mínima, entrando en esta categoría los espías y mercenarios, quienes no tienen derecho al estatuto del prisionero de guerra, pero si tienen derecho a las garantías fundamentales de los Convenios.”

---

Los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales prohíben las represalias contra los heridos, los enfermos y los náufragos, el personal sanitario y los servicios sanitarios, el personal y los servicios de protección civil, los prisioneros de guerra, las personas civiles, los bienes civiles y culturales, el medio ambiente natural y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas<sup>18</sup>.

Los Convenios de Ginebra establecen la obligación de los Estados de llevar ante la justicia a todo sospechoso de cometer o haber dado orden de cometer cualquiera infracción grave del derecho internacional humanitario y consagra además el principio de jurisdicción universal para los casos de que un Estado, no quiera o no pueda juzgar a dichos sospechosos.

#### **IV. Los Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949**

Los protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 se elaboraron como una respuesta a los cambios de los conflictos armados, en particular la expansión de la guerra de guerrillas, y al mayor sufrimiento de los civiles en los conflictos armados debido, en parte, a los desarrollos en la tecnología armamentista.

Un elemento importante, es que el valor de ambos protocolos estriba en su trasfondo multicultural; de hecho, participaron en las negociaciones de sus textos los Estados de todo el mundo existentes en esa época.

Estos protocolos introdujeron normas esenciales relativas a la conducción de las hostilidades y los medios y los

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

métodos de hacer la guerra, cuyo objetivo era reforzar la protección de los civiles. En particular, formularon el importante principio de distinción entre civiles y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Además, extendieron la lista de garantías fundamentales aplicables a todas las personas que caen en poder del adversario.

Así, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra complementa las disposiciones de los Convenios que reglamentan los conflictos armados internacionales y amplía la definición de esos conflictos para incluir las situaciones en las cuales los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio de su derecho a la libre determinación.

Los Protocolos adicionales de 1977 también fueron una respuesta a la proliferación de conflictos armados internos. En realidad, el Protocolo Adicional II fue el primer tratado dedicado exclusivamente a la protección de las víctimas de ese tipo de conflictos y se elaboró a partir de la protección conferida en el artículo 3 común. El Protocolo Adicional II se aplica especialmente a conflictos armados no internacionales entre las fuerzas

armadas estatales y grupos armados organizados que ejerzan un control territorial tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo. Luego, en 2005 se adoptó el Protocolo adicional III que complementa también a los Convenios de Ginebra, permitiendo el uso de un emblema distintivo adicional, conocido como “*cristal rojo*”.

---

“El Protocolo Adicional II se aplica especialmente a conflictos armados no internacionales entre las fuerzas armadas estatales y grupos armados organizados que ejerzan un control territorial tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo.”

---

### **4.1- Protocolo Adicional I**

Un hecho notorio del Protocolo adicional I resulta ser el progreso significativo que se logró al codificar normas sobre la conducción de hostilidades. A diferencia de las normas

que regulan el trato debido a los civiles en poder del enemigo, desarrolladas considerablemente en *el IV Convenio de Ginebra*, como ya se ha mencionado, las normas relativas a los métodos y medios de guerra lícitos y la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades no habían sido examinadas, prácticamente, desde los Convenios de La Haya de 1907.

En la Conferencia donde se negociaron los Protocolos adicionales entre 1974 y 1977, los Estados buscaron un cuidadoso equilibrio entre lo que es necesario en el plano militar para superar al adversario y las limitaciones en la conducción de las hostilidades por razones humanitarias. Las partes en conflicto siempre deben mantener ese delicado equilibrio cuando libran hostilidades. Por ello, puede sostenerse que un elemento esencial del Protocolo adicional I es que en su texto se codifica y se sienta el principio de distinción, dado que este principio define las reglas conforme a las cuales las partes que participan en un conflicto armado deben conducir las operaciones militares tendientes a la neutralización del enemigo.

Este principio establece que las partes en conflicto deben distinguir, en todo momento, entre los no combatientes,

por ejemplo la población civil, y los combatientes y exige además, que los ataques deben ser dirigidos únicamente contra objetivos militares y no contra los bienes civiles o la población civil<sup>19</sup>.

A través de este principio se busca la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, así como de los bienes que no tienen relación con el conflicto armado, exigiendo a las partes enfrentadas que distingan lo que puede ser objeto de una acción militar de aquello que no debe serlo<sup>20</sup>.

En el Protocolo Adicional I también se reafirma y se codifica claramente, por primera vez, la obligación consuetudinaria de proporcionalidad en la conducción de hostilidades.

Según el principio de proporcionalidad, se prohíben las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista. Así, se prohíbe lanzar ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entra la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista.

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

El principio de proporcionalidad intenta equilibrar la necesidad militar con las consideraciones de humanidad o los intereses humanitarios<sup>21</sup>. Sólo aquellos daños que quebranten la proporcionalidad aceptada por el derecho internacional humanitario, podrán ser considerados como ilícitos, por su parte, los que respeten este principio, aunque representen la pérdida de vidas de personas y bienes de carácter civil, son aceptados por el derecho internacional humanitario.

Por otra parte, este Protocolo ayuda a establecer cuáles son los objetivos legítimos en caso de ataque militar. Así pues, prohíbe los ataques indiscriminados y los ataques o represalias contra la población civil y las personas civiles<sup>22</sup>, los bienes de carácter civil<sup>23</sup>, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil<sup>24</sup>, los bienes culturales y los lugares de culto<sup>25</sup>, las obras y las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas<sup>26</sup> y el medio ambiente natural<sup>27</sup>.

La mayor parte de los ataques u otros actos cometidos en violación de las prohibiciones que se han mencionado precedentemente se consideran, bajo ciertas condiciones, infracciones graves del derecho internacional humanitario.

---

“Según el principio de proporcionalidad, se prohíben las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista.”

---

El Protocolo Adicional I contiene definiciones importantes, entre ellas dispone que los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, localización, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan en las circunstancias del caso una ventaja militar definida<sup>28</sup>.

Por otra parte, el artículo 50 del Protocolo Adicional I define el término «población civil» como comprendiendo «todas las personas que son civiles» y define al «civil» en forma negativa, como cualquiera que no sea miembro de las fuerzas armadas o de un grupo armado organizado de alguna de las partes del conflicto. Estas definiciones son también importantes para efectos de distinguir civiles respecto de combatientes en los conflictos armados



internos que son regulados por el Protocolo II y por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra<sup>29</sup>.

Las innovaciones del Protocolo en lo que respecta a los estatutos de combatiente y de prisionero de guerra, que suscitaron cierta polémica cuando fue aprobado, son hoy mucho menos controvertidas. Aunque a algunos Estados les preocupaban los cambios introducidos, éstos reflejaban una nueva realidad en las relaciones internacionales: el fenómeno de la guerrilla. Así, el Protocolo Adicional I establece las normas relativas al comportamiento de los combatientes durante las hostilidades:

- Establece que no es ilimitado el derecho de las Partes en conflicto a elegir métodos o medios de hacer la guerra. De ahí que esté prohibido emplear armas, proyectiles, materias o tácticas de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios<sup>30</sup>.
- Por otra parte, establece en su artículo 36, que cada Estado Parte debe determinar si el empleo de las armas, los medios o los métodos de guerra nuevos que estudie, desarrolle, adquiera o adopte, están prohibidos por el

derecho internacional en algunas o en todas las circunstancias.

- Prohíbe matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios perversos<sup>31</sup>; así como hacer uso indebido de los emblemas reconocidos<sup>32</sup> y los signos de nacionalidad de la Parte adversa y de los Estados que no sean Partes en el conflicto<sup>33</sup>. Así pues, en el Protocolo se afirma que el derecho de los conflictos armados exige de los combatientes un mínimo de lealtad.
- Prohíbe rechazar el cuartel<sup>34</sup>. El enemigo que no participa o que ya no puede participar en las hostilidades, que se rinda o manifieste claramente la intención de rendirse no podrá ser objeto de ataque<sup>35</sup>. El detenedor que no tenga los medios para evacuar a sus prisioneros debe liberarlos<sup>36</sup>. En otra importante norma también se prohíben los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.
- Amplía la protección conferida por los Convenios de Ginebra a todo el personal, las unidades y los medios de transporte sanita-

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

rios, tanto civiles como militares<sup>37</sup>; establece la obligación de buscar a las personas dadas por desaparecidas<sup>38</sup> refuerza las disposiciones relativas a la distribución de socorros a la población civil<sup>39</sup>; otorga protección para las actividades de organismos de protección civil<sup>40</sup>; prevé medidas que los Estados han de tomar para facilitar la aplicación del derecho internacional humanitario<sup>41</sup>. Dispuso también el establecimiento de zonas protegidas acordadas entre las partes en conflicto para proteger a las personas necesitadas contra los efectos del conflicto armado<sup>42</sup>

- Prohíbe el reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación en las hostilidades<sup>43</sup>.

Como fuese mencionado, el Protocolo Adicional I estableció la ampliación del ámbito de aplicación a los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (guerras de liberación nacional), tal como lo establecen la Carta de la ONU y la *Declaración sobre los Principios de Derecho*

*Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de la Carta.*

---

“El Protocolo Adicional I estableció la ampliación del ámbito de aplicación a los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas.”

---

Los Convenios y el Protocolo Adicional I contienen normas estrictas en relación con las llamadas *infracciones graves del derecho internacional humanitario* que el Protocolo Adicional I reputa de crímenes de guerra, exigiéndose que cualquier sospechoso de haber cometido o dado la orden de cometer una cualquiera de esas infracciones graves deba ser conducido ante los tribunales para ser juzgado por los ilícitos que se le imputen con todas las garantías judiciales pertinentes.

Para el caso de que un Estado no quiera o no pueda proceder con el juzgamiento del sospechoso, los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I consagran la Jurisdicción Universal

– “*aut dedere aut judicare*” o “*aut dedere aut extraditare*”, por la cual todo Estado parte en dichos tratados internacionales, que tenga prueba suficiente, puede proceder con el proceso penal pertinente. Se debe buscar, enjuiciar o extraditar a los autores de infracciones graves, sea cual sea su nacionalidad.

En el artículo 90 del Protocolo Adicional I, se instituye una Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta que podrá investigar todo hecho denunciado como infracción grave o cualquier otra violación grave de los Convenios y el Protocolo Adicional I y puede ejercer buenos oficios con miras a su cumplimiento, siempre y cuando los Estados que soliciten su servicio hayan aceptado previamente su competencia “*ipso facto*” y sin condicionamiento alguno. La Comisión tiene su sede en Berna y la Federación Helvética, como depositaria de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales, garantiza los servicios de la Secretaría<sup>44</sup>. No obstante que la Comisión fue establecida en 1991, jamás ha sido convocada para solucionar una controversia de su competencia, a pesar que muchos de los Estados participantes en recientes conflictos armados, ya han reconocido su competencia<sup>45</sup>.

#### 4.2- Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II

La mayoría de los conflictos armados posteriores a la Segunda Guerra Mundial han sido de carácter no internacional. Como ya ha sido mencionado, la única disposición de los Convenios de Ginebra aplicable a este tipo de conflictos, es el artículo 3 común a los cuatro Convenios que marcó un gran avance en materia de protección de las víctimas de los conflictos citados<sup>46</sup>. Sin embargo, esta disposición, en la que se enuncian los principios fundamentales de la protección de la población civil y de las personas civiles en tiempo de conflicto armado, es insuficiente para resolver los graves problemas que plantean los conflictos internos en el ámbito humanitario.

El artículo 3 común establece las normas fundamentales que no pueden derogarse. Es una suerte de mini convenio dentro de los Convenios, ya que contiene las normas esenciales de los Convenios de Ginebra para los conflictos armados de carácter internacional, en un formato condensado y las hace aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional.

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

Como fuese mencionado precedentemente, el Protocolo Adicional II es el primer tratado que versa exclusivamente sobre la protección del individuo y la reglamentación de ciertos métodos de guerra en los conflictos armados no internacionales.

El Protocolo Adicional II dio forma jurídica a un concepto que hoy es aceptado mayoritariamente: los conflictos armados que tienen lugar dentro de las fronteras de un país son un asunto de interés internacional.

Con ese fin, el Protocolo Adicional II establece también una serie de normas importantes que protegen a las personas civiles del peligro de las operaciones militares en los conflictos armados que no tienen carácter internacional. Así pues, el objetivo del Protocolo Adicional II es garantizar la aplicación de las normas fundamentales del derecho de los conflictos armados a los conflictos armados internos, sin, por ello, restringir el derecho ni los medios de que disponen los Estados para mantener o restablecer la ley y el orden.

A diferencia del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, que no contiene criterios taxativos para definir los conflictos internos a los que se

aplica, en el Protocolo Adicional II se describe detalladamente su ámbito de aplicación, excluyendo los conflictos de baja intensidad, como las situaciones de disturbios, tensiones internas y los motines.

En el ámbito del Protocolo Adicional II, se incluyen los conflictos no internacionales que tienen lugar en el territorio de un Estado en el que se enfrentan las fuerzas armadas de ese Estado con grupos armados organizados no estatales que actúan bajo un mando responsable y controlan parte del territorio nacional.

---

“El Protocolo Adicional II establece también una serie de normas importantes que protegen a las personas civiles del peligro de las operaciones militares en los conflictos armados que no tienen carácter internacional.”

---

El Protocolo Adicional II supone un progreso en la protección de las víctimas de las guerras civiles. Esta protección se manifiesta especialmente en la

detallada enumeración de las garantías fundamentales de todas las personas que no participan o ya no participan directamente en las hostilidades, de los derechos de personas cuya libertad se ha limitado, y de las garantías judiciales.

Cabe hacer notar que las garantías judiciales que se disponen en el Protocolo, en especial, van más allá de la protección que se otorga en el derecho de los derechos humanos, tanto más cuanto que las garantías judiciales específicas que se disponen en el derecho internacional humanitario, no se pueden conculcar.

En los conflictos armados no internacionales, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II disponen que las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto también deben ser tratadas con humanidad en todas las circunstancias. En particular, están protegidas contra el homicidio, la tortura, así como contra los tratos crueles, humillantes y degradantes.

Las personas detenidas por haber participado en las hostilidades no son inmunes a los procesos penales por esa participación conforme al

derecho interno aplicable. El hecho de conformarse a las disposiciones del Protocolo Adicional II no implica, pues, el reconocimiento de ningún tipo de estatuto particular a los grupos armados no estatales involucrados en el conflicto armado.

El Protocolo Adicional II también prohíbe los ataques dirigidos contra la población civil y las personas civiles; los bienes indispensables para la supervivencia de la población<sup>47</sup>; las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas<sup>48</sup>; los bienes culturales y los lugares de culto<sup>49</sup>; reglamenta el desplazamiento forzado de la población civil<sup>50</sup>; protege a los heridos, los enfermos y los náufragos<sup>51</sup>; protege al personal religioso, así como al personal, las unidades y los transportes sanitarios, tanto civiles como militares<sup>52</sup>; limita el empleo de la cruz roja y de la media luna roja únicamente a las personas y bienes autorizados a ostentarlos<sup>53</sup>.

El Protocolo Adicional II también prohibió el reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación en las hostilidades<sup>54</sup>.

Los protocolos adicionales ampliaron la lista de violaciones graves del

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

derecho internacional humanitario por las cuales se puede atribuir a las personas responsabilidad penal. Numerosos individuos han sido juzgados por tribunales nacionales por infracciones graves del derecho internacional humanitario cometidos durante conflictos armados no internacionales.

### **V. Sobre la importancia y vigencia de los Protocolos Adicionales I y II de 1977**

La adopción de los Protocolos Adicionales resultaron ser un hito en la evolución de la forma de hacer la guerra y sentaron una de las bases jurídicas internacionales más importantes en lo que respecta a la protección de la población civil durante los conflictos armados. Por eso mismo, cuando menos, los Protocolos adicionales merecen, a 40 años de su adopción, una importante consideración.

Como hemos mencionado anteriormente, uno de los baluartes más importantes de los Protocolos adicionales se refiere a sus disposiciones sobre la conducción de las hostilidades.

En ese sentido, los Protocolos adicionales han servido de base a la elaboración de nuevos tratados internacionales

que ayudaron a robustecer la protección de los civiles y de los bienes de carácter civil durante los conflictos armados.

Por ejemplo, cuando se redactó el artículo 35 del Protocolo adicional I, estableciéndose ciertos límites a la elección de medios y métodos de guerra, los negociadores del texto de los Protocolos Adicionales, recomendaron que se celebrase una conferencia diplomática específica sobre el tema de las armas. Esta propuesta culminó con la elaboración de la *Convención sobre Ciertas Armas Convencionales que Prohíbe o Restringe el Empleo de Ciertas Armas que Podrían Causar Sufrimientos Innecesarios o Tener Efectos Indiscriminados*, adoptada en 1980.

Los principios y normas consagrados en los Protocolos adicionales también formaron la base de la *Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Anti-personal y sobre su Destrucción* de 1997, y de la *Convención de Municiones en Racimo* de 2008.

Otro debate, gira en torno de las armas nucleares, que fueron objeto de discusiones muy difíciles durante las negociaciones de los protocolos adicionales. Pero, en 2017, en el seno

de las Naciones Unidas, se adoptó el texto de un tratado internacional que exige un desarme progresivo y la prohibición de estas armas que, sin duda, violan todos los principios del derecho internacional humanitario.

Impulsaron esas negociaciones, las preocupaciones acerca de las catastróficas consecuencias humanitarias de las armas nucleares y la compatibilidad de esas armas con las disposiciones fundamentales del derecho internacional humanitario, en particular, las normas de distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque, la prohibición de los ataques indiscriminados y la protección del medio ambiente natural. Todas esas normas fueron reafirmadas, aclaradas o formuladas hace cuarenta años por los protocolos adicionales.

---

“Las definiciones de los crímenes de guerra establecidas en los estatutos de los tribunales penales internacionales creados en la década de 1990 se basan en el lenguaje contenido en los protocolos adicionales.”

---

Otro ejemplo de la influencia que han ejercido los Protocolos adicionales en materia de desarrollo de tratados que abordan temas específicos que interesan al derecho internacional humanitario, se relaciona con el tema de los niños soldados. Los Protocolos fueron los primeros tratados internacionales en abordar el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y su utilización en hostilidades.

En la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, se utilizó el lenguaje del Protocolo Adicional I. En 2000, el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados* estableció protecciones incluso más estrictas, prohibiendo el reclutamiento obligatorio de niños menores de 18 años, también alentó a los Estados Partes a elevar la edad mínima para el reclutamiento voluntario y aproximarla lo más posible a los 18 años, y a asegurar que los reclutas voluntarios menores de 18 años no participen directamente en las hostilidades.

Los protocolos adicionales también ayudaron a desarrollar el derecho penal internacional, particularmente con respecto a los conflictos armados



**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

no internacionales. Las definiciones de los crímenes de guerra establecidas en los estatutos de los tribunales penales internacionales creados en la década de 1990 se basan en el lenguaje contenido en los protocolos adicionales. Cabe señalar que esos tribunales penales internacionales establecieron la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra cometidos en conflictos armados sin carácter internacional.

También debe hacerse mención, a que muchos de los crímenes de guerra mencionados en el artículo 8° del *Estatuto de Roma de 1998* que crea la Corte Penal Internacional, son también infracciones graves del derecho internacional humanitario consideradas crímenes de guerra en los artículos 11 y 85 del Protocolo Adicional I.

En la actualidad, numerosos Estados han adoptado legislación en la que se tipifican los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, especialmente como parte de la implementación a nivel nacional del Estatuto citado precedentemente y de los Convenios y Protocolos Adicionales de Ginebra.

Desde la adopción de los protocolos adicionales, los elementos del derecho internacional humanitario que fueron reafirmados, aclarados y reforzados en esos instrumentos vienen dando forma a la práctica militar en todo el mundo. Por ejemplo, la obligación de poner a disposición de las fuerzas armadas asesores jurídicos ha influido en la planificación y ejecución de muchas operaciones militares. Asimismo, los principios de distinción, proporcionalidad y precaución y la prohibición de atacar a personas civiles y bienes de carácter civil se encuentran reflejados en varias disposiciones en numerosos manuales militares del mundo<sup>55</sup>.

Otro ejemplo del modo en que las normas fundamentales consignadas en los protocolos adicionales han influido en la práctica es la elaboración, por las fuerzas armadas, de reglas de enfrentamiento permanentes y para misiones específicas<sup>56</sup>.

En la actualidad, las normas contenidas en los protocolos adicionales también desempeñan un papel y una influencia preponderantes en las reflexiones sobre la guerra cibernética. La respuesta a la pregunta de qué constituye un “ataque” o un “*objetivo militar*” en el mundo cibernético se rige por las definiciones

adoptadas en los protocolos adicionales y por la práctica conexas.

Por lo expuesto sucintamente en los párrafos anteriores, se puede colegir que está demostrado que los protocolos adicionales han sido un elemento clave de la evolución de las normas del derecho internacional humanitario. Resta entonces preguntarse, qué se puede hacer para mejorar su aplicación.

Como parte de los mensajes que el CICR que compartió con la comunidad internacional para el 40 aniversario de los protocolos adicionales, invitó a los Estados para que aquellos que aún no los han ratificado adicionales, lo hagan a la brevedad posible, hasta que se alcance su universalidad. Actualmente, 174 Estados son Partes en el Protocolo I, y 168 son parte en el Protocolo II.

Como se señaló precedentemente, la simple existencia de normas internacionales o la ratificación de los tratados internacionales pertinentes en esta materia por parte de los Estados, no acaban con el problema, ya que la causa principal de sufrimiento durante los conflictos armados no es la falta de normas sino el respeto insuficiente del derecho.

Ya en tiempo de paz, entre algunas de las medidas a ser consideradas por los Estados, se citan las siguientes: adoptar medidas nacionales legislativas y administrativas para la aplicación del derecho internacional humanitario que incluyan las normas de los Protocolos Adicionales I y II, en especial las que permitan la represión de quienes violan sus disposiciones y cometen crímenes de guerra; difundir su contenido entre las fuerzas armadas y la población civil, e integrarlo especialmente en la educación, la doctrina, el entrenamiento y en los mecanismos de control de carácter militar; nombrar asesores jurídicos en las fuerzas armadas especializados en la materia que puedan asesorar a sus comandantes operacionales; identificar, registrar y señalar los bienes culturales a ser protegidos en conflictos armados y proveer a los mecanismos para su preservación si estos eventos ocurren; mapear las zonas que puedan ser utilizadas como humanitarias; prever la creación de una Oficina Nacional de Informaciones y establecer cuáles serán sus funciones durante el conflicto armado, entre otras tantas medidas.

Entre 2011 y 2015, el CICR y Suiza facilitaron conjuntamente un proceso de consultas destinado a identificar formas de fortalecer el cumplimiento

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

del derecho internacional humanitario. En diciembre de 2015, la *XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* recomendó la continuación de un proceso intergubernamental conducido por los Estados para hallar consenso respecto de las formas de fortalecer el derecho internacional humanitario. El proceso continúa y se espera que los Estados asuman sus responsabilidades y encuentren soluciones plausibles de ser implementadas para que el fortalecimiento del derecho aplicable en los conflictos armados sea realmente robustecido.

Hay ámbitos en los cuales las normas de derecho internacional humanitario existentes son insuficientes. Por ejemplo, el ámbito de la protección de las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados no internacionales. Entre 2011 y 2015, paralelamente a las consultas sobre el fortalecimiento del respeto del derecho internacional humanitario, el CICR realizó consultas sobre el fortalecimiento de las normas que protegen a los detenidos. La *XXXII Conferencia Internacional* recomendó proseguir trabajando en profundidad con el objetivo de lograr uno o más resultados concretos y realizables, que serán de naturaleza no vinculante jurídicamente y fortalecerán las protecciones que el

derecho internacional humanitario confiere a las personas privadas de libertad.

Por último, ante las visiones del horror que se viven en la actualidad en conflictos tales como Siria o Yemen, y el recuerdo cercano de las atrocidades, henchidas de dolor y sufridas por tantas víctimas en la ex Yugoslavia, Sudan, Medio Oriente, Irak, Afganistán, Colombia, Ruanda y Burundi, entre otros conflictos armados, es dable preguntarse si los Protocolos Adicionales o el derecho internacional en su conjunto, sirven para algo.

Al celebrarse el 30 aniversario de los protocolos adicionales, Phillip Spoerri del CICR, por entonces Director de Derecho Internacional y Cooperación en el Movimiento, realizó una consideración que es compartida, señalando que el verdadero valor de los Protocolos adicionales estriba no tanto en el beneficio que han cosechado, sino en los grandes perjuicios que han contribuido a evitar.

Tal como Pictet solía preguntarse durante sus discursos, con el simple propósito de incentivar la pasión y el estudio del derecho internacional humanitario, se pregunta aquí: “¿quién está seguro de no verse alguna vez implicado en un conflicto armado?”<sup>57</sup>.

---

“Los Protocolos Adicionales I y II de 1977 siguen siendo hoy tan pertinentes como lo fueron hace cuatro décadas y conocer a cabalidad sus disposiciones como el resto del derecho internacional humanitario, sin duda contribuye para evitar mayores sufrimientos.”

---

La respuesta es simple, nadie sabe.

Los Protocolos Adicionales I y II de 1977 siguen siendo hoy tan pertinentes como lo fueron hace cuatro décadas y conocer a cabalidad sus disposiciones como el resto del derecho internacional humanitario, sin duda contribuye para evitar mayores sufrimientos a las víctimas de los escenarios más terribles que la propia humanidad genera y padece: los conflictos armados.

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

<sup>1</sup> Conf. MELZER, Nils con la coordinación de KUSTER, Etienne, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, ICRC, Ginebra, 2016, pag.17.

<sup>2</sup> Jean Henri Dunant (también conocido como Henry Dunant) nació el 8 de mayo de 1828, en Ginebra. En su juventud conformo «La Sociedad Filantrópico para socorrer ancianos y enfermos detenidos» e hizo parte de «La Unión de Jóvenes Cristianos de Ginebra» mostrando un alto espíritu altruista y humanitario. Fue cofundador del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Recibió el Premio Nóbel de la Paz el 10 de Diciembre de 1901. Murió a los 82 años, el 30 de Octubre de 1910 en Heiden.

<sup>3</sup> El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja está conformado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) que es su fundador y que trabaja en la protección y asistencia de las víctimas de los conflictos armados y de situaciones de violencia interna y , a su vez, es el promotor y el guardián del derecho internacional humanitario; la Federación Internacional de Sociedades de Cruz Roja y Media Luna Roja , que dirige las operaciones internacionales de socorro del Movimiento en caso de catástrofes naturales o tecnológicas y apoya a las Sociedades Nacionales en sus programas a personas vulnerables y por último, las Sociedades Nacionales de Cruz Roja o de Media Luna Roja, que son auxiliares públicos de sus propios Estados en materia humanitaria. Los tres componentes se rigen por siete principios fundamentales comunes, pero son completamente autónomos y tienen gobernanza, presupuesto y gestión independiente una respecto de la otra. Cada cuatro años los tres componentes del Movimiento se reúnen con los Estados Partes del Convenio I de Ginebra de 1949 en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.

<sup>4</sup> Conf. MC COUBREY, Hilaire, en artículo “*Antes del Derecho de “Ginebra”: un cirujano inglés en la guerra de Crimea*”, Revista Internacional de la Cruz Roja nro. 127, CICR, Ginebra, Enero-Febrero 1995, pag. 74.

<sup>5</sup> El emblema del León y Sol Rojos sobre fondo blanco fue utilizado por Irán hasta 1980. Cuando asume el gobierno el Ayatollah Khomeini se informa al CICR que, a partir de ese momento, los cuerpos de socorro utilizarían la Media Luna Roja.

<sup>6</sup> Conf. *Derecho internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas*, CICR, Ginebra, 2003 pag.7.

<sup>7</sup> Conf. *Derecho internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas*, CICR, Ginebra, 2003 pag.7.

<sup>8</sup> Las Leyes y Reglamentos de La Haya de 1907 están conformados por los siguientes convenios: Convenio I. Arreglo pacífico de los conflictos internacionales; Convenio II. Limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas; Convenio III. Ruptura de hostilidades; Convenio IV. Leyes y costumbres de la guerra terrestre que tiene como anejo el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre; Convenio V. Derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre; Convenio VI. Régimen de los buques mercantes al empezar las hostilidades; Convenio VII. Transformación de buques mercantes en buques de guerra; Convenio VIII. Colocación de minas submarinas automáticas de contacto; Convenio IX. Bombardeo de fuerzas navales en tiempo de guerra; Convenio X. Ampliación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra; Convenio XI. Restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima; Convenio XII. Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas; Convenio XIII. Derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima; Convenio XIV. Declaración acerca de la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos.

<sup>9</sup> A mayor abundamiento, desde el año 1700 han muerto en conflictos armados más de 100 millones de personas, el 90% durante el siglo XX y un 13% desde 1945 al presente.<sup>11</sup> Durante la década del 70 los civiles pasaron a ser el 73% de las víctimas y en la siguiente década el 85%, actualmente son cerca del 90% de las bajas de los conflictos armados.

<sup>10</sup> Conf. SPOERRI, Philip, en su discurso en la Ceremonia para celebrar el 60° aniversario de los Convenios de Ginebra en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm>.

<sup>11</sup> Por ejemplo, el Profesor Rodríguez Villasante-Prieto, José Luis ha mencionado en su artículo “*El Derecho Internacional Humanitario como Instrumento de Paz*”, en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/8992>, pag.30, lo siguiente: “*como consecuencia de esta evolución, algunos autores sostuvieron la opinión de que estando prohibida la guerra, sería minar la confianza de la opinión pública sobre la eficacia de la Organización de Naciones Unidas, la aprobación de normas de aplicación en la guerra y ello significó el escaso desarrollo de las reglas internacionales sobre el uso de la fuerza (Derecho de La Haya). Por el contrario, el Comité Internacional de la Cruz Roja fue más pragmático al promover el progreso del derecho internacional humanitario (Derecho de Ginebra), sobre protección de las personas contra el abuso de las fuerzas en caso de conflicto armado, pues las guerras se producen a pesar de todo y hay situaciones en las que se admite recurrir a la fuerza, conforme a la Carta de ONU (legítima defensa, acción preventiva o represiva ordenada por el Consejo de Seguridad de la ONU o aplicación del principio el derecho de los pueblos a su libre determinación). En las guerras hay siempre personas que sufren y a ellas se aplica el derecho internacional humanitario con independencia de las causas del conflicto armado*”.

<sup>12</sup> A mayor abundamiento, el CICR organizó una Conferencia Preliminar de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja en Ginebra para estudiar los convenios que protegían a las víctimas de la guerra, en septiembre de 1945, seguida por una Conferencia de Expertos Gubernamentales en 1947. Esta última recogería opiniones para revisar los dos Convenios de Ginebra existentes, sobre los heridos y los enfermos y sobre los prisioneros de guerra, y principalmente para preparar un nuevo convenio sobre la condición y la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. Fortalecido por ese apoyo, el CICR informó a las autoridades suizas de su deseo de convocar otra conferencia diplomática. Mientras tanto, los participantes en la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Estocolmo, el año 1948, se declararon en favor de revisar y adaptar los Convenios de Ginebra. La Conferencia Diplomática se inició el 21 de abril en presencia de representantes de 64 Estados, es decir que estaban presentes casi todos los Estados existentes en esa época y le llevó casi cuatro meses realizar su labor, lo que sorprendió a la opinión pública y prolongó la conferencia mucho más de lo previsto.

<sup>13</sup> Conf. Caçado Trindade, Antônio Augusto; Peytrignet, Gérard y Ruiz de Santiago, Jaime *As tres vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*, IIDH, San José de Costa Rica, 1996, pag.132 y sgtes.

<sup>14</sup> Conf. PICTET, Jean en artículo La formación del derecho internacional humanitario en Revista Internacional de la Cruz Roja N° 161 a 164, selección 2002, CICR, Buenos Aires, pag.79.

<sup>15</sup> En 2017, 197 Estados han ratificado las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

<sup>16</sup> Véase artículo 7 de los I a III Convenios; artículo 8 del IV Convenio.

<sup>17</sup> Véase artículo 3 I-IV de los Convenios; artículo 123 de los I-II Convenios; artículo 13 del III Convenio; artículos 32 y 34 del IV Convenio; artículo 75 del Protocolo adicional I; artículos 4 y 6 del Protocolo adicional II.

<sup>18</sup> Véase artículo 46 del I Convenio; artículo 47 del II Convenio; artículo 13 del III Convenio; artículo 33 del IV Convenio; artículos 20 y 51 a 56 del Protocolo adicional I.

<sup>19</sup> El artículo 48 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra dispone que: “*A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*”.

<sup>20</sup> Conf. CHAIB DE MARES, Kelly, en *Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Observatorio de Derechos Humanos “Francisco Aldemar Franco Zamora”, Bogotá, Colombia, 2010, pag.2. Esta regla impone a las partes en conflicto obligaciones en tres sentidos: 1) distinguirse de la población civil, esto es, no camuflarse entre ella, no presionarla para que se haga participe en los operativos militares, ni utilizarla como parapeto u escudo humano, con el objetivo de evitar que quede expuesta a los rigores del conflicto; 2) marginar a la población civil de cualquier acto hostil, respetar su vida, integridad y bienes; y 3) diferenciarse de la población civil mediante el empleo de uniformes, signos, brazaletes, armas a la vista y en general todos los medios necesarios para establecer claramente esta diferencia. Este principio implica que la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responde a la definición de persona civil, no priva a esta población de su calidad de civil. Además, en caso de duda acerca de la condición de una persona o de un bien, debe considerárseles como civiles. Para que un civil pierda su estatuto protegido tiene que participar directamente en los combates y tener la intención de causar daño físico a un combatiente.

<sup>21</sup> Al regular los ataques indiscriminados, el artículo 51.5.b) del Protocolo adicional I establece que “*los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista*”. En esa misma línea, el artículo 57.3 señala que “*Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil*”. Ambos se refieren al principio de proporcionalidad.

<sup>22</sup> Véase artículos 48 y 51 del Protocolo adicional I.

<sup>23</sup> Véase artículos 48 y 52 del Protocolo adicional I.

<sup>24</sup> Véase artículo 54 del Protocolo adicional I.

<sup>25</sup> Véase artículo 53 del Protocolo adicional I.

<sup>26</sup> Véase artículo 56 del Protocolo adicional I.

<sup>27</sup> Véase artículos 48 a 56 del Protocolo adicional I.

<sup>28</sup> Véase el artículo 52, párrafo 2 del Protocolo adicional I.

<sup>29</sup> Véase GOLDMAN, Robert K en artículo “*Derecho internacional humanitario y actores no estatales*” en *Serie de Estudios en Derechos Humanos, Tomo I*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pag.99, reproducido en [https:// www.corteidh.or.cr/tablas/a11992.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11992.pdf).

<sup>30</sup> Véase artículo 35 del Protocolo adicional I.



- <sup>31</sup> Véase artículo 37 del Protocolo adicional I.
- <sup>32</sup> Véase artículo 38 del Protocolo adicional I y 1 y 2 del Protocolo adicional III.
- <sup>33</sup> Véase artículo 39 del Protocolo adicional I.
- <sup>34</sup> Véase artículo 40 del Protocolo adicional I.
- <sup>35</sup> Véase artículos 41 y 42 del Protocolo adicional I.
- <sup>36</sup> Véase artículo 41 del Protocolo adicional I.
- <sup>37</sup> Véase artículos 8-31 del Protocolo adicional I.
- <sup>38</sup> Véase artículo 33 del Protocolo adicional I.
- <sup>39</sup> Véase artículos 68 a 71 del Protocolo adicional I.
- <sup>40</sup> Véase artículos 61 a 67 del Protocolo adicional I.
- <sup>41</sup> Véase artículos 80 a 91 del Protocolo adicional I.
- <sup>42</sup> Véase artículos 59 y 60 del Protocolo Adicional I
- <sup>43</sup> Véase artículo 77 del Protocolo adicional I.
- <sup>44</sup> Conf. Valladares, Gabriel Pablo y CONSIGLI, José Alejandro en artículo “*La Comisión Internacional de Encuesta y la aceptación de su competencia por parte de la República Argentina*”, en *Lecturas y Ensayos* 72/73/74, pag 273 a 293, Abeledo Perrot 1998/99.
- <sup>45</sup> Conf. ESPAÑOL, Diana, FRENKEL, Brian y KOTLIK, Marcos, en artículo “*La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta: un método de solución de controversias prácticamente olvidado. Desafíos y posibilidades*” en *La solución de controversias en derecho internacional y temas vinculados, Liber Amicorum en honor a Alejandro Turyn* de las editoras González Napolitano, Silvina. y PEZZOT, Romina Edith, obra inédita a ser publicada por EUDEBA.
- <sup>46</sup> Por la importancia que tiene el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se reproduce aquí su texto: “**Conflictos no internacionales.** En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.
- <sup>47</sup> Véase artículo 14 del Protocolo adicional II.
- <sup>48</sup> Véase artículo 15 del Protocolo adicional II.
- <sup>49</sup> Véase artículo 16 del Protocolo adicional II.

**Gabriel Pablo  
Valladares**

## **A 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949**

<sup>50</sup> Véase artículo 17 del Protocolo adicional II.

<sup>51</sup> Véase artículo 7 del Protocolo adicional II.

<sup>52</sup> Véase artículos 9 a 11 del Protocolo adicional II.

<sup>53</sup> Véase artículo 12 del Protocolo adicional II.

<sup>54</sup> Véase artículo 4 del Protocolo adicional II.

<sup>55</sup> Véase tríptico “40 aniversario de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, de 8 de junio de 1977”, CICR, 2017.

<sup>56</sup> Véase tríptico “40 aniversario de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, de 8 de junio de 1977”, CICR, 2017.

<sup>57</sup> Conf. PICTET, Jean en artículo La formación del derecho internacional humanitario en Revista Internacional de la Cruz Roja N° 161 a 164, selección 2002, CICR, Buenos Aires, pag.79.

## Sobre el autor

### Gabriel Pablo Valladares



Gabriel Pablo Valladares es Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay desde 1998. Ha participado como expositor en el módulo cedido al CICR por la Organización de Estados Americanos en los cursos de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro, Brasil, en sus ediciones de 2002, 2003, 2005, 2008, 2012, 2014, 2015, 2016 y 2017.

Hasta 1997 fue profesor adjunto interino de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina. Entre 2005 y 2007 fue profesor invitado del Posgrado “*lato sensu*” em Direito dos Conflitos Armados, de la Universidad de Brasilia, Brasil; del módulo de derecho internacional humanitario del Postgrado en jurisdicción penal internacional y derechos humanos de la Universidad

Nacional de Mar del Plata y del Postgrado sobre Ser Humano y Conflicto Armado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Entre 2004 y 2009 fue profesor titular de derecho internacional humanitario de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Entre 1997 y 2003 fue corresponsal del Asser Instituut de Holanda para su Yearbook of International Humanitarian Law.

Es autor de obras y artículos de Derecho Internacional y ha sido expositor o conferencista en eventos diplomáticos, académicos, parlamentarios y militares en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Grecia, Guatemala, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Sudáfrica, Suiza, Venezuela y Uruguay.

**El contenido del presente artículo es de exclusiva responsabilidad del autor.**

## Sumario

- I. *Antecedentes;*
- II. *Los Principios del CJI sobre la Protección de la Privacidad y los Datos Personales;*
- III. *La Red Iberoamericana de Protección de Datos;*
- IV. *Legislación Internacional sobre la Materia;*
- V. *Conclusión.*



**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

## **La Privacidad y la Protección de Datos Personales**

### **I. Antecedentes**

El Comité Jurídico Interamericano (CJI), formuló una propuesta de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales para las Américas, con la finalidad de instar a los Estados Miembros de la OEA a que adopten medidas para respetar la privacidad, la reputación y la dignidad de las personas, destacando la conveniencia de que los Estados consideren la conveniencia de formular y adoptar leyes sobre la protección de datos personales y el derecho a la privacidad.

Estos Principios se fundamentan en normas reconocidas a nivel internacional y su intención es proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación en forma ilícita de sus datos personales. Conforme a estos Principios, las normas nacionales que se implementen para la protección de datos personales deben tener una finalidad legítima, establecer que los datos deben procesarse de

una manera justa, legal y no discriminatoria, y asegurarse de que quienes recopilan, procesan, usan y difunden datos personales, lo hagan de forma apropiada y con el debido respeto a los derechos de las personas.

Se debe buscar un equilibrio entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales: es decir, se debe balancear el derecho de las personas a controlar la forma en que se recopilan, almacenan y utilizan sus datos personales, y el derecho que tienen las personas y organizaciones al uso razonable de datos personales con fines comerciales legítimos y de una manera segura y protegida.

Los Principios sobre de Privacidad y Protección de Datos Personales para las Américas tienen un ámbito de aplicación tanto en los sectores públicos como privados, es decir, se refieren a datos recopilados y procesados por entidades públicas y privadas, pero no

son aplicables para los datos personales utilizados por las personas en el contexto exclusivo de su vida privada.

En cuanto al concepto de privacidad, los Principios se basan en los derechos fundamentales del honor, la dignidad, la intimidad, la propia imagen, así como en la libertad de expresión, pensamiento, opinión y asociación. Muchos de ellos han sido ya regulados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los textos constitucionales o leyes fundamentales de los Estados miembros de la OEA.

En el Sistema Interamericano, estos derechos están claramente establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 30 de Abril de 1948 en sus artículos IV y V, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como “Pacto de San José” del 22 de noviembre 1969, en sus artículos 11 y 13. Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a ellos en varias de sus sentencias, como el caso *Masacres de Ituango vs Colombia* y *Atala Riffó vs Chile*, entre otros.

En cuanto a legislación nacional secundaria, varios de los Estados miembros de la Organización de los Estados

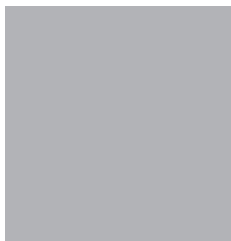
Americanos (OEA) han adoptado normas con respecto a la privacidad y a la protección de datos personales. De igual manera, la mayoría de dichos ordenamientos jurídicos han establecido que el derecho a la privacidad no es absoluto y que puede tener limitaciones *razonables*.

Los datos personales implican toda aquella información inherente a una persona, que identifica o puede usarse de manera razonable para identificar a una persona en particular de forma directa o indirecta, como por ejemplo: nombre, apellidos, correo electrónico, estado civil, profesión, número de documento de identidad, entre otros.

El *titular de los datos*, es la persona cuyos datos personales se recopilan, procesan, almacenan, utilizan o difunden, es decir, es la persona a quien corresponden los datos personales. Especial atención merecen los datos personales *sensibles*; es decir, aquellos cuya indebida divulgación afectaría la esfera más íntima del ser humano, o le provocaría un riesgo grave, como por ejemplo, el origen racial o étnico, el estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia u orientación sexual, entre otros.

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**



El *controlador de datos* es la persona física o jurídica, entidad pública o privada, organismo u organización que de manera individual o colectiva se encarga del almacenamiento, el procesamiento, el uso, la protección y la difusión de los datos y en algunas circunstancias, puede convertirse en recopilador de datos. Por otra parte, el procesador de datos es la persona física o jurídica, entidad pública o privada, organismo u organización que solo o conjuntamente procesa los datos en cuestión, abarcando toda operación o conjunto de operaciones que se realizan con datos personales, como recopilación, registro, almacenamiento, recuperación, divulgación o transferencia.

La *autoridad responsable*, es la que se encarga de establecer y hacer cumplir leyes, normas, requisitos relativos a la protección de datos personales a fin de mantener una uniformidad, esta autoridad puede variar según la legislación de los Estados miembros, con la finalidad de proteger la privacidad con respecto a los datos personales.

Con relación a lo anterior, se cuenta con una Guía de Principios que fueron expuestos por el relator del Comité Jurídico Interamericano en este tema, que se detallan en el capítulo siguiente.

## **II. Los Principios del CJJ sobre la Protección de la Privacidad y los Datos Personales**

### **Primer Principio: Propósitos Legítimos y Justos**

“Los Datos Personales deben ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales”. La legitimidad excluye la recopilación arbitraria y caprichosa de los datos personales, implicando la existencia de una estructura jurídica y transparente a la cual pueda tener acceso la persona cuyos datos se estén recopilando, se debe indicar claramente los fines para los cuales se recopilan los datos, a fin de que la persona pueda saber cómo se recopilaran, usarán o divulgarán los datos.



Por otro lado, los medios justos y legales, excluyen la obtención de datos personales por medio de fraude, engaño o pretextos falsos.

Este Principio debe respetarse en todo proceso de recopilación, compilación, almacenamiento, utilización, divulgación y eliminación de datos personales, las cuales deben ser compatibles con los requisitos jurídicos pertinentes y con las expectativas razonables de las personas, basadas en su relación con el controlador de datos y con los avisos dados a las personas en el momento en que se recopilen los datos.

### Segundo Principio: Claridad y Consentimiento

“Se deben especificar los fines para los cuales se recopilan los datos personales en el momento en que se recopilen. Como regla general, los datos personales solamente deben ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran.”

Este Principio se fundamenta en la transparencia y en el consentimiento, lo que significa que los fines para los cuales se recopilan los datos personales deben especificarse claramente *desde su inicio*, debiendo informar a las personas

sobre las prácticas y políticas de las entidades o personas que recopilan los datos personales, a fin de que puedan tomar una decisión clara con respecto al suministro de tales datos.

La persona por lo tanto, será capaz de dar su consentimiento libremente de manera inequívoca, específica e informada. Para que éste sea válido, el titular de los datos debe contar con suficiente información para que pueda realizar una elección real y no correr ningún riesgo de engaño, intimidación, coacción o consecuencias negativas si se niega a dar el consentimiento.

### Tercer Principio: Pertinencia y Necesidad

“Los datos deben ser verídicos, pertinentes y necesarios para los fines expresos de su recopilación”.

El recopilador o procesador de datos debe adoptar mecanismos para cerciorarse de que los datos personales sean correctos, exactos, completos y actualizados. Los datos deben de ser pertinentes, guardando una relación razonable con los fines para los cuales hayan sido recopilados.

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**



#### **Cuarto Principio: Uso Limitado y Retención**

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

Los datos personales no deben utilizarse con fines que no sean compatibles con aquellos para los cuales se hayan recopilado, excepto con el consentimiento del titular de los datos o por mandato de ley, y de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales pertinentes, ya que la retención innecesaria y excesiva de éstos tiene evidentes implicaciones para la privacidad. Por tanto, los datos deben eliminarse cuando ya no se necesiten para su fin original o cuando lo dispongan las legislaciones nacionales.

No obstante lo anterior, un controlador de datos podría tener razones *legítimas* para retener datos durante un período determinado de tiempo, como por ejemplo expedientes de pacientes, expedientes de empleados, expediente de alumnos, entre otros.

#### **Quinto Principio: Deber de Confidencialidad**

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

Es un deber básico del controlador de datos el mantener la confidencialidad de los datos personales en un entorno seguro y controlado y que estos no se usen para fines que sean incompatibles con la finalidad original. Proteger la privacidad implica no sólo mantener

la seguridad de los datos personales, sino también permitir que los datos se usen y se divulguen para otros fines. Debe establecerse una relación de confianza entre el titular de los datos y el controlador de los datos.

### **Sexto Principio: Protección y Seguridad**

“Los Datos Personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdidas, destrucción, uso, modificación o divulgación”.

Los controladores de datos tienen el deber de tomar las medidas prácticas, técnicas y necesarias para proteger los datos personales que obren bajo su poder o custodia y cerciorarse que tales datos personales no sean objeto de pérdida, destrucción, acceso, uso, modificación o divulgación.

---

“Los datos personales deben protegerse, por medio de salvaguardas razonablemente concebidas para prevenir que las personas sufran daños considerables como consecuencia del acceso no autorizado a los datos.”

---

Los datos personales deben protegerse, por medio de salvaguardas razonablemente concebidas para prevenir que las personas sufran daños considerables como consecuencia del acceso no autorizado a los datos, o por su pérdida o destrucción. Para los datos personales más sensibles, se requerirá un nivel más alto de protección.

El reto consiste en proporcionar orientación válida a los controladores de datos, procurando al mismo tiempo que las normas sigan siendo tecnológicamente neutrales, y no se vuelvan obsoletas como consecuencia de los rápidos cambios tecnológicos.

En caso de violación de datos personales, los controladores de datos deberían tener la obligación legal de notificar a las personas cuyos datos han sido comprometidos, para que éstas puedan tomar las medidas de protección más adecuadas, así como tener acceso a los datos a efecto de que se corrijan los mismos por el uso indebido como consecuencia de su violación. Asimismo, deben examinarse las políticas en materia de retención de datos y mejorar sus medidas de seguridad, como sería el caso que los controladores de datos tuviesen la obligación de cooperar con las fuerzas del orden en el ámbito penal y con otras autoridades.

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**

Se deberían también imponer sanciones a los controladores de datos por incumplimiento a su deber de salvaguardar y proteger los mismos, mismas que deberían de ser proporcionales al grado de perjuicio o de riesgo. Todo esto debería ser objeto de regulación de las legislaciones nacionales.

### **Séptimo Principio: Fidelidad de los Datos**

“Los Datos personales deben mantenerse fieles y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso”.

Cuando se recopilan datos personales y se les retiene para seguir usándolos, el controlador de datos tiene la obligación de tomar medidas para que los datos se mantengan actualizados, completos y exactos, en la medida de lo necesario para los fines para los cuales se hayan recopilado y se usen, con la finalidad de que no menoscaben los derechos del titular de los datos.

### **Octavo Principio: Acceso y Corrección**

“Se debe disponer de métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar el

acceso a dichos datos y puedan también solicitar al controlador de datos que los modifique, corrija o elimine. En caso de que fuera necesario restringir dicho acceso o corrección, deberían así mismo de especificarse las razones concretas de cualquiera de estas restricciones de acuerdo con la legislación nacional”.

Los titulares de datos tienen derecho a acceder a los mismos a fin de que puedan impugnar su exactitud y solicitar al controlador de datos que modifique, revise, corrija o elimine los datos en cuestión y así poder ejercer el derecho a la rectificación.

Este derecho de acceso y corrección es una de las salvaguardas más importantes en el campo de la protección a la privacidad. Su ejercicio debe ser fácil de ejercer, aunque a veces puede estar sujeto a excepciones y limitaciones, por lo que si a una persona se le deniega la solicitud de acceso, debe explicársele las razones de su denegación para que no se convierta en un acto arbitrario.

En el ordenamiento jurídico interno de algunos Estados Miembros de la OEA se reconoce el recurso al *Habeas Data*, en virtud del cual el titular de datos puede entablar un juicio para prevenir

un presunto abuso de sus datos personales o ponerle fin, este derecho se regula de distintas maneras en los Estados miembros, incluso en algunos tiene rango constitucional.

### **Noveno Principio: Datos Personales Sensibles**

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

Si los datos personales *sensibles* se manejan o se divulgan en forma indebida, podrían dar lugar a una intromisión profunda en la dignidad personal y en el honor de la persona afectada, pudiendo desencadenar una discriminación ilícita o arbitraria o causar un riesgo de graves perjuicios para la persona, la índole de la sensibilidad puede variar de un país a otro.

Los controladores de datos deben de saber determinar los riesgos más importantes para los titulares de los datos

al divulgar los mismos, razón por la cual sería conveniente responsabilizarlos por la divulgación de datos sensibles.

### **Décimo Principio: Responsabilidad**

“Los controladores de datos adoptarán e implementarán de manera responsable las medidas correspondientes para el cumplimiento de estos principios”.

La protección efectiva al derecho a la privacidad y de los datos personales tiene su fundamento en la conducta responsable de los controladores de datos tanto de sectores públicos como privados. En ese sentido, los sistemas de protección de la privacidad deben reflejar un equilibrio apropiado entre la reglamentación gubernamental y la implementación efectiva por aquellos que tienen la responsabilidad directa de la recopilación, el uso, la retención y la difusión de datos personales.

Su buen uso depende de la capacidad de estos últimos para tomar decisiones responsables, éticas y disciplinadas acerca de los datos y su uso durante todo el ciclo de vida de los mismos. Estos custodios de datos deben actuar con la debida responsabilidad a favor de quienes les proporcionan y confían sus datos.

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**

Los controladores de datos deben cerciorarse de que las personas que manejan datos personales estén debidamente capacitados en lo que se refiere a la finalidad de protección de los datos y los procedimientos que se emplean para protegerlos, capacitándolos con programas efectivos de gestión de la privacidad.

### **Décimo Primer Principio: Flujo Transfronterizo de Datos y Responsabilidad**

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

En el mundo moderno de rápidos flujos de datos y comercio transfronterizo, es cada vez más probable que las transferencias de datos personales crucen fronteras nacionales, dándose el caso que la reglamentación que existe actualmente en diversas jurisdicciones nacionales varíe en cuanto al fondo y al procedimiento, dando como consecuencia la posibilidad de confusión, conflictos y contradicciones.

En ese sentido, el reto fundamental para una política y una práctica eficaces en materia de protección de datos consiste en conciliar:

1) Las diferencias en los enfoques nacionales de la protección de la privacidad con la realidad moderna del flujo mundial de datos; 2) los derechos de las personas a tener acceso a datos en un contexto transnacional; y 3) el hecho fundamental de que los datos y el procesamiento de los mismos impulsen el desarrollo y la innovación. Todos los instrumentos internacionales para la protección de datos deben procurar alcanzar un equilibrio apropiado entre esas metas.

Estas transferencias deben permitirse cuando los controladores de datos tomen las medidas apropiadas para asegurar que los datos transferidos estén protegidos de manera efectiva y en consonancia con todos estos Principios, debiendo los Estados miembros tomar las medidas necesarias para que los controladores de datos se responsabilicen de esa protección, y procurar el reconocimiento mutuo de las reglas y prácticas en materia de responsabilidad, a fin de evitar conflictos y poder resolverlos cuando estos surjan. Asimismo, deben promover la transferencia fronteriza de datos,

con las debidas salvaguardias, y no deben imponer cargas que limiten el libre flujo de información o actividad económica entre jurisdicciones.

Los controladores de datos deben tomar las medidas razonables para que los datos personales estén protegidos eficazmente de acuerdo a estos Principios, sea que los datos se transfieran a terceros dentro del país o a través de fronteras internacionales.

### **Décimo Segundo Principio: Publicidad de las Excepciones**

“Cuando las autoridades nacionales establezcan excepciones a estos Principios por motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad interna o externa, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público, deberán poner dichas excepciones en conocimiento del público”.

Si bien es cierto que la privacidad es cada vez mas importante, siendo necesario conferir a las personas los derechos básicos que necesitan para salvaguardar sus intereses, respetando todos los Principios a que se ha hecho referencia, es posible que las autoridades de los Estados miembros en algunas ocasiones tengan que establecer

excepciones por razones relacionadas con preocupaciones imperiosas de la seguridad nacional y la protección del público, la administración de justicia , el cumplimiento de normativas, entre otros, debiendo convertirse en excepciones y no en la regla general.

### **III. La Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD)**

El Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA han participado en algunas de las reuniones de la RIPD (que surgió en el Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, celebrado en La Antigua, Guatemala en Junio de 2003), siendo de las más importantes el Seminario llevado a cabo en Montevideo, Uruguay en noviembre de 2016 donde se presentó el Anteproyecto de Estándares Iberoamericanos para comentarios y observaciones, los cuales fueron revisados y concluidos desde el punto de vista técnico en el Taller de la RIPD que se llevó a cabo en mayo de 2017 en Cartagena de Indias, siendo aprobados por unanimidad en el Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos realizado en Santiago de Chile en Junio de 2017.



**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**

Con estos estándares, la región dispondrá de una herramienta esencial con la cual establecer un conjunto de principios y derechos comunes de protección de datos personales y que los Estados puedan adoptar y desarrollar en su legislación nacional, con el objeto de poder contar con reglas homogéneas, garantizando de esta manera el ejercicio efectivo y la tutela del derecho a la protección de datos personales, así como facilitando el flujo de éstos dentro y fuera de la región, fortaleciendo el crecimiento económico y social, y favoreciendo la cooperación internacional entre las autoridades de control y entre autoridades y organismos internacionales en la materia.

Haciendo un resumen del documento de los Estándares tenemos:

En la parte considerativa se hace alusión a que, ya en varios de los Estados de la región se considera la protección de datos personales como un derecho fundamental reconocido en sus constituciones políticas, contando incluso con jurisprudencia.

Igualmente se señala que la falta de armonización en esta materia (ya que no todos los Estados cuentan con legislación) dificulta el trabajo de enfrentar

los nuevos desafíos en la protección de este derecho a causa de la constante y vertiginosa evolución tecnológica, así como la globalización en sus diversos ámbitos, haciendo necesario la adopción de instrumentos regulatorios que garanticen la protección incluso para el libre flujo de datos personales entre los Estados de la región; lo que hace necesario contar con un marco regulatorio armonizado que ofrezca un nivel adecuado de protección, con reglas homogéneas que ofrezcan a los titulares las mismas garantías de protección.

Los Estándares buscan establecer un conjunto de principios y derechos de protección de datos personales, que los Estados puedan adoptar y desarrollar en su legislación nacional, con la finalidad de garantizar un debido tratamiento, así como facilitar el flujo de los datos personales entre los Estados y más allá de sus fronteras con la finalidad de coadyuvar al crecimiento social y económico de la región e impulsar la cooperación internacional entre las autoridades de control de la región y fuera de la región así como con las autoridades y entidades internacionales en la materia.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, los estándares serán aplicables a las personas físicas o jurídicas de

carácter privado, así como a autoridades y organismo públicos que tengan a su cargo el tratamiento de datos> por otro lado, su ámbito de aplicación objetivo son los datos personales que obren en soportes físicos, automatizados total o parcialmente, o en ambos soportes, con independencia de la forma o modalidad de su creación, tipo de soporte, procesamiento, almacenamiento y organización. En relación al ámbito de aplicación territorial éstos se aplicarán al tratamiento de datos personales efectuados por un responsable o encargado establecido en el territorio de los Estados de la región principalmente, así como cuando no se encuentre establecido en dicho territorio tal como lo establecen los estándares.

---

“Una regulación muy importante es la referida al tratamiento de datos personales de carácter sensible, los cuales no podrán ser tratados por el responsable salvo que los mismos sean estrictamente necesarios para el ejercicio y cumplimiento de las atribuciones y obligaciones expresamente previstas en las normas.”

---

Los Estándares también regulan las excepciones generales al derecho de protección de datos personales: seguridad nacional, seguridad pública, protección de la salud pública, protección de derechos y libertades de terceros, así como cuestiones de interés público.

Una regulación muy importante es la referida al tratamiento de datos personales de carácter *sensible*, los cuales no podrán ser tratados por el responsable salvo que los mismos sean estrictamente necesarios para el ejercicio y cumplimiento de las atribuciones y obligaciones expresamente previstas en las normas que regulan su actuación; cuando se de cumplimiento a un mandato legal; cuando se cuente con el consentimiento expreso y por escrito del titular y cuando sean necesarios por razones de seguridad nacional, seguridad pública, orden público, salud pública o salvaguarda de derechos y libertades de terceros.

Los Estándares también se refieren a los Principios de Protección de Datos Personales siendo estos los siguientes: legitimación, licitud, lealtad, transparencia, finalidad, proporcionalidad, calidad, responsabilidad, seguridad y confidencialidad, desarrollando cada uno de éstos en los referidos estándares.

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**

Asimismo, enumeran a los derechos del titular siendo estos: acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad, conocidos como *Derechos ARCO y de Portabilidad*:

El *derecho de acceso*, es aquel que tiene toda persona a solicitar y a obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento de datos, el origen de los mismos (como se obtuvieron), así como las comunicaciones realizadas con ellos.

El *derecho de rectificación* permite al titular a obtener del responsable la rectificación o corrección de sus datos personales, cuando éstos resulten ser inexactos, incompletos o no se encuentren actualizados.

El *derecho de cancelación* es el derecho que tiene la persona a que se supriman sus datos que resulten ser inadecuados o excesivos, dando lugar a que los datos sean bloqueados, pudiendo únicamente ponerse a disposición de las autoridades, quienes únicamente no procederán a su cancelación por causas justificadas.

El *derecho de oposición* se ejercita cuando el titular busca impedir el tratamiento de sus datos personales teniendo una

razón legítima derivada de su situación particular o cuando se tenga por objeto la mercadotecnia directa.

El *derecho a la portabilidad* de los datos personales aplica a datos personales que se traten por vía electrónica o medios automatizados, y confiere al titular tendrá el derecho a obtener una copia de los datos personales que hubiere proporcionado al responsable o que sean objeto de tratamiento, en un formato electrónico estructurado, de uso común y lectura mecánica, que le permita seguir utilizándolos y transferirlos a otro responsable en caso que lo requiera.

Los Estándares también regulan todo lo relativo a las transferencias internacionales de datos personales, siendo la legislación nacional la que podrá establecer expresamente límites a las transferencias internacionales de categorías de datos personales por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de la salud pública, protección de los derechos y libertades de terceros, así como por cuestiones de interés público.

En cuanto a las autoridades de control, los Estándares establecen que en cada Estado deberán existir una o más autoridades de control en materia de

protección de datos personales con plena autonomía, de conformidad a su ordenamiento jurídico y que podrán ser órganos unipersonales o pluripersonales, que actuarán con carácter imparcial e independiente en sus potestades, y que serán ajenas a toda influencia externa, ya sea directa o indirecta, y que no solicitarán orden ni instrucción alguna.

Dichos Estándares también regulan las reclamaciones y sanciones, así como el correspondiente derecho a indemnización para el titular que hubiere sufrido daños y perjuicios, a consecuencia de una violación a su derecho a la protección de datos personales.

#### **IV. Legislación Internacional sobre la Materia**

El derecho a la privacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, está regulado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada el 30 de abril de 1948, que dice: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

El artículo IX de dicha Declaración que establece: “Que toda persona

tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio “,

Y el artículo X de la misma que regula:”Que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”.

En el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” de 22 de noviembre de 1969, que establece:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

En el Marco Universal el “Derecho a la Privacidad” está regulado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, que expresa:

”Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**

domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

El artículo 18 de la misma, establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

El artículo 19 de dicha Declaración que estipula: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Y el artículo 20 de la Declaración, que reza:

- “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.”

Dicho derecho también está garantizado en el “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos” de 1966, que en su artículo 17 expresa:

“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 o esos ataques.”

El artículo 18 de dicho Pacto establece:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Y el artículo 19 del mismo Pacto reza:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales.

Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

La “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” de 2000, regula el Derecho a la Privacidad en sus artículos 1, 7,8, 10, 11 y 12 que respectivamente expresan:

Artículo 1: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.”

Artículo 7: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.”

Artículo 8:”1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**

tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

Artículo 10: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Artículo 11:” 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.”

Artículo 12: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.”

En cuanto al Derecho al Libre Flujo de Información, tenemos que en el Sistema Interamericano está regulado en el Artículo IV de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” de 30 de abril de 1948, que establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

De igual manera la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” de 22 de noviembre de 1969, regula este derecho en su artículo 13 que establece:

*“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de*



*buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

*3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

*4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

*5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”*

En el ámbito Universal, tenemos que la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de 10 de diciembre de 1948 en su artículo 19, dispone:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

En cuanto al “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” de 1950, en su artículo 10 establece:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**

consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

La “Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José”, de 22 de noviembre de 1969, regula el Derecho de Rectificación o Respuesta, en su artículo 14 que literalmente expresa:

1. “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general,

tiene derecho a efectuar por el mismo Órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

---

“Es conveniente que en el Sistema Interamericano se cuente con una Ley Modelo de Protección de Datos Personales, para establecer un conjunto de principios y derechos comunes.”

---

## V. Conclusión

Es conveniente que en el Sistema Interamericano se cuente con una Ley Modelo de Protección de Datos Personales, para establecer un conjunto

de principios y derechos comunes que los Estados del continente americano puedan adoptar y desarrollar en sus ordenamientos jurídicos con la finalidad de contar con reglas homogéneas en la región.

La relevancia cada vez mayor de las tecnologías de la información y del conocimiento en todos los quehaceres de la vida cotidiana, han provocado los Estados pusieran su atención en al derecho de acceso a la información pública, con el objeto de tener mayor transparencia y el resultado es que ahora la mayoría de los Estados de la región cuentan con leyes de acceso a la información pública.

Ahora bien, el derecho de acceso a la información pública debe tener su equilibrio, que es el derecho de protección a los datos personales y a la privacidad. Es decir, se debe buscar

un equilibrio entre el derecho de las personas a controlar la forma en que se recopilan, almacenan y utilizan sus datos personales y su derecho a tener acceso a los datos, así como el derecho que tienen las personas y organizaciones en el uso razonable de datos personales con fines comerciales legítimos y de una manera segura y protegida.

En ese sentido, no todos los países del continente americano gozan de una ley de protección de datos personales, ni tampoco tienen regulado el derecho al habeas data, lo cual es necesario para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Para ello se pueden tomar como base las leyes que en otros Estados de la región han regulado el tema, entre ellos México, Uruguay, Argentina, Colombia, Perú, Nicaragua, o bien los Estándares anteriormente descritos.

**Ana Elizabeth  
Villalta Vizcarra**

**La Privacidad y la Protección  
de Datos Personales**

## Bibliografía

1. Documentos del Comité Jurídico Interamericano.
2. Documentos de la Red Iberoamericana de Protección de Datos.
3. Declaración Universal de Derechos Humanos
4. Declaración Americana de los Derechos del Hombre.
5. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,
6. Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales.
7. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.
8. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
9. Estándares Iberoamericanos de Protección de Datos.

## Ana Elizabeth Villalta Vizcarra

## Sobre la autora



Elizabeth Villalta es miembro del Comité Jurídico Interamericano y Directora General de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.

Ha dictado clases en el Curso de Derecho Internacional de la OEA y participado en diferentes conferencias internacionales representando a El Salvador, entre ellas el Congreso Iberoamericano de Fronteras (Costa Rica, 1990), la Conferencia del Mar ante Naciones Unidas (Nueva York, 1991), la Conferencia sobre Derecho Internacional Privado en el tema de Adopción Internacional (La Haya, Países Bajos 1990-1993), y como miembro

de la Delegación de El Salvador ante la Corte Internacional de Justicia, en el Diferendo Limítrofe El Salvador – Honduras, Nicaragua (1991).

Dentro de su desempeño en el Ministerio de Relaciones Exteriores, ha ocupado los cargos de asesor jurídico de la Dirección General de Límites, asesor del Despacho Ministerial, y desde 1995 es Embajadora de carrera.

La Doctora Villalta obtuvo los títulos de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad de El Salvador, obteniendo también el de Notario de la República.

## Anexo I

### Programa del Curso

1ª Semana	
Lunes 31 de julio	
9:00 am – 9:30 am Foyer Sala Mauá	Registro de alumnos
9:30 am – 10:15 am Sala Mauá	Ceremonia de Inauguración: <ul style="list-style-type: none"><li>Palabras de Bienvenida</li></ul> <p>Hernán Salinas, Presidente, Comité Jurídico Interamericano (CJI)</p> <p>Dante Negro, Director, Departamento de Derecho Internacional Secretaría de Asuntos Jurídicos, OEA</p> <ul style="list-style-type: none"><li>Fotografía Oficial</li></ul>
10:15am – 10:45 am	Recepción
10:45 am – 11:10 am	Sesión informativa para alumnos
11:10 am – 1:00 pm	Introducción al Sistema Interamericano Profesor: Dante Negro - Director, Departamento de Derecho Internacional, OEA
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Libre

<b>Martes 1º de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	La institución de la protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo Profesor: Hernán Salinas - Presidente, Comité Jurídico Interamericano (CJI)
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Derecho comparado internacional Profesor: Alejandro Rodiles - Profesor de tiempo completo, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM)
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	El Impacto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el Derecho Internacional Privado Profesora: María Mercedes Albornoz – Investigadora y profesora, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) (México)

<b>Miércoles 2 de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	La institución de la protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo (continuación) Profesor: Hernán Salinas - Presidente, Comité Jurídico Interamericano (CJI)
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	La seguridad global desde el derecho internacional Profesor: Alejandro Rodiles – Profesor de tiempo completo, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM)
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	La implementación del derecho internacional humanitario en los países de las Américas a 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales de 1977 Profesor: Gabriel Pablo Valladares – Asesor Jurídico, Delegación Regional, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)



<b>Jueves 3 de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	La seguridad global desde el derecho internacional (conclusión) Profesor: Alejandro Rodiles – Profesor de tiempo completo, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM)
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	La institución de la protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo (conclusión) Profesor: Hernán Salinas - Presidente, Comité Jurídico Interamericano(CJI)
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Libre

<b>Viernes 4 de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	Oportunidades y retos de la protección internacional de refugiados en el continente americano Profesor: Juan Carlos Murillo - Asesor Jurídico Regional, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	La erradicación de la apatridia Profesor: Juan Ignacio Mondelli - Oficial Regional de Protección (Apatridia), Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Guerra de las Jurisdicciones – El Estado contraataca Libertad de expresión en línea: efectos internacionales de la jurisdicción nacional Profesor: Christian Perrone – Consultor de Políticas Públicas y Derecho Internacional

## 2ª Semana

### Lunes 7 de agosto

9:00 am – 10:50 am	Herramientas de trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su efectividad Profesor: Paulo Abrão - Secretario Ejecutivo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Territorio y jurisdicción: la mirada desde el derecho internacional contemporáneo Profesora: María Teresa Infante - Embajadora de la República de Chile en Países Bajos
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	El principio de control de convencionalidad Profesora: Ruth Correa - Miembro, Comité Jurídico Interamericano

### Martes 8 de agosto

9:00 am – 10:50 am	Plan Estratégico 2017-2021: los objetivos y estrategias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un contexto de desafíos Profesor: Paulo Abrão - Secretario Ejecutivo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Territorio y jurisdicción: la mirada desde el derecho internacional contemporáneo (continuación) Profesora: María Teresa Infante - Embajadora de la República de Chile en Países Bajos
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	La actualidad de la inmunidad de jurisdicción, con especial referencia a la inmunidad de jurisdicción de los Estados Profesor: Carlos Mata - Miembro, Comité Jurídico Interamericano

<b>Miércoles 9 de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	Desafíos a la democracia representativa en el mundo digital: Una mirada desde el Sistema Interamericano. Profesora: Beatriz Ramacciotti - Profesora de Derecho Internacional
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Territorio y jurisdicción: la mirada desde el derecho internacional contemporáneo (conclusión) Profesora: María Teresa Infante - Embajadora de la República de Chile en Países Bajos
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Contratos internacionales Profesor: José Antonio Moreno - Miembro, Comité Jurídico Interamericano

<b>Jueves 10 de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	Desafíos a la democracia representativa en el mundo digital: Una mirada desde el Sistema Interamericano. (continuación) Profesora: Beatriz Ramacciotti - Profesora de Derecho Internacional
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	La OEA: Protección y Defensa de la Democracia (título por confirmar) Profesor: Jean-Michel Arrighi - Secretario de Asuntos Jurídicos, OEA
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Protección de los bienes culturales patrimoniales Profesor: Joel Hernández - Miembro, Comité Jurídico Interamericano

<b>Viernes 11 de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	Desafíos a la democracia representativa en el mundo digital: Una mirada desde el Sistema Interamericano. (conclusión) Profesora: Beatriz Ramacciotti - Profesora de Derecho Internacional
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Un Nuevo Paso en la Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo: la Prohibición de Armas Nucleares Profesor: Antonio Cançado Trindade – Juez, Corte Internacional de Justicia
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Un Nuevo Paso en la Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo: la Prohibición de Armas Nucleares Profesor: Antonio Cançado Trindade – Juez, Corte Internacional de Justicia

### 3ª Semana

#### Lunes 14 de agosto

9:00 am – 10:15 am	La OEA y el Sistema Interamericano Profesor: Jean-Michel Arrighi - Secretario de Asuntos Jurídicos, OEA
	Receso
11:10 am – 1:00 pm	La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y su contribución al sistema jurídico internacional Profesor: Marcelo Vázquez-Bermúdez - Miembro, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	International law and cybersecurity Profesor: Duncan Hollis - Miembro, Comité Jurídico Interamericano

#### Martes 15 de agosto

9:00 am – 10:50 am	Control de constitucionalidad y convencionalidad del derecho extranjero Profesor: Didier Operti - Profesor de Derecho Internacional, ex canciller del Uruguay
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Temas en la agenda actual de la Comisión de Derecho Internacional: Identificación del derecho internacional consuetudinario, jus cogens, crímenes de lesa humanidad Profesor: Marcelo Vázquez-Bermúdez - Miembro, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Protección de datos personales Profesora: Elizabeth Villalta - Miembro, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

<b>Miércoles 16 de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	La interpretación de los tratados de protección de inversiones extranjeras a través de precedentes arbitrales Profesor: Raúl Vinuesa - Profesor de Derecho Internacional, Universidad de San Andrés, Argentina
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Control de constitucionalidad y convencionalidad del derecho extranjero (Continuación) Profesor: Didier Operti - Profesor de Derecho Internacional, ex canciller del Uruguay
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Temas en la agenda actual de la Comisión de Derecho Internacional: Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, protección de la atmósfera. Profesor: Marcelo Vázquez-Bermúdez - Miembro, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

<b>Jueves 17 de agosto</b>	
9:00 am – 10:50 am	La interpretación de los tratados de protección de inversiones extranjeras a través de precedentes arbitrales (Conclusión) Profesor: Raúl Vinuesa - Profesor de Derecho Internacional, Universidad de San Andrés, Argentina
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Control de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero (Conclusión) Profesor: Didier Operti - Profesor de Derecho Internacional, ex canciller del Uruguay
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Ejercicios prácticos/evaluación de aprovechamiento

<b>Viernes 18 de agosto</b>	
10:00 am – 10:45 am	Ceremonia de clausura: <ul style="list-style-type: none"><li>• Palabras de cierre: João Clemente Baena Soares Miembro, Comité Jurídico Interamericano</li> Jean Michel Arrighi Secretario de Asuntos Jurídicos, OEA</ul>
10:45 am	Entrega de certificados

**Fin del Programa**

\* Todas las actividades se realizarán en la SalaMauásalvo que se indique lo contrario



## Anexo II

### Lista de Participantes

	Apellidos	Nombres	País
1	Abimorad Sosa	Yliana	Uruguay
2	Álvarez Salazar	Maiker Roger	Venezuela
3	Andrade Alarcón	José Leonel	México
4	Barboza Dias	Fernando	Brasil
5	Cárcamo Gómez	Albert	Honduras
6	Carias de Araujo	André	Brasil
7	Consuegra Ayala	Luis José	Colombia
8	Corcuera Bárcena	Úrsula María	Perú
9	De Souza Dantas Fico	Bernardo	Brasil
10	Delgado Nieto	Laura Janneth	Colombia
11	Díaz Roa	Carolina	Chile
12	Escursell	Patricia	Uruguay
13	Ferreira Couto	Estevao	Brasil
14	Ferreira Serafim de Oliveira	Adriana	Brasil
15	Galván Sánchez	Luis	México
16	Gamboa Martínez	Yeny Viviana	Colombia
17	Gatica Palacios	Ana Luisa	Guatemala
18	Herrera Luna	Lorenzo Ricardo	República Dominicana
19	Labigalini Martins	Giovana	Brasil
20	Lemos da Cruz	Luísa Helena	Brasil

	Apellidos	Nombres	Ciudad/ País
21	Lippi	Camila Soares	Brasil
22	Llamas	Valeria Vanessa	Argentina
23	Martínez Galarza	José Vicente	Chile
24	Melo Nascimento	Laura Fernanda	Brasil
25	Mosciatti Gómez	Giancarlo	Chile
26	Ortiz, Ortiz	Eddy	México
27	Parodi	María Antonella	Argentina
28	Penido de Campos Machado	Isabel	Brasil
29	Polanco Vallejo	Engel Manuel	República Dominicana
30	Polo Guerra	Victoria Ysabel	Guatemala
31	Quirarte Beverido	Luis Fernando	México
32	Rebaza Vilchez	Karen Maribel	Perú
33	Ricci de Amorim	André	Brasil
34	Rivero Godoy	Juan Manuel	Uruguay
35	Rozwadowsky	Leo Ariel	Argentina
36	Sánchez	Cynthia	E.E.U.U.
37	Santander Francisco	Guilherme Ozório	Brasil
38	Souza Lima	Lucas Arnaud	Brasil
39	Souza Venitemilla	Eduardo	Perú
40	Valencia	Irene	Ecuador
41	Vásquez	Maira Belén	Argentina
42	Velásquez Barrionuevo	Alejandro	Perú

## La Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados Miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra períodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en períodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

Estados Miembros: **Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas** (*Commonwealth de las*), **Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica** (*Commonwealth de*), **Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.**

© Organización de los Estados Americanos

ISBN 978-0-8270-6765-3

