

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO



CJI

95° PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES
31 julio – 9 de agosto de 2019
Rio de Janeiro, Brasil

OEA/Ser. Q.
CJI/doc. 599/19
8 agosto de 2019
Original: español

INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO A LA ASAMBLEA GENERAL

2019

Secretaría General
Organización de los Estados Americanos
www.oas.org/cji
cjioea.trp@terra.com.br

NOTA EXPLICATIVA

Hasta el año 1990, las “Actas Finales” y los “Informes Anuales del Comité Jurídico Interamericano” han sido publicados por la Secretaría General de la OEA en la serie denominada “Informes y Recomendaciones”. A partir de 1997, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos reinició la publicación de los mencionados documentos, bajo el título de “Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General”.

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

TABLA DE CONTENIDO

	Página
NOTA EXPLICATIVA	III
TABLA DE CONTENIDO	V
RESOLUCIONES APROBADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	VI
DOCUMENTOS QUE SE INCLUYEN EN EL PRESENTE INFORME ANUAL	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
A. NONAGÉSIMO CUARTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES	8
B. NONAGÉSIMO QUINTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES	11
CAPÍTULO II	17
TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE LOS PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES CORRESPONDIENTES AL AÑO 2019	19
TEMAS EN CONSIDERACIÓN	19
1. GUÍA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD	19
2. ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES	32
3. EFICACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS A LA LUZ DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS	131
4. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	147
5. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	157
6. RECIBOS ELECTRÓNICOS PARA PRODUCTOS AGRÍCOLAS	161
7. CIBERSEGURIDAD (SEGURIDAD CIBERNÉTICA)	164
8. INTERFERENCIA EXTRANJERA EN EL PROCESO ELECTORAL DE UN ESTADO: UNA AMENAZA A LA DEMOCRACIA Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS, RESPUESTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL	179
9. LINEAMIENTOS PARA UN DESARROLLO NORMATIVO ULTERIOR DEL ASILO DIPLOMÁTICO	181
10. DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO REGIONAL	183
11. EL FRAUDE ELECTORAL COMO ILÍCITO INTERNACIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO	185
12. LEY MODELO SOBRE EL USO DE FUEGOS ARTIFICIALES, SEA PARA USO PERSONAL O EN ESPECTÁCULOS PIROTÉCNICOS MASIVOS	186
TEMAS TERMINADOS	188
1. DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES	188
2. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA	355
CAPÍTULO III	358
ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE EL AÑO 2019	360
A. PARTICIPACIÓN DE LA PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE SU PARTICIPACIÓN EN LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, EN EL CONSEJO PERMANENTE Y LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS	360
B. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL	370
C. RELACIONES DE COOPERACIÓN CON OTROS ORGANISMOS INTERAMERICANOS Y COM ORGANIZACIONES REGIONALES O MUNDIALES SIMILARES	375
ÍNDICES	378
ÍNDICE ONOMÁSTICO	380
ÍNDICE POR ASUNTO	382

RESOLUCIONES APROBADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

	Página
CJI/RES. 245 (XCIII-O/18)	8
TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO CUARTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	
(RIO DE JANEIRO, BRASIL, 18 AL 22 DE FEBRERO DE 2019)	
CJI/RES. 242 (XCIII-O/18)	9
FECHA Y SEDE DEL NONAGÉSIMO CUARTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	
CJI/RES. 248 (XCIV-O/19)	10
HOMENAJE AL DOCTOR HERNÁN SALINAS BURGOS	
CJI/DEC. 01 (XCIV-O/19)	11
DECLARACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA	
CJI/RES. 250 (XCIV-O/19)	12
TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO QUINTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	
(RIO DE JANEIRO, BRASIL, 31 JULIO HASTA 9 DE AGOSTO DE 2019)	
CJI/RES. 246 (XCIV-O/19)	13
FECHA Y SEDE DEL NONAGÉSIMO QUINTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	
CJI/RES. 251 (XCV-O/19)	14
FECHAS Y SEDE DEL NONAGÉSIMO SEXTO Y NONAGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	
CJI/RES. 253 (XCV-O/19)	14
TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO SEXTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	
(RIO DE JANEIRO, BRASIL, 2 AL 6 MARZO DE 2020)	
CJI/RES. 252 (XCV-O/19)	15
HOMENAJE AL DOCTOR CARLOS MATA PRATES	
CJI/RES. 249 (XCIV-O/19)	201
GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS	
CJI/RES. 247 (XCIV-O/19)	370
CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL	

* * *

DOCUMENTOS QUE SE INCLUYEN EN EL PRESENTE INFORME ANUAL

	Página
CJI/doc.580/19	43
ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES: CUARTO INFORME (PRESENTADO POR EL DOCTOR DUNCAN B. HOLLIS)	
CJI/doc. 593/19	59
ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES: QUINTO INFORME (PRESENTADO POR EL DOCTOR DUNCAN B. HOLLIS)	
CJI/doc.581/19	137
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS EXTRANJEROS (PRESENTADO POR LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO)	
CJI/doc. 579/19	150
INFORME SOBRE EL XVI ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (PRESENTADO POR EL DOCTOR CARLOS MATA PRATES)	
CJI/doc.582/19	151
LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (PRESENTADO POR EL DOCTOR CARLOS MATA PRATES)	151
CJI/doc.597/19	154
TERCER INFORME LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (PRESENTADO POR EL DOCTOR CARLOS MATA PRATES)	
CJI/doc. 578/19	167
EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS OPERACIONES CIBERNÉTICAS DE LOS ESTADOS: MEJORAR LA TRANSPARENCIA (PRESENTADO POR EL DOCTOR DUNCAN B. HOLLIS)	
CJI/doc. 594/19	175
TERCER INFORME DERECHO INTERNACIONAL Y OPERACIONES CIBERNÉTICAS DEL ESTADO: MEJORANDO LA TRANSPARENCIA (PRESENTADO POR EL DOCTOR DUNCAN B. HOLLIS)	
CJI/doc. 577/19 REV.1 CORR.2	202
INFORME DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. LA GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS	
CJI/doc.590/19	366
INFORME DE LA PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (PRESENTADA POR LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO)	

CJI/doc.589/19

361

INFORME DE LA PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS – (CAPJ)
(PRESENTADA POR LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO)

CJI/doc.591/19

364

INFORME DE LA PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
ANTE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA
(PRESENTADA POR LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO)

* * *

INTRODUCCIÓN

El Comité Jurídico Interamericano tiene el honor de presentar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos su informe anual que contiene las actividades realizadas durante el año 2019, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 91 f) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y 13 de su Estatuto, y las instrucciones de las resoluciones de la Asamblea General relativas a la preparación de los informes anuales de los órganos, organismos y entidades de la Organización ante dicho órgano, tales como las resoluciones AG/RES. 2873 (XLV-O/15), AG/RES. 2886 (XLVI-O/16), AG/RES. 2909 (XLVII-O/17), AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18) y AG/RES. 2930 (XLIX-O/19), adoptadas en los últimos años.

En el año 2019, el Comité Jurídico Interamericano celebró dos sesiones de trabajo en su sede en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil. La primera sesión correspondiente a su nonagésimo cuarto período ordinario se celebró del 18 al 22 de febrero; mientras que la segunda sesión, relativa al nonagésimo quinto período ordinario tuvo lugar entre el 31 de julio y el 9 de agosto.

En el período comprendido por este informe, el Comité adoptó una “Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas” que tiene por objeto impulsar aspectos sustantivos en la materia, y para ello propone recomendaciones a una amplia gama de actores a nivel interno, incluyendo legisladores, órganos jurisdicciones y partes en un contrato. Este instrumento estimula la integración económica, el crecimiento y el desarrollo en el Continente junto con participar en la armonización de los regímenes jurídicos internos en los países de la región (en donde se pueden apreciar disparidades en materia contractual).

Adicionalmente, el Comité avanzó la discusión de los temas que conforman su agenda tales como “eficacia de las decisiones judiciales extranjeras”; “recibos electrónicos para productos agrícolas”; “acuerdos vinculantes y no vinculantes”; “acceso a la información pública”; “ciberseguridad (seguridad cibernética)”; “control de la convencionalidad”; y, “protección de datos personales”.

Cinco nuevos temas fueron incluidos en su agenda, uno de los cuales responde a un mandato de la Asamblea General, “Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos”. Los otros cuatro temas fueron incluidos por iniciativa propia: “Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático”; “Fraude electoral como ilícito internacional del sistema interamericano”; “Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del Continente americano”; y, “Aspectos jurídicos de la deuda externa de los Estados”. Cabe señalar finalmente que se eliminó de la agenda el tratamiento del tema sobre “Disolución y liquidación de la sociedad por acciones simplificada”.

Al culminar su sesión de agosto de 2019, la agenda del Comité quedo compuesta de trece temas.

El presente Informe Anual contiene los estudios en los temas anteriormente citados y comprende tres capítulos. El primer capítulo explica los orígenes, las bases jurídicas y la estructura del Comité Jurídico Interamericano, además rinde cuenta de las sesiones que tuvieron lugar durante el año. El capítulo segundo describe los temas desarrollados por el Comité Jurídico e incorpora los textos de las resoluciones aprobadas y documentos específicos. Finalmente, el tercer capítulo, refiere a las actividades emprendidas por el Comité y sus miembros en el último año. Como es costumbre, el Informe presenta una lista detallada de las resoluciones y documentos aprobados.

El Informe Anual del año de 2019 ha sido aprobado en su redacción por la doctora Ruth Stella Correa Palacio en su calidad de Presidenta del Comité Jurídico Interamericano.

Esta información puede ser consultada en la página web del Comité Jurídico Interamericano en: <http://www.oas.org/es/sla/cji/default.asp>

CAPÍTULO I

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Rio de Janeiro pero puede celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente designe, previa consulta con el Estado Miembro correspondiente. Este cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos está integrado por once juristas nacionales de los Estados Miembros de la Organización, los cuales representan el conjunto de los Estados y tienen la más amplia autonomía técnica.

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

A. Nonagésimo cuarto período ordinario de sesiones

El 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano se celebró del 18 al 22 de febrero de 2019 en la sede del Comité en Rio de Janeiro, Brasil.

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

- Mariana Salazar Albornoz (México)
- Luis García-Corrochano Moyano (Perú)
- José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)
- George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil)
- Ruth Stella Correa Palacio (Colombia)
- Carlos Alberto Mata Prates (Uruguay)
- Milenko Bertrand-Galindo Arriagada (Chile)
- Miguel Angel Espeche Gil (Argentina)
- Iñigo Salvador Crespo (Ecuador)

No estuvieron presentes los doctores Alix Richard y Duncan B. Hollis, aunque este último realizó una presentación por video conferencia de los informes bajo su relatoría.

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

El Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí el siguiente temario aprobado mediante resolución CJI/RES. 245 (XCIII-O/18) “Temario para el nonagésimo cuarto período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”:

CJI/RES. 245 (XCIII-O/18)

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

(Rio de Janeiro, Brasil, 18 al 22 de Febrero de 2019)

Temas en consideración:

1. Derecho aplicable a los contratos internacionales
Relator: doctor José Antonio Moreno Rodríguez
2. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad
Relatora: doctora Ruth Stella Correa Palacio
3. Acuerdos vinculantes y no vinculantes
Relator: doctor Duncan B. Hollis

4. Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros
Relatora: doctora Ruth Stella Correa Palacio
5. Protección de datos personales
Relator: doctor Carlos Mata Prates
6. Acceso a la información pública
Relator: doctor Luis García-Corrochano
7. Recibos electrónicos para productos agrícolas
Relator: doctor José Antonio Moreno Rodríguez
8. Ciberseguridad (seguridad cibernética)
Relator: doctor Duncan B. Hollis
9. Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional
Relator: doctor Alix Richard
10. Disolución y liquidación de la sociedad por acciones simplificada
Relatora: doctora Ruth Stella Correa Palacio

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión celebrada el 14 de agosto de 2018, por los siguientes miembros: doctores José Antonio Moreno Rodríguez, Íñigo Salvador Crespo, Miguel A. Espeche Gil, João Clemente Baena Soares, Carlos Alberto Mata Prates, Alix Richard, Duncan B. Hollis y Ruth Stella Correa Palacio.

Cabe señalar que la determinación de la “Fecha y sede del nonagésimo cuarto período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano” fue realizada el 10 de agosto de 2018, mediante la resolución CJI/RES. 242 (XCIII-O/18).

CJI/RES. 242 (XCIII-O/18)

FECHA Y SEDE DEL NONAGÉSIMO CUARTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el artículo 15 de su Estatuto dispone la realización anual de dos períodos ordinarios de sesiones;

TENIENDO PRESENTE que el artículo 14 de su Estatuto establece que el Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil;

RESUELVE celebrar su 94° período ordinario de sesiones en la ciudad de Rio de Janeiro, a partir del 18 hasta 22 febrero de 2019.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión celebrada el 10 de agosto de 2018, por los siguientes miembros: doctores José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Miguel A. Espeche Gil, João Clemente Baena Soares, Carlos Alberto Mata Prates, Joel Antonio Hernández García, Alix Richard, Duncan B. Hollis, Ruth Stella Correa Palacio y Hernán Salinas Burgos.

Al culminar sus labores, el Comité ofreció un homenaje al doctor Hernán Salinas Burgos, quien presentó su renuncia el 27 de agosto de 2018 como miembro de este órgano por motivo de su designación como Representante Permanente de la Misión de Chile ante la OEA. La resolución subraya los aportes del doctor Salinas en el ámbito de la democracia en el sistema interamericano.

CJI/RES. 248 (XCIV-O/19)

HOMENAJE AL DOCTOR HERNÁN SALINAS BURGOS

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO la renuncia del doctor Hernán Salinas Burgos el 27 de agosto de 2018 como miembro de este órgano por motivo de su designación como Representante Permanente de la Misión de Chile ante la OEA;

RECORDANDO, además, que el doctor Salinas Burgos fue Presidente de este órgano entre octubre de 2016 y agosto de 2018 y que en dicha calidad representó al Comité en diversos foros internacionales;

CONSCIENTE de la valiosa contribución prestada por el doctor Salinas Burgos a lo largo de sus mandatos a los trabajos del Comité, y que sus informes propiciaron un inestimable aporte al desarrollo y codificación del Derecho Internacional y del Sistema Interamericano, en particular sus informes sobre “Democracia en el sistema interamericano”.

RESALTANDO las diversas cualidades personales y el profesionalismo del doctor Salinas Burgos, entre ellos su conocimiento jurídico y académico además de su trato cordial que lo distingue entre los miembros del Comité,

RESUELVE:

1. Manifiestar su agradecimiento al doctor Hernán Salinas Burgos por la labor desarrollada como miembro y Presidente del Comité Jurídico Interamericano.
2. Desearle el mayor de los éxitos en sus labores futuras, con la esperanza que mantenga su relación con el Comité Jurídico Interamericano.
3. Remitir esta resolución al doctor Hernán Salinas Burgos y a los otros órganos de la Organización la presente resolución.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 21 de febrero de 2019, estando presentes los siguientes miembros: doctores Mariana Salazar Albornoz, Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil e Íñigo Salvador Crespo.

En la sesión del mes de febrero, el CJI aprobó por unanimidad una “Declaración sobre la situación en la República Bolivariana de Venezuela”, documento CJI/DEC. 01 (XCIV-O/19), por medio de la cual manifiesta que la ayuda humanitaria enviada a la República Bolivariana de Venezuela no viola “el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”, y determina además que la crisis en dicho país “constituye una alteración grave del orden democrático que debe ser resuelta a la brevedad posible”.

CJI/DEC. 01 (XCIV-O/19)**DECLARACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO con suma preocupación la grave situación actual de la República Bolivariana de Venezuela;

TENIENDO EN CUENTA QUE el Comité ha sido promotor del fortalecimiento del "ejercicio efectivo de la democracia representativa", en consonancia con la Carta de la Organización de los Estados Americanos y con la Carta Democrática Interamericana; y,

TENIENDO PRESENTE QUE desde 1945 este Comité, calificado como "conciencia jurídica del Continente", ha realizado varios informes sobre aspectos de la democracia en América y que desde 2001 ha adoptado numerosas resoluciones relativas al seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana.

DECLARA:

1. Que la crisis actual en la República Bolivariana de Venezuela constituye una alteración grave del orden democrático, que debe ser resuelta a la brevedad posible de conformidad con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, a través de elecciones libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo venezolano.

2. Que la necesaria ayuda humanitaria enviada a la República Bolivariana de Venezuela no viola el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados y, por lo tanto, cualquiera fuere el Estado de su procedencia, debe ser aceptada y distribuida de forma equitativa entre la población venezolana.

3. Remitir la presente declaración a los órganos políticos de la Organización.

La presente declaración fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 22 de febrero de 2019, estando presentes los siguientes miembros: doctores Mariana Salazar Albornoz, Luis García-Corrochano Moyano, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil e Iñigo Salvador Crespo.

* * *

B. Nonagésimo quinto período ordinario de sesiones

El 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano tuvo lugar entre el 31 de julio y el 9 de agosto de 2019, en su sede en Rio de Janeiro, Brasil.

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

- Mariana Salazar Albornoz (México)
- Luis García-Corrochano Moyano (Perú)
- José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)
- George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil)
- Ruth Stella Correa Palacio (Colombia)

- Carlos Alberto Mata Prates (Uruguay)
- Milenko Bertrand-Galindo Arriagada (Chile)
- Miguel Angel Espeche Gil (Argentina)
- Iñigo Salvador Crespo (Ecuador)
- Duncan B. Hollis (Estados Unidos)
- Alix Richard (Haití)

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

En ocasión de la primera sesión de trabajo, la Presidenta del Comité, doctora Ruth Correa, informó sobre los resultados de la elección de la 49ª Asamblea General, cuya sesión ordinaria fuera celebrada en junio de 2019 en Medellín, Colombia, habiendo sido elegidos por un período de cuatro años los doctores José Moreno de Paraguay y Eric Rudge de Suriname, ambos inician sus mandatos a partir del primero de enero de 2020.

Durante el 95º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí la siguiente agenda, aprobada mediante resolución “Temario para el nonagésimo quinto período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”, documento CJI/RES. 250 (XCIV-O/19).

CJI/RES. 250 (XCIV-O/19)

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

(Rio de Janeiro, Brasil, 31 julio hasta 9 de agosto de 2019)

Temas en consideración:

1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad
Relatora: doctora Ruth Stella Correa Palacio
2. Acuerdos vinculantes y no vinculantes
Relator: doctor Duncan B. Hollis
3. Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros
Relatora: doctora Ruth Stella Correa Palacio
4. Protección de datos personales
Relator: Dr. Carlos Mata Prates
5. Acceso a la información pública
Relator: Dr. Luis García-Corrochano
6. Recibos electrónicos para productos agrícolas
Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
7. Ciberseguridad (seguridad cibernética)
Relator: Dr. Duncan B. Hollis

8. Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional
Relator: Dr. Alix Richard
9. Disolución y liquidación de la sociedad por acciones simplificada
Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 22 de febrero de 2019, por los siguientes miembros: doctores Mariana Salazar Albornoz, Luis García-Corrochano Moyano, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil e Íñigo Salvador Crespo.

* * *

Cabe señalar que en la sesión del mes de febrero, el Comité determinó la fecha y sede de sus dos próximos encuentros, los cuales se celebrarán en su sede en Rio de Janeiro, Brasil.

El nonagésimo quinto período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano fue establecido entre el 31 de julio y el 9 de agosto de 2019, resolución CJI/RES. 246 (XCIV-O/19).

Por su parte, se decidió que el nonagésimo sexto período ordinario tendría lugar del 2 al 6 de marzo de 2020, mientras que el nonagésimo séptimo período ordinario se realizaría del 29 de julio al 7 de agosto de 2020.

CJI/RES. 246 (XCIV-O/19)

FECHA Y SEDE DEL NONAGÉSIMO QUINTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el artículo 15 de su Estatuto dispone la realización anual de dos períodos ordinarios de sesiones;

TENIENDO PRESENTE que el artículo 14 de su Estatuto establece que el Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil;

RESUELVE celebrar su 95° período ordinario de sesiones en la ciudad de Rio de Janeiro, a partir del miércoles 31 de julio hasta el viernes 9 de agosto de 2019.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 19 de febrero de 2019, por los siguientes miembros: doctores Mariana Salazar Albornoz, Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil e Íñigo Salvador Crespo.

CJI/RES. 251 (XCV-O/19)**FECHAS Y SEDE DEL
NONAGÉSIMO SEXTO Y NONAGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODOS ORDINARIOS DE
SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el artículo 15 de su Estatuto dispone la realización anual de dos períodos ordinarios de sesiones;

TENIENDO PRESENTE que el artículo 14 de su Estatuto establece que el Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil;

RESUELVE celebrar su 96° período ordinario de sesiones del 2 al 6 de marzo de 2020, en la ciudad de Rio de Janeiro y su 97° período ordinario de sesiones en la misma ciudad, del 29 de julio al 7 de agosto de 2020.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 6 de agosto de 2019, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, Ruth Stella Correa Palacio, Íñigo Salvador Crespo, Carlos Alberto Mata Prates, Duncan B. Hollis, Mariana Salazar Albornoz, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada y Miguel A. Espeche-Gil.

* * *

Finalmente, el temario aprobado para la próxima sesión de trabajo quedó compuesto de trece temas, tal como lo establece la resolución CJI/RES. 253 (XCV-O/19) “Temario para el nonagésimo sexto período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”.

CJI/RES. 253 (XCV-O/19)**TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO SEXTO
PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL
COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(Rio de Janeiro, Brasil, 2 al 6 marzo de 2020)

Temas en consideración:

1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad
Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio
2. Acuerdos vinculantes y no vinculantes
Relator: Dr. Duncan B. Hollis
3. Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros
Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio
4. Protección de datos personales
Relatores: Drs. Carlos Mata Prates, Mariana Salazar Albornoz y Milenko Bertrand-Galindo Arriagada

5. Acceso a la información pública
Relator: Dr. Luis García-Corrochano
6. Recibos electrónicos para productos agrícolas
Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
7. Ciberseguridad (seguridad cibernética)
Relator: Dr. Duncan B. Hollis
8. Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional
Relator: Dr. Alix Richard
9. Los aspectos jurídicos de la deuda externa
Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
10. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano.
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
11. Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático.
Relator: Dr. Iñigo Salvador Crespo
12. El fraude electoral como ilícito internacional del sistema interamericano
Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
13. Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos
Relator: Dr. Milenko Bertrand-Galindo Arriagada.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 8 de agosto de 2019, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Duncan B. Hollis, Mariana Salazar Albornoz, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo y Miguel A. Espeche-Gil.

* * *

Al culminar sus labores, el pleno del Comité realizó un homenaje al doctor Carlos Mata Prates cuyo mandato culmina el 31 de diciembre de 2019, en la oportunidad se subrayaron sus aportes en materia de inmunidad de los Estados, apatridia y protección de datos personales.

CJI/RES. 252 (XCV-O/19)

HOMENAJE AL DOCTOR CARLOS MATA PRATES

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO EN CUENTA la culminación del mandato del doctor Carlos Mata Prates el 31 de diciembre de 2019 como miembro de este Órgano;

RECORDANDO, además, que el doctor Mata Prates ejerció durante su mandato la función de Vicepresidente y que en dicha calidad representó al Comité en diversos foros internacionales;

CONSCIENTE de la valiosa contribución prestada por el doctor Mata Prates a lo largo de sus mandatos a los trabajos del Comité, y que sus informes propiciaron un inestimable aporte al desarrollo y codificación del Derecho Internacional y del Sistema Interamericano, en particular sus informes en el ámbito de la inmunidad de los Estados, la apatridia y la protección de datos personales.

RESALTANDO las diversas cualidades personales y profesionalismo del doctor Mata Prates, entre ellos su conocimiento jurídico y académico además de su trato cordial que lo distinguen entre los miembros del Comité,

RESUELVE:

1. Manifiestar su agradecimiento al doctor Carlos Mata Prates por la labor desarrollada como miembro y Vicepresidente del Comité Jurídico Interamericano.

2. Desearle el mayor de los éxitos en sus labores futuras, con la esperanza que mantenga su relación con el Comité Jurídico Interamericano.

3. Remitir a los Órganos de la Organización la presente resolución.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 7 de agosto de 2019, estando presentes los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, Ruth Stella Correa Palacio, Íñigo Salvador Crespo, Duncan B. Hollis, Mariana Salazar Albornoz, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada y Miguel A. Espeche-Gil.

* * *

CAPÍTULO II

**TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
DURANTE LOS PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES
CORRESPONDIENTES AL AÑO 2019**

TEMAS EN CONSIDERACIÓN

A continuación, se presentan los desarrollos en torno a los temas abordados por el Comité durante el año 2019, incluyendo de ser el caso, los documentos elaborados y aprobados por el Comité Jurídico Interamericano.

* * *

1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad

Durante el 87º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2015), la doctora Correa Palacio presentó el documento titulado “Guía para la Aplicación del Principio de Convencionalidad. (Presentación Preliminar)” (CJI/doc. 492/15) con el fin de incluirlo como nuevo tema en la agenda del Comité.

Desde el punto de vista metodológico, sugirió las siguientes acciones: envió a los Estados un cuestionario para comprender el estado de la cuestión ante a la visión de los Estados; y, análisis de decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al igual que las decisiones de los tribunales nacionales.

El doctor Baena Soares expresó su preocupación respecto al recurrente problema de la ausencia de respuestas a los cuestionarios del Comité por parte de los Estados, mientras que el doctor Salinas reflexionó sobre la aplicación de los tratados de Derechos Humanos, que cuenta tenido su carácter no puede ser automática, hay consideraciones que implican el respeto de la soberanía nacional, por ejemplo, que deben ser consideradas. Dejó constancia del valor fundamental de esta doctrina y recordó el tema del Protocolo de San Salvador y la distinción que se impone respecto de su aplicación ante el principio de convencionalidad. Por último, sugirió que reducir el número de preguntas en el cuestionario.

El doctor Moreno Guerra felicitó a la relatora por partir del supuesto en que la constitución no puede estar por encima de los tratados. Reconoció el carácter pertinente de las preguntas propuestas, incluyendo alusiones a las convenciones de tortura y desaparición forzada.

El doctor Stewart señaló que en el sistema de *common law* normalmente los tratados internacionales no son directamente aplicables y necesitan de legislación o norma que permita su implementación.

El doctor Collot sugirió que se utilice la metodología del derecho comparado en el estudio de la doctora Correa.

El doctor Mata Prates indicó que un primer problema que debería discutirse tiene relación con el alcance del principio de convencionalidad, lo cual implica considerar la relevancia de las normas establecidas en instrumentos internacionales, así como la implementación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la determinación de si los considerandos de una decisión asignan obligaciones adicionales.

La doctora Correa señaló que este es un trabajo que no tiene ninguna ideología y busca conocer el estado de la cuestión; por lo que las preguntas no están dirigidas a deliberar sobre el alcance de las

obligaciones internas. Asimismo, remarcó que su estudio no recoge los derechos sociales y económicos porque la incorporación en su país requiere mecanismos diferentes a los instrumentos en materia de otros derechos humanos, por ser de naturaleza distinta.

El doctor Mata Prates, actuando como Presidente, constatando el acuerdo alcanzado entre los Miembros, propuso aprobar la inclusión de dicho tema en la agenda del Comité Jurídico Interamericano, y la designación de la doctora Correa como su relatora.

El 2 de octubre de 2015 la Secretaría del Comité Jurídico envió un cuestionario a los Estados Miembros de la Organización, siguiendo la solicitud del Comité, documento (CJI/doc.492/15 rev.1).

Durante el 88º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Washington D.C., abril, 2016), la relatora del tema presentó el documento CJI/doc. 500/16 “Guía para la Aplicación del Principio de Convencionalidad”, y realizó una revisión de los antecedentes en el tratamiento de esta materia.

Explicó que el tema se dividía en dos grandes partes, la primera que refiere al concepto de control de convencionalidad y la segunda que incorpora sus conclusiones a la luz de las respuestas de cinco países que han contestado el cuestionario enviado por la Secretaría (Chile, Colombia, Jamaica, México, Perú y Guatemala) aclarando que, la respuesta de este último no fue incorporada en su estudio por haber llegado después de haber sometido su informe escrito.

En cuanto a la primera parte, subrayó el alcance dado al principio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que parte de los siguientes supuestos: o bien se incorporan los Convenios de Derechos Humanos en el ordenamiento interno o bien se aplican por parte de los jueces nacionales las normas convencionales. Señaló además que existe una distinción entre la aplicación de las normas convencionales respecto del efecto se le pueda conceder al principio de convencionalidad.

Observó que el control de convencionalidad ocurre cuando una norma interna queda sin efecto, a la luz de una norma de rango de naturaleza convencional.

Informó que normalmente se identifica el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad en la medida que las normas de derechos humanos convencionales, en la mayoría de los países de las Américas, se incorporan en el sistema interno a nivel constitucional adjuntándose al bloque de convencionalidad. En este contexto, dichos derechos poseen el mismo rango constitucional y pueden ser utilizados para interpretar, adaptar o desplazar las normas inferiores del ámbito de aplicación. Recalcó que estos temas están conectados con la expresión de la soberanía de los Estados, por lo que se debe tomar nota de ellos en la redacción de la guía.

Entre las respuestas recibidas hasta el presente, notó que todos los Estados que han contestado son Parte en la Convención Americana, sin necesariamente haber aceptado la jurisdicción de la Corte. Además, notó como regla general que en los Estados analizados no hay intervenciones del legislativo para incorporar los tratados al sistema interno, atribuyéndoles rango de ley o de norma constitucional en aquellos países que adoptan el bloque de constitucionalidad. Al respecto, subrayó que los sistemas de control de constitucionalidad no han servido de obstáculo respecto del control de convencionalidad, y esto ocurre sin distinguir entre los que disponen de un control de constitucionalidad concentrado o difuso. Señaló asimismo haber comprobado que la aplicación de la normatividad internacional sirve como fundamentación de las sentencias internas, percibiendo la intensión por parte de los Estados de aplicar internamente la normativa internacional con los criterios establecidos por la Corte Interamericana.

Como conclusión general, observó que sería importante contar con un mayor número de elementos que permitan elaborar un documento guía. En este sentido, agradeció a la Secretaria del Comité por los esfuerzos en buscar respuestas de los Estados en este tema, y solicitó realizar un nuevo recordatorio.

El doctor Salinas instó a la relatora a tratar en su informe los siguientes dos temas: 1) referir a la vigencia de las normas de derechos humanos y su implementación en el ordenamiento interno; y 2) buscar conocer la interpretación acordada a las normas constitucionales, a la luz de las normas convencionales junto con contemplar si la interpretación conferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser aplicada directamente por encima de las normas constitucionales. Subrayó que lo que se debe clarificar en la guía es el tema del control de convencionalidad no tanto bajo la perspectiva del cumplimiento de las normas convencionales, sino que particularmente en relación a la interpretación de las normas nacionales a la luz de las convenciones y de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El doctor Pichardo constató el aspecto positivo de la contribución de una guía para facilitar el trabajo de a los países a dar respuesta a sus obligaciones internacionales.

El doctor Stewart observó que en la tradición del *common law* el concepto no es muy conocido, y al respecto consultó con la relatora si dicho principio se aplica únicamente a aquellos países que han aceptado la jurisdicción de la Corte, y si el mencionado principio debería ser entendido de manera tal que impongan obligaciones adicionales, en otras palabras, imponer adicionalmente vincular los comentarios de organismos internacionales interpretativos como los del Comité contra la Tortura. En su opinión, los Estados pueden tomar en consideración los comentarios de dichos organismos internacionales, sin embargo, no se les considera vinculatorios, a pesar que algunos de los miembros de dichos comités les consideran como obligatorios y vinculantes. Por lo que comprende de la exposición, aparentemente la doctrina del control de convencionalidad sería aún más fuerte e involucraría la obligación convencional de dar fuerza a las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La doctora Correa constató que las preguntas del doctor Stewart son justamente el corazón del concepto bajo estudio y el objeto que plantea verificar en la investigación. De hecho, manifestó haber observado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana señalamientos que atribuyen al “intérprete judicial autorizado” - que en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos correspondería a la misma Corte – la aplicación de sus decisiones e interpretaciones o a todos los Estados Parte en la Convención, cuyos estándares serían el mínimo de protección necesario. Igualmente mencionó algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana que parecerían establecer una obligación de aplicación para todos los Estados Miembros de la OEA, inclusive los que no son Parte de la Convención Americana, en aquellos casos que refieran a interpretaciones sobre límites y efectos jurídicos del *jus cogens*, considerando la naturaleza *erga omnes* de los derechos consagrados por este principio.

El doctor Salinas sugirió que estas obligaciones sean cotejadas con el principio del margen de apreciación que deriva de la soberanía estatal.

Durante el 89º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, octubre, 2016), la relatora del tema se refirió a un estudio realizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad (Manual Auto-formativo para la Aplicación del Control de Convencionalidad Dirigido a Operadores de Justicia) el cual tiene muchos méritos considerando que explica el desarrollo del concepto en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Señaló que a la fecha contaba con solamente 10 respuestas enviadas al Comité. Explicó que el objetivo del estudio es redactar una guía que sirva para verificar el alcance y entendimiento de los Estados sobre el tema.

El Presidente comentó que orienta un estudio de tesis de doctorado sobre justamente el tema del control de convencionalidad, el cual expone como conclusiones la existencia de tres posturas diferentes por parte de los Estados: 1) complaciente; 2) rebelado – explica que la Corte no tiene esta potestad; e 3)

indeciso, por lo que observó que de hecho no es posible esperar uniformidad frente a lo que la Corte está imponiendo.

Instó a la relatora a dar continuidad a su trabajo a pesar de no contar con un mayor número de respuestas por parte de los Estados. Sugirió que presente un informe el próximo período de sesiones recontando la reacción de los Estados frente a la ejecución de los fallos de la Corte.

El doctor Hernández García observó que existe una directriz de la Suprema Corte de México que vincula a todos los tribunales de la nación y que indica que todos deben juzgar con base al principio *pro persona*. El reto para la relatora consistiría en conocer los alcances del derecho internacional de los derechos humanos. La directriz es muy amplia puesto que implica el principio de aplicación *ex officio*, además de la necesidad de utilizar los estándares de todas las sentencias de la corte. Lo que parece ser un exceso. Si bien el Estado se encuentra vinculado y el poder judicial es parte del Estado, el Estado Mexicano no debería participar en el desarrollo de los estándares en los cuales no ha actuado. Constató que la discusión colegiada del tema puede llevar a conclusiones del Comité Jurídico.

El doctor Mata Prates reconoció la complejidad del tema y se unió a la opinión de los otros miembros a favor de la elaboración de una guía, considerando su utilidad. Mencionó haber participado de un seminario sobre el tema en Uruguay, pero desde la perspectiva del Derecho Constitucional. En este contexto se presentaron una multiplicidad de opiniones sobre el asunto. Por eso, le parece que es muy difícil explicar una posición única por parte de los Estados, ya que la respuesta está estrechamente relacionada a la jurisprudencia de los distintos países. El trabajo de la doctora Correa resulta muy importante para explicitar las distintas acepciones sobre el contenido del concepto de control de convencionalidad.

La doctora Villalta mencionó que no es solamente a través de la Convención Americana que se debe encontrar los estándares de protección, pero si en otros tratados del ámbito de los derechos humanos.

La doctora Correa subrayó que la Corte había decidido que la *ratio* de las decisiones debe servir como interpretación de la norma convencional para fundamentar decisiones nacionales. Preciso que los Estados que han contestado son los siguientes: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Jamaica, México, Panamá, Paraguay y Perú. De hecho, en el caso de Jamaica explicó que la respuesta advierte que no se somete a la jurisdicción de la Corte, y ello a pesar de ser parte de la Convención Americana. Explicó que parte del estudio sirve para verificar todos los elementos del alcance del principio; La Corte, por ejemplo, impone la vinculación al principio de control de convencionalidad a todos los Estados por el hecho de haber firmado la Convención Americana. Manifestó su preocupación al respecto dada la formación de los jueces en derecho nacional y no en derecho convencional. En este sentido es importante contar con la opinión de quienes no son suscritores de la Convención Americana; o, que, a pesar de ser suscritores, no están sujetos a la jurisdicción de la Corte (así como Jamaica). Se mostró de acuerdo con la posibilidad de trabajar con la información disponible, pero sería muy importante contar con la respuesta de los otros Estados para que se pueda promover un estándar único, constatando que se trata del mandato que el Comité se auto-impuso.

El doctor Salinas instó a iniciar el estudio por medio de una conceptualización del tema y recomendó distinguir la implementación de la interpretación de la Corte de la aplicabilidad de los tratados en el ámbito del derecho internacional. Consideró como esencial definir los conceptos, puesto que, si el estudio se restringe a la interpretación de la Corte, no se podrá contar con una visión del conjunto de Estados, sino únicamente de aquellos que se someten a la jurisdicción de la Corte.

El doctor Hernández García explicó que sería importante contar con un documento práctico, de fácil alcance y lectura, y a partir de ello hacer sus reflexiones. Estas deberían contener tres niveles:

- 1) Vinculación a la competencia de la Corte;
- 2) Vinculación al contenido normativo de la Convención Americana; y,

3) Inaplicación de la norma nacional frente a la norma internacional.

El Presidente consultó a la relatora sobre las formas de evitar que el informe final sea entendido como una extensión de competencias que no son del Comité Jurídico, pero son de la Corte Interamericana, a lo que la doctora respondió que a medida que se desarrolla el documento será necesario tomar las debidas cautelas para no colidir competencias. Sin embargo, remarcó que el objetivo es unificar criterios de aplicación de principios.

Durante el 90º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2017), la relatora del tema, doctora Ruth Correa, presentó una propuesta de “Guía para la Aplicación del Principio de Convencionalidad”, documento CJI/doc.526/17.

El doctor Mata Prates observó en primer lugar, una limitación ya que tan solo 15 Estados han aceptado la jurisdicción de la Corte y que por consiguiente esta guía no sería aplicable en los Estados que no han ratificado la Convención. Reconoció además un bajo índice de respuestas al cuestionario, dado que de los Estados que efectivamente respondieron, solamente 7 han ratificado y reconocido la jurisdicción de la Corte. Señaló asimismo que, con respecto al principio de convencionalidad, sería necesario escoger la interpretación que se desea validar: si se impone la jerarquía de normas, se debe determinar la forma en que la Convención se encuadraría en la norma nacional y el rango que le sería acordado por un juez nacional. Para algunos, la interpretación de la Convención por parte de la Corte debería ser tratada como un precedente vinculante, sin embargo, Uruguay no sigue esa tradición.

Preguntó si la intención era incluir sólo decisiones o si también cabían las interpretaciones y, en segundo lugar, si la intención era extender esta disposición únicamente a las partes en la Convención o a todos los Estados. Expresó preocupación respecto a la forma en que los jueces estarían llamados a interpretar sus asuntos internos. Sugirió reformular el punto 11 en lo relativo a la supervisión de la aplicación de las decisiones de la Corte, en particular el seguimiento a través encuentros con el Estado y las partes.

El doctor Hollis solicitó a la relatora mayores explicaciones sobre el alcance de las pautas, si la intención era aplicarse únicamente a los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte o a todos los Estados Miembros de la OEA. Manifestó temor frente al riesgo que las directrices no se adecuen a las leyes nacionales de algunos Estados. A modo de ejemplo, explicó que, aunque en los Estados Unidos se acepta el principio del *pacta sunt servanda* y el principio que el derecho interno no es excusa para el incumplimiento de las obligaciones de los tratados, el problema surge con los tratados que no son autoejecutables., en cuyo caso el juez nacional no puede aplicar directamente las disposiciones del tratado y debe aplicar la legislación nacional.

El doctor Hollis reflexionó también sobre el impacto de las pautas en los Estados monistas que aceptaban la predominancia del derecho internacional y los Estados dualistas que colocan el derecho interno jerárquicamente encima del derecho internacional. En este último caso, aseveró que las directrices serían problemáticas, en particular respecto del punto 5 que acuerda un carácter vinculante a las interpretaciones de los tribunales, y sugirió limitar las directrices a los Estados capaces de aplicar el principio de la convencionalidad.

El doctor Hernández señaló que incluso los 15 Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte tendrían cada uno una interpretación diferente del principio de convencionalidad y sugirió la utilidad de brindar una definición. En relación con ese punto, comparó el título del informe con el título de la Guía adjunta, y señaló que el alcance de las directrices se refería más a la aplicación nacional. Observó que en algunos Estados, como México, las interpretaciones utilizadas por la Corte Suprema no se limitan a los casos en que México ha sido parte, sino que incluyen la aplicación de toda la jurisprudencia. Al respecto la propuesta de observar la interpretación de la Corte Interamericana no sería realista en un sistema judicial tan complejo como México. El doctor Hernández concluyó reflexionando sobre la pertinencia de estudiar la definición del concepto, a la luz de la diversidad de opiniones sobre el mismo.

El doctor Baena Soares preguntó a quién se dirigiría la guía. Asumió que sería sólo para aquellos Estados parte en la Convención, pero juzgó que los Estados que no eran parte también podrían beneficiarse de una guía.

La doctora Villalta recordó sus experiencias con los tribunales de El Salvador y señaló que en muchos Estados de la OEA los jueces desconocían las decisiones de la Corte o las convenciones vigentes. En relación al punto 13 sobre la creación de una institución, solicitó aclaraciones sobre cómo funcionaría, especialmente teniendo en cuenta que no todos los Estados son partes en la Convención Americana.

El Presidente se refirió a la falta de una definición en relación al concepto central. Un aspecto menos controvertido podría ser resuelto por el derecho de los tratados ya que todos los tratados de derechos humanos adhieren al principio del *pacta sunt servanda*. En segundo lugar, esto se torna más complejo y altamente controvertido si los tribunales nacionales están obligados a tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte. Si eliminamos a los que no son parte, entonces que se eliminen también aquellos que no han aceptado la jurisdicción de la Corte, con lo cual se reduce la aplicación aún más. En su opinión, el principio de la convencionalidad debe ser visto como un medio para avanzar en la aplicación de los tratados, no una finalidad, considerando que la mayoría de los Estados no consideran obligatorias las sentencias de la Corte. Finalmente, solicitó a la relatora establecer una definición para identificar el camino.

La relatora recordó al plenario que se trataba de su segundo informe y que las discusiones sobre la definición figuraban en el anterior. Dijo que dicho concepto no provenía de la relatoría, sino que se basaba en preceptos trabajados por la Corte. Consideró como un elemento evidente del objetivo no simplemente aplicar la Convención, sino también basarse en las interpretaciones. En respuesta a la pregunta sobre la audiencia a la cual estaba dirigida, dijo que la respuesta podía dividirse: la primera recomendación, que todos los Estados Miembros de la OEA realicen su ratificación, etc., se dirigía al primer grupo. A partir de entonces, con base en la aceptación, prosigue para el segundo grupo. En tercer lugar, dijo que la disposición sobre el carácter vinculante de las interpretaciones sólo valía para aquellos Estados que habían aceptado la competencia de la Corte. El documento pasa a la segunda teoría, que incluiría no sólo a las partes en la decisión sino también a las que habían aceptado la jurisdicción de la Corte. Es obvio que tal diferenciación conduce a una conclusión clara: la decisión es vinculante para las partes y para aquellos que han aceptado la jurisdicción. No sólo existen efectos vinculantes, sino que la Corte puede interpretar. Ese es el principio de la conformidad de la interpretación y debe ser tenido en cuenta por los Estados. Se recomienda un seguimiento para aquellos Estados que han ratificado la Convención y nada más. Agregó que en muchos países - México, Perú, Colombia- los jueces están refiriéndose al principio de la convencionalidad y no sólo en los tribunales superiores. En cuanto al punto 10, la intención es dotar de capacitaciones a todos los funcionarios administrativos – no sólo de los jueces- incluyendo a los encargados de proteger a los derechos humanos e interpretar las decisiones de la Corte. Constató que estos temas están fuertemente relacionados con el acceso a la justicia.

La doctora Villalta sugirió, modificar el título para que se tratase de "Recomendaciones" en lugar de "Directrices".

El doctor Hernández dijo que era importante aclarar las interpretaciones y las interpretaciones jurisprudenciales en su conjunto.

Con respecto al contenido de las recomendaciones, manifestó estar de acuerdo en que la primera recomendación es clara y válida: el llamamiento a la ratificación. Pero aclaró que al final se trata de una decisión soberana. Sugirió la diferenciación entre los Estados parte (que son 25 actualmente) y aquellos que reconocen la jurisdicción de la Corte (que son 15). Esto haría que la guía fuese mucho más fácil de seguir.

El doctor Mata Prates apoyó la sugerencia de modificar la primera parte a fin de visualizar las diferentes posiciones sobre el alcance del principio de convencionalidad, para entonces continuar con las recomendaciones tales como pedir la ratificación de la Convención y reconocer la jurisdicción de los tribunales. En cuanto a la jurisprudencia, llamó a la cautela considerando que los aspectos constitucionales toman un espacio importante en la manera que cada Estado internaliza las decisiones. Es esencial además que la jurisprudencia sea conocida no sólo por los jueces, sino también por la administración.

La doctora Villalta concordó con la recomendación sobre capacitaciones debido a la falta de conocimientos de los instrumentos de derechos humanos en su conjunto— y no solo sobre los interamericanos.

El Presidente concordó que el Comité podía tan solo invitar y no recomendar la aceptación de la jurisdicción por parte de los Estados.

En segundo lugar, dijo que era importante profundizar el ajuste del principio de convencionalidad y su aplicación por los tribunales de derechos humanos. Propuso incluir la discusión sobre el cumplimiento de las sentencias y los precedentes del Tribunal de la Unión Europea. Estimó muy importante también cubrir la soberanía de los Estados, remitirse también, por ejemplo, al empoderamiento del Estado con respecto a la compatibilidad con las leyes nacionales. Por lo tanto, propuso hacer esfuerzos adicionales para obtener respuestas de los Estados que nos han respondido, debido a la complejidad e importancia del tema.

El Presidente sugirió a la relatora preparar un nuevo informe para la sección venidera, y dio por concluida la discusión del tema.

Con fecha 30 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica del Comité remitió un recordatorio a los Estados que no han respondido al cuestionario.

Durante el 91º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2017) el tema no fue considerado, pero en el 92º período ordinario de sesiones (Ciudad de México, México, febrero 2018) la relatora presentó una semblanza de lo que ha sido el tratamiento del tema en el CJI, y desarrolló algunas conclusiones que están incluidas en la Guía para la Aplicación del Principio de Convencionalidad (documento CJI/doc.557/18).

El doctor Mata agradeció a la relatora por la calidad de su trabajo y sugirió ajustar un poco la redacción de manera tal que el documento fuera más operativo y menos descriptivo. Observó que el legislador no es quien aplica las normas ni es el primer destinatario de la norma internacional, pues es quien menos tiene la facultad de cumplirla, y añadió que el derecho internacional dirige sus normas al Estado y éste a su vez tiene que regular en su derecho interno la aplicación de la norma.

Destacó que el informe presentado no repara lo suficiente en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que dada la relevancia de que éstas han cobrado recientemente, convendría detallar un poco su obligatoriedad, explicar si su cumplimiento es obligatorio para todos los Estados que reconocen la jurisdicción de la Corte, solo para quienes la solicitan, o para nadie. Sugirió incluso agregar un subcapítulo sobre los efectos jurídicos de las opiniones consultivas.

El doctor junto con agradecer a la relatora por el esfuerzo mostrado en el documento presentado, sugirió ajustar el propósito de la Guía, la cual debe estar dirigida solamente a los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Presidente felicitó a la relatora por su valiosa contribución a la labor del CJI y comentó que la obligación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de comunicar los fallos a los Estados, no implica necesariamente que éstos acepten como de obligatorio cumplimiento el principio de convencionalidad. Reiteró que el Estado es soberano para implementar los fallos de la Corte, y recordó que las opiniones consultivas no son vinculantes, en términos de la propia Convención.

La relatora manifestó haber tomado en cuenta algunas de las observaciones hechas en la sesión anterior respecto del rol de los jueces frente al principio de convencionalidad. Aclaró que evitó el uso de la palabra “sentencias” debido a que la interpretación se hace a través tanto de decisiones judiciales, como de autos de seguimiento y opiniones consultivas.

Explicó además que los jueces internos de los Estados parte de la Convención al momento de aplicar la norma convencionalidad deben tener en cuenta la interpretación que ha hecho la Corte en sentencias y opiniones consultivas, aclarando que no quiso sugerir en el texto que las opiniones en sí mismas sean vinculantes.

En relación con esto, el Presidente solicitó que se revise la redacción para que este último punto quede claro, que la única obligación que existe como tal, es la de aplicar la Convención.

El doctor Mata solicitó se incluya un subcapítulo que explique y fundamente i) si la aplicación de estas opiniones es “preferente” pero no vinculante, ii) si el Estado que solicitó la opinión consultiva debe forzosamente acatarla, y iii) si todos los demás Estados parte están obligados a aplicar las opiniones consultivas.

Coincidiendo, el Presidente sugirió eliminar la referencia a las opiniones consultivas y limitar la Guía a la aplicación de las decisiones de la Corte. En su opinión, darle a la jurisprudencia de la Corte el carácter de precedente, excede el alcance del texto de la Convención y la intención de los Estados parte, y sometió el tema a la consideración de los demás miembros.

El doctor García-Corrochano expresó que en el derecho internacional, los convenios crean el tribunal que interpreta el propio convenio, por lo que dicho órgano no puede exceder el alcance del convenio que lo creó, a pesar de que existan tribunales a nivel internacional que se atribuyen la facultad de crear normas. Aclaró que cuando los Estados quieren contraer obligaciones, celebran convenios mediante sus representantes, no recurren al tribunal para que las cree.

La relatora informó que la Guía es resultado del estudio de diversos factores, incluyendo la práctica de los Estados, y que se basa en el alcance que la propia Corte le ha dado al control de convencionalidad. Ofreció presentar una versión revisada que aclare los puntos anteriormente expuestos, para la consideración de los miembros, con la salvedad de que haría precisiones sobre el rol que juegan las opiniones consultivas y los autos de seguimiento, pero no eliminaría la referencia a éstas.

El Presidente instó a la relatora a buscar una redacción que refleje un consenso de criterios mínimos del CJI para evitar una votación, y que en caso de que esto resulte impráctico, propuso omitir la discusión del tema, habiendo acuerdo entre los miembros.

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018), la relatora, doctora Ruth Correa, inició su presentación recordando que el principio de convencionalidad se basa en la presunción de que los Estados que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a cumplirla. Aún más, como las normas sobre los derechos humanos se han extendido a raíz de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta importante tener en cuenta las interpretaciones de estas decisiones.

Entre las observaciones presentadas al informe en la sesión de febrero en México, constató que se había remarcado que se trataba de una guía muy descriptiva que no presentaba recomendaciones. Del mismo modo, se expresaron preocupaciones tendientes a conocer si la guía comprendía también interpretaciones de opiniones consultivas de la Corte. La relatora manifestó al respecto que su trabajo solamente refiere de manera general a las sentencias y decisiones de la Corte, y no incluye las opiniones consultivas ni los pronunciamientos sobre los efectos vinculantes de las mismas. Con respecto a las directrices en sí, dijo que no sería apropiado considerar el lenguaje bajo la modalidad de una recomendación del Comité respecto de la aplicación del principio de convencionalidad. Más bien, debe verse como una sugerencia, correspondiendo a los Estados a elegir la redacción conforme lo deseen.

Señaló que la referencia a los jueces como destinatarios en la directriz tercera tiene relación al rol de estos en lo que respecta al control constitucional, pero ella es consciente que el primer destinatario es el legislador.

El doctor Espeche invitó a la relatora a considerar las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia que tienen características particulares en el sistema de las Naciones Unidas.

El doctor Joel Hernández reconoció que el informe representaba un trabajo sobre un tema sumamente complejo. Observó que varios Estados están avanzando en abordar esta cuestión y que el documento será de utilidad no solamente para los legisladores y jueces, sino también en términos de sus contribuciones para la doctrina, de manera que muchos comprendan el alcance de dicho principio. Realizó los siguientes comentarios específicos:

- En la página 5, párrafo 2, en el cual se anticipa la dificultad de aplicar el principio con relación al carácter vinculante sugirió que el informe debería establecer claramente a cuáles Estados se aplica: haciendo una distinción entre aquellos que son parte en la Convención Americana sin haber aceptado la jurisdicción de la Corte y aquellos que la han aceptado. Explicó tener dudas respecto del carácter vinculante de decisiones de la Corte para aquellos Estados que no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte y ello a pesar de ser una decisión jurisprudencial basada en las fuentes del derecho enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Observó que la guía no sería aplicable a todos los Estados Miembros de la OEA y que el doctor Duncan Hollis había recalcado claramente respecto a la no vinculación de un Estado a una Convención en que no se es parte. Sugirió que sería sumamente útil señalar las condiciones jurídicas de cada Estado en relación a dicho principio.
- La nota al pie de página nº 8 debería ser corregida. Hay 20 y no 15 Estados parte en la Convención que han aceptado la jurisdicción de la Corte.
- Las referencias a la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben ser establecidas con precisión, tales como las mencionadas en la página 6, números 3 y 5.

El doctor Mata estuvo de acuerdo en que se trataba de un tema complejo y señaló que el principio de la convencionalidad surgió en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Explicó que la guía debe servir de orientación para los operadores y el tribunal, y por lo tanto se debería evitar constatar o describir lo que ocurre, tal como se hace en ciertas propuestas del informe, cuyas cláusulas son de naturaleza descriptiva. Debido a los efectos diferentes que se le debería adjudicar a las sentencias de la Corte señaló la necesidad de hacer una distinción entre las diferentes categorías de países con respecto a la Convención: aquellos Estados que son partes en un litigio y que están obligados por el fallo al que participan, y aquellos que habiendo reconocido la competencia contenciosa no son parte en un litigio que pueden tomar en cuenta dichas decisiones, pero no están obligados a compartir el fallo de una sentencia puesto que no han sido parte en dicho proceso. La Corte distingue entre el precedente obligatorio y el principio de convencionalidad. Asimismo, valdría la pena diferenciar entre aquellos Estados que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte, de los que no lo hacen, habiendo ratificado la Convención, aludiendo además a los que no la han ratificado.

En relación al punto 4 sugirió no profundizar tanto en la discusión del derecho constitucional (campo complejo en sí) por carecer de interés para el derecho internacional, considerando que si un Estado ratifica una convención este debe cumplirla y el Comité no debería preocuparse de los asuntos internos. En lo que se refiere al punto 10, la competencia de la Corte es siempre subsidiaria, y no lo es solamente para el control de convencionalidad, puesto que se espera que primero actúen los órganos internos.

El doctor Joel Hernández precisó su opinión sobre el tema de las opiniones consultivas aclarando en particular que el párrafo 2 de la página 2, no forma parte del principio de convencionalidad. En segundo lugar, señaló que el documento es una guía, y como tal no debe ser un modelo único para los 35 Estados miembros, sino una fotografía en la cual cada Estado podrá encontrarse. Algunos Estados, tal como el suyo propio, van a basar su determinación en la ejecución de decisiones de la Corte que vayan en beneficio de la persona establecido obligaciones para los tres poderes del Estado, incluyendo aquellas en que el Estado no sea parte. Esto representa a un grupo de Estados que han aceptado incorporar todas las sentencias de la Corte por medio del principio de convencionalidad. En este sentido, el informe no debe limitarse a esos países, sino que debe presentar el principio en su conjunto y un reflejo con los distintos niveles de incorporación. Si resultara posible, organizar cinco grupos diferentes:

- Estados partes en la Convención Americana;
- Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa;
- Aquellos que han hecho suyo las resoluciones de la Corte tanto en casos en que son parte y aquellos en que no son parte;
- Aquellos que no aceptan el principio de convencionalidad cuando no son partes en un caso habiendo aceptado la jurisdicción contenciosa ;
- Aquellos que no son parte en la Convención.

El doctor Baena Soares felicitó a la relatora por el tema complejo que fue abordado. Apoyó los comentarios realizados por los doctores Carlos Mata y Joel Hernández, los cuales solicitó sean tenidos en cuenta en la relatoría. El documento tal como había sido presentado era interesante como base de entendimiento, pero no como guía. Dijo que el Comité debe presentar un informe que precise su naturaleza como guía conforme a lo definido en todos sus aspectos, sin tener carácter obligatorio.

El Presidente agradeció a la relatora y mencionó que deseaba abordar una diferencia conceptual. Primeramente, era de la opinión de que las reglas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y otras convenciones en el campo tienen un carácter obligatorio en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Asimismo, reconoció que los Estados que han aceptado la competencia obligatoria del tribunal son sujetos a las sentencias del caso en el que están involucrados y que la convención puede obligar a los terceros Estados cuando estamos frente a una expresión del derecho internacional consuetudinario. Lo que encontró difícil de aceptar, sin embargo, fue que las sentencias de la Corte sean vinculantes para terceros Estados. Dijo no poder aceptar que las sentencias constituyan un precedente jurisprudencial obligatorio; agregó que consideraba que ello va más allá del papel de un tribunal internacional. Consideró que sería necesario seguir reflexionando sobre este punto ya que una guía con esa finalidad sería difícil aceptar para los Estados. En segundo lugar, el Presidente expresó su acuerdo con los comentarios proferidos por el doctor Carlos Mata sobre el control interno propio del derecho constitucional, y por ende debería incluirse como nota al pie de página, mas no dentro de la guía propiamente dicha. Estuvo también de acuerdo con los comentarios realizados sobre la competencia subsidiaria. Para que puedan actuar los mecanismos internacionales debe haber un previo agotamiento de los recursos internos. Instó además a la relatora tener en cuenta el tema del cumplimiento de las sentencia por parte de los Estados, algo que debe ser decidido por el propio Estado de acuerdo con su derecho interno. No se debe extralimitar la aplicación del principio del *jus cogens*. Tampoco se deben imponer las decisiones de la Corte como un precedente obligatorio. Existe un mínimo acuerdo pero un amplio campo de divergencias. Le resultaría difícil aprobar el concepto de que la jurisprudencia de la Corte constituye un precedente obligatorio para terceros Estados que no están involucrados en la sentencia. La interpretación de las sentencias puede ser tomada en consideración pero no puede ser considerada como precedente obligatorio.

En respuesta a estos comentarios, la relatora estuvo de acuerdo en que se trataba de un tema muy complejo. Señaló que varias observaciones referían a aspectos que ya habían sido tratados con anterioridad y que el documento estaba en su tercera versión, la cual debe leerse en función de las versiones anteriores. Mencionó que la forma en que los diferentes Estados aplicaron el principio se incluyó en la segunda versión, que incorporó las respuestas de los 14 Estados que respondieron a las preguntas sobre los mecanismos internos y el control de constitucionalidad. Permitiendo conocer los tipos de control que habría en cada Estado: difuso, concentrado (a través de un mecanismo especializado) o mixto. Esta consulta arrojó además resultados que muestran el vínculo entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. En trabajos anteriores se pudo demostrar la forma en que se aplica el control de la constitucionalidad en aquellos que incorporan el "bloque de constitucionalidad" los jueces nacionales tienen la potestad de aplicar la norma según la interpretación, incluso por encima de otras normas constitucionales. Si el Comité así lo desea, la relatora dijo que estaría dispuesta a incluir los resultados recibidos y el análisis en cada caso. Según el sistema de control que disponen se ha incluido las posibilidades que existen para poder ejercer el control de convencionalidad. Se refirió a las dos modalidades de control reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia: 1. Ejercicio del juez nacional y 2. Ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solo cuando el juez nacional se abstiene de ejercer el control, el asunto cae bajo la órbita de control de la Corte Interamericana. Explicó que el principio de la convencionalidad, de acuerdo a la Corte, no implica para aquellos Estados que no son partes en un juicio someterse a una decisión sino que al alcance que la Corte le otorga a una norma. Y ello se aplica a los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte, considerando que la inobservancia de los criterios de aplicación de la norma de la interpretación conforme a la Convención puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado. No se busca homologar el carácter obligatorio al precedente sino que hacer valer que la Corte es un intérprete autorizado de la Convención.

La relatora sugirió revisar la versión de su informe presentada en marzo de 2017, que refería a una lista de 15 puntos, tal como sugerido por el doctor Carlos Mata, y propuso tratar de ajustar su trabajo con la versión más reciente que es más analítica. La relatora dijo que entendía las preocupaciones que se habían expresado y que aceptaba las sugerencias en su mayoría, sin embargo, constató ciertas diferencias en las posiciones conceptuales que serían difíciles armonizar. Pidió a los miembros que comenzaran a partir de la idea de que el documento es una guía, no obligatoria, que busca avanzar diversas opciones, invitando a los Estados adoptar lo que les es útil.

El doctor Arrighi observó que este tema está adquiriendo importancia práctica que no deja dudas la supremacía de la norma impuesta por el derecho internacional sobre la ley nacional. Sin embargo el otorgarle la misma jerarquía de la norma internacional a los fallos internacionales crea un problema práctico. Cuando un tribunal dicta un fallo toma en cuenta consideraciones particulares de hecho y de derecho por ende, el juez nacional quien interpreta el principio de convencionalidad deberá pronunciarse sobre elementos de hecho y derecho distintos. Si bien en teoría la idea puede funcionar cuando hay coincidencia en los hechos y en el derecho, pero como ello no ocurre en la práctica considerando que el otorgar mucha discreción a los jueces nacionales podría dar lugar a decisiones contrarias al espíritu de los fallos de la Corte Interamericana. En este contexto, la Corte debería al momento de dictar una sentencia proponer principios que puedan guiar al juez nacional, tanto respecto de temas similares como divergentes, limitándoles el margen de discrecionalidad.

El Presidente señaló que la interpretación de lo que la Corte Interamericana hace no puede crear responsabilidad internacional para terceros Estados que no han aplicado una decisión en que no han sido partes. En segundo lugar, con respecto al bloque de constitucionalidad, señaló que las decisiones de la Corte pueden servir como un criterio de interpretación pero ello no significa que la jurisprudencia sea obligatoria. Allí es donde radica la diferencia de fondo. Consideró que esta brecha conceptual, que se había mencionado en diversas intervenciones, debería reflejarse en la guía: diferentes

interpretaciones que existen en el cuerpo del CJI y en la región. No tenemos que llegar a una posición única.

El doctor Joel Hernández consideró que después de este intercambio sería mucho más fácil avanzar. Se debe proponer una guía tal como lo expresó el doctor Baena Soares. Sintió que lo que faltaba era el contexto en que se precisen las distintas aplicaciones en función de la situación jurídica de cada Estado, y con ello clarificar la intención de informar del contenido del principio sin que se les esté imponiendo un modelo e al final de cuentas quien termina aplicando el principio es el tribunal nacional, y este será quien determinará su alcance en base a su constitución.

La relatora manifestó que sería necesario definir cuál sería el lenguaje a ser utilizado. Con todas estas diferencias, la guía ahora ha sido modificada, adoptando un tenor más descriptivo que recominatorio. Si se quiere incluir diferentes interpretaciones y alcances en que primer un lenguaje descriptivo o de recomendación.

El doctor Carlos Mata estuvo de acuerdo en que las discusiones acercaban al Comité a una solución que permita la adopción de una guía. Observó que el Comité había decidido que su labor no puede ser vista solamente desde una perspectiva académica sino que tener una utilidad para los Estados, por ende una guía puede orientar frente a cada tipo de situaciones.

El doctor Joel Hernández hizo alusión a tres niveles de redacción: uno es preceptivo; otro es descriptivo; y el tercero mediante el cual se efectúan algunas recomendaciones. Aquí podríamos decidir mantener un tono descriptivo, pero con algún contenido orientador. Sintió que la relatora, en la versión actual, había presentado una base muy buena, que solo necesitaba pulirse un poco, sin que se vea como un intento de establecer principios acabados para los Estados.

El Presidente estuvo de acuerdo y clausuró la discusión sobre el tema.

Durante el 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019), la relatora, doctora Ruth Correa, explicó el desarrollo del tema subrayando que se ha guiado por los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) que distingue el principio de la convencionalidad y el control de la convencionalidad. Observó también que es un tema que genera resistencia en la doctrina y en la judicatura, y no es su intención asumir una posición. Por lo tanto el objeto del trabajo es conocer el tratamiento de los Estados, y en función de ello elaborar una Guía que demuestre la práctica por parte de los Estados de manera clara, y en la medida de lo posible, en todas sus manifestaciones, a fin de facilitar su mejor tratamiento. Entre las 15 respuestas recibidas de parte de los Estados algunos se han pronunciado a favor de su integración como norma constitucional, mientras que, otros, no existe un bloque de constitucionalidad.

El doctor Luis García-Corrochano criticó el actuar de la Corte que se habría excedido en sus competencias al pretender que su interpretación podría valer para cualquier circunstancia y frente a diferentes actores, al momento de juzgar situaciones que tienen una aplicación a casos particulares. El principio de convencionalidad debe ser respetado, inclusive por aquellos órganos encargados de velar por su cumplimiento. Culminó argumentando que la confianza de un tribunal depende del trabajo de sus integrantes.

El doctor George Galindo advirtió sobre los efectos de este tema sobre el derecho internacional, en particular cuando la Corte impone como un deber para los Estados la aplicación del principio de control de convencionalidad. En su entender, ello puede crear confusión respecto a lo que se debe replicar, sea esto la sentencia, las medidas cautelares o/y el *obiter dictum* de las sentencias. Además, ello impone cuestionamientos respecto al principio de “*la competence de la competence*” de un tribunal internacional, pues una prerrogativa de esa naturaleza otorgaría un gran poder a dicha Corte. Finalmente, se debe revisar el efecto *erga omnes* respecto a la cosa juzgada al momento que se desee imponer las decisiones de la CIDH a otros Estados.

El doctor Miguel Espeche-Gil coincidió con las opiniones de los miembros que han estimado que la CIDH se ha excedido sus competencias.

La doctora Mariana Salazar constató que el trabajo de la relatora no pretende imponer sino explicar el principio, y le solicitó realizar una comparación respecto de la práctica en aquellos países que aceptan dichos principios.

El doctor Íñigo Salvador observó que este tema pone de relieve la dicotomía en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, y concordó con lo manifestado por el doctor García-Corrochano, en que se pretende aplicar sentencias a casos diferentes de los que dieron lugar a una acción. Las sentencias se deben aplicar a las partes en una controversia únicamente; de lo contrario, se estarían contraveniendo varios de los principios mencionados, tales como el efecto de la cosa juzgada.

El doctor Carlos Mata coincidió en la complejidad de este tema actual respecto del efecto de los fallos de la CIDH. El trabajo de la relatora decanta las discusiones en el seno de la Corte. Sin embargo, restan varios desafíos pendientes que deben ser explicados, tales como las diferencias que imponen el derecho romano y el anglosajón; la obligatoriedad respecto a la aplicación de los considerandos de un fallo a quienes no han sido parte de un caso; y, la distinción entre las normas en sí de la interpretación que se hace de las mismas. Sugirió no ahondar en la situación de la jurisprudencia en Europa por sus diferencias con el sistema interamericano. En relación al punto 10 de la Guía, solicitó detalles sobre la forma en que se ejercerá la potestad de la CIDH de manera subsidiaria en caso de ausencia de control a nivel nacional.

El doctor Milenko Bertrand preguntó sobre el plan de trabajo en la materia y exhortó a hacer un aporte hacia el mejor entendimiento dentro del poder judicial, citando conflictos a nivel interno de los Estados al tratar de incorporar principios contrarios a decisiones nacionales. El trabajo debe tener un claro sentido de velar por la mejor observancia del derecho en el sistema interamericano de derechos humanos.

La relatora del tema agradeció las opiniones y comentarios, y reiteró su motivación en explicar el principio bajo el parámetro de la CIDH. Se comprometió a integrar las discusiones, incluyendo las respuestas remitidas por los Estados que demuestran en la mayoría de los casos un acatamiento al principio y al control en los términos establecidos por la CIDH. La Guía debe incluir elementos claros sobre las posiciones que existen, dejando a los Estados la prerrogativa de optar por una u otra tesis. Consciente de las dificultades frente al tema, explicó que presentará un documento nuevo proponiendo una Guía para los comentarios de los miembros.

El doctor José Moreno consultó a la relatora si el objeto de su próximo informe era presentar las diferentes posiciones emitidas en esta sesión, ante lo cual la relatora explicó su intención de evitar incluir posiciones contrarias a lo establecido por la CIDH con el fin de no entrar en controversia con el trabajo de la Corte. El doctor Milenko Bertrand preguntó si se debería dar cuenta de las posiciones contrarias de los propios miembros de la Corte para evitar generar conflictos con la Corte. El doctor Carlos Mata propuso hacer un punteo de la convencionalidad con sus diferentes acepciones tanto por los jueces como por la doctrina, lo cual podría clarificar el trabajo.

El doctor Jean-Michel Arrighi recomendó abordar de manera urgente el tema de los principios y fuentes del derecho interamericano actual (resoluciones, Carta Democrática Interamericana, Carta de la OEA, etc.), habida cuenta de su efecto en todos los Estados Miembros de la OEA.

La relatora Ruth Correa manifestó su intención de incluir los elementos propuestos por los doctores Milenko Bertrand y Jean-Michel Arrighi.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019), el tema no fue considerado.

2. Acuerdos vinculantes y no vinculantes

Documentos

- CJI/doc. 580/19 | Acuerdos vinculantes y no vinculantes: cuarto informe
(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)
- CJI/doc.593/19 corr.1 | Acuerdos vinculantes y no vinculantes: quinto informe
(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

* * *

Durante el 90° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2017), el doctor Duncan B. Hollis manifestó su deseo de trabajar el tema de los acuerdos en relación a la forma en que los Estados optan a nivel interno por acuerdos vinculantes *versus* no vinculantes, tomando en consideración su experiencia en el área. El pleno acogió la propuesta y el tema fue consignado en la agenda, designando al doctor Hollis como su relator.

Durante el 91° período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2017), el relator expresó su agrado de presentar el informe documento CJI/doc.542/17 corr. 1 cuyo fundamento estaría compuesto de cuatro elementos: diferenciación, capacidad, efectos y procedimientos.

El tema de la diferenciación permite determinar las categorías de compromisos en el contexto internacional, además de identificarlos y distinguirlos. Al respecto relevó tres medios utilizados para celebrar compromisos internacionales junto con definir cada uno de ellos: tratados, contratos y acuerdos políticos. Para verificar su naturaleza, se debe determinar si se trata de un instrumento vinculante, y luego en caso afirmativo, determinar si es un tratado o contrato. Si no se expresa la naturaleza del instrumento, se pueden verificar indicios sobre la intención de los autores, tales como la estructura de los textos y las fórmulas utilizadas para manifestar el consentimiento en obligarse, la designación de un depositario, etc. En todos los casos se trata de un ejercicio casuístico debido a la especificidad de cada instrumento.

Para el relator existe una presunción a favor de otorgarle al documento un carácter vinculante. Adicionalmente, entre tratados y contratos, el relator favorece una presunción a favor de los tratados. En relación al tema de la capacidad para celebrar tratados explicó que, si bien este es un atributo de la soberanía de los Estados, no existe tanta claridad respecto de quien puede representar al Estado o actuar como su agente en la celebración de los mismos. Si bien es una práctica en los Estados Unidos y Canadá que agencias obtengan la autorización, en países como Egipto y Sudáfrica agencias gubernamentales carecen de tales capacidades. En este sentido, la práctica actual indica que el reconocimiento para organismos gubernamentales se basa en el consentimiento interno del Estado y el consentimiento externo de la contraparte. También constató diferencias en Estados Federales, citando como ejemplo el caso de Canadá cuya distribución de prerrogativas permite a la provincia de Quebec ciertas atribuciones en el plano internacional que la Constitución de Argentina no otorga a sus provincias. En relación a agencias municipales, citó como ejemplo la autorización dada a municipalidades en México para contraer obligaciones.

El relator subrayó como un problema la práctica extendida de acuerdos no autorizados entre organismos de diferentes países. Explicó que las limitaciones relativas a la capacidad que existen en relación con los acuerdos vinculantes no se aplican al momento de contraer compromisos políticos. En lo que refiere a los efectos de los instrumentos manifestó como principal elemento el respeto del principio *pacta sunt servanda*, y por lo tanto los efectos primordiales radican en sus propios términos. En este contexto reconoció tres fuentes principales: el derecho de los tratados, los actos de retorsión y el derecho de la responsabilidad de los Estados. Por su parte los acuerdos políticos no están supeditados a un régimen particular y no se les aplica el derecho de los tratados ni las disposiciones sobre responsabilidad del Estado. Sin embargo, pueden tener efectos políticos y a veces, a pesar de no

ser vinculantes, podrían indirectamente tener efectos jurídicos. Las consideraciones sobre procedimientos internos para concluir un instrumento y la forma en que los Estados autorizan los acuerdos vinculantes y no vinculantes varían. Los Estados casi universalmente lo asignan al Ejecutivo, y establecen formas de aprobación en manos del legislativo, incluyendo en algunos casos la revisión judicial. Es raro que no haya control por otros poderes. En los Estados Unidos, los procedimientos permiten al Departamento de Estado un control sobre agencia o estamento federal o municipal (Circular 175). En relación a los acuerdos políticos es difícil contar con información sobre la gama completa de procedimientos, el número de instrumento, el tipo, los temas y las obligaciones que persiguen.

Al final de su informe, se propone un menú de opciones sobre el camino a seguir respecto de lo que se espera del informe en relación a los principios generales, responsabilidades y mejores prácticas. En este contexto, se propone la redacción de consultas a los gobiernos por medio de un cuestionario para conocer el detalle de la práctica de los Estados, solicitando a los miembros su opinión sobre la pertinencia de las mismas, principalmente debido a la falta de información en relación a la práctica de los Estados.

El Presidente consideró muy relevante el trabajo presentado, el cual fuera planteado originalmente en la reunión de los asesores jurídicos, quienes por los demás deberían participar en algún momento en la evaluación del tema.

El doctor Hernández se refirió a las falencias de la Ley de Celebración de Tratados de México, y explicó además que los acuerdos realizados por cualquier estamento en su país pueden incurrir en la responsabilidad internacional del Estado, por lo que desde el punto de vista formal, todos deben estar avalados por una opinión jurídica previa con el fin de permitir que dicho acuerdo se realice en base a las competencias del sujeto, obligando además a incluirlos en los registros.

Adicionalmente, manifestó su acuerdo con la clasificación realizada, pero sugirió que los tratados fueran divididos en dos: *latu sensu* y *stricto sensu* (acuerdos de Estado a Estado que requieren aprobación parlamentaria). Si se requiere hacer una clasificación en razón del sujeto que lo realiza, distinguiendo aquellos acuerdos o tratados que se celebran entre poderes ejecutivos, los que se celebran entre ministerios, y finalmente, los que se celebran en unidades subnacionales (la práctica varía, en algunos lugares solamente pueden darse entre categorías similares). En relación a las preguntas del relator, constató que se debe redactar una guía práctica que establezca principios generales. Como segundo componente se debería incluir un prontuario de mejores prácticas (requisitos para su formalización, mecanismos de coordinación, etc.). Se debería prever además un listado de acuerdos con sus distintas características a la luz de lo establecido a nivel interno.

El doctor Carlos Mata Prates solicitó separar el campo del derecho internacional de los derechos internos (que llama a invocar el derecho constitucional) al diferenciar tratado y declaración política. En cuanto a la clasificación a partir de los efectos valdría la pena esquematizarlo de manera a determinar si producen efectos jurídicos. Al momento de pronunciarse a favor de un tratado se debe establecer una vinculación con el derecho interno que tenga en consideración la aplicación de procedimientos internos. En las declaraciones políticas se debería contar con pautas claras sin detenerse a determinar si ello crea o no efectos jurídicos. El trabajo de separar las declaraciones de los tratados es complejo. Asimismo, propuso al relator desarrollar el tema de los efectos de los instrumentos en lugar de la determinación de su naturaleza, considerando que ello puede ser establecido en función del actor que participa en el mismo y sirve de referencia para establecer su naturaleza, pero en todos los casos es el Estado el responsable.

La doctora Correa explicó que la regulación en Colombia se compone de controles variados en relación a los procedimientos respecto a la firma de instrumentos Internacionales. Solicitó al relator tener en cuenta las declaraciones adoptadas por órganos legislativos y judiciales en variados foros, las cuales no se insertan necesariamente en el ámbito de lo obligatorio.

La doctora Elizabeth Villalta concordó con la pertinencia de la presentación de un cuestionario entre todos los Estados para conocer la experiencia de cada región, que debería contener entre otras, las siguientes preguntas:

- El tipo o clase de instrumento que suscriben;
- Si son partes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o si la aplican como derecho consuetudinario;
- La forma en que se registran de las declaraciones políticas.

El informe debería permitir concluir cómo utilizan los tratados los Estados.

El doctor Juan Cevallos propuso buscar la participación de los Estados en la elaboración del documento.

El doctor José Moreno constató que se debería hacer un desarrollo sobre los compromisos políticos, y al respecto sugirió dedicar algún espacio al tema de los registros centralizados. Coincidió también con la importancia de cuestionarios sencillos.

El doctor Alix Richard coincidió con los miembros del Comité respecto al informe presentado. Constató la existencia de acuerdos entre ciudades de Haití con otras en el mundo e instó al relator a incluir esta figura. Explicó a grandes rasgos el sistema interno de ratificación de tratados en Haití que impone la verificación de la constitucionalidad de tratados. Finalmente, aludió a la firma de memorandos de entendimientos como una práctica reciente.

El doctor Carlos Mata invitó al relator a distinguir el ámbito internacional de los ámbitos internos, considerando el significado de dicha distinción en particular para el juez del foro internacional. Un estudio del ámbito nacional implicaría una compleja discusión interna sobre las habilitaciones y alcances del derecho constitucional de cada uno de los Estados, un reto de talla por ello sugirió al relator enfocarse en el ámbito internacional únicamente. Constató la evaluación de tribunales internacionales sobre actos internos al considerarlos como actos unilaterales. En relación a los cuestionarios también apoyó la idea de un texto corto.

El doctor João Clemente Baena Soares manifestó que, en su experiencia, el establecimiento de acuerdos de entidades o unidades municipales extranjeras con las de Brasil no ha tenido una incidencia positiva y se han tenido que neutralizar por medio de normas efectivas.

El Presidente destacó en primer lugar la importancia de determinar lo que diferencia un acuerdo no vinculante de un tratado internacional. Ello será posible verificando la práctica de los Estados. Se debe dilucidar cómo los Estados afrontan este problema, incluyendo los distintos tipos de normas que los Estados aplican y su práctica.

El tema implica dos ámbitos: acuerdos entre Estados y acuerdos entre entidades no Estatales. En el primer grupo, sugirió verificar la intención de las partes para determinar si son vinculantes o no (citó al respecto el caso concerniente a la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein). En el segundo ámbito, sugirió verificar la situación de acuerdos celebrados por entidades no Estatales, en función del derecho interno y la práctica de los Estados frente a estos instrumentos. Es algo que implica cautela. Adicionalmente a ello se debería tratar de verificar el tema del incumplimiento y si ello engendra responsabilidad para el Estado, en función de las reglas clásicas. En relación a la legítima expectativa o *stoppel* propuso que sean tratados con cautela. El cuestionario debe ser acotado y concreto, que aborde los problemas cruciales con el fin de permitir un mayor número de respuestas. También es fundamental tener una reunión con los asesores jurídicos de la región para discutir, entre otros temas, el trabajo en esta materia.

El relator explicó que su intención es mantener el enfoque principalmente dentro del ámbito del derecho internacional, pero que al mismo tiempo resultan relevantes ciertos temas internos, particularmente frente a instrumentos elaborados por agencias o gobiernos subnacionales o regionales.

Si bien no se va a explicar las formas en que cada país reglamenta sus procesos internos, la implicación de la responsabilidad de los Estados obliga a tener en cuenta el derecho nacional.

Propuso como siguiente paso la revisión del cuestionario con el apoyo de la Secretaría, y una vez aprobado por los miembros, circularlo entre los Estados. También revisará la situación de los acuerdos simplificados, y constató la falta de pertinencia de desarrollar temas sobre *estoppel*. La intención es entonces distinguir los tratados de las declaraciones, y determinar el estado de la situación respecto a la adopción de acuerdos por parte de entidades subnacionales, sin plantear juicios, pero respetando la soberanía de cada Estado.

El doctor Joel Hernández solicitó al relator incluir un espacio dedicado a la existencia de reglas mínimas en las declaraciones políticas.

El Presidente apoyó instó al relator a incluir referencias a violaciones manifiestas de las normas relativas a la capacidad o competencia de celebrar tratados. Ello implicaría necesariamente un enlace entre el derecho internacional y el derecho interno que permita determinar los estándares internacionales que existen en la materia respecto a la determinación de la naturaleza del instrumento. Finalmente, propuso que el cuestionario sea enviado a la brevedad.

Durante el 92º período ordinario de sesiones (Ciudad de México, México, febrero 2018), el relator del tema se refirió a la distinción entre tratados, acuerdos no vinculantes (políticos) y contratos, y recordó que el CJI aprobó el envío de cuestionarios a los Estados Miembros, de los cuales 10 respondieron oportunamente, Argentina Brasil, Colombia, Ecuador, EEUU, Jamaica, México, Perú, República Dominicana y Uruguay. El segundo informe, sometido en la presente sesión (documento CJI/doc.553/18) analiza y sintetiza las respuestas recibidas y propone un camino hacia adelante para preparar una serie lineamientos prácticos en el tema.

El relator constató que la mayoría de los Estados Miembros que respondieron a la consulta son parte en la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, destacando que la definición a nivel interno de tratados internacionales es la que suscita diferencias. Similarmente, observó que todos los respondientes coincidieron en que los acuerdos políticos no tienen fuerza legal, pero difieren en su percepción del contenido que éstos deben tener para ser considerados no vinculantes por el derecho interno de cada Estado. Encontró también que la diferencia principal radica en si el lenguaje y el contexto del acto jurídico son determinantes para saber si estamos ante un acuerdo vinculante. El relator destacó la figura de los acuerdos institucionales, la cual presenta particularidades que no son comunes ni siquiera en la mayoría de los Estados. Esto es por lo general un asunto de derecho interno, pero el concepto mismo resulta difuso y es aquí en donde los Estados Miembros podrían beneficiarse de una clarificación sobre la autoridad jurídica de sus agencias y ministerios para celebrar acuerdos vinculantes al amparo del derecho internacional. En este sentido, observó enormes diferencias en cuanto a los acuerdos vinculantes celebrados entre provincias o regiones de diferentes países y si éstos obligan solamente a dicha provincia o al Estado en su totalidad. Todo lo cual le permitió constatar lo oportuno del ejercicio del CJI respecto a la elaboración de lineamientos que permitan a ambas partes en un acuerdo estar en la misma página respecto de la naturaleza del mismo. Concluyendo, el relator propuso realizar un nuevo esfuerzo para obtener un mayor número de respuestas al cuestionario, pues a pesar del importante y útil insumo, las diez respuestas representan una minoría de la membresía de la OEA. Por otra parte, propuso la preparación de un borrador o guía de lineamientos para la celebración de acuerdos internacionales, y no unos principios generales, cuya adopción política y práctica por parte de los Estados Miembros podría ser mucho menos fructífera.

El Presidente agradeció al relator y coincidió en que el énfasis debe ejercerse en los acuerdos interinstitucionales, considerando que el aporte del CJI en materia de tratados no sería substancial, pues la Convención de Viena ha sido suficiente para los Estados Miembros. Coincidió también en incentivar nuevamente a los Estados Miembros a enviar sus respuestas al cuestionario y propuso afinar el enfoque

de los lineamientos a ser presentado con el fin de contar con un borrador de éstos en la reunión con consultores jurídicos de cancillerías prevista para el próximo período de sesiones.

El doctor Mata aclaró que, en el caso del sistema unitario uruguayo, la conducción de las relaciones exteriores corresponde al Poder Ejecutivo, y los gobiernos departamentales pueden suscribir acuerdos internacionales con aprobación parlamentaria previa y sobre ciertas materias solamente, por lo general créditos, siendo el Estado central un obligado subsidiario. En consecuencia, un gobierno departamental sin esa autorización parlamentaria, no puede obligar al Estado Uruguayo a responsabilizarse por el cumplimiento del mismo, y es esto lo que se denomina un acuerdo interinstitucional, porque solamente obliga instituciones, no a la totalidad del Estado. Por el contrario, en un sistema federal, los Estados o provincias tienen otras facultades en cuanto a la celebración de tratados y al concepto de acuerdo institucional. Por ello, advirtió ser cuidadosos de no entrar al análisis de los derechos internos, ni repetir lo que ya está regulado por el derecho convencional y consuetudinario, y al efecto, coincidió con el relator en la conveniencia de que los lineamientos se enfoquen a aquellos temas en los que la Convención de Viena no abunda, y en el efecto de los acuerdos institucionales y declaraciones políticas. Añadió que estos lineamientos serán útiles también para los jueces y árbitros, lo cual convierte los lineamientos en un aporte muy valioso del CJI.

La doctora Correa, destacó que los poderes legislativos y judiciales frecuentemente participan en reuniones internacionales en las que realizan declaraciones o asumen algún compromiso al margen de los procesos formales de celebración de tratados, adoptando mecanismos informales en los que hacen claras sus intenciones pero cuyos efectos jurídicos no son siempre claros para todas las partes. En su opinión, la responsabilidad del Estado frente a acuerdos que no cumplen con las formalidades de un tratado, es un tema que regula el derecho interno, lo cual dificultaría un poco la preparación de los lineamientos.

El doctor José Moreno sugirió que los lineamientos contengan ejemplos para darles un enfoque pedagógico.

El doctor Alix Richard, expresó que un documento de lineamientos sería extremadamente útil para los jueces en Haití y que la diseminación del mismo enriquecería el trabajo de los abogados que practican en el ramo.

El Presidente observó que la Convención de Viena es supletoria y no impide que el derecho interno les reconozca a las instituciones la facultad de celebrar estos acuerdos, y que en esos casos, la práctica de los Estados americanos y el derecho comparado a nivel global serían una herramienta útil que podría aportar también claridad a los lineamientos. Concluyó que la mayor contribución del CJI a los Estados Miembros sería un documento de buenas prácticas.

El relator coincidió con los miembros en que los lineamientos son un proyecto de derecho internacional que no pretende modificar el derecho interno, y explicó que el documento tendría dos aristas: i) clarificar cuáles son los acuerdos internacionales que son vinculantes, a fin de evitar que alguna de las partes resulte sorprendida cuando se exija el cumplimiento o se le atribuya una responsabilidad, y ii) determinar en quién recae la responsabilidad en el caso de los acuerdos institucionales, en el Estado o solamente en la institución que lo suscribe, que es el área sobre la cual hay mayor diversidad de posturas jurídicas entre los Estados Miembros. Finalmente, el relator ofreció presentar en julio de 2018 un primer borrador de una guía práctica para la consideración de los miembros.

El Presidente coincidió en que los lineamientos se enfocarían en los acuerdos institucionales y el análisis comparativo de buenas prácticas que la región pueda adoptar y pidió un documento para comentar en el conversatorio con los asesores jurídicos, programada para el próximo período ordinario de sesiones en agosto de 2018.

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018), el relator del tema doctor Duncan Hollis presentó el Tercer Informe respecto del tema de acuerdos vinculantes y no vinculantes, (documento CJI/doc.563/18). Como forma introductoria se refirió al origen del tema en el seno de la V Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos (25 y 26 de agosto de 2003), habiendo identificado tres tipos de acuerdos internacionales (tratados, compromisos políticos y contratos), su informe desarrolló consideraciones sobre la capacidad para obligarse por parte de un Estado en función de cada uno de los instrumentos analizados. Aludió además a las consideraciones sobre los efectos jurídicos y los procedimientos de los diferentes tipos de acuerdos. Explicó que la relatoría recibió un total de doce respuestas al cuestionario enviado a los Estados, lo cual permitió ilustrar la situación respecto de cinco temas relativos a los acuerdos internacionales: definición; métodos de identificación; capacidad; efectos; y, procedimientos. Finalmente, comentó sobre la decisión del Comité de dotarse de unas directrices para diferenciar los acuerdos internacionales, cuyo proyecto aparece en el anexo I y los comentarios a cada provisión en el anexo II de su informe. El relator solicitó al pleno someter comentarios generales previos al análisis de las directrices.

El doctor Joel Hernández constató la utilidad del documento presentado en tan poco tiempo. La clasificación entre acuerdos vinculantes, no vinculantes y contratos es muy pertinente, por ello debería incluirse en la parte introductoria una explicación respecto de esta división, y ello a pesar de la incorporación de las definiciones. Sugirió también importante integrar el tema de la resolución de controversias, debido a la falta de entendimiento que muchas veces surge entre las partes respecto a la intención de dotarse de un acuerdo vinculante o no. Finalmente, recomendó ilustrar por medio de ejemplos los conceptos vertidos en materia de mejores prácticas, tal vez incluyendo las respuestas de los cuestionarios.

El doctor Carlos Mata Prates agradeció igualmente al relator por su informe. En relación a los acuerdos interinstitucionales en la página 8 propuso incluir una referencia a la naturaleza internacional de todos estos acuerdos.

El Presidente del Comité felicitó al relator y le solicitó modificar el título de manera a reflejar que trata de una manera más amplia de las directrices de la OEA en materia de acuerdos internacionales.

El relator agradeció las propuestas manifestando su intención de integrarlas en su informe. En relación a la importancia del título constató que tal vez sería pertinente regresar al que fuera utilizado en la versión anterior de su informe. Acto seguido, procedió a explicar las directrices. En relación a la diferenciación de los instrumentos, el relator reveló la necesidad de definirlos y verificar su estatus jurídico en cada caso: acuerdos, compromiso político y contratos.

En relación al tema de las definiciones, el doctor Carlos Mata Prates solicitó que la referencia a los tratados sea abarcativa de manera a incluir tanto los escritos y no escritos. Adicionalmente habría que evitar limitar la definición de los tratados a los Estados incluyendo a los organismos internacionales. En lo relativo a los contratos, la doctora Ruth Correa pidió una mayor articulación de la definición de los mismos. El doctor Joel Hernández concordó en dotarse de una definición de los acuerdos en su sentido amplio. En la página 12, solicitó mayores explicaciones sobre la referencia a los acuerdos unilaterales. En relación a los tratados debería subrayarse su aspecto jurídicamente vinculante. Consultó al relator sobre la distinción entre los compromisos políticos de los acuerdos interinstitucionales. En lo relativo a los contratos apoyó la sugerencia de la doctora Ruth Correa y solicitó mayores desarrollos sobre el ámbito material y espacial de los mismos (contrato entre dos personas o contratos de derecho internacional privado). El doctor José Moreno felicitó al doctor Duncan Hollis por el trabajo. En lo que respecta a la definición de los contratos, hay una percepción de contratos regidos por un derecho no nacional cuya referencia se hace en la página 19 de la Ley de Paraguay, por ende habría que clarificar la noción. El Presidente solicitó regirse por la doctrina, y en

este contexto los tratados celebrados por escrito sin perjuicio de que haya acuerdos verbales han sido reflejados de buena manera por el relator. En lo relativo a los contratos pidió buscar un acomodo para que se refleje que ellos se rigen por el derecho nacional. No consideró necesario definir los acuerdos, por ser redundantes o de índole académico. Solicitó limitar los compromisos políticos a los Estados y no involucrar a los particulares. Finalmente, pidió mayores explicaciones respecto a la determinación de los acuerdos interinstitucionales en la página 21. El doctor Miguel Espeche Gil se refirió a los acuerdos ejecutivos entre Cancillerías y la necesidad de incorporar dicha modalidad. Al respecto el doctor Joel Hernández concordó en la necesidad de incorporarlo en el informe., a pesar que no se debe crear una categoría adicional, pero explicarlo. Propuesta que fue también apoyada por el doctor Carlos Mata. El doctor Luis Garcia-Corrochano consideró esencial mantener las definiciones tal que fueran presentadas.

El relator del tema, doctor Duncan Hollis, agradeció nuevamente los comentarios. Expresó su acuerdo con el doctor Carlos Mata sobre la referencia a organizaciones internacionales, pidiendo tiempo para reflexionar sobre el tema de los acuerdos no escritos. Agradeció a los doctores Ruth Correa y José Moreno sobre su percepción respecto a la definición de contratos. En respuesta al doctor Joel Hernández explicó que su intención en referirse a los contratos refiere a casos en que este especifica que un acuerdo sea interpretado por las leyes de un país o sujeto a la ley nacional aplicable. Respecto a la diferenciación entre acuerdos notó que la Corte Internacional de Justicia ha sugerido la necesidad de un acuerdo independientemente de la cuestión de si es obligatorio o no, algo que el Presidente no concordó puesto que en su entender la Corte no se pronunció sobre los acuerdos pero respecto de los tratados. El Presidente solicitó además que el documento gire en torno a las tres categorías, opinión que fue apoyada por el doctor Joel Hernández (definir tratado, contrato y compromiso político). El relator explicó que los acuerdos citados en la página 21 no son necesariamente recíprocos pero que a pesar de ello pueden ser considerados como tratados. Asimismo, constató que la idea de incluir acuerdos interinstitucionales se debe a la necesidad de comprender que estos pueden ser vinculantes o no. Finalmente, en relación a los acuerdos ejecutivos manifestó su intención de introducirlos en una sección posterior del informe relativa a los procedimientos.

Acto seguido, el relator se refirió al tema de la capacidad en cada figura. No hay duda de la capacidad de los Estados para celebrar tratados. Las instituciones del Estado por su parte tienen la potestad de celebrarlos pero no la obligación. En todos los casos es importante hacer lo posible para confirmar que la institución tenga las prerrogativas en materia de tratados y la autorización correspondiente.

El doctor Joel Hernández sugirió enfatizar el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En el punto 2.2 solicitó al relator incluir una referencia a los plenos poderes. Una ilustración de la práctica en relación a este tema es la facultad de Hong-Kong para celebrar tratados.

El doctor Carlos Mata Prates constató que el punto 2.3 sobre el tema de las prerrogativas de las entidades que celebran los tratados le estaría imponiendo una obligación al Estado de investigar o interpretar el derecho interno de otro país, especialmente teniendo en cuenta que el 2.2 ya establece el tema de la plenipotencia para suscribirlo, por lo cual el tema ya estaría cubierto.

El Presidente solicitó evitar incluir referencias adicionales al derecho interno en la celebración de los compromisos políticos. Comprendió la explicación de doctor Mata Prates en el punto 2.3, y por ello solicitó incluir en el punto 2.2 una referencia en que la institución gubernamental acredite que tiene la capacidad jurídica. Que la transparencia sea una buena práctica.

El relator del tema agradeció los comentarios en torno a esta sección. Se comprometió a hacer una referencia al art. 46 de la Convención de Viena al Derecho de los Tratados. En relación al tema de la transparencia propuso imponer una carga a la entidad que no es Estatal para que demuestre que tiene las prerrogativas para celebrar el tratado y no al contrario. Por su parte, la doctora Ruth Correa hizo

una distinción entre el tema de la capacidad y el de la representación, por ello no creía necesario anunciar el tema de los plenos poderes por ser parte de la representación y no de la capacidad. El doctor García-Corrochano se refirió a la titularidad de ciertas carteras o gabinetes del poder ejecutivo que deben cumplir las exigencias formales para vincular la voluntad de los Estados, independientemente del grado de importancia que disponen. El Presidente apoyó la argumentación de la doctora Ruth Correa en limitar el informe al tema de la capacidad y no de la representación, sin embargo, el relator estimó que sería pertinente integrar el tema de la representación en los comentarios de la Guía.

Finalmente, el relator del tema se refirió al método de identificación de la existencia de cada uno de los tipos de acuerdo. Desde un punto de vista práctico, las cláusulas del texto, las circunstancias y el actuar de las partes van a determinar la naturaleza del instrumento. Por lo tanto esta sección es una referencia detallada que podría ayudar a determinar el tipo de instrumento. En caso de contradicción en la prueba se debe buscar un enfoque que combine tanto un método objetivo como subjetivo.

El doctor Miguel Espeche-Gil consideró que el ejercicio académico era muy abarcativo, y no le parecía que en todos los casos los Estados estén en condiciones de instrumentar las distintas hipótesis. Tal vez el tema central se debería dividir en subtemas. Al respecto, el Presidente explicó los antecedentes del tema que surgiera en la VI Reunión Conjunta con los Consultores Jurídicos – (5 de octubre de 2016), y refleja el resultado del dialogo y la interacción que el Comité debe tener con la comunidad jurídica, considerado como uno de los problemas mayores de las cancillerías. Por ende reafirmó su importancia por su carácter concreto y práctico que permite contar con directrices y guías de la mayor relevancia.

En relación al informe, el Presidente sugirió eliminar el punto 3.1 por tratarse únicamente de acuerdos y su carácter académico, e iniciarlo con el 3.2 y la determinación del tipo de tratado. El doctor José Moreno solicitó no incluir doctrina en las notas de pie de página del documento final. El doctor Baena Soares solicitó una explicación respecto al punto 3.4 que no incluye una referencia a las convenciones y protocolos.

En respuesta a los comentarios emitidos el relator de tema concordó que el informe es abarcativo, habiendo incorporado múltiples temas. Manifestó una cierta reticencia respecto a la interpretación del Presidente sobre la jurisprudencia citada en el punto 3.1. En respuesta al doctor José Moreno sugirió presentar al público la Guía sin los comentarios. Finalmente, estuvo de acuerdo con el doctor Baena Soares y propuso añadir una sección que incluya otros títulos en relación a los tratados.

Al finalizar los debates, el relator se comprometió a incluir las sugerencias presentadas y someter una nueva versión en la próxima sesión.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, 18 – 22 febrero, 2019), el relator del tema doctor Duncan B. Hollis presentó su cuarto informe, (documento CJI/doc.580/19), por medio de una videoconferencia puesto que no pudo viajar a las sesiones del Comité. En la primera parte de su presentación verbal hizo una breve explicación de la evolución del tema en el seno del Comité, por medio de la cual describió las tres principales categorías de acuerdos internacionales – tratados, compromisos políticos y contratos—así como la categoría más ambigua de “acuerdos interinstitucionales”. En cada caso propuso analizar los criterios que permiten determinar de la mejor manera el tipo de acuerdos, la capacidad de las diferentes instituciones del Estado y los métodos para definir cada tipo de acuerdo. Agradeció los comentarios recibidos, tanto por los Estados como por los representantes de los asesores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, cuyas respuestas confirman la diferenciación propuesta por el relator. Acto seguido, el relator dio a conocer las razones que le han motivado a seguir empleando el término “acuerdos” y su distinción respecto de otros conceptos, destacando los siguientes motivos:

- Motivos históricos en que se reconoce el acuerdo como algo más amplio que tratados.

- El concepto de acuerdo une a las tres categorías mencionadas (tratados, compromisos políticos, contratos), y lo diferencia de otros instrumentos.
- No se desea restringir el término únicamente a los tratados.
- Se evita cualquier riesgo de confusión al usar acuerdos vinculantes y no vinculantes.

Al finalizar su presentación, el relator anunció su intención de incluir en el anexo I los procedimientos, los efectos y la capacitación así como la formación, aclarando que por ahora el Anexo II presenta comentarios a las *Directrices* sobre procedimientos. En relación a los procedimientos se espera facilitar las condiciones y la comunicación entre las partes en la negociación y conclusión de acuerdos, en que haya un catálogo que permita distinguir los compromisos políticos. En lo que refiere a los efectos, se debería contemplar una manera de definir el tipo de contrato o acuerdo, incluyendo la determinación de la responsabilidad de la institución o del Estado. Finalmente, la capacitación estaría dirigida a las personas que se encargan de los acuerdos, para que conozcan los procedimientos y los efectos de los mismos.

El doctor José Moreno solicitó al relator tener a bien incluir los derechos no estatales en el punto 4.3, dejando una opción más abierta que permita involucrar a actores del derecho internacional privado.

El doctor Jorge Galindo aplaudió el detalle y la precisión del trabajo. En relación a la utilización del término “*approval procedures*” respecto de los compromisos políticos (incluidos en los ítems 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 y 4.7), explicó que en países como Brasil no se dispone de un procedimiento de aprobación para dicho tipo de instrumentos, y por ello tal vez esta fórmula no sería apropiada. Su segunda pregunta aludió a la explicación del término “acuerdos” y al uso del verbo “conclusión de tratados”, y si ello posee una especificidad para tratados únicamente, y no para instrumentos de carácter político, por ejemplo. Asimismo, pidió una aclaración en torno “a los ministerios de gobiernos y unidades subnacionales” citados en el número 4.4, y consultó si no sería pertinente incluir a las “agencias de gobiernos” que están referidas en el punto 6.2, uniformizando el texto. Finalmente, sugirió fusionar los puntos 4.6 y 4.7 por consideraciones prácticas, en particular cuando no hay una opinión jurídica previa sobre la naturaleza vinculante o no de un instrumento.

El doctor Milenko Bertrand consultó sobre las consecuencias jurídicas de los instrumentos que no cumplen con las condiciones para transformarse en un tratado vinculante, pero que podrían generar obligaciones, tal como el *estoppel*.

La doctora Mariana Salazar sugirió modificar el tiempo verbal en español a “son” en el punto 4.1 de la Directriz. En cuanto a los procedimientos, se debería precisar el término “ganarían” en el punto 4.4. En relación al punto 4.5 sobre el tema de la publicación recomendó usar la referencia a “hacer pública”. Finalmente, en lo relativo al punto 5.8, propuso incluir un modelo de cláusula para los casos en que se deba limitar la responsabilidad derivada de acuerdos interinstitucionales al respecto.

El relator agradeció los comentarios presentados y respondió a algunos de estos. Se comprometió a incluir la referencia a “derechos no estatales” mencionados por el doctor Moreno así como tener en cuenta el uso del término “*procedures*” relevado por el doctor Galindo. Revisará además la reseña a la “conclusión” de acuerdos y aquella relativa a la incorporación de agencias. En lo relativo a integrar al informe acuerdos que no son tratados, ello implicaría cuestionarse si se desea expandir la propuesta en su forma actual. En respuesta a los comentarios de la doctora Salazar, reconoció que el uso del condicional fue en respuesta de algunos Estados que expresaron su disconformidad con un documento que fuese obligatorio, pero coincide que en los casos referidos no debería usarse el condicional. Finalmente, agradeció la sugerencia de incluir un modelo de acuerdo interinstitucional.

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, 31 julio – 9 agosto, 2019), el relator del tema doctor Duncan B. Hollis presentó su quinto informe, (documento CJI/doc.593/19), el cual incluye una propuesta de guía para facilitar a los Estados el

tratamiento de este complejo tema, a partir de los siguientes elementos: definiciones; capacidad; metodología; procedimientos internos; efectos legales internacionales; programas de entrenamiento. Entre las novedades de esta versión, el relator destacó las siguientes:

- Se incluye un texto introductorio que aclara que no es la intención del relator codificar ni proponer reglas sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional.
- Se ha hecho un esfuerzo para definir el término “acuerdos” de manera a incluir las diferentes formas trabajadas.
- También se revisó la terminología de “tratado” independientemente de la definición que reciba a nivel interno para referir a un acuerdo vinculante.
- Se revisó la definición de “contratos” en respuesta a la propuesta del doctor Moreno de manera a incluir aquellos gobernados por el derecho no estatal.
- La redacción sobre la capacidad y metodología fue reformulada de manera a reflejar buenas prácticas para los Estados y otros sujetos de derecho internacional.
- Se han integrado ilustraciones de cláusulas para apoyar la redacción del documento y facilitar la determinación de su naturaleza.
- En relación a las medidas para identificar un tratado se han introducido un conjunto de fórmulas con claves lingüísticas.
- Los efectos jurídicos se han organizado en directrices.
- El análisis de las buenas prácticas de los compromisos políticos refiere a los efectos jurídicos indirectos en circunstancias particulares.
- Por su parte, el tratamiento de los acuerdos interinstitucionales refiere a las expectativas de que tratados de esta naturaleza generen responsabilidad del Estado en su conjunto.

Respecto de la metodología, el relator instó a los miembros a presentar sus comentarios para permitirle hacerle las revisiones que se imponen. También sugirió enviar este documento a los Estados, inclusive aquellos que no son miembros de la OEA pero que han expresado interés en este trabajo. Su intención es adoptar el informe en agosto del próximo año.

Al culminar su presentación, el relator constató las positivas repercusiones de su trabajo al exterior del sistema interamericano, habiendo participado en dos eventos organizados por la ONU, uno con consultores jurídicos y otros con expertos en tratados.

La doctora Mariana Salazar agradeció los cambios realizados al informe, en particular la precaución sobre el tipo de documento que se propone y el tipo de lenguaje utilizado.

El doctor Carlos Mata saludó la referencia a directrices, considerando que el informe abarca temáticas dentro del ámbito del derecho internacional como del derecho interno. Destacó también el desarrollo sobre de los acuerdos entre Estados Federales al interior de una región particular, y el tema de la capacidad y del derecho aplicable en dichos acuerdos. Para fines de difusión, propuso llevar el trabajo a la atención de los consultores jurídicos que se reunirán en Rio de Janeiro el próximo año, y aprobarlo en agosto. Finalmente, sugirió hacer modificaciones de forma para facilitar su mejor comprensión.

El doctor George Galindo constató el carácter universal del documento que podrá servir a todos los países, y que responde a la solicitud inicial lanzada por los consultores jurídicos. Subrayó algunas ideas generales, solicitando al relator explicaciones sobre el uso de “compromiso normativo” en la definición de acuerdo, expresión que podría ser tautológica. También consultó sobre la pertinencia de referir a las dos escuelas de interpretación (intención y objetiva) para determinar el carácter vinculante y no vinculante, que en muchos casos se superponen. Asimismo, consideró como una de las más

importantes contribuciones del documento los elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo. Solicitó revisar el documento en español debido a ciertas inconsistencias en la traducción. En relación al efecto cuestionó la utilidad de distinguir entre los primarios y los secundarios. También sugirió no hacer una distinción sobre los efectos directos e indirectos. Finalmente, consideró que la educación y el entrenamiento deberían ser difundidos a otras áreas, puesto que el rol de los ministerios de relaciones exteriores en la negociación no es siempre directo.

El doctor José Moreno consultó sobre la forma de difundir el texto en la ONU. Instó a realizar un acto protocolar con los consultores jurídicos en agosto, y remitir el documento desde ya a las consultorías para obtener sus puntos de vista. Agradeció la referencia a los contratos como derechos no estatales, considerando entre otros que este tipo de documentos es importante en el ámbito del arbitraje.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, por su parte felicitó al relator por su trabajo, destacó las contribuciones que pueda tener su trabajo en el ámbito de la educación y uniformización. Manifestó preocupación en relación a la actual definición de contrato invitándole a utilizar el concepto que el CJI ha aprobado en la materia. Agradeció la claridad de la descripción del punto 4.1 sobre el desarrollo de procedimientos internos. Consultó sobre la expresión “desplazamiento” en el punto 5.2. Finalmente, solicitó hacer una mayor precisión sobre las competencias del Estado en la descripción de la situación en Colombia respecto de los acuerdos simplificados.

El doctor Espeche-Gil constató la importancia de distinguir los acuerdos que le permiten ejecutar un tratado previo y los acuerdos ejecutivos, apoyándose en sus propias atribuciones constitucionales.

El doctor Luis García-Corrochano advirtió que los acuerdos simplificados son una atribución del ejecutivo para obligar al Estado, y no habría diferencia de jerarquía con los tratados de tipo solemne (reservados al consentimiento de otros órganos).

El relator del tema, doctor Duncan Hollis, agradeció las intervenciones. En respuesta a la doctora Mariana Salazar constató que la institucionalidad mexicana permite limitar la responsabilidad de instituciones, y prometió incluir una clarificación al respecto. En relación a los comentarios del doctor Carlos Mata, el relator apoyó la idea de diferenciar el ámbito interno del externo. Frente a la sugerencia del doctor Galindo sobre el tema del comportamiento explicó que su idea original era incluir referencias a las expectativas de comportamiento (*normative commitment*). En el punto 3.2 indicó que su intención es tener en cuenta los casos en que se ha concluido un tratado sin que ello se desprenda necesariamente de la intención de las partes. Apoyó la idea de realizar una revisión del texto traducido al español. Se comprometió a simplificar las referencias al carácter primario y secundario y revisar la temática del carácter directo e indirecto. Sobre el tema del entrenamiento determinó importante centralizarlo en una entidad como los Ministerios de Relaciones Exteriores, sin perjuicio de involucrar a otras áreas. Solicitó al doctor Moreno asistencia para mejor vincular los contratos a los tratados. Como una fórmula de promoción del tema, aconsejó presentar el documento ante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Respecto a la referencia a Colombia solicitó a la doctora Ruth Correa su apoyo para mejorar la explicación, y clarificar cuando un acuerdo será gobernado por derecho internacional o nacional. Finalmente, explicó que el término desplazamiento refiere a la norma que aplicaría en caso de silencio.

Al culminar el tratamiento del tema se decidió entonces esperar los comentario de los miembros para mediados de diciembre. En la próxima sesión el relator propondría una nueva versión que se pondría a la disponibilidad de los Estados para sus comentarios.

A continuación, se incluyen los documentos presentados por el relator del tema, doctor Duncan B. Hollis en febrero y en agosto de 2019.

CJI/doc.580/19

ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES:
CUARTO INFORME

(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

INTRODUCCIÓN

1. En su 89º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano celebró una reunión inaugural con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de varios Estados Miembros. En la Reunión se presentó la propuesta de que el Comité abordara el tema de los acuerdos vinculantes y no vinculantes.¹ El Comité concordó y designó al autor del presente trabajo para que actuara como relator del 90º período de sesiones.²

2. En mi informe preliminar, definí tres categorías de acuerdos internacionales –tratados, compromisos políticos y contratos. Para cada categoría, introduje cuatro líneas de investigación – (a) *diferenciación* – cuáles son los criterios para cada tipo de acuerdo, y ¿cómo pueden los Estados determinar qué tipo de acuerdo están concertando? (b) *capacidad* – aparte de los Estados, ¿cuando pueden otras entidades (por ejemplo, ministerios de gobierno, unidades territoriales subnacionales) concertar acuerdos? (c) *efectos jurídicos* – ¿qué consecuencias jurídicas derivan de la concertación de cada tipo de acuerdo? y (d) *procedimientos* – ¿qué mecanismos usan los Estados para autorizar, negociar y celebrar cada tipo de acuerdo?³ En las cuatro áreas, identifiqué algunas en que el derecho y la práctica están bien establecidas y otras en que existe una notoria ambigüedad o divergencias de opinión.

3. En un empeño por aclarar el derecho y la práctica relevantes, el Comité remitió un cuestionario a los Estados Miembros (Nota OEA/2.2/70/17), destinado a conocer sus opiniones sobre este tema. En mi segundo informe, examiné las respuestas de los Estados Miembros: Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Jamaica, México, Perú, Uruguay y los Estados Unidos.⁴ Más tarde, Panamá y Paraguay también presentaron sus puntos de vista al Comité.⁵ Estas respuestas permitieron tener un resumen útil de las opiniones de los Estados Miembros sobre cinco cuestiones: (i) las definiciones de los distintos tipos de acuerdos concertados por cada Estado; (ii) los métodos utilizados para definir cada tipo de acuerdo; (iii) qué entidades tenían la capacidad o autoridad para celebrar cada tipo de acuerdo; (iv) los efectos jurídicos internacionales -de haberlos- de cada tipo de acuerdo; (v) los procedimientos internos para la aprobación de cada tipo de acuerdo, y (vi) las áreas que ameritan mayor atención del

¹ Véase *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano al Cuadragésimo Séptimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General*, OEA/Ser. G, CP/doc.5261/17 (31 enero 2017) p. 10; *Actas Resumidas*, Reunión con los consultores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, 5 de octubre de 2016, en el *Informe Anual*, *supra* p. 153, 160.

² *Temario Anotado del Comité Jurídico Interamericano*, 91º Período Ordinario de Sesiones, 7 a 16 de agosto de 2017, p. 60.

³ Véase Duncan B. Hollis, *Informe Preliminar sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*, Comité Jurídico Interamericano, 91º Período Ordinario de Sesiones, OAS/Ser. Q, CJI/doc.542.17 (6-16 de agosto de 2017) (en adelante, “Informe Preliminar”).

⁴ Véase Duncan B. Hollis, *Segundo Informe sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18 (6 de febrero de 2018) (en adelante “Segundo Informe”).

⁵ Véase *Nota del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá – Dirección de Asuntos Jurídicos y Tratados al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J. MIRE-201813176 [en adelante “Respuesta de Panamá”]; *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA*, No. 635-18/MPP/OEA (12 junio 2018) [en adelante, “Respuesta del Paraguay”].

Comité. Al examinar este informe (y las respuestas subyacentes), el Comité aprobó la conclusión de las “*Directrices de la OEA sobre acuerdos internacionales*” –un conjunto de las mejores prácticas para el uso por los Estados Miembros en la elaboración y aplicación de sus diversos acuerdos. El objetivo de las *Directrices* es ofrecer un conjunto concreto y detallado de definiciones, procesos y métodos para definir y diferenciar tres tipos de acuerdos internacionales –tratados, compromisos políticos y contratos- y los varios actores que pueden elaborarlos –los Estados, los organismos gubernamentales y las unidades territoriales subnacionales. No obstante, las *Directrices* no pretenden en modo alguno obligar jurídicamente a los Estados Miembros; su carácter es totalmente voluntario. Y, aunque existen varias áreas en que el derecho internacional existente es poco claro y controvertido, las *Directrices* dejarán sin resolver esas cuestiones. Más bien, el proyecto apunta a ofrecer a los Estados Miembros las “mejores prácticas” para evitar o superar esas dificultades mediante un asesoramiento franco y útil sobre el estado actual del derecho y la práctica y sobre las maneras de reducir al mínimo los futuros desacuerdos o dificultades con otros Estados.

4. En mi tercer Informe, retitulé temporariamente el proyecto de *Directrices de la OEA para la diferenciación de los acuerdos internacionales* y ofrecí borradores iniciales de las directrices, con comentarios en las tres primeras partes fundamentales del proyecto:

- (i) las definiciones de las tres principales categorías de acuerdos internacionales –tratados, compromisos políticos y contratos—así como la categoría más ambigua de “acuerdos interinstitucionales”;
- (ii) la capacidad de las diferentes “instituciones del Estado” (por ejemplo, ministerios de gobierno u organismos y las unidades territoriales subnacionales) para concluir cada tipo de acuerdo internacional, y
- (iii) los métodos para definir cada tipo de acuerdo, subrayando cómo los diferentes Estados pueden no usar los mismos métodos y sugiriendo por tanto la necesidad de mayor transparencia entre los Estados en cuanto a sus propias prácticas para definir los acuerdos vinculantes y no vinculantes.^{6/}

5. En nuestro último período ordinario de sesiones, los miembros del Comité ofrecieron amablemente información detallada sobre las primeras tres secciones del borrador de directrices y los correspondientes comentarios. Además, el borrador fue presentado en la reunión del Comité de 15 de agosto de 2018 con representantes de los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores.⁷ Ambos grupos confirmaron el valor del proyecto y aportaron sugerencias, comentarios y críticas útiles y a menudo detalladas. No obstante, con una excepción, el actual Informe no trata de esta información recibida. Más bien, ofrece nuevos borradores de directrices y algunos de los comentarios sobre temas no cubiertos por el primer borrador: (i) los procedimientos para la aprobación de la negociación y concertación de acuerdos vinculantes y no vinculantes; (ii) los efectos legales de los acuerdos vinculantes y no vinculantes, y (iii) capacitación y formación. En ese sentido, el presente informe—combinado con el Tercer Informe que le precedió—ofrece un proyecto completo pero aún “tentativo” de las *Directrices*.

6. Además, retitulé el proyecto como *Directrices de la OEA sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes* en respuesta a los comentarios recibidos de miembros del CJI y de un representante de un asesor jurídico de un ministerio de relaciones exteriores. Los títulos anteriores—primero, *Directrices de la OEA sobre acuerdos internacionales* y, luego, *Directrices de la OEA para la diferenciación de los acuerdos internacionales*—fueron criticados por ser, primero, muy inclusivos y, luego, poco inclusivos. El título original podría haber implicado un proyecto parecido en alcance a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –es decir, un panorama de *todas* las normas relacionadas con la formación, interpretación, aplicación y terminación de todos

^{6.} Duncan B. Hollis, *Tercer Informe sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.563/18 (15 julio 2018) (en adelante, “Tercer Informe”).

^{7.} Véase Comité Jurídico Interamericano, *Reunión Conjunta del Comité Jurídico Interamericano con los Consultores Jurídicos de los Estados Miembros de la OEA, Actas Resumidas*, 93º Período Ordinario de Sesiones, miércoles 15 de agosto de 2018.

los distintos tipos de tratados internacionales. Mi título siguiente, por su parte, tal vez haya planteado la materia demasiado limitadamente al centrarse sólo en la categorización de las distintas formas de acuerdos internacionales, dejando de lado importantes cuestiones de los efectos y los procedimientos. En el borrador actual, adopté un título que se ajusta al propio temario del CJI, a saber, “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”.

7. Lo que es más importante, seguí empleando el término “acuerdos” en el título y a lo largo de las *Directrices* para referenciar el concepto más amplio dentro del cual quedan comprendidos los tratados, los compromisos políticos, los contratos y los acuerdos interinstitucionales. Es verdad, como advirtió la Oficina de un Asesor Jurídico de un Ministerio de Relaciones Exteriores, que ciertos Estados, en su práctica, emplean el término “acuerdo” como sinónimo de “tratado”. En tal sentido, existe el riesgo de que el uso del término “acuerdo” en el título y el contenido de estas *Directrices* pueda resultar confuso para Estados habituados a pensar en los “acuerdos” sólo en términos de compromisos mutuos regidos por el derecho internacional.

8. Aprecio las preocupaciones expresadas sobre el uso de “acuerdos” en este proyecto para referirnos al concepto más amplio de un compromiso compartido. Sin embargo, he seguido haciéndolo por cinco razones. Primero, como cuestión histórica, al menos desde la labor seminal de la Comisión de Derecho Internacional, se ha reconocido a los tratados *no* como sinónimos de los acuerdos, sino como una subcategoría de ese concepto más amplio.⁸

9. Segundo y relacionadamente, el término “acuerdo” capta un criterio esencial que une a los tratados, los compromisos políticos y los contratos, y los distingue de otros textos internacionales (por ejemplo, las declaraciones unilaterales, los textos que carecen de compromisos normativos).⁹ No he podido encontrar una frase alternativa (o que sea sinónimo) también con ese sentido. Aunque alguien podría sugerir que las *Directrices* se centran en “instrumentos” más que en “acuerdos”, ese enfoque es problemático. Instrumentos pueden ser documentos formales, pero también pueden carecer, *a la vez*, del carácter mutuo y de compromiso (*consensus ad idem*), que son componentes esenciales de todos los tratados, compromisos políticos y contratos. Un Estado puede producir un “instrumento” así como múltiples Estados pueden firmar un instrumento sin asumir ningún compromiso normativo. O sea que, reescribir este proyecto en términos de instrumentos simplemente sustituiría una posible fuente de confusión por otra, ocultando *el*

⁸ La idea de que todos los tratados son acuerdos pero no todos los acuerdos son tratados fue una frase manida en la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados. Henry Waldock, *Fourth Report on the Law of Treaties* [1965] YBILC, vol. II, 11, 1; [1965] YBILC, vol I, 10, 10 (Briggs); J.L. Brierly, *First Report on the Law of Treaties*, [1950] YBILC, vol. II, 227 (19-20). Es ampliamente reconocido que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que surgió de su labor usa el término “acuerdo” en sentido conceptual, y no por referencia a un instrumento particular, como un tratado. MARK E. VILLIGER, COMMENTARY ON THE 1969 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 77 (2009) (“The term ‘agreement’ can refer to (i) the concrete, i.e., a particular text in written form; or (ii) the abstract, i.e., the ‘meeting of the minds’ consisting of an offer and its acceptance between the parties (the *synallagma*). ‘Agreement’ in Article 2, subpara. 1(a) in itself contains no particular requirements and refers to the latter.”); *see also* J.L. Weinstein, *Exchange of Notes*, 29 *British Y.BK. INT’L L.* 205, 226 (1952) (“It is the consensus of the parties which is the essence of the agreement and not the instrument, no matter what form it takes”).

⁹ De manera que el de las declaraciones unilaterales forma un tema de estudio (y una práctica) diferente en el derecho internacional. Véase, por ej. ILC, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, [2006] YBILC, vol. II, Pt. II, 369. Además, aunque los acuerdos pueden ser unilaterales—los acuerdos no requieren un intercambio de compromisos o lo que en el *common law* se denomina “contraprestación”—no exigen un compromiso normativo en términos de expectativas compartidas de conducta futura, al menos por uno de los participantes en el acuerdo. Véase, por ej. Duncan B. Hollis and Joshua J. Newcomer, “Political” Commitments and the Constitution, 49 *VIRGINIA J. INT’L L.* 507, 522 (2009); Kal Raustiala, *Form and Substance in International Agreements*, 99 *AM J. INT’L L.* 581, 584-85 (2005); JAN KLABBERS, *THE CONCEPT OF TREATY IN INTERNATIONAL LAW* 51-53 (1996).

elemento común que une a tratados, compromisos políticos y contratos y que diferencia a estos de otros documentos internacionales. Problemas similares surgen con respecto a otros pasajes. Al tratar de centrarnos en los “compromisos”, por ejemplo, queda fuera el concepto de mutualidad.¹⁰ Otros posibles sinónimos como “concierto” o “contrato” son, o demasiado oscuros o ya funcionan como parte de la jerga de las relaciones internacionales, lo que los hacen sustitutos pobres.

10. Tercero, aunque la práctica del Estado puede con frecuencia reservar el término “acuerdo” para rotular o definir de alguna manera un tratado, creo que sería un error hacer que estas *Directrices* ataran el uso de ese término exclusivamente al contexto de los tratados. Con la redacción actual, el mensaje central de las *Directrices* advierte contra toda práctica óptima de usar (o esperar) “palabras mágicas” para dictar la condición jurídica de un texto. Ciertos términos pueden ser indicativos en cuanto a qué categoría pertenece un texto. Y yo incluiría “acuerdo” cumpliendo ese cometido respecto de los tratados. Sin embargo, cualquiera sea la práctica de algunos Estados, es también posible que otros (o un tribunal internacional) puedan considerar que un texto rotulado como un “acuerdo” reúne los requisitos de un contrato o de un compromiso político y no de un tratado, en que otros indicios sugieren que estas son las categorizaciones más adecuadas.

11. Cuarto, dudo en dejar que la posible confusión acerca de qué criterio emplear para definir un tratado menoscabe la categorización conceptual seguramente más importante en que esa definición se funda. Simplemente, es tan importante que los Estados comprendan el *concepto* de un acuerdo y cuándo están celebrando (o no) un acuerdo como saber qué tipo de acuerdo están celebrando.

12. En quinto y último lugar, creo que todo riesgo de confusión causado por centrar este proyecto en los “acuerdos” internacionales puede ser mitigado por calificaciones adecuadas en las *Directrices* y en los comentarios correspondientes. Con la explicación o indicación a los Estados de las diferentes maneras en que se puede emplear el término “acuerdo”, se podría permitir su uso, a la vez como concepto amplio y como indicador particular de un tratado en la práctica. Mi próximo –y esperemos que completo– borrador de las *Directrices (con los Comentarios)* será así más eficaz en subrayar y explicar estas cuestiones.

13. Por ahora, he optado por retitular el proyecto en términos de “acuerdos vinculantes y no vinculantes”. Con ello, nos apartamos del término “acuerdos internacionales” que varios Estados emplean en su práctica interna e internacional como abreviatura de los acuerdos regidos por el derecho internacional. Al calificar al menos algunos acuerdos como “no vinculantes”, además, mi nuevo título ilustrará desde el comienzo que no todos los acuerdos están regidos por el derecho, sea internacional o interno. Como explica el borrador de comentario a mi Tercer Informe, los acuerdos –como los compromisos políticos– pueden derivar su fuerza normativa de fuentes externas al derecho, como la moral o la política. De manera que, al redactar el objetivo final como conjunto de “*Directrices de la OEA sobre los acuerdos vinculantes y no vinculantes*”, me propongo atenuar –si no evitar totalmente– los problemas de diferenciar el *concepto* de “acuerdo” de su *uso* como término en varios textos jurídicos y no jurídicos.

14. Aparte de retitular este proyecto, he agregado a este informe como Anexo I un borrador de las restantes directrices que propongo. Estas se dividen en tres partes:

- i. **Procedimientos:** Estas directrices confirman la libertad evidenciada en la práctica de los Estados conforme a la cual con frecuencia tienen una multiplicidad de procedimientos internos para aprobar la negociación y celebración de tratados, conforme se emplea el término en el derecho internacional, y de contratos. Con respecto a los Estados dispuestos a autorizar que sus instituciones celebren tratados o contratos, propongo que los Estados establezcan procedimientos, no sólo para asignar esa autoridad, sino también para comunicarla a otros Estados cuyas instituciones puedan celebrar tales acuerdos. Para los acuerdos no vinculantes, respaldo dos prácticas óptimas en particular: i) que los Estados formulen y apliquen políticas y procedimientos para

¹⁰ El riesgo opuesto surge con el otro sinónimo, “arreglos” que no transmite las expectativas normativas de un comportamiento futuro inherente al propio concepto de acuerdo.

autorizar la negociación y celebración de compromisos políticos por el Estado, sus ministerios o sus unidades territoriales subnacionales de las que es responsable, y ii) que cada Estado considere la posibilidad de crear un registro o base de datos nacional para catalogar sus compromisos políticos.

- ii. **Efectos:** Estas directrices resumen los distintos efectos jurídicos, de haberlos, que la práctica de los Estados sugiere pueden generar los tratados, compromisos políticos y contratos. Además, propongo como práctica óptima, que los Estados contemplen qué efectos, de desearlos, quieren generar como una forma de determinar qué tipo de acuerdos procurar. Separadamente, propongo otra práctica óptima para los acuerdos interinstitucionales conforme a la cual las instituciones concertantes o los Estados responsables por ellas describan en quien recae la responsabilidad jurídica en virtud de un acuerdo (sea haciendo que ambos Estados convengan que cada uno es jurídicamente responsable de los resultados del acuerdo interinstitucional, o haciendo que ambos Estados o instituciones protagonistas convengan limitar toda responsabilidad de las propias instituciones celebrantes).
- iii. **Capacitación y formación:** En esta sección se propone una serie de tareas concretas de capacitación y formación para asegurar que los actores relevantes dentro de los ministerios de relaciones exteriores sean capaces de definir y diferenciar los diversos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. Esta capacitación y formación debería incluir también a otros actores institucionales que estén autorizados a formular acuerdos internacionales.

En el Anexo II se ofrecen Comentarios a las *Directrices* sobre procedimientos. Prepararé comentarios para las restantes directrices sobre los efectos y la capacitación y formación para el próximo período de sesiones del Comité. También espero responder a los comentarios y preguntas que se planteen respecto de las tres primeras partes de mi borrador anterior de *Directrices (con comentarios)* que presenté en mi Tercer Informe.

15. Como siempre, acepto complacido toda reacción del Comité sobre cada uno de los borradores de directrices y de los comentarios pertinentes, tanto de sustancia como de estructura. ¿Son las prácticas óptimas que propongo un reflejo preciso de la diversidad de las legislaciones y prácticas actuales de los Estados Miembros? ¿Están ordenadas adecuadamente? Más importante aún, si efectivamente se aplicaran estas *Directrices*, ¿paliarían la confusión (y potencial de controversias entre Estados) que existe actualmente? Por último, ¿existen otras directrices o temas que este proyecto debiera incorporar en algún borrador ulterior de las *Directrices*?

ANEXO I

PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA SOBRE ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

4. **PROCEDIMIENTOS PARA ELABORAR ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES**

4.1 Diferentes procedimientos internos de aprobación de los tratados. *Todos los Estados deben ser libres de formular y mantener uno o múltiples procesos para autorizar la negociación y celebración de tratados por parte del Estado o de sus instituciones. Estos procedimientos pueden derivar de la constitución del Estado, de sus leyes o de su práctica. Diferentes Estados pueden emplear diferentes procedimientos internos de aprobación del mismo tratado.*

4.2 Formulación de procedimientos internos de aprobación de compromisos políticos. *Los Estados deberían elaborar y mantener procedimientos para autorizar la celebración de compromisos políticos por el Estado o sus instituciones. Aunque se trate de acuerdos no vinculantes, los compromisos políticos ganarían con procedimientos por los que el Estado pueda a) confirmar el carácter no vinculante de los compromisos, b) confirmar la pertinencia de usar una forma no vinculante en lugar de una vinculante, como cuando las limitaciones de tiempo y la*

incerteza aconsejan no encerrar al Estado en un acuerdo jurídico, y c) notificar a las instituciones pertinentes del Estado, incluido el Ministerio de Relaciones Exteriores y coordinar con estas.

4.3 Formulación de procedimientos internos de aprobación de contratos entre Estados.

Los Estados que celebran contratos con pares deberían formular y mantener procedimientos para aprobar la concertación de tales contratos. En términos ideales, esos procedimientos incluirían a) información sobre cómo el Estado definirá el derecho interno que rige el contrato y b) los mecanismos para confirmar ese derecho rector con el otro u otros Estados contratantes para evitar futuros conflictos.

4.4 Procedimientos internos de aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes.

Los Estados deberían contar con procedimientos que les permitan asegurar una adecuada autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos que les permitan asegurar la adecuada autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para concertar un contrato, sea al amparo de su propio derecho interno o al amparo del derecho interno de otro Estado. En términos ideales, estos procedimientos a) definirían cómo un Estado diferencia para sí mismo si la institución está celebrando un tratado o un contrato y b) brindarían los mecanismos para confirmar que la otra institución concuerda en cuanto al tipo y el carácter vinculante del acuerdo interinstitucional.

4.5 Publicación de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes.

Los Estados deberían hacer pública cuáles de sus instituciones (de haberlas) pueden estar autorizadas para celebrar tratados, sea en nombre del Estado como un todo o en su propio nombre. Los Estados también deberían publicar cuáles de sus instituciones (de haberlas) pueden estar autorizadas a celebrar contratos, sea en nombre del Estado como un todo o en su propio nombre. Los Estados podrían realizar esta publicación en general, por ejemplo, divulgando sus procedimientos por Internet, o en forma específica mediante su comunicación con otros Estados o instituciones estatales, indicando los procedimientos relevantes conforme a los cuales operan.

4.6 Publicación de los registros nacionales de acuerdos vinculantes.

Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos sus acuerdos vinculantes y de los de sus instituciones.

4.7 Un registro nacional de los compromisos políticos.

Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos sus compromisos políticos y de los de sus instituciones, o al menos de los más sustanciales.

5. EFECTOS JURIDICOS DE LOS ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

5.1 El efecto jurídico internacional primordial de la celebración de tratados: *pacta sunt servanda*.

La existencia de un tratado obliga a las partes a actuar de buena fe.

5.2 Efectos jurídicos internacionales secundarios de la celebración de tratados.

Aparte de adherir al contenido, la existencia de un tratado comporta la aplicación de ciertos regímenes jurídicos internacionales secundarios. El derecho de los tratados rige todos los tratados en tanto otros campos secundarios del derecho internacional (por ejemplo, los derechos humanos internacionales) se aplican a los tratados dentro de su ámbito. Según las circunstancias, pueden derivar otros efectos jurídicos de la existencia de un tratado, como los procedimientos de solución de controversias internacionales o el derecho de la responsabilidad de los Estados.

5.3 Efectos jurídicos internos de la celebración de tratados.

La estructura constitucional interna de cada Estado debe determinar si (y cuando) ese Estado atribuirá efecto jurídico interno a sus tratados. La práctica de los Estados sugiere que algunos atribuyen a ciertos tratados efecto jurídico directamente dentro de su ordenamiento jurídico interno, en tanto otros tratados pueden sólo tener efecto interno indirectamente, por ejemplo, a través de la promulgación de la legislación que requiera su ejecución.

5.4 Efectos jurídicos de los contratos.

Los efectos jurídicos de los contratos incluyen la obligación de ejecutar su contenido y una capacidad para hacer cumplir esa ejecución dentro del

ordenamiento jurídico interno. Los contratos también pueden tener el efecto jurídico de desplazar otras normas de incumplimiento que existan en ausencia de un contrato. La naturaleza y alcance de los efectos jurídicos de un contrato dependen de la legislación interna del Estado cuyo derecho rija el contrato, incluidas todas las leyes conflictuales pertinentes.

5.5 Efectos de los compromisos políticos. Los compromisos políticos no producen directamente ningún efecto jurídico en el derecho internacional o nacional. No obstante, sea por su fuerza moral o por el contexto político, los participantes en un compromiso político esperan que se cumplan sus términos. Los compromisos políticos pueden también tener efectos jurídicos indirectos si están incorporados en otros procesos legislativos, como en la formulación de nuevas leyes nacionales o en la toma de decisiones vinculantes de organizaciones internacionales.

5.6 Efectos jurídicos de los acuerdos interinstitucionales. Los efectos jurídicos de los acuerdos interinstitucionales seguirán cualquiera de las categorías de acuerdo –un tratado, un compromiso político o un contrato- a que pertenezca.

5.7 Elección entre acuerdos vinculantes y no vinculantes. Al decidir si emplear un tratado, un contrato o un compromiso político para un acuerdo entre Estados o entre instituciones, los Estados y sus instituciones deberían analizar qué efectos jurídicos, de haberlos, desean generar.

5.8 Concertación para limitar la responsabilidad derivada de los acuerdos interinstitucionales. En los casos en que los Estados tengan puntos de vista diferentes acerca de la responsabilidad jurídica que comporta un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían compatibilizar sus puntos de vista, sea conviniendo ambos que los Estados son responsables en virtud del acuerdo interinstitucional o concertando limitar la responsabilidad a las instituciones que lo celebran.

6. CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN EN ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

6.1 Capacitación y formación en relación con los acuerdos vinculantes y no vinculantes por parte de los Estados. Los Estados deberían empeñarse en capacitar y formar a los funcionarios relevantes dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores para asegurarse de que sean capaces de:

- (i) definir y diferenciar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes;
- (ii) comprender quién dentro del Estado está en condiciones de negociar y celebrar qué acuerdos;
- (iii) seguir todos y cada uno de los procedimientos internos que conlleva la formulación de tales acuerdos, y
- (iv) apreciar las consecuencias jurídicas y no jurídicas que pueden derivar de los distintos tipos de acuerdos internacionales.

6.2 Capacitación y formación en relación con los acuerdos interinstitucionales. En los casos en que el Estado autoriza los acuerdos interinstitucionales, debería empeñarse en capacitar y formar a los funcionarios de los organismos gubernamentales o las unidades territoriales subnacionales para asegurarse de que sean capaces de

- (i) definir y diferenciar entre los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes;
- (ii) comprender quién dentro del Estado tiene capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;
- (iii) seguir todos y cada uno de los procedimientos internos que conlleva la formulación de tales acuerdos, y
- (iv) apreciar las consecuencias jurídicas y no jurídicas que pueden derivar de los distintos tipos de acuerdos internacionales.

**PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA
SOBRE ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES
(CON COMENTARIOS)**

4. PROCEDIMIENTOS PARA LA FORMULACIÓN DE ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

4.1 Diferentes procedimientos internos de aprobación de los tratados. *Todos los Estados deberían tener libertad para elaborar y mantener uno o múltiples procesos para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o por sus instituciones. Estos procedimientos pueden derivar de la constitución del Estado, de sus leyes o de su práctica. Estados diferentes pueden emplear distintos procedimientos internos de aprobación para el mismo tratado.*

Comentario: Los Estados disponen de numerosos –y a menudo diferentes– procedimientos internos en relación con la elaboración de tratados derivados de las tradiciones jurídicas, históricas, políticas y culturales de cada uno. Pese a sus diferencias, esos procedimientos cumplen funciones similares. Primero y ante todo, pueden confirmar que el acuerdo propuesto constituirá un tratado para el Estado (en el sentido jurídico internacional de ese término empleado en la definición anterior de las *Directrices*). Segundo, confirman que el tratado es congruente con el orden jurídico interno del Estado, asegurando, por ejemplo, que los términos del tratado no contravienen ninguna prohibición o requisito constitucional o legal. Tercero, aseguran la debida coordinación en relación con el contenido del tratado y/o su ejecución, tanto dentro del poder ejecutivo del Estado, como en los demás poderes.¹

Los procedimientos internos de aprobación que usan los Estados para autorizar la elaboración de tratados derivan de varias fuentes. Algunas son imposiciones constitucionales.²

¹ Véase, e.g., Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes: Práctica del Estado colombiano* (“Respuesta de Colombia”) (“de acuerdo con la materia del instrumento jurídico que se negociará ... los ministerios o entidades de esa rama con el conocimiento técnico de las materias que se acordarán en el texto del propio instrumento” participan en su autorización).

² Véase, por ej., Argentina, *Respuesta al Cuestionario de la OEA: Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes* (en adelante, “Respuesta de la Argentina”) (citando el artículo 99(11) de la Constitución sobre la autoridad del Presidente de celebrar tratados y el artículo 75(22) sobre la autoridad del parlamento “[d]e aprobar o rechazar tratados celebrados con otras naciones y con organizaciones internacionales ...”); Respuesta de Colombia, *supra* (“los tratados requieren la aprobación por el Congreso de la República y una declaración de aplicabilidad de parte del Tribunal Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 156 y 241 de la Constitución Política de 1991, respectivamente.”); República Dominicana, Departamento Jurídico, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al Cuestionario sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*, 29 nov. 2017 (“Respuesta de la República Dominicana”) (citando el Art. 184 que requiere que el Tribunal Constitucional examine todos los tratados y el Art. 93 que prevé que el Congreso Nacional apruebe todos los tratados); Gobierno del Ecuador, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Cuestionario: Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes* (“Respuesta del Ecuador”) (citando los artículos 416 a 422 y 438 de la Constitución que regulan la elaboración de tratados); Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no Vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (“Respuesta de México”) (citando el Art. 133 de la Constitución de México sobre los tratados celebrados por el Presidente con aprobación del Senado); Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico*

Otras pueden provenir de la legislación nacional.³ En algunos casos, los procedimientos no tienen sustento jurídico formal, sino que dependen de la práctica o la política nacional. En Canadá, por ejemplo, aunque el Primer Ministro tiene autoridad unilateral para elaborar un tratado sobre cualquier materia, existe la práctica de abstenerse de consentir tratados que requieren legislación hasta que las leyes pertinentes están promulgadas.⁴ En consecuencia, los Estados pueden tener distintos niveles de compromiso legal en sus procedimientos para elaborar tratados: los procedimientos de algunos Estados no son derogables, en tanto otros pueden tener más flexibilidad para acomodar variaciones si las circunstancias lo justifican.

En términos del contenido de esos procedimientos internos para elaborar tratados, existe alguna uniformidad en cuanto a dónde radica el poder de negociar tratados. La mayoría de los procedimientos de este tipo asignan la facultad de negociar y celebrar tratados a un ejecutivo del Estado, sea el Jefe de Estado (por ejemplo, el Monarca), el Jefe de Gobierno (por ejemplo, el Primer Ministro), o ambos (por ejemplo el Presidente). Con frecuencia, esa facultad es también delegada del Jefe de Estado al Jefe de Gobierno y de este al Ministro de Relaciones Exteriores. También existe uniformidad en el compromiso de los Estados en que el parlamento autoriza el consentimiento del Estado, al menos en algunos tratados.

Pero existe una gran variedad tanto en amplitud como en profundidad en el papel necesario del parlamento.⁵ Para algunos Estados, como la República Dominicana, todos los tratados exigen aprobación legislativa.⁶ Otros Estados, como Ecuador, exigen la aprobación legislativa sólo para los tratados que abordan ciertas materias o ejecutan ciertas funciones.⁷ Varios Estados tienen diferentes series de procedimientos internos para distintas categorías de tratados. De manera que, aunque muchos de los tratados de Colombia requieren aprobación legislativa, la legislación y la práctica de ese país también reconocen “acuerdos por procedimientos simplificados”. Estos acuerdos i) están comprendidos dentro de la autoridad exclusiva del Presidente como director de los asuntos internacionales en virtud del artículo 189.2 de la Constitución de Colombia o (ii) se celebran para desarrollar un acuerdo anterior (que sí mereció el asentimiento del parlamento

Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros (“Respuesta de los Estados Unidos”) (citando el Art. II, Sec. 2, cl. 2 de la Constitución).

³ Brasil, *Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante, “Respuesta del Brasil”) (la autoridad para elaborar tratados delegada al Ministerio de Relaciones Exteriores vía el artículo 62.III de la Ley Federal No. 13.502/2017).

⁴ Véase Maurice Copithorne, *National Treaty Law & Practice: Canada*, in NATIONAL TREATY LAW & PRACTICE 95-96 (D.B. Hollis et al, eds., 2005).

⁵ El nivel de aprobación legislativa puede variar. Algunos Estados exigen que todo el parlamento apruebe el tratado. Otros, requieren la participación de las dos cámaras en el trámite de aprobación, pero una lo hace con más derechos que la otra. Un tercer enfoque implica que sólo una de las cámaras lo apruebe. Finalmente, algunos Estados afiliados al *Commonwealth* no otorgan a los parlamentos ninguna función en la aprobación de los tratados, pero también desautorizan toda ejecución interna sin autorización parlamentaria, lo que ocurre por vía de los trámites parlamentarios normales. Véase Duncan B. Hollis, *A Comparative Approach to Treaty Law and Practice*, in NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE 36 (DB Hollis et al, eds., 2005) (un relevamiento del derecho y la práctica de los tratados de 19 Estados representativos).

⁶ Respuesta de la República Dominicana, *supra* (per Art. 93 de la Constitución de 2015 Constitution, el Congreso Nacional está facultado para “aprobar o rechazar los tratados y acuerdos internacionales firmados por el Ejecutivo”).

⁷ Respuesta del Ecuador, *supra* (Se requiere que la Asamblea Nacional brinde previa aprobación a la ratificación de los tratados que refieran a materias territoriales o de delimitación de fronteras, alianzas políticas o militares, compromisos de promulgar, enmendar o rechazar una ley, derecho y garantías previstas en la Constitución, las políticas económicas del Estado, acuerdos de integración o comercio, la delegación de facultades a una organización internacional o supranacional, un compromiso del patrimonio natural del país y especialmente sus recursos hídricos, biodiversidad y activo genético).

nacional).⁸ En el caso de Estados como los Estados Unidos, el derecho y la práctica se combinan para crear no menos de cuatro procedimientos diferentes para determinar cuando el Ejecutivo puede consentir un tratado: (1) previo asesoramiento y consentimiento de los dos tercios del Senado; (2) de acuerdo con una ley federal (aprobada por simple mayoría en las dos cámaras del Congreso); (3) conforme a los poderes “exclusivos” que son sólo prerrogativa del Ejecutivo, y (4) cuando está autorizado por un tratado anterior que mereció asesoramiento y consentimiento del Senado.⁹ Aparte de la participación del parlamento, varios Estados tienen requisitos de examen judicial, en casos en que el Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad del tratado propuesto. De manera que en la República Dominicana y Ecuador, el Tribunal Constitucional tiene que examinar todos los tratados antes de pasar a otros procedimientos internos de aprobación.¹⁰

Los Estados también pueden imponer requisitos de notificación para los tratados que el Ejecutivo puede celebrar sin participación parlamentaria (o judicial). De esta manera, el parlamento toma conocimiento de qué tratados el Estado celebra, independientemente de su proceso de aprobación. Algunos Estados, como los Estados Unidos, han inclusive diseñado procedimientos para coordinar la elaboración de tratados *dentro* del poder ejecutivo, inclusive con organismos gubernamentales. El proceso de la *Circular 175*” (*C-175*) implementa una disposición de la legislación estadounidense que restringe la posibilidad de que organismos gubernamentales suscriban o celebren por otra vía tratados (en el sentido del derecho internacional del término empleado en la definición de las *Directrices*) a menos que hayan consultado antes al Secretario de Estado.¹¹ En 2013, el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú impartió dos directivas que “establecen las directrices para la administración de los tratados, incluida su negociación, firma y aprobación (aprobación interna y/o ratificación), y los procedimientos para la formulación de posibles declaraciones, reservas y objeciones a reservas, así como el registro. . .”¹²

⁸. Respuesta de Colombia, *supra* (donde se observa que en el caso de acuerdos que desarrollan otro anterior, ese acuerdo anterior debe ser congruente con todos los requisitos constitucionales y que el propio acuerdo de implementación debe ser congruente con los del tratado marco que sirve de base y no puede excederlo).

⁹. Como resultado de ello, los Estados Unidos internamente usan una terminología diferente para referirse a los tratados (en el sentido que tiene el término en el derecho internacional) que se procesan de acuerdo a distintas vías. En el derecho de los estados Unidos, el término “tratados” refiere sólo a los acuerdos que merecen asesoramiento y consentimiento del Senado; “acuerdos parlamentario-ejecutivos” son los aprobados por una ley federal, y los “acuerdos sólo ejecutivos” son los celebrados bajo la autoridad del Presidente. Otros Estados emplean su propia terminología interna para diferenciar sus tratados de acuerdo con los diferentes procedimientos internos de aprobación empleados.

¹⁰. Véase, *por ej.*, Respuesta de la República Dominicana, *supra* (conforme al artículo 55 de la Ley Orgánica No. 137-11, el Presidente debe remitir los tratados internacionales firmados al Tribunal Constitucional para que dictamine su constitucionalidad); Respuesta del Ecuador, *supra* (citando el Art. 110.1 de la Ley Orgánica del Ecuador sobre las Garantías Judiciales y Supervisión Constitucional – “Los tratados internacionales que requieren aprobación parlamentaria serán automáticamente sometidos a examen constitucional previa ratificación, antes de iniciarse cualquier proceso de aprobación parlamentaria.”).

¹¹. *The Case-Zablocki Act, 1 U.S.C. §112b(c)* (“No obstante toda otra disposición legal, los acuerdos internacionales no pueden ser firmados o por otra vía celebrados en nombre de los Estados Unidos sin previa consulta al Secretario de Estado.”). El propio proceso C-175 implica que el Secretario de Estado autorice la negociación y/o celebración de uno o más acuerdos internacionales por el Departamento de Estado u otro organismo gubernamental de los Estados Unidos. Se puede encontrar una copia de los procedimientos C-175 en <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html>.

¹². Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Directrices internas generales sobre la firma, aprobación interna y registro de tratados*, Directiva N°. 001-DGT/RE-2013 (que comprende al propio Ministerio de Relaciones Exteriores); Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Directrices internas generales sobre la firma, aprobación interna y registro de tratados*,

La amplitud y diversidad de los procedimientos internos de los Estados para la elaboración de tratados es una advertencia contra todo intento de armonización. Por el contrario, la *Directriz 4.1* adopta la práctica óptima de la “libertad” –aceptando y respaldando la autonomía de cada Estado para decidir por sí cómo autorizar la elaboración de tratados. Los Estados pueden conferir a sus procedimientos para la elaboración de tratados un estatuto constitucional o legal de otro tipo. O pueden formularlos mediante procesos prácticos más oficiosos. Asimismo, los Estados pueden adoptar un único proceso para todos sus tratados de derecho internacional, o pueden optar por elaborar distintos procedimientos de aprobación para diferentes tipos de tratados. Por su parte, los Estados deben ser conscientes de que la o las opciones que favorezca para que un tratado se tramite mediante un proceso, como la aprobación parlamentaria, puede no ser seguido por sus contrapartes contractuales. En otras palabras, los Estados no deben partir de la base de que, simplemente porque sus propios procedimientos nacionales requieren que un tratado determinado cuente con aprobación legislativa (o, por el contrario, no se requiere dicha aprobación) su posible contraparte en el tratado procederá de manera similar.

4.2 Elaboración de procedimientos internos para la aprobación de compromisos políticos. *Los estados deberían elaborar y mantener procedimientos para autorizar la celebración de todos los compromisos políticos del Estado o sus instituciones [o de los más sustanciales]. Aunque no son acuerdos vinculantes, los compromisos políticos se beneficiarían de una práctica en que los Estados cuenten con procedimientos que*

- (a) *confirmer el carácter no vinculante del compromiso;*
- (b) *confirmer la pertinencia de usar una forma no vinculante en lugar de una vinculante, como cuando las limitaciones de tiempo o la incerteza no aconsejan encerrar al Estado en un acuerdo jurídico, y*
- (c) *notifiquen a las instituciones pertinentes del Estado, incluido el Ministerio de Relaciones Exteriores, y coordinen con ellas.*

Comentario: Los compromisos políticos, incluidos los denominados memorandos de entendimiento, se han tornado un vehículo cada vez más frecuente para los acuerdos entre Estados e interinstitucionales. Al menos parte de su atractivo deriva de la ausencia general de procedimientos internos de aprobación para su concertación.¹³ Ello ha permitido que esos instrumentos se granjearan una reputación de mayor *rapidez* (en términos del tiempo para su concreción), *flexibilidad* (en términos de ajustes o enmiendas) y facilidad de *salida* (en términos de terminación o retiro) que los tratados.¹⁴ Esos beneficios sugieren que sería un error extender los mismos procedimientos de aprobación de los tratados a los compromisos políticos.

Pero de ello no se deriva que los Estados *no* deban disponer de procedimiento alguno para autorizar esos acuerdos simplemente porque son inhábiles como procedimientos para elaborar tratados. Sin algún examen o autorización previa, es difícil saber si un pretendido compromiso político es realmente no vinculante. Análogamente, sin algún proceso de examen o aprobación, podrían celebrarse compromisos políticos que no se conforman con las leyes o las políticas del Estado. En el contexto interinstitucional, es aún posible que una institución celebre un compromiso político que vaya en contra –o directamente contradiga- otros intereses o acuerdos institucionales del Estado.

Esas preocupaciones ayudan a explicar por qué algunos Estados han diseñado mecanismos oficiosos de examen para sus compromisos políticos. Colombia, por ejemplo, limita la capacidad de suscribir acuerdos no vinculantes a aquellos con capacidad jurídica para representar a la entidad y sujeto a la verificación por la oficina jurídica pertinente de que los compromisos que se asumen

Directiva N^o. 002-DGT/RE-2013 (que comprende a todas las entidades gubernamentales peruanas).

¹³ Véase Charles Lipson, *Why are Some International Agreements Informal?* 45 INT’L ORG. 495, 508 (1991); Kal Raustiala, *Form and Substance in International Agreements*, 99 AM J. INT’L L. 581, 592 (2005).

¹⁴ Informe Preliminar sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes, *supra*, p. 15.

no excederán las funciones y facultades que la Constitución o las leyes otorgan a esa entidad.¹⁵ En Perú, los compromisos políticos no vinculantes que asume el Estado están coordinados con todas las entidades gubernamentales dentro del ámbito que comprende su contenido. La oficina jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores es la encargada de decidir la aprobación de su firma. Pero en los casos en que el acuerdo no vinculante es de nivel interinstitucional, las negociaciones son conducidas por la institución interesada y, “aunque según la legislación peruana no existe un mandato de someter el proyecto de instrumento al Ministerio de Relaciones Exteriores para su consideración, muchas entidades gubernamentales así proceden”.¹⁶

México y los Estados Unidos repiten empeños similares de examinar las propuestas de acuerdos no vinculantes para confirmar que tienen ese carácter y por lo demás se conforman con su propia práctica en los tratados.¹⁷ Pero lo que no es tan claro es con qué regularidad se realiza ese examen. En la respuesta de México se indica que se produce “a solicitud de la entidad mexicana firmante” (aunque la autoridad mexicana relevante envía copias del instrumento una “vez formalizado”). En los Estados Unidos, aunque no informa de ningún “procedimiento formal que rija la celebración de instrumentos no vinculantes legalmente...dichos instrumentos son examinados con respecto a su contenido y a su redacción, inclusive para asegurar que reflejan debidamente la intención de que el instrumento no se rija por derechos u obligaciones del derecho interno o internacional o no suscite estos”.

En la *Directriz 4.2* se exhorta a los Estados a que, como práctica óptima, formalicen y regularicen su examen de los compromisos políticos. Ello eliminaría la calidad *ad hoc* de los mecanismos officiosos de examen vigentes, en los que no está claro exactamente con qué frecuencia y en qué circunstancias los procedimientos internos del Estado dan lugar al examen de los compromisos políticos antes de su celebración. Como sugiere la *Directriz*, esos procedimientos podrían estar diseñados para confirmar el carácter no vinculante del acuerdo a examen y su congruencia con las leyes y políticas exteriores del Estado. Esos procedimientos aliviarían también las preocupaciones de que una determinada institución dentro de un Estado (sea un ministerio de gobierno o una unidad territorial subnacional) celebre un compromiso político de cuya existencia no tienen conciencia el gobierno u otras instituciones del Estado, para no hablar de su contenido.

Pero las *Directrices* no pretenden elaborar ninguna práctica óptima respecto de los contenidos de los propios procedimientos de aprobación. Los Estados muy probablemente deseen evitar la imposición de procesos de aprobación muy restrictivos u onerosos que privarían al compromiso político de los beneficios de rapidez y flexibilidad en que se funda su actual popularidad. Sin embargo, al mismo tiempo, al formalizar algún examen de procedimiento de los compromisos políticos del Estado, el gobierno puede asegurar que el poder ejecutivo no celebre tratados disfrazados de compromisos políticos o por lo demás intente eludir los procedimientos internos de aprobación que exige la elaboración de tratados. Todos los Estados debieran tener interés en asegurarse de que los compromisos políticos se usen sólo en las circunstancias apropiadas y no como forma de eludir la incidencia legislativa o judicial que se exige para la celebración de acuerdos vinculantes por parte del Estado. El establecimiento de al menos *algunos* procedimientos para la aprobación de compromisos políticos entre Estados o interinstitucionales contribuiría a mitigar ese riesgo.

4.3 Elaboración de procedimientos internos de aprobación de los contratos entre los Estados. *Los Estados que suscriben contratos interestatales deberían elaborar y mantener procedimientos para aprobar la celebración de los mismos. En términos ideales, esos*

¹⁵. Respuesta de Colombia, *supra*. De manera que de los ministerios gubernamentales de Colombia, sólo el Ministerio de Relaciones Exteriores está autorizado a firmar compromisos políticos en nombre del Estado en su conjunto, sujeto al examen del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Los compromisos políticos interinstitucionales son examinados por la oficina jurídica de la institución de que se trate. *Ibid.*

¹⁶. Respuesta del Perú, *supra* (la evaluación de los compromisos políticos “realizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en comprobar su congruencia con la política externa y su redacción ...”).

¹⁷. Respuesta de México, *supra*; Respuesta de los Estados Unidos, *supra*.

procedimientos incluirían a) información sobre cómo el Estado identificará el derecho interno rector del contrato y, b) mecanismos para confirmar ese derecho rector con los demás Estados contratantes para evitar conflictos futuros.

Comentario: Algunos Estados –no todos- tienen la práctica de suscribir contratos con otros. De ellos, varios Estados han formulado procedimientos para examinar o aprobar la concertación de tales contratos. Ecuador cuenta con una ley de compras del gobierno que, si bien da prioridad a los términos de todo contrato entre Estados, regula dichos acuerdos en los casos en que involucran a “empresas públicas internacionales”, incluidas las empresas públicas de otros Estados.¹⁸ Los Estados Unidos tienen un programa de ventas militares al exterior que incluye un programa con instrucciones sobre los requisitos y etapas que deben seguirse.¹⁹ La Constitución de México (Art. 134) exige ciertas licitaciones públicas para ciertos tipos de conductas (por ejemplo, adquisiciones, arrendamiento de activos y servicios públicos) que, a su vez, requieren “contratos que deben seguir los procedimientos y observar las formalidades establecidas en el marco legal nacional aplicable (federal, estadual y municipal)”.²⁰

En la *Directriz 4.3* se propone como práctica óptima que *todos* los Estados que tienen la práctica de celebrar contratos con otros Estados cuenten con procedimientos para autorizar la celebración de tales acuerdos vinculantes. Contar con procedimientos para celebrar contratos entre Estados permitiría que estos confirmaran el carácter contractual de los acuerdos propuestos y así evitar la caracterización inadvertida de un tratado o un compromiso político como un contrato. Además, estos procedimientos ayudarían a aliviar problemas que pueden surgir con respecto a la ley del gobierno sobre contratos. Los Estados debieran contar con procedimientos que indicaran si y cuando (i) insistirían en su propia legislación nacional como ley rectora, (ii) permitirían que la legislación del otro Estado contratante rigiera el contrato, o (iii) autorizaría en su lugar el empleo de la ley de contratos de un tercer Estado. Además, los Estados podrían disponer de procedimientos que exijan la comunicación con la otra parte contratante en relación con estas cuestiones de la ley que rige los instrumentos. Ello ayudaría a evitar problemas en los casos en que las partes contratantes discrepan sobre qué sistema jurídico nacional rige el contrato celebrado.

4.4 Procedimientos internos de aprobación de los acuerdos interinstitucionales vinculantes. *Los Estados deberían contar con procedimientos que les permitan asegurar la autorización apropiada a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para celebrar contratos, sea al amparo de la propia legislación interna del Estado o de la legislación interna de otro Estado. En términos ideales, esos procedimientos (a) definirían cómo un Estado diferencia para sí si la institución celebra un tratado o un contrato, y (b) contaría con mecanismos para confirmar que la otra institución concuerda en cuanto al tipo y el carácter jurídicamente vinculante del acuerdo interinstitucional.*

Comentario: En concordancia con la *Directriz 4.1*, los Estados deberían decidir para ellos mismos si autorizar a sus instituciones a celebrar acuerdos vinculantes y de qué tipo.²¹ Además, los Estados pueden autorizar a ciertas instituciones a celebrar tratados o contratos, pero no a otras. Por ejemplo, el Estado podría permitir que un organismo gubernamental celebre un tratado a su propio

¹⁸ Véase, por ej., Respuesta del Ecuador, *supra* (citando el artículo 100 Reglamento General de la Ley Orgánica sobre el sistema de adquisiciones del Gobierno Nacional que autoriza contratos con “empresas públicas internacionales” y dispone “los términos y condiciones de todo acuerdo relevante); *ibíd* (citando la Ley Orgánica sobre el Sistema de Adquisiciones del Gobierno Nacional, Art. 3, el cual exige el cumplimiento de los términos de los acuerdos y dispone que “(l)o que no esté previsto en esos acuerdos se regirá por las disposiciones de la presente Ley”).

¹⁹ Véase Programa de Estados Unidos sobre las ventas militares al exterior, disponible en <http://www.dsca.mil/programs/foreign-military-sales-fms>.

²⁰ Respuesta de México, *supra*.

²¹ De manera que estados como Brasil, Colombia, República Dominicana y Perú no autorizan ningún acuerdo vinculante de parte de sus organismos gubernamentales, ministerios o instituciones. Véase, por ej., Respuesta del Perú, *supra* (“las entidades gubernamentales peruanas, incluidos los municipios y los gobiernos regionales, no están autorizados a elaborar acuerdos vinculantes conforme al derecho internacional (tratados)”).

nombre pero no a una entidad subnacional, o viceversa. El artículo 124 de la Constitución de Argentina, por ejemplo, autoriza a las unidades subnacionales a celebrar tratados –a los que denomina “acuerdos internacionales” con el “conocimiento del Congreso” y “siempre que no sean incompatibles con la política externa de la Nación y no afecte los poderes delegados al Gobierno Federal o el prestigio público de la Nación”. Al mismo tiempo, la Argentina niega a sus ministerios nacionales la facultad de celebrar tratados en su propio nombre.²²

Varios Estados ya cuentan con reglamentos o procedimientos de aprobación para los acuerdos de sus instituciones. Algunos Estados simplemente amplían el ámbito de los procedimientos existentes para los acuerdos del Estado a sus instituciones. Los Estados Unidos, por ejemplo, requieren la misma consulta y aprobación por parte del Departamento de Estado para los acuerdos interinstitucionales que aplican a los tratados que celebra en nombre de Estados Unidos. Otros Estados han diseñado procedimientos centrados en uno o más tipos de instituciones. Jamaica informa de una práctica del ministerio, departamento u organismo pertinente conforme a la cual procura la aprobación del gabinete para negociar un acuerdo vinculante y posteriormente procura también la aprobación para suscribirlo. Luego, la Oficina Jurídica del Departamento de Relaciones Exteriores archiva las copias de los acuerdos interinstitucionales firmados. En México, la Ley sobre celebración de tratados de 1992 regula el contenido y los límites funcionales de los acuerdos interinstitucionales que involucran a los ministerios del Gobierno federal de México o a sus gobiernos estatales o regionales.²³ Las instituciones mexicanas sólo pueden celebrar acuerdos vinculantes (i) sobre materias dentro del ámbito exclusivo del área o de la entidad que celebra el acuerdo; (ii) el acuerdo sólo puede afectar a la entidad que lo celebra; (iii) el presupuesto regular de la entidad debe ser suficiente para cubrir las obligaciones financieras del acuerdo; (iv) no pueden afectarse los derechos jurídicos de las personas, y (v) no es posible modificar la legislación vigente. Además, el artículo 7 de la Ley sobre celebración de tratados exige a las instituciones mexicanas que informen a la Secretaría de Relaciones Exteriores de todo acuerdo interinstitucional vinculante que pretendan celebrar, con el requisito de que el Departamento Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores informe de la legalidad de suscribir tal acuerdo.²⁴

Los Estados han procurado mayor orientación en relación con los acuerdos interinstitucionales por tres razones. Primero, no siempre está claro si una institución puede celebrar *algún* acuerdo. Segundo, aún si la institución puede tener ciertas facultades para celebrar acuerdos, de ello no se deriva que pueda celebrar los tres tipos de acuerdos que aquí se consideran (es decir, tratados, compromisos políticos y contratos). Tercero, en casos individuales, a menudo no está claro qué carácter jurídico tiene el acuerdo interinstitucional celebrado.

La *Directriz 4.4* respalda una práctica óptima que aborda las tres cuestiones exhortando a los Estados que permiten los acuerdos interinstitucionales a contar con procedimientos que aseguren el debido examen o aprobación de tales acuerdos. Las *Directrices* dejan en manos de los Estados decidir si esos procedimientos deben tener una base legal o existen como cuestión de política. Análogamente, los Estados deben tener libertad para decidir si contar con procedimientos que autorizan ciertos acuerdos interinstitucionales en general o diseñar un sistema caso por caso de notificación o aprobación.

Además, la *Directriz 4.4* sugiere que los Estados pueden incluir en sus procedimientos mecanismos para diferenciar entre los acuerdos vinculantes de las instituciones. Ello podría incluir, por ejemplo, un requisito de que todos los contratos contengan una cláusula explícita sobre el derecho que los rige para evitar toda sugerencia de que reúnen los requisitos de un tratado. O los procedimientos del Estado podrían establecer una presunción por defecto cuando dos o más instituciones del Estado conciertan un acuerdo vinculante, por ejemplo, estableciendo la presunción de que el acuerdo tiene los requisitos de un tratado o, contrariamente, una presunción de que los acuerdos interinstitucionales vinculantes son contratos y no tratados. En términos ideales, los Estados podrían aún incluir procedimientos que requieran a la institución involucrada

²². Respuesta de la Argentina, *supra*.

²³. *Ley relativa a la elaboración de tratados, reimpressa en 31 ILM 390 (1992), CDLX Diario Oficial de la Federación 2 (2 enero 1992).*

²⁴. Respuesta de México, *supra*.

confirmar con sus contrapartes en el acuerdo un entendimiento compartido de que a) el acuerdo es vinculante (o no) y, b) qué tipo de acuerdo vinculante celebrarán, sea un tratado o un contrato.

4.5 Divulgación pública de las facultades institucionales para celebrar acuerdos vinculantes. *Los Estados deberían hacer público qué instituciones –de haberlas- pueden estar autorizadas para celebrar tratados, sea en nombre del Estado como un todo o en su propio nombre. Los Estados también deberían hacer público cuáles –de haberlas- de sus instituciones pueden estar autorizadas a celebrar contratos, sea en nombre del Estado en su conjunto, o en su propio nombre. Los Estados pueden realizar esta divulgación en general, por ejemplo, publicando sus procedimientos en Internet, o específicamente, comunicándose con otros Estados o instituciones del Estado específicamente en relación con las facultades de sus instituciones y los procedimientos pertinentes conforme a los cuales operan.*

Comentario: La *Directriz 4.4* se centra en exhortar a los Estados a diseñar procedimientos que aseguren que el Estado es suficientemente consciente de si sus instituciones pueden celebrar acuerdos vinculantes y qué tipo de acuerdos. La *Directriz 4.5* promueve la comunicación entre Estados de las conclusiones alcanzadas y de los procedimientos empleados por los Estados para aprobar y supervisar la elaboración de acuerdos interinstitucionales. Otros Estados podrían beneficiarse de saber (i) qué instituciones estatales pueden celebrar acuerdos vinculantes (o no vinculantes) con instituciones extranjeras; (ii) qué tipo de acuerdos pueden estar autorizados, y (iii) cuáles son los procesos para ello. Esta información puede asistir a otro Estado o a sus instituciones para decidir si celebra un acuerdo con una institución estatal y qué forma debe tener. Además, la información compartida puede ser útil en casos específicos para reducir la confusión (o, inclusive, opiniones en conflicto) en cuanto a qué tipo de acuerdo interinstitucional se ha celebrado. Finalmente, la divulgación de los procedimientos puede ofrecer modelos o ejemplos útiles de procesos en los que se pueden basar Estados con menos experiencia en acuerdos interinstitucionales.

4.6 Publicación de registros nacionales de acuerdos vinculantes. *Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos sus acuerdos vinculantes y de los de sus instituciones.*

Comentario: Todos los Estados están obligados a registrar sus tratados en las Naciones Unidas, en virtud del artículo 102 de la Carta de la Organización. La mayoría de los Estados tienen y mantienen listas y archivos de sus tratados y contratos gubernamentales. En muchos casos, los Estados hacen públicas sus propias listas de tratados –o de los propios acuerdos-, sea mediante publicación en el Diario o Boletín Oficial o en una serie específica de tratados. Pero los Estados pueden limitar qué tratados desean publicar, dejando otros que traten de materias que consideren de menor importancia o, por el contrario, los que contienen compromisos que implican información o programas clasificados. Por su parte, existe mucho menos divulgación de los contratos entre Estados o interinstitucionales.

La *Directriz 4.6* sugiere que los Estados deberían contar con registros *públicos* de los acuerdos que obligan al Estado y a sus instituciones. En términos ideales, esos registros podrían incluir, no sólo la existencia de un acuerdo, sino también su contenido. La divulgación pública de los acuerdos vinculantes por el Estado o sus instituciones se conforma con el imperio del derecho y los valores democráticos, ofreciendo al público una ventana hacia un área clave de la conducta del Estado. Los registros públicos podrían ser beneficiosos para el Estado también internamente. El conocimiento a todos los niveles del Gobierno de los acuerdos vinculantes del Estado puede ayudar a asegurar que los organismos gubernamentales interesados conocen todos los acuerdos vinculantes. Esa información debiera asegurar un seguimiento más periódico de qué acuerdos vinculantes existen y una mejor coordinación intragubernamental en su formación. Los registros públicos de tratados y contratos también brindarían beneficios externos. Esos registros brindarían un canal con información periódica para otros Estados, ofreciendo las opiniones del Estado que comparte la información sobre la existencia y el carácter jurídico de sus acuerdos vinculantes. Ello permitiría un reconocimiento más rápido (y, es de esperar, más fácil) de las posibles diferencias en la existencia de un acuerdo y su carácter de tratado o de contrato. Esos registros públicos podrían

inclusive crear espacio para la solución de las diferencias de opinión por adelantado, en lugar de hacerlo como reacción a un problema o una crisis concreta.

4.7 Un registro nacional de compromisos políticos. *Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos sus compromisos políticos y de los de sus instituciones, o al menos de los más significativos.*

Comentario: Actualmente, los Estados padecen un déficit de información con respecto al número y contenido de sus compromisos políticos, sea rotulados como memorandos de entendimiento o con otro título. Cualesquiera sean los procedimientos officiosos que puedan existir para examinar y aún aprobar los compromisos políticos, la mayoría de los Estados no los cuentan ni recogen.²⁵ De manera que existe una verdadera falta de información disponible acerca del número y el tipo de acuerdos no vinculantes celebrados por los Estados y sus instituciones.

La *Directriz 4.7* apunta a llenar esta laguna de información exhortando a los Estados a aceptar una práctica óptima conforme a la cual establecen un contacto centralizado dentro del gobierno en que se puedan recoger y mantener los compromisos políticos. Al igual que con los registros de tratados existentes, un registro de compromisos políticos tendría valiosos beneficios internos y externos. Alertaría a otros actores dentro del Estado, como el parlamento o las instituciones no participantes, de la existencia de un compromiso político. Así podrían eliminar el incentivo de usar los compromisos políticos como meros medios para evitar los procedimientos internos de aprobación asignados a los acuerdos vinculantes. Externamente, informaría a los demás Estados del contenido y supuesto carácter jurídico no vinculante de los compromisos incluidos en la lista, ofreciendo espacio para nuevas averiguaciones o comunicaciones sobre los compromisos políticos que los demás Estados consideren adecuados. Además, alertaría a la opinión pública del Estado de *todos* los acuerdos que el Estado ha celebrado y no sólo de los que pueden generar efectos jurídicos. La opinión pública tiene un claro interés en conocer más sobre los acuerdos que pueden dar lugar a consecuencias sustanciales para sus Estados, aunque esas consecuencias puedan tener forma política (y no jurídica).

* * *

²⁵ Ecuador podría ser una singular excepción—informa de una práctica de registrar en el Directorio de Asesoramiento Jurídico sobre Derecho Internacional Público “los acuerdos políticos no vinculantes (declaraciones conjuntas y comunicados)” indicando a la vez que en algunos casos esos compromisos dieron lugar a una “opinión jurídica de la Oficina de Coordinación Jurídica General del Ministerio de Relaciones Exteriores.” Respuesta del Ecuador, *supra*.

**ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES:
QUINTO INFORME**

(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

Introducción

1. Este es mi quinto informe sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes. Este proyecto tiene como finalidad explicar a los Estados (y a otros interesados) cómo se celebran, aplican e interpretan acuerdos internacionales y proporcionarles asistencia al respecto. Se basa en la premisa fundamental de que los acuerdos internacionales pueden dividirse en dos grupos: (a) los que son “vinculantes” en el sentido de que se rigen por el derecho, sea el derecho internacional (es decir, “tratados”) o el derecho interno (es decir, “contratos”), y (b) los que no son vinculantes (es decir, “compromiso políticos”) en el sentido de que la fuerza normativa para la formación o la operación del acuerdo no dimana del derecho. Por lo tanto, el primer conjunto de acuerdos se rige por el derecho, mientras que el segundo depende de la política internacional o incluso de la moralidad.

2. En mi informe preliminar respondí al pedido de los asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores de los Estados Miembros de que abordara el tema y señalara los asuntos que requerían atención¹. En mi segundo informe examiné las respuestas a un cuestionario sobre el tema enviado por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) a los Estados Miembros². Concretamente, en el segundo informe analicé las respuestas recibidas de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica, México, Perú, República Dominicana y Uruguay³. Posteriormente, Panamá y Paraguay hicieron llegar sus respuestas, que se reflejan en los informes subsiguientes, incluido el presente⁴.

¹ Véase Duncan B. Hollis, *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.542/17 (24 julio 2017) (“Informe preliminar”).

² Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018) (“segundo informe”).

³ Véanse Argentina, *Respuesta cuestionario OEA: Acuerdos vinculantes y no vinculantes* (en adelante “Respuesta de Argentina”); Brasil, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Brasil”); Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Acuerdos vinculantes y no vinculantes: práctica del Estado colombiano* (en adelante “Respuesta de Colombia”); República Dominicana, Dirección Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al cuestionario sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, 29 de noviembre de 2017 (en adelante “Respuesta de la República Dominicana”); República del Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Cuestionario “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Ecuador”); Jamaica, *Nota de la Misión de Jamaica al Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA*, Ref. 06/10/12, 14 de diciembre de 2017 (en adelante “Respuesta de Jamaica”); Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de México”); Perú, Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Perú”); Uruguay, *Respuesta a cuestionario sobre “los acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Uruguay”); Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de los Estados Unidos”).

⁴ Véanse *Nota de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados, al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J. MIRE-

3. En el tercer informe presenté un proyecto inicial de un conjunto de *Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes*. Específicamente, el tercer informe contiene directrices y comentarios sobre (a) definiciones de distintos tipos de acuerdos internacionales; (b) las entidades que tienen capacidad para celebrar cada tipo de acuerdo, y (c) los métodos para identificarlos⁵. En el cuarto informe proseguí esa labor con directrices adicionales sobre (d) procedimientos internos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes; (e) los efectos jurídicos internacionales, si los hay, de la suscripción de distintos tipos de acuerdos internacionales, y (f) programas de capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes⁶. En el informe también respondí a varias cuestiones relativas a este proyecto que se plantearon durante la segunda reunión del Comité con asesores jurídicos de ministerios de relaciones exteriores⁷.

4. Con este quinto informe se completa un primer borrador de *Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes*, con comentarios (en adelante el *Proyecto de Directrices*)⁸. Este informe contiene comentarios nuevos sobre los efectos, así como sobre la capacitación y la educación. Asimismo, contiene un texto revisado de las otras directrices y comentarios. Por consiguiente, el proyecto actual incorpora extensas revisiones y ajustes a la luz de las numerosas observaciones y sugerencias útiles que he recibido hasta la fecha del Comité y de asesores jurídicos de ministerios de relaciones exteriores de Estados Miembros de la OEA⁹. El proyecto refleja también los aportes recibidos a raíz de dos conferencias sobre este proyecto que di en las Naciones Unidas: una en la 29.^a Reunión Informal de Asesores Jurídicos, realizada el 23 de octubre de 2018, y otra en un grupo de trabajo informal de expertos y profesionales especializados en tratados, auspiciado por los Gobiernos de Canadá y Colombia en ocasión de los eventos organizados por la Asamblea General de las Naciones Unidas para conmemorar el quincuagésimo aniversario de la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ambos eventos confirmaron que los temas relacionados con los acuerdos vinculantes y no vinculantes suscitan interés fuera del ámbito de los Estados Miembros.

5. A escala mundial, la creciente difusión de acuerdos no vinculantes en general y de acuerdos vinculantes y no vinculantes a nivel ministerial y subnacional en particular ofrece a los Estados y a las entidades de las cuales son responsables muchas formas de coordinarse y cooperar. Al mismo tiempo, la mayor complejidad que los múltiples tipos de acuerdos traen aparejada da lugar a interpretaciones y expectativas discordantes o a controversias. En este contexto, el *Proyecto de Directrices* ofrece un conjunto concreto y detallado de definiciones, procesos y

201813176 (en adelante “Respuesta de Panamá”); *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA*, No. 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante “Respuesta de Paraguay”).

⁵ Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: tercer informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 563/18 (15 julio 2018) (“tercer informe”).

⁶ Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: cuarto informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 580/19 (11 febrero 2019) (“cuarto informe”).

⁷ Véase Comité Jurídico Interamericano, *Acta Resumida, Reunión Conjunta del Comité Jurídico Interamericano con los Asesores Jurídicos de los Estados Miembros de la OEA*, 93.º período ordinario de sesiones, miércoles, 15 de agosto de 2018 (Reunión Conjunta CJI-Asesores Jurídicos 2018).

⁸ Para una explicación del título seleccionado para estas directrices, véase el Cuarto informe, *supra*, nota 6, párr. 7.

⁹ Con respecto a estas preguntas y comentarios, véanse, por ejemplo, *id.*, *Acta Resumida*, 91.º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 9 de agosto de 2017; *Acta Resumida*, 92.º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 27 de febrero de 2018; *Acta Resumida*, 93.º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 15 y 16 de agosto de 2018; *Acta Resumida*, 94.º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 20 de febrero de 2019.

métodos para identificar y diferenciar los tres tipos básicos de acuerdos internacionales —tratados, compromisos políticos y contratos— y los diversos actores que pueden celebrarlos, a saber, Estados, organismos gubernamentales y unidades territoriales subnacionales.

6. No se pretende con este *Proyecto de Directrices* codificar el derecho internacional o la costumbre de los Estados en estos ámbitos. En efecto, aunque en se señalan varias áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias, esas cuestiones se dejan pendientes. En cambio, las *Directrices* proveen un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros podrían utilizar para mejorar sus conocimientos en estas áreas y reducir el riesgo de desacuerdos o dificultades futuros con otros Estados de la región o del resto del mundo.

7. En su mayor parte, el *Proyecto de Directrices* y los comentarios acompañantes son muy claros. Sin embargo, a continuación destaco brevemente algunos de los cambios e ideas más importantes que han evolucionado respecto de las versiones anteriores:

- *Nuevo texto introductorio*: Por lo menos un Estado Miembro expresó preocupación por la posibilidad de que las *Directrices* se entendieran como algo más que un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas y se las considerara como un intento de codificar de alguna manera el derecho internacional vigente o desarrollarlo progresivamente. Para evitar impresiones erróneas de ese tipo, el *Proyecto de Directrices* ahora comienza con una explicación de su índole y su alcance.
- *Definición revisada de “acuerdo”*: En el cuarto informe expliqué con cierto grado de detenimiento la razón por la cual decidí utilizar el término “acuerdo” para referirme al concepto en el cual se encuadran los tratados, los compromisos políticos, los contratos y los acuerdos interinstitucionales que se abordan en este *Proyecto de Directrices*¹⁰. No obstante, reconocí el riesgo de que eso causara confusión a algunos Estados que usan el vocablo “acuerdo” solo en el ámbito de sus tratados y lo evitan al referirse a los compromisos políticos. Para tener en cuenta esta preocupación, en este informe revisé el título del *Proyecto de Directrices*, agregué una definición nueva de “acuerdo” y señalé el asunto expresamente en el comentario correspondiente.
- *Definición revisada de “tratado”*: En respuesta a las recomendaciones, cambié la definición para identificar los tratados específicamente como una forma de acuerdo “vinculante” y agregué un calificativo a fin de aclarar que los acuerdos pueden considerarse como tratados de conformidad con el derecho internacional, independientemente de los procedimientos de aprobación internos. Por consiguiente, el hecho de que un acuerdo internacional regido por el derecho internacional se denomine “tratado” o “acuerdo ejecutivo” en el contexto interno no determina su condición de tratado en el contexto internacional. Por último, hice algunos ajustes en el análisis del registro de los tratados a la luz del fallo reciente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Somalia c. Kenya*.

¹⁰ Véase Cuarto informe, *supra*, nota 6, párrs. 7 a 13 [donde se presentan cinco argumentos a favor de limitar el alcance del *Proyecto de Directrices* a los “acuerdos” vinculantes y no vinculantes: (1) la Comisión de Derecho Internacional y otros nunca han considerado los tratados como sinónimo de acuerdos, sino como un subconjunto de la categoría más amplia de acuerdos; (2) el criterio que determina la existencia de un acuerdo une tratados, compromisos políticos y contratos y los distingue de otras posibilidades (como declaraciones unilaterales) de formas que otros rótulos, como “instrumentos”, no pueden); (3) según la práctica de los Estados, se aconseja no usar “palabras mágicas” para definir o identificar tratados; el uso del término “acuerdo” en un texto no puede garantizar su condición de tratado; (4) para superar la confusión reinante, es importante que los Estados conozcan mejor el *concepto* de acuerdo, independientemente de su uso, y (5) se podría mitigar cualquier riesgo de confusión con el uso del término si en el *Proyecto de Directrices* y los comentarios acompañantes se adoptara un enfoque transparente del asunto y de los riesgos de confusión que podría crear].

- *Definición revisada de “contrato”*: En respuesta a varias recomendaciones de miembros del Comité, en la definición de contrato incluí los acuerdos que se rigen por el derecho no estatal, expresión adoptada hace poco por el CJI en la *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales*.
- *Capacidad para celebrar tratados*: Por recomendación de varios miembros del Comité y asesores jurídicos de ministerios de relaciones exteriores, he replanteado las *Directrices* sobre capacidad desde el punto de vista de las prácticas óptimas, describiendo lo que los Estados y otras instituciones *deberían* hacer en vista del derecho vigente y la costumbre con respecto a la capacidad para celebrar tratados. Además, he aclarado las directrices 2.2 y 2.3 a fin de proponer prácticas óptimas para que los Estados, sus instituciones (directriz 2.2) y potenciales copartícipes en un tratado (directriz 2.3) actúen con más transparencia al determinar qué entidades pueden suscribir tratados y sobre qué temas.
- *Métodos para identificar acuerdos*: He replanteado la forma de determinar la existencia de cualquier acuerdo (vinculante o no vinculante) y las dos pruebas para distinguir entre acuerdos internacionales de manera tal que representen un conjunto de prácticas óptimas que los Estados y otros sujetos de derecho internacional puedan utilizar.
- *Especificación del tipo de acuerdo*: Por recomendación de varios miembros del Comité y Asesores Jurídicos de Ministerios de Relaciones Exteriores, agregué ejemplos de cláusulas que los Estados Miembros u otros podrían usar en un instrumento para especificar si es un tratado, un compromiso político o un contrato.
- *Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo*: Recibí muchas sugerencias (desafortunadamente, no todas concordantes) sobre los apartados 3.4 y 3.5 del tercer informe. Para este borrador, las combiné en una sola directriz e hice un cuadro con ejemplos de elementos lingüísticos y otros elementos textuales indicativos de la condición de acuerdo.
- *Elementos indicativos del carácter contractual de un acuerdo*: Agregué la sugerencia de que, como buena práctica, los Estados partan del supuesto de que los acuerdos vinculantes entre Estados son tratados y no contratos. Sin embargo, opté por no suponer lo contrario en relación con los acuerdos interinstitucionales (aunque me gustaría que me dijeran si debo considerar esa posibilidad).
- *Procedimientos internos diferentes*: Suprimí el calificativo que daba a entender que estos procedimientos implican una “aprobación”, porque no todos los Estados los describirían de esta forma.
- *Efectos jurídicos de los tratados*: En el cuarto informe me referí a los efectos jurídicos de los tratados en tres directrices; en este borrador los combiné en una sola directriz.
- *Efectos jurídicos de los contratos*: Simplifiqué esta directriz para dar cabida a la posibilidad de que un contrato se rija por el derecho no estatal.
- *Efectos de los compromisos políticos*: Agregué una directriz que propone que el cumplimiento de los compromisos políticos por los Estados es una buena práctica (a pesar de reconocer que, jurídicamente, no están obligados a hacerlo). También agregué directrices y comentarios con diferencias más sutiles sobre los efectos jurídicos indirectos que los compromisos políticos pueden tener (especialmente como medio para interpretar otros acuerdos vinculantes), así como algunas aclaraciones útiles del papel de la preclusión o doctrina de los actos propios (estoppel) en los acuerdos no vinculantes extraídas del *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*.
- *Efectos jurídicos de los acuerdos interinstitucionales*: Simplifiqué los borradores anteriores y los combiné en una sola directriz, a la cual agregué algunas prácticas óptimas, entre ellas la expectativa de que los tratados interinstitucionales generen responsabilidad del Estado en su conjunto. No obstante, he tratado de que los Estados tomen conciencia de que hay puntos de vista divergentes en lo que se refiere a la

posibilidad de limitar la responsabilidad generada por los tratados interinstitucionales a las instituciones que los celebran y he formulado un par de soluciones consensuales para superar tales divergencias si se producen en la práctica. Por último propuse, como buena práctica nueva, que los Estados ejerzan toda la discreción que posean para evitar que los acuerdos interinstitucionales no autorizados tengan efectos jurídicos.

- *Elección de acuerdos vinculantes o no vinculantes*: Suprimí esta directriz (que sugería que los Estados tuvieran en cuenta los efectos jurídicos deseados al seleccionar un tipo determinado de acuerdo internacional). Los Estados deben sopesar numerosos factores al decidir qué tipo de acuerdo internacional celebrar en un contexto dado, entre ellos los posibles efectos jurídicos. En mi opinión, en este *Proyecto de Directrices* no se debería dar prioridad a los efectos jurídicos por encima de otros factores (que podrían ser demasiado numerosos para catalogar en estas directrices).

8. Además de revisar y actualizar a fondo las secciones anteriores de las *Directrices*, he elaborado un nuevo borrador de comentario sobre los efectos jurídicos internacionales de los acuerdos vinculantes y no vinculantes y sobre las prácticas óptimas en materia de capacitación y educación para mejorar los conocimientos y reducir la confusión y los conflictos en torno a estos temas.

9. El anexo I contiene un primer borrador completo de las *Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes*. En el anexo II se presentan comentarios sobre cada una de las directrices propuestas.

10. Agradezco las observaciones del Comité sobre el fondo y la estructura de cada una de las directrices propuestas y los comentarios acompañantes. ¿Son sensatas las definiciones de trabajo, los puntos de entendimiento y las prácticas óptimas que propongo? ¿Ayudarán a disipar la confusión actual y la posibilidad de desacuerdos en el derecho internacional y la práctica actuales? ¿Hay otras directrices que podría proponer (o grados de detalle o explicaciones que mejoren los comentarios)? Trataré de incorporar más observaciones en un borrador que el Comité pueda presentar a la Asamblea General de la OEA y, a la larga, a los Estados Miembros, a fin de recibir sus aportes y asesoramiento.

ANEXO I

PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA PARA LOS ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

Los Estados y otros actores internacionales actualmente suscriben y aplican una diversa gama de acuerdos internacionales. En el plano más general, se acostumbra dividirlos en (i) acuerdos que son “vinculantes” y, por lo tanto, se rigen por el derecho, ya sea el derecho internacional (tratados) o el derecho interno (contratos), y (ii) acuerdos que no son vinculantes (“compromisos políticos”), para los cuales el derecho no es fuente de fuerza normativa alguna. En medida creciente, los Estados también están autorizando la celebración de acuerdos por sus ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales (provincias o regiones).

La gama actual de acuerdos vinculantes y no vinculantes ofrece mucha flexibilidad: los acuerdos pueden adaptarse al contexto, incluidos los intereses de los autores, la doctrina y jurisprudencia, y los recursos. Al mismo tiempo, en el derecho y la práctica internacionales se observan grandes ambigüedades (o claras diferencias) en la forma en que los Estados autorizan o entienden sus diferentes acuerdos internacionales.

Eso ha causado mucha confusión entre los representantes de los Estados y ha planteado la posibilidad de malentendidos y controversias. Dos Estados pueden suscribir un acuerdo que uno de ellos considera como un compromiso político no vinculante y el otro como un tratado (o un contrato). La posibilidad de confusión y controversias es mayor cuando los ministerios de Estado o

las unidades territoriales subnacionales celebran acuerdos. Algunos Estados autorizan a estas entidades a celebrar tratados (es decir, acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional), mientras que otros les niegan esta posibilidad (ya sea debido a una falta de potestad o basándose en la premisa de que el derecho internacional no confiere a estos actores capacidad para suscribir tratados).

Con estas directrices se procura disipar la confusión actual y la posibilidad de que surjan conflictos entre Estados y otros interesados con respecto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las *Directrices* proporcionan un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas con respecto a quiénes celebran esos acuerdos, cómo pueden celebrarlos y qué efectos jurídicos tienen. La finalidad es ayudar a los Estados a deslindar y comprender las consecuencias de la negociación y celebración de distintos tipos de acuerdos internacionales. Un mayor conocimiento y conciencia de las prácticas óptimas podría ayudar a los Estados a evitar o mitigar los riesgos de confusión o conflicto que enfrentan actualmente. Al mismo tiempo, estas directrices no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias. En las *Directrices*, esos asuntos quedan sin resolver. El alcance de las *Directrices* es menor: consiste en proveer un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros puedan usar entre ellos (y quizá a escala mundial) para comprender mejor la forma en que se elaboran, interpretan y aplican acuerdos internacionales y reducir así el riesgo de desacuerdos o dificultades futuros.

1. Definiciones relacionadas con los acuerdos vinculantes y no vinculantes

1.1 Acuerdo: Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso normativo.

1.2 Tratado: Acuerdo internacional vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados que consta por escrito y se rige por el derecho internacional, independientemente de su designación, su registro o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.

1.3 Compromiso político: Acuerdo que no es jurídicamente vinculante, celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros actores con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.

1.4 Contrato: Acuerdo vinculante regido por el derecho nacional o el derecho no estatal.

1.5 Acuerdo interinstitucional: Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales. Según sus condiciones, las circunstancias del caso y los actos subsiguientes, un acuerdo interinstitucional podría reunir los requisitos para ser considerado como un tratado, un compromiso político o un contrato.

2. Capacidad para celebrar acuerdos internacionales

2.1 Capacidad de los Estados para celebrar tratados. Los Estados tienen capacidad para suscribir tratados y deberían hacerlo de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que regulen su capacidad para dar su consentimiento en obligarse.

2.2 Capacidad de las instituciones del Estado para celebrar tratados. Los Estados tienen la potestad, pero no la obligación, de autorizar a sus instituciones a celebrar tratados sobre temas de su competencia con el consentimiento de todos los coparticipes del tratado.

2.3 Confirmación de la capacidad para celebrar tratados. Los Estados o las instituciones autorizadas del Estado que prevean celebrar un tratado con una institución de otro Estado deben hacer todo lo posible para confirmar que la institución tenga suficiente competencia

en la materia del tratado y autorización del Estado del cual forme parte para celebrar un tratado sobre el tema.

2.4 Capacidad para celebrar compromisos políticos. Los Estados o las instituciones del Estado deberían estar facultados para celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.

2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados. Un Estado debería celebrar contratos con otros Estados que estén dispuestos a hacerlo de conformidad con el derecho que rija el contrato.

2.6 Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales. Una institución del Estado debería suscribir contratos con instituciones de otro Estado que estén dispuestas a hacerlo de conformidad con su propio derecho interno y, si es diferente, con el derecho que rija el contrato.

3. Métodos para identificar acuerdos vinculantes y no vinculantes

3.1 Identificación de acuerdos. Los Estados y otras partes que celebren acuerdos deberían suscribir acuerdos internacionales a sabiendas, y no inadvertidamente. Como mínimo, eso significa que los Estados deben hacer una distinción entre sus acuerdos (sean vinculantes o no vinculantes) y los demás compromisos e instrumentos. Las siguientes prácticas óptimas podrían facilitarles esa tarea:

3.1.1 Los Estados deberían remitirse a la terminología utilizada y a las circunstancias particulares para determinar si surgirá un acuerdo (o si ya existe un acuerdo).

3.1.2 En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales copartícipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo (e, idealmente, qué tipo de acuerdo será).

3.1.3 Un Estado debería abstenerse de refrendar una declaración o un instrumento si su punto de vista con respecto a su condición de acuerdo es diferente del punto de vista de los potenciales copartícipes hasta que logren conciliar esas diferencias.

3.2 Identificación del tipo de acuerdo celebrado. En la práctica actual de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de derecho internacional, se observan dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.

- Con el primero, algunos actores utilizan la “prueba de la intención”, análisis subjetivo según el cual las intenciones manifiestas de los autores determinan si un acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).
- Con el segundo, otros actores usan una “prueba objetiva”, según la cual la materia, el lenguaje y el contexto determinan su condición vinculante o no vinculante, independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de sus autores.

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Tienen en cuenta (a) el texto; (b) las circunstancias particulares, y (c) los actos subsiguientes para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, debido a que tienen objetivos analíticos diferentes, podrían llevar a conclusiones dispares en ciertos casos. Los resultados disímiles podrían, a su vez, causar confusión o conflictos, riesgo que se puede mitigar con ciertas prácticas:

3.2.1 Si un Estado todavía no ha decidido si usará la prueba de la intención o la prueba objetiva para identificar sus acuerdos vinculantes y no vinculantes, debería hacerlo.

3.2.2 Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos.

3.2.3 Sin embargo, los Estados no deberían suponer que los demás Estados o actores (entre ellos las cortes o los tribunales internacionales) usarán la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En cambio, deberían celebrar y aplicar sus acuerdos

internacionales de una manera que mitigue o incluso elimine los problemas que puedan llevar a que las dos pruebas conduzcan a conclusiones contradictorias.

3.3 Especificación del tipo de acuerdo celebrado. A fin de evitar puntos de vista incompatibles sobre la índole vinculante de un acuerdo o sobre el derecho que lo rige, los participantes deben hacer todo lo posible para especificar expresamente el tipo de acuerdo alcanzado, sea en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración. En lo que se refiere al texto, los Estados podrían usar los ejemplos de disposiciones que se presentan en el cuadro 1 para especificar la condición de un acuerdo. Sin embargo, en vista de la diversidad de acuerdos internacionales, los Estados también podrían adaptar otras fórmulas corrientes.

Cuadro 1. Especificación del tipo de acuerdo celebrado	
Tipo de acuerdo	Ejemplo de texto
Tratado	<i>En virtud de este acuerdo, se entablarán relaciones entre las partes que se regirán por el derecho internacional. Este acuerdo se propone dar lugar a derechos y obligaciones de conformidad con sus términos (condiciones).</i>
Compromiso político	<i>Este [título] no es vinculante de conformidad con el derecho internacional y no crea derechos u obligaciones jurídicamente vinculantes para sus participantes.</i>
	<i>Este [título] es un compromiso político cuyas disposiciones no lo habilitan para el registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.</i>
Contrato	<i>Este acuerdo se regirá por el derecho de [indicar el Estado y/o una fuente de derecho no estatal].</i>

3.4 Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo. En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar ciertos elementos como los siguientes (o recurrir a ellos) para indicar la existencia de un tratado o de un compromiso político no vinculante:

- a) el lenguaje utilizado en la práctica;
- b) la inclusión de ciertas cláusulas finales;
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo; y,
- d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.

En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos.

Cuadro 2. Identificación de acuerdos vinculantes y no vinculantes		
Características del acuerdo	Elemento indicativo de un tratado	Elemento indicativo de un compromiso político
Títulos	Tratado Convenio Acuerdo Pacto Protocolo	Entendimiento Arreglo Declaración
Autores	partes	participantes
Terminología	artículos obligaciones compromisos derechos	compromisos expectativas principios párrafos puntos de entendimiento
Lenguaje que denota un compromiso (verbos)	deberán acuerdan deben se comprometen a Hecho en [lugar] el [fecha]	deberían buscar impulsar tener la intención de esperar llevar a cabo entender aceptar
Lenguaje que denota un compromiso (adjetivos)	vinculante auténtico fidedigno	político voluntario vigente de igual validez
Cláusulas	Consentimiento en obligarse Entrada en vigor Depositario Modificación Rescisión Solución obligatoria de controversias	Entrada en vigor (o inicio de aplicación) Diferencias Modificaciones

3.5 Elementos indicativos de un contrato. En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar una cláusula sobre el derecho aplicable (o recurrir a ella) para confirmar la existencia

de un contrato. Los Estados deberían suponer que un texto claramente vinculante entre Estados que guarda silencio con respecto a su condición es un tratado, en vez de un contrato.

3.6 Indicios ambiguos o incongruentes de la condición de un acuerdo. En los casos en que los elementos indicativos de la condición de un acuerdo sean ambiguos o incongruentes, la condición del acuerdo debería determinarse sobre la base de un análisis integral que procure conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes. Los Estados deberían tratar de dar a conocer los resultados de su análisis integral a los otros coparticipes del acuerdo. En algunos casos, los Estados podrían considerar opciones más formales para la solución de controversias a fin de aclarar o resolver el carácter vinculante o no vinculante de sus acuerdos.

4. Procedimientos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes

4.1 Diferentes procedimientos internos para los tratados. Todo Estado debería tener plena libertad para establecer y mantener un procedimiento interno o varios para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o sus instituciones. Estos procedimientos podrían basarse en la constitución del Estado, sus leyes o su práctica. Distintos Estados podrían seguir procedimientos internos diferentes para el mismo tratado.

4.2 Establecimiento de procedimientos internos para los compromisos políticos. Los Estados deberían establecer y mantener procedimientos para autorizar todos los compromisos políticos (o los más importantes) celebrados por el Estado o sus instituciones. Aunque los compromisos políticos son acuerdos no vinculantes, sería conveniente que los Estados tuvieran procedimientos que confirmaran:

- a) el carácter no vinculante de un compromiso;
- b) la pertinencia del uso de una forma o modalidad no vinculante en vez de una vinculante, como ocurre en los casos en que, debido a la falta de tiempo o a la incertidumbre, es desaconsejable que el Estado quede atrapado en un acuerdo con efectos jurídicos, y,
- c) la notificación de las instituciones pertinentes del Estado, incluyendo al Ministerio de Relaciones Exteriores, y la coordinación con ellas.

4.3 Establecimiento de procedimientos internos para la aprobación de contratos entre Estados. Los Estados que celebren contratos con otros Estados deberían establecer y mantener procedimientos para aprobar su celebración. Como buena práctica, en dichos procedimientos los Estados deberían incluir:

- a) información sobre la forma en que el Estado determinará el derecho aplicable al contrato, y
- b) mecanismos para confirmar el derecho aplicable con los otros Estados contratantes a fin de evitar conflictos futuros.

4.4 Procedimientos internos para la aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes. Los Estados deberían contar con procedimientos para otorgar la debida autorización a las instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) que tengan capacidad para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos a fin de otorgar la debida autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para suscribir contratos de conformidad con su propio derecho interno o con el derecho interno de otro Estado.

4.4.1 En esos procedimientos se debería indicar la forma en que el Estado distingue si la institución está celebrando un tratado o un contrato; y,

4.4.2 En esos procedimientos se deberían incorporar mecanismos para confirmar por adelantado que la institución del otro Estado está de acuerdo con el tipo de acuerdo interinstitucional que se suscribirá y con su carácter jurídicamente vinculante.

4.5 Publicidad de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes

4.5.1 Los Estados deberían dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.

4.5.2 Los Estados deberían dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar contratos y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.

4.5.3 Los Estados podrían dar a conocer esta información al público en general (por ejemplo, colocando sus procedimientos en línea) o comunicar específicamente a otros Estados o instituciones del Estado la capacidad de sus instituciones y los procedimientos pertinentes que utilizan.

4.6 Publicidad de los registros de acuerdos vinculantes y no vinculantes

4.6.1 *Registros nacionales de acuerdos vinculantes.* Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos los acuerdos vinculantes del Estado y de sus instituciones.

4.6.2 *Registros nacionales de compromisos políticos.* Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos los compromisos políticos del Estado y de sus instituciones o por lo menos de los más importantes.

5. Efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes

5.1 Efectos jurídicos de la celebración de tratados por el Estado. Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de tratados sabiendo que dar su consentimiento en obligarse por un tratado tendrá por lo menos tres tipos de efectos jurídicos:

5.1.1 *Efectos jurídicos internacionales primarios.* De acuerdo con el principio fundamental de *pacta sunt servanda*, los tratados imponen la obligación de cumplir sus condiciones de buena fe.

5.1.2 *Efectos jurídicos internacionales secundarios.* La existencia de un tratado da lugar a la aplicación de varios regímenes jurídicos internacionales secundarios, entre ellos el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen particular vinculado a la materia del tratado.

5.1.3 *Efectos jurídicos internos.* El orden jurídico interno de un Estado podría disponer que los tratados celebrados por el Estado tengan efectos jurídicos internos, pero no se requiere que lo haga. Los Estados deberían estar en condiciones de explicar a otros Estados e interesados qué efectos jurídicos internos tendrán los tratados que suscriban.

5.2 Efectos jurídicos de los contratos. Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que los efectos jurídicos de un contrato, entre ellos los aspectos relativos al cumplimiento, el desplazamiento y la ejecución, dependerán del derecho aplicable al contrato.

5.3 Efectos de los compromisos políticos. Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que un compromiso político no tendrá ningún efecto jurídico directo de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno, ya que los compromisos políticos no son jurídicamente vinculantes.

5.3.1 Los Estados y sus instituciones deberían cumplir sus compromisos políticos y aplicarlos, entendiéndose que otros Estados esperarán que el compromiso político se cumpla por razón de su fuerza moral o del contexto político en el cual se celebró.

5.3.2 Los Estados y sus instituciones deberían saber que un compromiso político podría tener efectos jurídicos indirectos para un Estado. Por ejemplo, los compromisos políticos pueden:

- i) incorporarse en otros actos jurídicos internacionales, como tratados o decisiones de organizaciones internacionales;
- ii) incorporarse en actos jurídicos internos, como leyes u otros tipos de normativa, o

iii) servir de base para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes o guiarlos.

5.4 Efectos jurídicos de un acuerdo interinstitucional. Los Estados deberían suponer que un acuerdo interinstitucional surtirá los efectos jurídicos de la categoría de acuerdo (tratado, compromiso político o contrato) a la que corresponda.

5.4.1 Los Estados deberían suponer que los tratados y contratos interinstitucionales generarán responsabilidad del Estado en su conjunto.

5.4.2 No obstante, los Estados deberían tener en cuenta que, en ciertos casos, un Estado o su institución podría afirmar que la responsabilidad jurídica por un acuerdo interinstitucional se extiende solo a la institución del Estado que celebre el acuerdo.

5.4.3 En los casos en que los Estados tengan puntos de vista divergentes acerca de la responsabilidad jurídica generada por un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían armonizar sus puntos de vista y avenirse a que ambos Estados asuman la responsabilidad emanada del acuerdo interinstitucional o limiten la responsabilidad a las instituciones que suscriban el acuerdo.

5.4.4 Los Estados deberían utilizar toda la discreción que posean para evitar que un acuerdo interinstitucional tenga efectos jurídicos en los casos en que una o más de las instituciones participantes no hayan recibido del Estado del cual formen parte la potestad (o la capacidad general) necesaria para celebrar un acuerdo de ese tipo.

6. Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes

6.1 Capacitación y educación a cargo de los Estados sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes. Los Estados deberían tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes del Ministerio de Relaciones Exteriores para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;
- (ii) entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;
- (iii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y,
- (iv) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.

6.2 Capacitación y educación sobre acuerdos interinstitucionales. Si un Estado autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales, debe tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes de una dependencia o una unidad territorial subnacional del Estado para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;
- (ii) entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;
- (iii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos;
- (iv) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.

**PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA
PARA ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES
(CON COMENTARIOS)**

Los Estados y otros actores internacionales actualmente suscriben y aplican una diversa gama de acuerdos internacionales. En el plano más general, se acostumbra dividirlos en (i) acuerdos que son “vinculantes” y, por lo tanto, se rigen por el derecho, ya sea el derecho internacional (tratados) o el derecho interno (contratos), y (ii) acuerdos que no son vinculantes (“compromisos políticos”), para los cuales el derecho no es fuente de fuerza normativa alguna. En medida creciente, los Estados también están autorizando la celebración de acuerdos por sus ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales (provincias o regiones).

La gama actual de acuerdos vinculantes y no vinculantes ofrece mucha flexibilidad: los acuerdos pueden adaptarse al contexto, incluidos los intereses de los autores, la doctrina y jurisprudencia, y los recursos. Al mismo tiempo, en el derecho y la práctica internacionales se observan grandes ambigüedades (o claras diferencias) en la forma en que los Estados autorizan o entienden sus diferentes acuerdos internacionales.

Eso ha causado mucha confusión entre los representantes de los Estados y ha planteado la posibilidad de malentendidos y controversias. Dos Estados pueden suscribir un acuerdo que uno de ellos considera como un compromiso político no vinculante y el otro como un tratado (o un contrato). La posibilidad de confusión y controversias es mayor cuando los ministerios de Estado o las unidades territoriales subnacionales celebran acuerdos. Algunos Estados autorizan a estas entidades a celebrar tratados (es decir, acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional), mientras que otros les niegan esta posibilidad (ya sea debido a una falta de potestad o basándose en la premisa de que el derecho internacional no confiere a estos actores capacidad para suscribir tratados).

Con estas directrices se procura disipar la confusión actual y la posibilidad de que surjan conflictos entre Estados y otros interesados con respecto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las *Directrices* proporcionan un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas con respecto a quiénes celebran esos acuerdos, cómo pueden celebrarlos y qué efectos jurídicos tienen. La finalidad es ayudar a los Estados a deslindar y comprender las consecuencias de la negociación y celebración de distintos tipos de acuerdos internacionales. Un mayor conocimiento y conciencia de las prácticas óptimas podría ayudar a los Estados a evitar o mitigar los riesgos de confusión o conflicto que enfrentan actualmente. Al mismo tiempo, estas directrices no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias. En las *Directrices*, esos asuntos quedan sin resolver. El alcance de las *Directrices* es menor: consiste en proveer un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros puedan usar entre ellos (y quizá a escala mundial) para comprender mejor la forma en que se elaboran, interpretan y aplican acuerdos internacionales y reducir así el riesgo de desacuerdos o dificultades futuros.

1. Definiciones relacionadas con los acuerdos vinculantes y no vinculantes

1.1 Acuerdo: *Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso normativo.*

Comentario: El concepto de acuerdo no está bien definido en el derecho internacional. Al preparar el borrador que se convirtió en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

de 1969, la Comisión de Derecho Internacional prestó poca atención a esta idea, a pesar de que la usó regularmente en sus deliberaciones¹. Ninguno de los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario del Comité abordó el concepto. No obstante, todo acuerdo tiene por lo menos dos elementos básicos: *mutualidad* y *compromiso*.

En lo que se refiere a la *mutualidad*, el primer Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados, J. L. Brierly, observó que la definición de tratado como “acuerdo” excluye las “declaraciones unilaterales”². Por lo tanto, los acuerdos no surgen *sua*

¹ Aunque los cuatro relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional usaron el vocablo “acuerdo” en su trabajo, ninguno lo definió. Véanse J. L. Brierly, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1950, vol. II, 227 (párrs. 19 y 20); Hersch Lauterpacht, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1953, vol. II, 90, 93-94 (art. 1); Gerald G. Fitzmaurice, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1956, vol. II, 117; Henry Waldock, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. II, 31 (párr. 1[a]).

² Brierly, *supra*, nota 1, pág. 227, párrs. 19 y 20. En el derecho internacional, ciertas declaraciones unilaterales se consideran como una forma de compromiso jurídico internacional. En el caso de los *Ensayos nucleares*, la CIJ concluyó que Francia estaba obligada, de conformidad con el derecho internacional, por las declaraciones públicas de su Presidente, del Ministro de Relaciones Exteriores y del Ministro de Defensa a suspender los ensayos nucleares en el sur del Pacífico, con lo cual se obvió la necesidad de que la Corte emitiera un fallo en el caso. *Ensayos nucleares (Australia y Nueva Zelandia c. Francia)* (1974), Informe de la CIJ 267 y 268, párrs. 43 a 50. Basándose en este fallo, en 2006, la Comisión de Derecho Internacional formuló un principio rector básico: “Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas”. Comisión de Derecho Internacional, *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas* y los comentarios correspondientes (2006), 58.º período de sesiones, documento de las Naciones Unidas A/61/10, Principio rector 1. Algunos ejemplos de declaraciones unilaterales son la declaración de Egipto de 1957 sobre el Canal de Suez, la renuncia de Jordania de 1988 a Cisjordania, las declaraciones de los Estados Unidos ante el Grupo Especial de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el caso de la *Ley de Comercio Exterior de 1974* y (posiblemente) las declaraciones de Cuba de 2002 sobre el suministro de vacunas a Uruguay. V. R. Cedeño, *Octavo informe sobre los actos unilaterales del Estado* (26 de mayo de 2005), documento de las Naciones Unidas A/CN.4/557; *Estados Unidos - artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* (Informe del Grupo Especial) (1999) WT/DS152/R [7.118]-[7.123].

Sin embargo, las fuentes están divididas en lo que se refiere a si las declaraciones unilaterales dependen de la intención del Estado declarante o de la doctrina de los actos propios en los casos en que los destinatarios previstos de la declaración recurran a ella de buena fe y de manera razonable. Compárense el *Caso relativo a la controversia fronteriza (Burkina Faso c. la República de Malí)* (Fallo) (1986), Informe de la CIJ 573 y 574, párr. 39, y el caso de la *Obligación de negociar una salida al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)* (Fallo) (1 de octubre de 2018), Lista General 153, 47, párr. 148 (existencia de una declaración unilateral vinculante: todo depende de la intención del Estado en cuestión); con Comisión de Derecho Internacional, *Actos Unilaterales de los Estados: Informe del Grupo de Trabajo* (20 de julio de 2006), documento de las Naciones Unidas A/CN.4/L.703, Nota introductoria (donde se observa que la intención y la doctrina de los actos propios son dos teorías en pugna con respecto a la fuente de la obligación en el caso de las declaraciones unilaterales).

sponte de un solo agente, sino que son el producto de un intercambio o comunicación mutuos³. Brierly también señaló que la “esencia de un ‘tratado’ no es el instrumento o documento en el que consta, sino el acuerdo o *consenso* creados por el acto de su celebración formal⁴. Al vincular el acuerdo a un “consenso”, el concepto queda vinculado a la existencia de un “acuerdo de voluntades” o *consensus ad idem*⁵.

Además de la mutualidad, el *consensus ad idem* debe incorporar algún tipo de compromiso. El *compromiso* se refiere a la idea de que un acuerdo abarca expectativas comunes de actos futuros. No basta que los participantes en un acuerdo expliquen sus respectivas posiciones o incluso que indiquen un “punto de vista acordado”: en los compromisos se explica la forma en que los participantes abandonarán el statu quo o continuarán realizando ciertos actos⁶. Por supuesto, la precisión de los compromisos puede variar; algunos abarcan reglas claras que los participantes pueden aplicar plenamente *ex ante*, mientras que otros son normas cuyo cumplimiento requiere un análisis *ex post* en el cual se tengan en cuenta todas las circunstancias. La mutualidad de los compromisos tampoco debe confundirse con la reciprocidad. Los acuerdos pueden ser unilaterales: no requieren un intercambio de compromisos (lo que en el derecho consuetudinario se denomina “contraprestación”); puede bastar con un solo compromiso asumido por un participante con otro (u otros)⁷.

1.2 Tratado: *Acuerdo internacional vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados que consta por escrito y se rige por el derecho internacional, independientemente de su designación, su registro o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.*

Comentario: La definición de tratado que se usa en las *Directrices* deriva de la que consta en el artículo 2(1)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

Para los efectos de la presente Convención: (a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular⁸.

Esta definición está ampliamente aceptada. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha señalado que refleja el derecho internacional consuetudinario⁹, la mayoría de los Estados la refrendan¹⁰ y los expertos la citan con frecuencia al definir el concepto de tratado¹¹.

³ Duncan B. Hollis y Joshua J. Newcomer, “Political” Commitments and the Constitution, 49 VIRG. J. INT’L L. 507, 522 (2009); Jan Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law* 51-53 (1996).

⁴ ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1950, vol. II, 227, párrs. 19 y 20.

⁵ Véanse, por ejemplo, J. L. Weinstein, *Exchange of Notes*, 29 BRITISH YBK INT’L L. 205, 226 (1952) (el consenso de las partes, y no el instrumento, es la esencia del acuerdo, independientemente de su forma); Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* 77 (2009) (ídem); Kelvin Widdows, *What is an Agreement in International Law?*, 50 BRITISH YBK INT’L L. 117, 119 (1979) (ídem).

⁶ Véanse, por ejemplo, Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 522; Klabbbers, *supra*, nota 3, en 51-53; Kal Raustiala, *Form and Substance in International Agreements*, 99 AM. J. INT’L L. 581, 584-585 (2005).

⁷ Véase Duncan B. Hollis, *Defining Treaties*, en THE OXFORD GUIDE TO TREATIES 20 (Duncan B. Hollis, ed., 2012).

⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (abierta a la firma el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331, párr. 2(1)(a).

⁹ Véase *Delimitación marítima en el Océano Índico (Somalia c. Kenya)* (Fallo) (2017), Informe de la CIJ 3, 21, párr. 42; *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (El Camerún c. Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial)* (2002), Informe de la CIJ 249, párr. 263. Otros

Al mismo tiempo, se reconoce ampliamente que la definición de tratado que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es incompleta. No se incluyen entre los tratados los acuerdos celebrados por otros sujetos de derecho internacional. Sin embargo, nadie niega que los acuerdos con organizaciones internacionales o entre ellas también puedan reunir las condiciones para ser considerados como tratados¹². En la definición que consta en la Convención también se hace referencia a asuntos que en otra época eran controvertidos (por ejemplo, que un intercambio de notas puede constituir un tratado) y que ya no son objeto de cuestionamientos serios¹³. Los tratados pueden existir en un solo instrumento o en forma de dos o más instrumentos conexos¹⁴.

Por lo tanto, la definición de tratado que se usa en las *Directrices* parte de la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y se amplía para dar cabida al derecho y la práctica modernos de los tratados. A efectos de estas *Directrices*, un tratado tiene los siguientes elementos: (a) acuerdo internacional; (b) celebrado; (c) entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados; (d) que consta por escrito; (e) y se rige por el derecho internacional, independientemente de (f) su designación, (g) su registro o (h) los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.

- i. *Acuerdo internacional*. Un tratado es un tipo específico de acuerdo: *todos los tratados son acuerdos, pero no todos los acuerdos reúnen las condiciones para ser considerados como tratados*¹⁵. Sin embargo, no resulta claro para qué otro fin sirve el calificativo

tribunales internacionales han adoptado una posición similar. Véase, por ejemplo, *Texaco v. Libyan Arab Republic*, 53 INT'L L. REP. 389, 474 (1977).

¹⁰ Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018), párr. 8 (“Hollis, Segundo informe”) (nueve de los diez Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario aceptan la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su derecho de los tratados y en la práctica, mientras que el décimo Estado no abordó el tema); Duncan B. Hollis, *A Comparative Approach to Treaty Law and Practice*, en NATIONAL TREATY LAW & PRACTICE 9 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (de 19 Estados representativos, prácticamente todos los Estados encuestados aceptan la definición de tratado que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

¹¹ Véanse, por ejemplo, Anthony Aust, *Modern Treaty Law & Practice* 14 (3.^a ed., 2013); Malgosia Fitzmaurice y Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties* 6-25 (2005); Klabbers, *supra*, nota 3, en 40.

¹² Véase *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* (adoptada el 21 de marzo de 1986, todavía no ha entrado en vigor), 25 ILM 543 (1986) (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986); A. McNair, *The Law of Treaties* 755 (1961) (hace cincuenta años se habría podido decir que solo los Estados pueden celebrar tratados, pero en la actualidad una afirmación de ese tipo sería anticuada).

¹³ Por ejemplo, en el proyecto de Convención de Harvard sobre el Derecho de los Tratados, de 1935, originalmente se excluyeron los intercambios de notas de la definición de tratado. 29 AM. J. INT'L L. (Supp.) 653, 698 (1935). En la actualidad, sin embargo, los tratados pueden consistir en un solo intercambio de notas o en intercambios repetidos. Véase, por ejemplo, Philippe Gautier, *Article 2, Convention of 1969*, en *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 35 (Oliver Corten y Pierre Klein, eds., 2011); Villiger, *supra*, nota 5, en 200.

¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2(1)(a).

¹⁵ Véase Villiger, *supra*, nota 5, en 77. Este punto se reiteró durante todo el trabajo preparatorio de la Comisión de Derecho Internacional. Véase Brierly, *Primer informe, supra*, nota 1, en 227, párr. 19; Humphrey Waldock, *Cuarto informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1965, vol. II, 11, párr. 1; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1965, vol. I, 10, párr. 10 (Briggs).

“internacional”. No se ha utilizado para limitar la materia de los tratados celebrados. En la actualidad, la mejor interpretación del requisito de que un acuerdo sea “internacional” posiblemente consista en que refuerza el alcance del tratado en lo que se refiere a quiénes pueden celebrarlo (es decir, actores con personería jurídica internacional) o a la base jurídica internacional de las obligaciones resultantes¹⁶.

- ii. ...*celebrado*... ¿Cuándo se celebra un acuerdo internacional? El vocablo puede usarse en términos generales para hacer referencia a cualquier punto situado entre el fin de las negociaciones y un compromiso definitivo en el sentido de que las partes se obligan por el instrumento en el marco del derecho internacional¹⁷. Tanto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como en la práctica de los Estados se define la celebración como el momento en el cual las partes adoptan el texto del tratado o lo abren a la firma¹⁸. Para los efectos de estas *Directrices*, es importante recalcar que se puede haber “celebrado” un tratado a pesar de que no haya entrado en vigor (o de que nunca vaya a entrar en vigor)¹⁹. La celebración y la entrada en vigor no son sinónimos²⁰. Por lo tanto, es importante distinguir los efectos jurídicos que surgen cuando un tratado meramente existe de los efectos que tiene cuando entra en vigor (es decir, el principio de *pacta sunt servanda* se aplica solamente al segundo subconjunto de tratados)²¹.
- iii. ...*entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados*... En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se define un tratado como un acuerdo entre Estados. En la práctica, un Estado puede celebrar un tratado directamente en su nombre (acuerdo entre Estados) o por medio de una de sus instituciones, ya sea el gobierno nacional en conjunto (acuerdo entre gobiernos) o un ministerio nacional (acuerdo interinstitucional), o de una unidad territorial subnacional (por ejemplo, un acuerdo entre provincias)²². Al mismo tiempo, en la Convención de Viena se reconoce la posibilidad de que “otros sujetos de derecho internacional” celebren tratados²³. Esta

¹⁶ Esto se deduce de lo que Waldock entendía inicialmente. Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 31 (apartado 1[a]); véase también Villiger, *supra*, nota 5, en 78.

¹⁷ Waldock adoptó el segundo punto de vista. Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 30, párr. 9. Brierly apoyaba la idea de vincular la celebración de un tratado a la consignación del texto acordado en su forma definitiva. J. L. Brierly, *Segundo informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1951, vol. II, 70-71; véase también Villiger, *supra*, nota 5, en 78-79.

¹⁸ La estructura de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados favorece este punto de vista. En los artículos 7 a 10 se habla del “texto de un tratado” al hacer referencia a plenos poderes, la adopción y la autenticación del texto de un tratado, pero se habla de un “tratado” en los artículos en los cuales se explican las diversas formas de manifestar el consentimiento en obligarse (11 a 18). En la Convención de Viena de 1986 se adopta el mismo enfoque. Véase Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* 232-233 (2.^a ed., 2015); Aust, *supra*, nota 11, en 86.

¹⁹ Por lo tanto, los tratados no perfeccionados, es decir, los que no han entrado en vigor, también se consideran como tratados. Véase, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12 (todavía no ha entrado en vigor).

²⁰ Aust, *supra*, nota 11, en 86; Villiger, *supra*, nota 5, en 79.

²¹ Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 24(4) (donde se señalan diversas “disposiciones de un tratado” que se aplican “desde el momento de la adopción de su texto” en vez de aplicarse desde el momento de la entrada en vigor).

²² Véase, por ejemplo, Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, en 8, párr. 24 (Estados Unidos y Jamaica informan que aceptan la celebración de acuerdos entre organismos gubernamentales que se encuadren en la definición de tratado); *id.*, párr. 26 (el derecho mexicano permite que las entidades federativas suscriban acuerdos interinstitucionales regidos por el derecho internacional).

²³ Véase *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, art. 3 (en la definición de tratado que consta en la Convención no se excluye la fuerza jurídica de los acuerdos celebrados por

categoría abarca entidades tales como organizaciones internacionales, que constituyen el tema de la Convención de Viena de 1986²⁴. Además, otros sujetos de derecho internacional podrían tener suficiente personería jurídica para suscribir tratados sobre ciertas materias (por ejemplo, los grupos insurgentes pueden celebrar tratados sobre el cese de las hostilidades)²⁵. En estas *Directrices* se habla de “sujetos apropiados” para reconocer que no todas las entidades que aspiren a ser sujetos de derecho internacional pueden serlo. Algunos Estados afirman que una institución del Estado (como un territorio de ultramar o un gobierno regional) puede ser tratada como “otro sujeto” de derecho internacional, es decir, un sujeto capaz de celebrar un tratado directamente, en nombre propio. Sin embargo, esa posición es tema de controversia y no es la finalidad de estas *Directrices* resolverla²⁶. Por lo tanto, en la definición de tratado simplemente se incluyen las instituciones del Estado entre los actores que celebran tratados, sin aclarar si pueden hacerlo de forma independiente o solo como actores de un Estado.

- iv. ...*que consta por escrito*... En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se requiere que todos los tratados se celebren por escrito, es decir, que haya una prueba permanente y legible del acuerdo, pero no se impone ningún requisito particular con respecto a la forma²⁷. Por ejemplo, no se exige que los tratados se firmen²⁸ ni que se publiquen²⁹. Asimismo, hay muchas formas diferentes de registrar un tratado, entre ellas los medios tradicionales más obvios: mecanografiado e impresión. Los métodos de comunicación modernos, como el correo electrónico, los mensajes de texto y las cuentas en medios sociales (por ejemplo, Twitter), también pueden ofrecer mecanismos para el registro de futuros tratados³⁰.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados excluye los acuerdos verbales de su ámbito de aplicación (principalmente por razones prácticas)³¹. En la actualidad, muchos Estados, pero no todos, entienden que el derecho consuetudinario internacional contempla los tratados verbales³². De acuerdo con el derecho interno de los Estados Unidos, por ejemplo, los

Estados con otros sujetos de derecho internacional o entre dichos sujetos); Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 30.

²⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12.

²⁵ Véase Tom Grant, *Who Can Make Treaties? Other Subjects of International Law*, en *The Oxford Guide to Treaties* 125-26 (Duncan B. Hollis, ed., 2012).

²⁶ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, en 8, párr. 25 (Argentina deniega a los ministerios de gobierno la potestad de celebrar tratados porque no son sujetos de derecho internacional).

²⁷ Aust, *supra*, nota 11, en 16.

²⁸ *Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (Fallo, 20 de abril de 2010) (2010), Informe de la CIJ, párrs. 132 a 150 (donde un comunicado de prensa conjunto sin firmar se considera como un “acuerdo”); Gautier, *supra*, nota 13, en 38; Aust, *supra*, nota 11, en 20 y 21.

²⁹ Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 11, en 23 y 24; Klabbbers, *supra*, nota 3, en 85 y 86.

³⁰ Aust, *supra*, nota 11, en 16 (donde se apoya la idea de que podría celebrarse un tratado por correo electrónico).

³¹ Véase *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, art. 3. La Comisión de Derecho Internacional recalcó que se centraba exclusivamente en los acuerdos consignados por escrito “para mayor claridad y sencillez” y que “no es que se quiera negar a los acuerdos verbales fuerza de obligar en derecho internacional ni tampoco se pretende decir que algunos de los principios enunciados en las partes siguientes del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados preparado por la Comisión no sean pertinentes respecto de los acuerdos verbales”, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 7.

³² Véanse, por ejemplo, Hollis, *A Comparative Approach, supra*, nota 10, en 12 y 13 (donde se analizan el derecho y la práctica de los tratados de Alemania, Canadá, Japón, el Reino Unido y Suiza); Jan G. Brower, *The Netherlands*, en *National Treaty Law & Practice* 486 (Duncan B.

acuerdos internacionales verbales, una vez celebrados, deben consignarse por escrito³³. Al disponer que un tratado deba constar “por escrito”, en estas *Directrices* no se refrenda el concepto del tratado verbal específicamente, aunque la definición incluye todo tratado verbal que se consigne por escrito con posterioridad.

- v. *...y se rige por el derecho internacional...* Este es el criterio esencial de la definición de tratado. En términos sencillos, *si un acuerdo internacional se rige por el derecho internacional, es un tratado*. Sin embargo, la dificultad radica en entender qué quiere decir esta frase. Al decir que “se rige por el derecho internacional”, se distingue claramente un tratado de las otras dos categorías de acuerdo internacional: contratos (acuerdos regidos por el derecho nacional) y compromisos políticos (acuerdos que no se rigen por ningún tipo de derecho)³⁴, pero no resulta claro exactamente de qué forma. Para empezar, la idea de que los tratados se rigen por el derecho internacional puede interpretarse más como una consecuencia de la celebración del tratado que como un elemento constitutivo del concepto³⁵. Como se verá más adelante, los Estados y los expertos no han resuelto por completo la forma de decidir qué acuerdos se rigen por el derecho internacional. En la actualidad, hay dos posiciones diferentes. La primera favorece indicadores subjetivos para determinar los casos en que un acuerdo se rige por el derecho internacional sobre la base de la intención de los Estados (u otros sujetos) que lo celebran. En otras palabras, un acuerdo es un tratado en los casos en que refleja las intenciones comunes de sus autores. En cambio, la otra posición considera que los marcadores objetivos de un acuerdo (la materia o el uso de cierto texto) son más indicativos de los casos en que se rige por el derecho internacional. En la práctica, la aplicación de este criterio a los tratados implica una oscilación entre enfoques subjetivos y objetivos³⁶.

Hollis et al., eds., 2005) (el gobierno holandés se ha opuesto a la práctica de los acuerdos verbales desde 1983); K. Thakore, *India*, en *National Treaty Law & Practice* 9 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) 352 (en la India no se recurre a acuerdos verbales); Neville Botha, *South Africa*, en *National Treaty Law & Practice* 9 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) 583 (ni en el derecho ni en la práctica de Sudáfrica se prevén los acuerdos verbales, que carecen de autorización oficial).

³³ Véase 1 U.S.C. §112b.

³⁴ Ambas distinciones se plantearon en la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Viena. Sobre la distinción entre tratados y contratos, véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Documentos oficiales, Documentos de la conferencia*, A/CONF.39/11/Add.2, 9, párr. 6 (“Conferencia de Viena, Documentos oficiales”). Sobre la distinción entre tratados y compromisos políticos, véanse ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 96-97, párr. 8 (“no se considerarán como tratados los instrumentos que, aunque tengan apariencia de tratados, no contengan sino declaraciones de principio o exposiciones de orden político, o expresiones de opinión o «vœux»”); Conferencia de Viena, *Documentos oficiales, supra*, en 111 y 112; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Actas resumidas del primer período de sesiones*, A/CONF.39/11, 23, párr. 26 (“Conferencia de Viena, primer período de sesiones”) (el delegado de México distingue los tratados de declaraciones de principio o instrumentos políticos); *id.* en 28, párr. 65.

³⁵ Esa perspectiva influyó claramente en la génesis de la frase en la Comisión de Derecho Internacional. Véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3.

³⁶ Martti Koskenniemi, *Theory: implications for the practitioner*, en *Theory and international law: an introduction* 19-20 (Philip Allott et al., eds., 1991).

vi. ...*independientemente de su designación*... En el derecho internacional no se ha impuesto ningún requisito de forma o formalidad para la celebración de tratados³⁷. Por lo tanto, no es necesario que se titulen “tratado”. En la práctica, los tratados tienen títulos muy diferentes, como “acta”, “acta aprobada”, “carta”, “convención”, “pacto”, “declaración”, “memorando”, “nota verbal”, “protocolo”, “estatuto” y, por supuesto, “tratado”. Los tribunales internacionales han clasificado instrumentos como tratados a pesar de las diferencias en el formato de los acuerdos. En *Qatar c. Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia analizó el “acta aprobada” de 1990 de una reunión de ministros de relaciones exteriores y la consideró como un tratado³⁸. Más recientemente, en el *Caso de las plantas de celulosa*, la Corte llegó a la conclusión de que un comunicado de prensa constituía un acuerdo vinculante para las partes³⁹.

A lo sumo, el título de un acuerdo puede proporcionar una indicación de su condición. Por ejemplo, puede indicar las intenciones de los autores. Cuando dos Estados usan el título “tratado”, eso da a entender que preveían celebrar un tratado, pero el hecho de que un acuerdo tenga un título en particular no determina si es o no es un tratado. Por lo tanto, aunque algunos Estados prefieren usar “memorando de entendimiento” como título de sus compromisos políticos, el hecho de que un acuerdo tenga ese título no lo convierte automáticamente en un instrumento no vinculante. Los memorandos de entendimiento pueden ser tratados⁴⁰.

vii. ...*o registro*... De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, párrafo 102(1), se requiere que “[t]odo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible”⁴¹. ¿Significa esto que los acuerdos que no han sido registrados no son tratados? La respuesta es claramente que no⁴². Ni en la Carta de las Naciones Unidas ni en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se vincula explícitamente el

³⁷ Véanse, por ejemplo, *An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Laudo sobre jurisdicción, Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2013-19 (29 de octubre de 2015), párr. 214 (en adelante, “*Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*”) (la forma o la designación de un instrumento no determinan su condición de acuerdo); *Sudoeste africano (Etiopía c. Sudáfrica, Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares) (1962), Informe de la CIJ 319, 331 (la terminología no es un factor determinante de la índole de un acuerdo internacional).

³⁸ *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)* (competencia y admisibilidad) (1994) Informe de la CIJ 112, párrs. 21 a 30.

³⁹ *Caso de las plantas de celulosa, supra*, nota ²⁸, párr. 138.

⁴⁰ Otra posibilidad es que los Estados atribuyan una condición diferente al mismo memorando de entendimiento, como lo hicieron Estados Unidos y las otras partes con respecto a ciertos memorandos de entendimiento relacionados con la defensa que Estados Unidos consideraba como tratados, pero que las demás partes (Australia, Canadá y el Reino Unido) consideraban como compromisos políticos no vinculantes. Véase J. McNeill, *International Agreements: Recent US-UK Practice Concerning the Memorandum of Understanding*, 88 AM. J. INT’L L. 821 (1994).

⁴¹ Carta de las Naciones Unidas, art. 102(1); véase también Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 80(1) (“Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación”). En cambio, el artículo 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones no se quedaba allí, sino que indicaba que “un tratado o compromiso internacional” no sería obligatorio antes de haber sido registrado.

⁴² *Accord Aust, supra*, nota 11, en 302 y 303; Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 11, en 23; Klabbers, *supra*, nota 3, en 84; D.N. Hutchinson, *The Significance of the Registration or Non-Registration of an International Agreement in Determining Whether or Not it is a Treaty*, *Current Legal Problems* 257, 265-276 (1993).

registro de un tratado a su condición jurídica. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas tiene cuidado de indicar regularmente que la aceptación por la Secretaría de un instrumento para su registro no le confiere la condición de tratado o acuerdo internacional si todavía no la tiene⁴³. Asimismo, el hecho de que un acuerdo no esté registrado no es motivo para denegarle la condición de tratado. Como señaló la CIJ en *Qatar c. Bahrein*, la omisión del registro o el registro tardío no tienen ninguna consecuencia para la validez del acuerdo en la práctica, que sigue siendo no menos vinculante para las partes⁴⁴. En resumen, el registro no es un criterio requerido para que un acuerdo se encuadre en la definición de tratado.

Aunque el registro no sea determinativo, puede ser indicativo de la existencia de un tratado. Igual que el título, el registro indica la intención (aunque sea solo de la parte que registra el instrumento) de que el acuerdo sea un tratado. Sin embargo, como los Estados no monitorean regularmente el registro de tratados, el registro suele decir poco, si acaso, sobre las intenciones de los otros Estados. No obstante, en el caso *Somalia c. Kenya*, la CIJ dio a entender que el registro es uno de los factores que tiene en cuenta para identificar tratados, en particular en los casos en que la otra parte no haya impugnado posteriormente el registro⁴⁵.

viii. ...o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse. La definición de “tratado” puede variar según el contexto en que se use. Para los efectos de estas *Directrices*, es importante distinguir la forma en que los Estados Miembros definen los tratados en su derecho interno de la forma en que se define el concepto en el derecho y la práctica internacionales. Como cuestión de derecho interno, algunos Estados limitan la definición de tratado en su orden jurídico interno a los acuerdos autorizados por medio de procedimientos internos específicos, que en la mayoría de los casos consisten en la aprobación legislativa⁴⁶. Los acuerdos

⁴³ Secretario General de las Naciones Unidas, *Note by the Secretariat*, en *2856 Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations VII* (2012). En caso de duda, la Organización de las Naciones Unidas prefiere la inscripción, pero ocasionalmente se ha negado a inscribir un texto que no consideraba como un tratado.

⁴⁴ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 29. Sin embargo, el hecho de que un memorando de entendimiento suscrito entre Estados Unidos y el Reino Unido en 1983 no había sido registrado ni publicado influyó en la decisión tomada en el arbitraje en el caso *Heathrow* de que no era jurídicamente vinculante. *Award on the First Question, US/UK Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (1992) cap. 5 155, párr. 6.5.

⁴⁵ Véase *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, 21, párr. 42 (donde se señala que Kenya registró el instrumento y Somalia no formuló objeciones durante cinco años entre las razones por las cuales el memorando de entendimiento constituía un tratado).

⁴⁶ Los tipos de acuerdos que requieren aprobación legislativa varían de un Estado a otro. Véase, por ejemplo, Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10 (donde se examina la forma en que se aborda el papel del poder legislativo en la celebración de tratados en diecinueve Estados). En algunos Estados, como la República Dominicana, todos los acuerdos internacionales requieren aprobación legislativa; en otros, como Canadá, no se necesita aprobación legislativa para celebrar acuerdos internacionales (sin embargo, podrían requerirse leyes para aplicar ciertos acuerdos en el ámbito interno). Otros Estados adoptan procedimientos internos diferentes para acuerdos internacionales sobre distintos temas o a la luz de otras autoridades internas. Véanse, por ejemplo, República Dominicana, Dirección Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al cuestionario sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, 29 de noviembre de 2017 (donde se cita el artículo 93 de la Constitución de 2015) (en adelante “Respuesta de la República Dominicana”); República del Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Cuestionario “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Ecuador”) (se requiere

internacionales que no requieren o no reciben este tipo de aprobación no se consideran como tratados para los efectos del derecho interno, sino que integran una categoría discreta. Muchos Estados los denominan “acuerdos ejecutivos”⁴⁷; otros, en particular los Estados del Commonwealth, usan el término “tratado” para referirse a sus acuerdos internacionales aunque no requieran autorización legislativa previa⁴⁸. Por lo tanto, el hecho de que un Estado disponga un conjunto particular de procedimientos internos para la celebración de un acuerdo internacional no permite predecir con exactitud su condición de acuerdo vinculante de conformidad con el derecho internacional. Por esa razón, estas *Directrices* se ciñen a la formulación más amplia según la cual un tratado abarca *todos* los acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional, independientemente de la forma en que los Estados decidan autorizar el consentimiento en obligarse.

1.3 Compromiso político: *Acuerdo que no es jurídicamente vinculante, celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros actores con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.*

Comentario: A diferencia de lo que ocurre con los tratados, en el derecho internacional no hay una definición de compromiso político que goce de aceptación generalizada. No obstante, los Estados y los expertos han reconocido estos acuerdos no vinculantes durante más de un siglo, aunque con distintos títulos; por ejemplo, acuerdos de caballeros, acuerdos informales, acuerdos *de facto*, acuerdos no vinculantes, textos políticos, acuerdos extrajurídicos, acuerdos no jurídicos, entendimientos internacionales y compromisos políticos⁴⁹. El rótulo “compromiso político” capta todas estas variaciones y corresponde a la categoría de acuerdos internacionales no vinculantes en general.

En la actualidad, los Estados apoyan claramente la práctica de la celebración de compromisos mutuos cuya fuerza normativa es ajena a todo sentido de obligación jurídica⁵⁰. Por lo tanto, los compromisos políticos son, por definición, no vinculantes. Su cumplimiento no emana del derecho, sino de un sentido de deber moral o de las relaciones políticas en las cuales se originó el acuerdo. Los compromisos políticos son diferentes de los acuerdos vinculantes regidos por el

aprobación legislativa para ciertos acuerdos internacionales sobre materias que impliquen, por ejemplo, la delimitación territorial o fronteriza, alianzas y acuerdos comerciales).

⁴⁷ En Estados Unidos, por ejemplo, solo los acuerdos que reciben el consentimiento y la anuencia de dos tercios de la cámara alta de la legislatura (el Senado) se denominan tratados; los acuerdos aprobados por mayoría simple de ambas cámaras se denominan “acuerdos ejecutivos congresionales”, mientras que los que se suscriben en virtud de las potestades constitucionales del presidente se denominan “acuerdos ejecutivos”.

⁴⁸ Véase Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Policy on Tabling of Treaties in Parliament*, en <https://treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?lang=eng> (donde se adopta una definición de tratado que se aplica a todo tipo de instrumento que se rija por el derecho internacional público) (“Política de Canadá en materia de tratados”).

⁴⁹ Véase Klabbbers, *supra*, nota 3, at 18; véanse también Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 516-524; Michael Bothe, *Legal and Non-Legal Norms—A Meaningful Distinction in International Relations*, 11 NETH. Y.B. INT’L L. 65, 95 (1980); Oscar Schachter, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements* 71 AM. J. INT’L L. 296 (1977).

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Aust, *supra*, nota 11, en 28-29, 35-39; McNair, *supra*, nota 12, en 6; Bothe, *supra*, nota 49, en 66 (donde se usa un enfoque empírico para revelar la práctica de los compromisos políticos); Paul Reuter, *An Introduction to the Law of Treaties*, párr. 74 (J. Mico y P. Haggemacher, traductores, 1989). Prosigue el debate desde el punto de vista de la jurisprudencia sobre si los Estados pueden optar por celebrar acuerdos no vinculantes. Véanse Klabbbers, *supra*, nota 3, en 119 (si los Estados quieren obligarse, no tienen más opción que obligarse jurídicamente); Ian Sinclair, *Book Review—The Concept of Treaty in International Law*, 81 AM. J. INT’L L. 748 (1997) (donde se cuestiona el punto de vista de Klabbbers).

derecho, sea internacional (en el caso de los tratados) o nacional (en el caso de los contratos). La diferencia es importante, y el Departamento de Estado de los Estados Unidos la describe al hacer referencia a varios compromisos políticos celebrados paralelamente al Tratado START:

Un compromiso que se entiende que es jurídicamente vinculante conlleva la obligación de cada parte de cumplirlo y el derecho de cada parte de exigir el cumplimiento de la obligación de acuerdo con el derecho internacional. Un compromiso “político” no se rige por el derecho internacional [...]. A menos que una parte encuentre un modo de librarse de su compromiso “político”, lo cual puede hacer sin incurrir en sanción jurídica, y hasta que eso ocurra, ha prometido cumplir ese compromiso, y la otra parte tiene motivo para preocuparse por el cumplimiento. Si una parte contraviene un compromiso político, será pasible de una respuesta política apropiada⁵¹.

Por supuesto, las normas jurídicas también pueden tener fuerza política. Por ejemplo, la infracción de un tratado puede generar consecuencias jurídicas y políticas. Por consiguiente, lo que distingue los tratados de los compromisos políticos es la aplicación *adicional* del derecho internacional a los tratados (por ejemplo, el derecho de la responsabilidad del Estado).

El concepto de compromiso político no debe confundirse con el “soft law” o derecho indicativo. Aunque la expresión “soft law” tiene varios significados, básicamente se refiere al derecho no como un fenómeno binario en el cual algo es o no es ley, sino como una gama de distintos grados de obligatoriedad o exigibilidad que van de lo indicativo a lo imperativo⁵². Por lo tanto, el derecho indicativo abarca dos ideas diferentes: (a) normas que, a pesar de ser precisas, no tienen como finalidad dar origen a obligaciones en el marco del derecho internacional, y (b) normas jurídicas cuyo cumplimiento no se puede exigir porque son demasiado vagas, no se las monitorea o no cuentan con mecanismos para asegurar su cumplimiento⁵³. Los compromisos políticos implican acuerdos sobre normas del primer tipo, no del segundo.

Asimismo, como se explica en el apartado 2, en vista de que los compromisos políticos no derivan su autoridad del derecho internacional o nacional, no están constreñidos por reglas jurídicas en materia de capacidad. Desde luego, los Estados pueden celebrar compromisos políticos, y también pueden hacerlo las unidades territoriales subnacionales⁵⁴. No obstante, como los compromisos políticos no emanan del derecho internacional, no hay ninguna razón para limitar la celebración de compromisos políticos a las entidades que pueden suscribir tratados⁵⁵.

⁵¹ *Transmittal of the Treaty with the U.S.S.R. on the Reduction and Limitation of Strategic Offensive Arms (START Treaty)*, 25 de noviembre de 1991, S. Treaty Doc. No. 102-20, en 1086; Servicio de Investigaciones del Congreso, Comisión de Relaciones Exteriores, 106.º Congreso, *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate* 58-59 (Comm. Print 2001).

⁵² Véanse, por ejemplo, Alan Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, 48 Int'l & Comp. L. Q. 901 (1999); Christine M. Chinkin, *The Challenges of Soft Law: Development and Change in International Law*, 38 Int'l & Comp. L. Q. 850, 865-66 (1989).

⁵³ Véase Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 AM. J. INT'L L. 413, 414-415, n7 (1983). Otros han propuesto una definición estrecha que limita el derecho indicativo a acuerdos normativos que no son jurídicamente vinculantes. Véase, por ejemplo, Wolfgang H. Reinicke y Jan M. Witte, *Interdependence, Globalization and Sovereignty: The Role of Non-Binding International Legal Accords*, en *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* 76 n3 (Dinah Shelton ed., 2000).

⁵⁴ Véase Duncan B. Hollis, *Unpacking the Compact Clause*, 88 TEXAS L. REV. 741 (2010) (donde se analizan acuerdos de los Estados Unidos celebrados con otros Estados y se señala que han adoptado con entusiasmo la forma del compromiso político).

⁵⁵ Véase Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 521.

Por lo tanto, la definición de compromiso político que consta en las *Directrices* abarca los demás actores que tienen capacidad para asumir compromisos políticos o morales. Supuestamente, eso incluiría las empresas y los particulares. Asimismo, se pueden celebrar compromisos políticos entre un grupo de participantes con una identidad común (por ejemplo, solamente entre Estados o solamente entre empresas) o entre una gama de diversos actores en un marco de múltiples partes interesadas. Un ejemplo reciente es el de los más de 550 signatarios del Llamamiento de París para la confianza y la seguridad en el ciberespacio, entre los que se encuentran Estados, empresas, instituciones académicas y diversos representantes de la sociedad civil⁵⁶.

1.4 Contrato: *Acuerdo vinculante regido por el derecho nacional o el derecho no estatal.*

Comentario: Igual que los tratados (y a diferencia de los compromisos políticos), los contratos generan obligaciones jurídicamente vinculantes. Sin embargo, el ordenamiento jurídico interno, en vez del derecho internacional, rige por lo general la celebración, interpretación y operación del contrato⁵⁷. No obstante, en varios contextos comerciales, las partes pueden disponer que sus contratos se rijan por el derecho no estatal (es decir, costumbres, usos y prácticas; principios y *lex mercatoria*), en vez o además de un ordenamiento jurídico nacional⁵⁸.

Los contratos por lo general son definidos como acuerdos por actores privados (empresas o particulares) que se rigen por el ordenamiento jurídico nacional pertinente⁵⁹. Sin embargo, tal como reconoció la Comisión de Derecho Internacional, los Estados pueden elegir otro tipo de derecho que no sea el derecho internacional para que rija sus acuerdos⁶⁰. En consecuencia, los actores públicos, sean Estados en conjunto o sus diversas instituciones, pueden optar por celebrar sus acuerdos en forma de contratos.

La existencia de un contrato entre Estados (o entre instituciones) suele depender de la intención: ¿tenían las partes la intención de que su acuerdo se rigiera por el derecho nacional (y, en ese caso, cuál)? Al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico interno pertinente tendrá sus propias reglas con respecto a qué acuerdos reúnen las condiciones para ser considerados como contratos y cómo se debe elegir el derecho aplicable⁶¹. Por lo tanto, existe la posibilidad de que los Estados

⁵⁶ Véase Llamamiento de París para la confianza y la seguridad en el ciberespacio (12 de noviembre de 2018)

<https://www.diplomatie.gouv.fr/es/asuntos-globales/diplomacia-digital/eventos/article/ciberseguridad-llamamiento-de-paris-del-12-de-noviembre-de-2018-para-la>.

⁵⁷ Widdows, *supra*, nota 5, en 144-149. Decir que un contrato se rige por el derecho interno no significa que nunca pueda tener efectos jurídicos internacionales. Según las circunstancias, el incumplimiento de un contrato por un Estado puede generar responsabilidad jurídica internacional. Sin embargo, como señaló la Comisión de Derecho Internacional, “de esto no se deduce que el compromiso mismo o, más bien dicho, el instrumento que lo contenía, era un tratado o acuerdo internacional [...]. Si bien la obligación de cumplir el compromiso puede ser una obligación de derecho internacional, las consecuencias de su ejecución no se regirán por el derecho internacional”. ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3.

⁵⁸ Véase *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, OAS/Ser. Q, CJI/RES. 249 (XCIV-O/19) (21 de febrero de 2019).

⁵⁹ El ordenamiento jurídico de cada nación determina qué contratos se encuentran en su jurisdicción, ya sea porque las partes lo elijan o como consecuencia de los contactos de dicho ordenamiento con las partes. En los casos en que las partes contratantes sean agentes de distintos Estados, varios Estados pueden asumir la jurisdicción sobre dicho acuerdo. En esos casos, las reglas sobre conflicto de leyes dictan qué ordenamiento jurídico tiene prioridad en casos de conflicto.

⁶⁰ ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6.

⁶¹ En Paraguay, por ejemplo, la Ley 5393/201 rige el derecho aplicable a los contratos internacionales. Véase *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho*

deseen crear un contrato que no tenga validez en el marco del derecho nacional seleccionado (o que se aplique de otra forma). En esos casos, queda pendiente la cuestión de si intervendría el derecho internacional para regir el acuerdo⁶².

1.5 Acuerdo interinstitucional: *Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales. Según sus condiciones, las circunstancias del caso y los actos subsiguientes, un acuerdo interinstitucional podría reunir los requisitos para ser considerado como un tratado, un compromiso político o un contrato.*

Comentario: Actualmente, los Estados usan la expresión “acuerdo interinstitucional” para referirse a acuerdos internacionales celebrados por instituciones del Estado, sean (i) ministerios u organismos nacionales o (ii) unidades territoriales subnacionales, como regiones o provincias. México, por ejemplo, define el alcance de sus acuerdos interinstitucionales como aquellos “celebrados por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales”⁶³. Perú los define como “acuerdos interinstitucionales” [...] que, en el marco de sus competencias funcionales, pueden celebrar las entidades gubernamentales peruanas, incluyendo las municipalidades y gobiernos regionales, con órganos gubernamentales extranjeros similares o incluso con organizaciones internacionales”⁶⁴.

El concepto de acuerdos interinstitucionales ha recibido relativamente poca atención en el ámbito del derecho internacional, en tanto que la práctica parece ser muy diversa en lo que se refiere al carácter vinculante o no vinculante de estos acuerdos. Para algunos Estados, como México, los acuerdos interinstitucionales están “regidos por el derecho internacional público”, de modo que constituyen tratados de acuerdo con la definición del término en estas *Directrices*⁶⁵. Ecuador, en cambio, afirma que “las instituciones menores del Estado, en el marco del cumplimiento de sus competencias, suelen suscribir entendimientos *no vinculantes* con sus

*Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA, No. 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante “Respuesta de Paraguay”). Hace poco, el Comité Jurídico Interamericano terminó de preparar una *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, en la cual se aborda *in extenso* el tema de la contratación internacional. Aunque se centra en los contratos comerciales (en vez de los contratos entre Estados e instituciones de Estados, que se abordan en estas *Directrices*), contiene amplia orientación de utilidad general para todos los contratos internacionales. Véase *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, *supra*, nota 58.*

⁶² Eso es lo que opinaba Lauterpacht, igual que la Comisión de Derecho Internacional, al menos inicialmente. Lauterpacht, *Primer informe*, *supra*, nota 1, 100; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95.

⁶³ Véase *Ley sobre la Celebración de Tratados*, reimpresa en 31 I.L.M. 390 (1992), *CDLX Diario Oficial de la Federación* 2 (2 de enero de 1992).

⁶⁴ Perú, Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Perú”); véase también Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 14.

⁶⁵ México, *Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992*, *supra*, nota 63. La aplicación de la denominación de tratados a acuerdos interinstitucionales podría discordar del título que tengan en el ordenamiento jurídico interno. Tanto en México como en Estados Unidos, por ejemplo, solamente los instrumentos que reciben aprobación de sus respectivos poderes legislativos se denominan tratados, a pesar de que ambos Estados celebran otros “acuerdos internacionales” que reunirían las condiciones para ser considerados como tratados de conformidad con el derecho internacional. Por lo tanto, en estas *Directrices* se hace referencia a ciertos acuerdos interinstitucionales como tratados en el sentido de la frase que se utiliza en el derecho internacional, a pesar de que, como asunto de derecho constitucional, no puedan tener ese título.

similares o con organizaciones internacionales, conocidos como instrumentos interinstitucionales⁶⁶. Otros Estados adoptan un enfoque híbrido. En Uruguay, los acuerdos interinstitucionales pueden ser vinculantes o no vinculantes⁶⁷. Perú afirma que “podrían estar regidos por el Derecho Internacional en la medida que desarrollen compromisos internacionales establecidos en tratados en vigor”; de lo contrario, pueden ser compromisos políticos o contratos⁶⁸. Jamaica, en cambio, no considera los acuerdos celebrados por sus instituciones como tratados, pero señala que “las unidades territoriales subnacionales y los organismos pueden celebrar acuerdos no vinculantes o contratos”⁶⁹. Estados Unidos, entretanto, indica que sus ministerios nacionales pueden celebrar acuerdos interinstitucionales que pueden ser tratados, compromisos políticos “no vinculantes” o contratos⁷⁰.

La diversidad de prácticas de los Estados muestra que la categoría de acuerdos interinstitucionales no está relacionada exclusivamente con una categoría única de acuerdos vinculantes (o no vinculantes). En términos sencillos, un acuerdo interinstitucional podría ser un tratado vinculante o un contrato vinculante, o podría ser un compromiso político no vinculante. Por lo tanto, su condición jurídica (o la ausencia de tal condición) debe determinarse según la capacidad de la institución para celebrar acuerdos internacionales, usando los mismos métodos de identificación que se emplean para distinguir acuerdos entre Estados (es decir, el texto, las circunstancias particulares y los actos subsiguientes).

⁶⁶ Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (sin cursivas en el original); Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 13.

⁶⁷ Véase Uruguay, *Respuesta a cuestionario sobre “los acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Uruguay”) (donde se incluyen los “acuerdos interinstitucionales” entre los acuerdos no vinculantes, pero posteriormente se indica que los acuerdos interinstitucionales “no obligan al Estado, sino a sí mismos”). Panamá afirma que los representantes de sus unidades territoriales pueden suscribir tratados si reciben plenos poderes del Ministerio de Relaciones Exteriores. *Nota de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados, al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J._MIRE-201813176 (en adelante “Respuesta de Panamá”).

⁶⁸ Respuesta de Perú, *supra*, nota 64 (donde se cita el artículo 6 del Decreto Supremo N.º 031-2007-RE). Perú señala que “se recurre cada vez más a la figura de los acuerdos ‘no vinculantes’ [...] a nivel interinstitucional (entre entidades gubernamentales peruanas, incluyendo las municipalidades y gobiernos regionales, con sus homólogas extranjeras)”. Al mismo tiempo, estas entidades “están habilitadas para celebrar contratos referidos a la adquisición de bienes y servicios”. *Id.*

⁶⁹ Jamaica, *Nota de la Misión de Jamaica al Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA*, Ref. 06/10/12, 14 de diciembre de 2017 (en adelante “Respuesta de Jamaica”) (sin cursivas en el original).

⁷⁰ Véase Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de los Estados Unidos”) (“Los departamentos y agencias de los Estados Unidos pueden firmar acuerdos con agencias de otros Estados que se encuadren en la definición de tratado contenida en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los departamentos y agencias de los Estados Unidos también suscriben instrumentos y contratos que no son jurídicamente vinculantes, regidos por el derecho interno, con agencias de otros Estados”). La costumbre estadounidense con respecto a sus unidades territoriales subnacionales (es decir, los Estados) es más compleja, ya que en la Constitución se deniega a los Estados la capacidad para celebrar tratados, pero los Estados pueden celebrar acuerdos o pactos con contrapartes extranjeras en los casos en que el Congreso lo autorice. *Id.* Argentina, en cambio, permite que sus unidades territoriales subnacionales celebren tratados, pero deniega tal capacidad a sus ministerios o agencias nacionales. Argentina, *Respuesta cuestionario OEA - Acuerdos vinculantes y no vinculantes* (en adelante “Respuesta de Argentina”).

2. Capacidad para celebrar acuerdos internacionales

2.1 Capacidad de los Estados para celebrar tratados. *Los Estados tienen capacidad para suscribir tratados y deberían hacerlo de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que regulen su capacidad para dar su consentimiento en obligarse.*

Comentario: En virtud de su soberanía, todos los Estados tienen capacidad para suscribir tratados⁷¹. Por medio de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la costumbre, el derecho internacional ha establecido un conjunto sólido de reglas supletorias relativas a la capacidad de los Estados para celebrar tratados. Por ejemplo, en el artículo 7 de la Convención de Viena se indica quiénes pueden manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado: el jefe de gobierno, el jefe de Estado, el ministro de relaciones exteriores y cualquiera que reciba “plenos poderes” para hacerlo.

Sin embargo, los términos de un tratado pueden imponer limitaciones con respecto a qué Estados pueden adherirse. Los tratados multilaterales, por ejemplo, pueden estar abiertos a la firma de todos los Estados, solamente de los Estados de una región particular⁷² o solamente de Estados que realizan una actividad específica⁷³. Los Estados tienen capacidad para adherirse solo si los términos del tratado lo permiten⁷⁴.

En el derecho internacional también se reconoce que cada Estado tiene leyes y procedimientos internos que rigen la celebración de tratados. En teoría, estas reglas casi nunca (o nunca en la práctica) pueden anular el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado en particular. Hasta ahora, el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no ha proporcionado fundamentos jurídicos para que un Estado retire su consentimiento en obligarse por un tratado (incluso en casos de presuntas violaciones graves del derecho interno o los procedimientos internos)⁷⁵. No obstante, como buena práctica, el Estado debería ejercer su

⁷¹ Véase, por ejemplo, *Vapor “Wimbledon” (Gran Bretaña c. Alemania)* (1923), Informe de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Número 1, en 25, párr. 35 (“el derecho a asumir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado”).

⁷² Véase, por ejemplo, *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (1985). Serie sobre Tratados, OEA, No. 67, artículos 18 y 20 (participación limitada a los Estados Americanos).

⁷³ Véase *Constitución de la Asociación de Países Productores de Caucho Natural* (1968) 1045 UNTS 173, párr. 21 (tratado abierto a la firma de países productores de caucho natural). Además, algunos tratados están abiertos a la firma de otros Estados solo por invitación. Véase *Convenio Internacional del Azúcar* (1992) 1703 UNTS 203, art. 37 (convenio abierto a la firma de todo gobierno “invitado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el azúcar, 1992”).

⁷⁴ Naturalmente, los términos del tratado pueden facultar a los Estados partes existentes a decidir si admitirán o no a otro Estado como parte. Eso suele ocurrir con los tratados constitutivos de organizaciones internacionales.

⁷⁵ Véase *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, art. 46(1) (“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.”) Los intentos de invocar el artículo 46 no han dado muy buenos resultados en la práctica. Véanse *Somalia c. Kenya, supra*, nota 9, 21 párrs. 48 a 50 (donde se rechazan los argumentos de Somalia de que, como el memorando de entendimiento no recibió la aprobación requerida de conformidad con su derecho interno, podía invocar el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o denegar de otra forma su consentimiento en obligarse); *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (El Camerún c. Nigeria; intervención de Guinea*

capacidad para adherirse solamente a tratados que hayan sido aprobados de conformidad con sus leyes y procedimientos internos. En otras palabras, si la Constitución del Estado requiere la aprobación previa de la legislatura para un tratado en particular, el Estado no debería ejercer su capacidad para manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado hasta que la legislatura haya dado dicha aprobación.

Asimismo, los Estados deben tener en cuenta que las leyes y los procedimientos internos de otros Estados pueden facilitar o restringir su capacidad para celebrar tratados. Los Estados no deben suponer que su normativa interna y las normas de los potenciales copartícipes en el tratado sean equivalentes. Un Estado podría tener capacidad para celebrar solamente un tratado en particular con autorización previa de la legislatura, mientras que el derecho interno y la práctica de otro Estado podría autorizar la celebración del mismo tratado sin intervención de la legislatura. Por lo tanto, los Estados deberían ejercer su capacidad para celebrar tratados de formas que aseguren que cada uno de los Estados participantes tenga la oportunidad de obtener las aprobaciones internas necesarias antes de manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado.

2.2 Capacidad de las instituciones del Estado para celebrar tratados. *Los Estados tienen la potestad, pero no la obligación, de autorizar a sus instituciones a celebrar tratados sobre temas de su competencia con el consentimiento de todos los copartícipes del tratado.*

Comentario: A diferencia de las cuestiones en torno a la capacidad de las organizaciones internacionales para celebrar tratados, el derecho internacional no ha dedicado mucha atención a la celebración de tratados por instituciones del Estado⁷⁶. No obstante, las instituciones del Estado, sean ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales, evidentemente suscriben instrumentos que por lo menos algunos Estados (entre ellos los Estados de las cuales estas instituciones forman parte) consideran como tratados (es decir, acuerdos que se rigen por el derecho internacional)⁷⁷. ¿En qué casos deberían estas instituciones tener capacidad para suscribir instrumentos de ese tipo? Para empezar, la institución debería tener competencia en la materia del acuerdo. Por ejemplo, el ministerio de hacienda de un Estado podría tener competencia para intercambiar información tributaria con sus contrapartes, pero no tendría competencia para intercambiar datos relacionados con la defensa. Asimismo, en los Estados federales, algunos asuntos son de competencia exclusiva de una unidad territorial subnacional (por ejemplo, una provincia o región), lo cual podría crear incentivos para que esa unidad territorial celebre un tratado directamente en vez de esperar hasta que el Estado manifieste su consentimiento para hacerlo en nombre de la unidad.

Sin embargo, sería un error mezclar la competencia en la materia de un tratado y la capacidad para celebrar tratados en la materia. Para que las instituciones puedan celebrar tratados, los Estados parecen establecer dos condiciones más: (1) que el Estado responsable de la institución dé su consentimiento para que la institución celebre tratados sobre asuntos que sean de su competencia, y (2) que los potenciales copartícipes en un tratado estén dispuestas a celebrar un tratado con la institución⁷⁸.

Ecuatorial) (2002), Informe de la CIJ, párrs. 265 a 267; Klabbbers, *supra*, nota 3, en 564 (es debatible si el artículo 46 podría considerarse como parte del derecho consuetudinario internacional. Después de todo, la costumbre es escasa y, aunque a veces se invoca la regla, rara vez se la aplica).

⁷⁶ Compárese con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12.

⁷⁷ Véanse por ejemplo, Grant, *supra*, nota 25, párrs. 127 a 131; Duncan B. Hollis, *Why State Consent Still Matters—Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law*, 23 BERKELEY J INTL L 137, párrs. 146 y 147 (2005).

⁷⁸ Oliver J. Lissitzyn, *Territorial Entities in the Law of Treaties*, III RECUEIL DES COURS 66-71, 84 (1968); véase también ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. I, 59,

Como consideración de primer orden, incumbe a cada Estado decidir si autorizará a cualquiera de sus instituciones a celebrar tratados. Algunos Estados podrían optar por no hacerlo⁷⁹. En esos casos, la institución presuntamente estaría desprovista de toda capacidad para celebrar tratados.

En los casos en que los Estados autorizan a sus instituciones a celebrar tratados, pueden autorizar a todas sus instituciones o solamente a algunas. México, por ejemplo, autoriza a todo tipo de instituciones del Estado a suscribir tratados⁸⁰. Otros Estados autorizan a categorías particulares de instituciones a celebrar tratados (o les deniegan la autorización). Por ejemplo, varios Estados de la región (como los Estados Unidos, Jamaica y Panamá) permiten que sus ministerios nacionales celebren tratados, mientras que, en otros Estados (como Colombia, Perú y la República Dominicana), esos ministerios están desprovistos de toda potestad interna para celebrar tratados⁸¹. Entretanto, hay algunos Estados, como Argentina, que autorizan a sus unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tipos de tratados “parciales”, pero les deniegan esa facultad a sus ministerios⁸². Otros Estados, en cambio, no autorizan a las unidades territoriales subnacionales a celebrar ningún tipo de tratado⁸³.

Asimismo, los Estados pueden autorizar a sus instituciones a negociar y celebrar tratados de distintas formas. Algunos, en particular los Estados europeos, tienen disposiciones en la constitución que describen la potestad de las instituciones para celebrar tratados sobre asuntos de su exclusiva competencia⁸⁴. Otros, como México, han establecido en una ley el procedimiento para

párr. 20 (Briggs) (donde se menciona una prueba similar de dos partes); Grant, *supra*, nota 25, en 131.

⁷⁹ Véase *Respuesta de Paraguay, supra*, nota 61 (“De acuerdo a la legislación interna, solamente el Ministerio de Relaciones Exteriores es la institución con facultad para celebrar tratados regidos por el derecho internacional”).

⁸⁰ Véase *supra*, nota 63, y el texto que le acompaña.

⁸¹ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párrs. 24 y 25; véase también *Respuesta de Panamá, supra*, nota 67.

⁸² Véase *Respuesta de Argentina, supra*, nota 70 (donde se indica que, en Argentina, “[l]os ministerios y entidades gubernamentales no pueden, al no ser sujetos de derecho internacional, celebrar tratados regidos por el derecho internacional” y que el artículo 124 de la Constitución de Argentina dispone que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden celebrar “convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación”); véase también la Constitución de la Confederación Argentina de 1853, reinstaurada en 1983, con las reformas efectuadas hasta 1994, artículos 125 y 126.

⁸³ Véase, por ejemplo, Brasil, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “*Respuesta de Brasil*”) [“Las entidades subnacionales (Estados, Municipios y el Distrito Federal) no tienen competencia, según la Constitución Brasileña, para celebrar actos jurídicos internacionales que comprometan al Estado brasileño”]; Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Acuerdos vinculantes y no vinculantes: práctica del Estado colombiano* (en adelante “*Respuesta de Colombia*”) (la legislación interna colombiana no habilita a las “unidades territoriales subnacionales”, como los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, para celebrar tratados regidos por el derecho internacional).

⁸⁴ Véanse, por ejemplo, Constitución de Austria de 1920 (reinstaurada en 1945, rev. 2013), B-VG, art. 16 (traducción del original alemán por el Letrado de las Cortes Generales Mariano Daranas: “Los Estados pueden, en materias de su ámbito de autonomía, concertar tratados internacionales con Estados limítrofes de Austria o bien con partes de dichos Estados”); Constitución de Bélgica de 1831 (rev. 2014), art. 167(3) (versión en español extraída de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales: “Los Gobiernos de Comunidad y de Región mencionados en el artículo 121, concluirán cada uno en lo que le afecte, los tratados sobre las materias que correspondan a la

autorizar a organismos federales y unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tratados. Varios Estados dan su consentimiento según las circunstancias del caso. Por ejemplo, de conformidad con un tratado sobre seguridad social celebrado en 1981 con Estados Unidos, Canadá autorizó a una de sus provincias, Quebec, a celebrar un acuerdo subsidiario separado con Estados Unidos teniendo en cuenta las singularidades del sistema de pensiones de Quebec⁸⁵, y en 1986 Estados Unidos autorizó a Puerto Rico a incorporarse al Banco de Desarrollo del Caribe⁸⁶.

En segundo lugar, además del consentimiento “interno” del Estado del cual forme parte, la capacidad de una institución para celebrar tratados dependerá del consentimiento “externo” del otro Estado o institución, o de los otros Estados o instituciones, con los cuales quiera celebrar un tratado. El mero hecho de que un Estado haya autorizado a un ministerio nacional (o a una provincia) a celebrar tratados sobre ciertos asuntos no significa que los potenciales copartícipes en el tratado deban aceptar esta facultad. Los Estados pueden negarse a celebrar tratados de ese tipo y lo hacen regularmente o insisten en que el otro Estado celebre el tratado en nombre de la institución (por ejemplo, en forma de tratado entre Estados o entre gobiernos). Para evitar una discordancia de expectativas, un Estado que autorice a una de sus instituciones a celebrar tratados debería obtener el consentimiento de las otras partes del tratado, o cerciorarse de que su institución lo obtenga, para que la institución del Estado (en vez del Estado) sea parte de esos tratados.

Además de suscribir acuerdos interinstitucionales, los Estados pueden celebrar tratados bilaterales con una institución de otro Estado. Hong Kong, por ejemplo, tiene varios tratados con Estados Miembros de la OEA⁸⁷. En el contexto de los tratados multilaterales, ese tipo de autorización es menos frecuente, pero hay varios casos de Estados que han aceptado una relación de tratado con entidades subestatales. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 305 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, tres categorías de Estados asociados y territorios pueden firmar y ratificar la Convención, con todos los derechos y obligaciones dispuestos en ella⁸⁸. El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del

competencia de su Consejo. Tales tratados solo tendrán eficacia después de haber recibido el asentimiento del Consejo”); Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (rev. 2014), art. 32(3) (traducción del original alemán por el Prof. Dr. Ricardo García Macho: “En tanto los Länder tengan competencia legislativa, podrán, con el consentimiento del Gobierno Federal, concertar tratados con Estados extranjeros”); Constitución de Suiza (1999), art. 56(1) (traducción por la OMPI: “Los cantones podrán concluir tratados con otros países en el ámbito de sus competencias”). Este tipo de autorización no es un fenómeno enteramente europeo; otros Estados, como Rusia, también autorizan la celebración de tratados por ciertas unidades subestatales (por ejemplo, Yaroslav, Tatarstan). Véanse W. E. Butler, *Russia*, en *National Treaty Law and Practice* 151, 152-53 (D. Hollis et al., eds., 2005); Babak Nikravesh, *Quebec and Tatarstan in International Law*, 23 Fletcher F. World Aff. 227, 239 (1999).

⁸⁵ Véase *Agreement With Respect to Social Security*, 11 de marzo de 1981, Estados Unidos-Canadá, art. XX, 35 U.S.T. 3403, 3417. Quebec y Estados Unidos celebraron este acuerdo en 1983, que Estados Unidos incluye en su serie de tratados. Véase *Understanding and Administrative Arrangement with the Government of Quebec*, 30 de marzo de 1983, Estados Unidos-Quebec, T.I.A.S. No. 10.863.

⁸⁶ *Self-Governing and Non-Self-Governing Territories, 1981-1988 CUMULATIVE DIGEST*, vol. 1, § 5, en 436, 438-440 (sobre el testimonio de Michael G. Kozak, a la sazón Asesor Jurídico Adjunto Principal del Departamento de Estado de los Estados Unidos, dado ante la Comisión sobre Asuntos Internos e Insulares de la Cámara de Representantes el 17 de julio de 1986). Posteriormente, Puerto Rico se retiró del Banco.

⁸⁷ Véase *Agreement between the Government of Canada and the Government of Hong Kong for the surrender of fugitive offenders*. Hong Kong, 7 de septiembre de 1993, 2313 U.N.T.S. 415.

⁸⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *abierto a la firma* el 10 de diciembre de 1982, arts. 305(1)(c)-(e), 306, 1833 UNTS.396, 517-18 (donde se autoriza la ratificación o aceptación de la Convención por 1) “[t]odos los Estados asociados autónomos que

Comercio está abierto a la adhesión de todo “Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales”⁸⁹.

2.3 Confirmación de la capacidad para celebrar tratados. *Los Estados o las instituciones autorizadas del Estado que prevean celebrar un tratado con una institución de otro Estado deben hacer todo lo posible para confirmar que la institución tenga suficiente competencia en la materia del tratado y autorización del Estado del cual forme parte para celebrar un tratado sobre el tema.*

Comentario: Actualmente, los Estados tienen puntos de vista muy diferentes con respecto a la capacidad de las instituciones del Estado para celebrar acuerdos interinstitucionales en forma de tratados⁹⁰. Algunos Estados consideran claramente que sus ministerios nacionales o sus unidades territoriales subnacionales tienen tal capacidad. Otros deniegan con igual firmeza toda facultad de esa clase a uno de estos dos tipos de entes o a ambos. En consecuencia, con los acuerdos interinstitucionales existe un riesgo de discordancia de las expectativas si una parte supone que ambas instituciones tienen capacidad para celebrar tratados y la otra supone que una de las instituciones o ambas no la tienen. Una situación de ese tipo puede causar no solo confusión, sino también tensiones diplomáticas y controversias si las dos instituciones celebran un acuerdo.

Una forma de evitar estos problemas es promover la transparencia y una mejor comprensión de la capacidad respectiva de los participantes en un acuerdo. Como se indica en la directriz 2.2, esta transparencia puede derivar en parte de las medidas adoptadas por el Estado autorizante o su institución. Un Estado que prevea autorizar a su institución para que celebre un tratado debería averiguar —o requerir que su institución averigüe— si el potencial copartícipe en el acuerdo comparte la opinión de que el acuerdo constituirá un tratado. No obstante, los copartícipes en un tratado no tienen que ser meros receptores pasivos y esperar solicitudes de otros Estados o sus instituciones. En la directriz actual se propone otra práctica óptima según la cual las partes del tratado (sean Estados o instituciones del Estado) deberían hacer su propio análisis de debida diligencia; es decir, frente a la perspectiva de un acuerdo interinstitucional, los Estados siempre deben tratar de verificar la capacidad que se atribuye a la institución o las instituciones extranjeras participantes.

Esta verificación puede ser formal o informal. En 2001, por ejemplo, Estados Unidos pidió al Reino Unido que confirmara que los gobiernos de Guernsey, la Isla de Man y Jersey estaban facultados para celebrar acuerdos bilaterales con Estados Unidos sobre el intercambio de información tributaria. El Reino Unido proporcionó una “carta de encomienda” mediante la cual corroboraba que sus unidades territoriales subnacionales tenían la competencia y la potestad necesarias para celebrar tales tratados⁹¹.

hayan optado por esa condición en un acto de libre determinación supervisado y aprobado por las Naciones Unidas”; [...] y 3) “[t]odos los territorios que gocen de plena autonomía interna reconocida como tal por las Naciones Unidas, pero no hayan alcanzado la plena independencia”). Se ha empleado el mismo enfoque en el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces. Véase *Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios*, 4 de agosto de 1995, arts. 1(2)(b), 37-40, 2167 UNTS 88, 90, 125-126.

⁸⁹ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, art. XII, 1867 UNTS 3, 162.

⁹⁰ Véase *supra*, notas 65 a 70, y el texto que le acompaña. Esta confusión probablemente no se limite a los acuerdos interinstitucionales celebrados enteramente entre un Estado y una institución de otro Estado. Véase *supra*, notas 87 a 89, y el texto que le acompaña.

⁹¹ Véase, por ejemplo, el comunicado de prensa del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos titulado *Treasury Secretary O’Neill Signing Ceremony Statement: United States and*

¿Qué ocurre si el potencial copartícipe no puede confirmar la capacidad de la institución extranjera para celebrar tratados? El Estado (o su institución) tiene varias opciones. Podría optar por no celebrar el tratado o podría modificarlo a fin de suscribirlo con el Estado extranjero responsable por la institución en cuestión. Por ejemplo, Estados Unidos, cuando determinó que las Islas Caimán no tenían la facultad necesaria para suscribir un acuerdo de intercambio de información tributaria en nombre propio, celebró el acuerdo con el Reino Unido, que actuó en nombre de las Islas Caimán⁹². Asimismo, Estados Unidos y Canadá, cuando descubrieron que la ciudad de Seattle y la provincia de Columbia Británica habían celebrado un importante acuerdo sobre el río Skagit, intervinieron para manifestar su “consentimiento” y avalar dicho acuerdo con un tratado propio⁹³.

¿Puede una institución del Estado autorizada para celebrar un tratado con una institución extranjera suscribir dicho tratado si no puede confirmar la capacidad de la institución extranjera para hacerlo? Desafortunadamente, hay indicios sustanciales de que se celebran acuerdos interinstitucionales sin una clara autorización de uno o más Estados responsables⁹⁴. Muchos de estos acuerdos probablemente se consideren como compromisos políticos o contratos, pero algunos de hecho podrían encuadrarse en la definición de tratado. Por ejemplo, en 2000, el estado estadounidense de Misuri celebró un memorando de acuerdo con la provincia canadiense de Manitoba para cooperar en la oposición a ciertos proyectos de transferencia de agua entre cuencas previstos en las leyes federales de los Estados Unidos⁹⁵. Otros Estados han tenido problemas similares. Para fines del siglo XX, por ejemplo, Quebec había celebrado alrededor de 230 *ententes* no autorizadas con gobiernos extranjeros, casi 60% de ellas con otros Estados⁹⁶. Actualmente, no parece ser una buena práctica considerar estos acuerdos como tratados, especialmente si más adelante resulta evidente que una o más de las instituciones participantes no estaban facultadas para celebrar tratados en nombre propio, pero es un área que valdría la pena que los Estados continuaran analizando.

2.4 Capacidad para celebrar compromisos políticos. *Los Estados o las instituciones del Estado deberían estar facultados para celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.*

Comentario: Los compromisos políticos están, por definición, desprovistos de toda fuerza jurídica de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno. En consecuencia, el derecho internacional no impone condiciones relativas a la capacidad con respecto a los actores que puedan celebrarlos. Asimismo, en los ordenamientos jurídicos internos generalmente no se reglamentan los actores que pueden celebrar estos compromisos⁹⁷. Por lo tanto, a diferencia de lo

Jersey Sign Agreement to Exchange Tax Information (4 de noviembre de 2002).

⁹² Véase, por ejemplo, *Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Including the Government of the Cayman Islands, For the Exchange of Information Relating to Taxes*, 21 de noviembre de 2001, U.S.-U.K., T.I.A.S., CTIA No. 15989.000.

⁹³ Véase *Treaty Between the United States of America and Canada Relating to the Skagit River and Ross Lake, and the Seven Mile Reservoir on the Pend D'Oreille River*, 2 de abril de 1984, U.S.-Can., T.I.A.S. No. 11.088.

⁹⁴ Véase Hollis, *Unpacking the Compact Clause*, *supra*, nota 54 (donde se mencionan 340 acuerdos celebrados por Estados de los Estados Unidos con potencias extranjeras).

⁹⁵ Véase *Role of Individual States of the United States: Analysis of Memorandum of Understanding Between Missouri and Manitoba*, 2001 CUMULATIVE DIGEST OF U.S. PRACTICE ON INTERNATIONAL LAW, § A, en 179 a 198.

⁹⁶ Nikravesh, *supra*, nota 84, en 239. Asimismo, se afirma que Francia considera que sus *ententes* con Quebec se rigen por el derecho internacional. Véase *id.* en 242.

⁹⁷ Siempre que el compromiso no infrinja la constitución o las leyes internas. Por supuesto, si un acuerdo infringe la normativa, es probable que se ponga en tela de juicio su condición de

que ocurre con los tratados, no hay una distinción concreta entre la capacidad del Estado y de las instituciones del Estado para celebrar estos acuerdos no vinculantes.

La política, en vez del derecho, sirve de criterio rector para determinar quién en un Estado puede celebrar compromisos políticos y sobre qué temas. La mayoría de los Estados tienen poca experiencia con la reglamentación de la capacidad para celebrar compromisos políticos en nombre del Estado o de sus instituciones. Sin embargo, en algunas ocasiones, los Estados han adoptado políticas para organizar la capacidad del Estado o de sus instituciones para celebrar compromisos políticos. En Colombia, por ejemplo, solo aquellos que tienen capacidad jurídica para representar a la institución del Estado pueden firmar memorandos de entendimiento o cartas de intención, a pesar de que se considera que estos instrumentos no son vinculantes (y aun así, solo después que el instrumento ha sido sometido a una revisión jurídica)⁹⁸. Como es de suponer, la política internacional puede influir mucho en la determinación de qué Estados o instituciones del Estado pueden celebrar compromisos políticos y sobre qué temas.

En ciertos casos de gran relieve, un Estado podría imponer limitaciones jurídicas internas a la capacidad para celebrar un compromiso político no vinculante. Por ejemplo, como parte de la controversia en torno al Plan de Acción Integral Conjunto, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Revisión del Acuerdo Nuclear con Irán, según la cual el presidente de los Estados Unidos debe someter “todo acuerdo con Irán” (no solo un acuerdo jurídicamente vinculante) al Congreso para que lo examine y tenga la oportunidad de rechazarlo⁹⁹. El presidente Obama, en consecuencia, presentó el Plan de Acción Integral Conjunto de conformidad con lo dispuesto en la Ley, pero el Congreso a la larga no lo aprobó ni lo rechazó¹⁰⁰. Perú y Ecuador han notificado prácticas similares de coordinación y revisión de sus compromisos políticos; Perú tiene políticas diferentes para la revisión de compromisos políticos entre Estados y entre instituciones¹⁰¹.

2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados. *Un Estado debería celebrar contratos con otros Estados que estén dispuestos a hacerlo de conformidad con el derecho que rija el contrato.*

Comentario: En consonancia con las opiniones vertidas anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional, algunos Estados de la región hacen valer su capacidad para celebrar contratos con otros Estados¹⁰². Al mismo tiempo, otros Estados afirman que no celebran acuerdos

compromiso político, ya que esta categoría, por definición, abarca solamente los acuerdos desprovistos de fuerza jurídica.

⁹⁸ Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83. En consecuencia, entre los ministerios de gobierno de Colombia, solo el Ministerio de Relaciones Exteriores está autorizado para firmar compromisos políticos en nombre del Estado en conjunto. *Id.*

⁹⁹ Véase Pub. L. No. 114-17, 129 Stat. 201 (2015). El Plan de Acción Integral Conjunto es un compromiso político relativo al programa nuclear de Irán celebrado por Irán, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Alemania y la Unión Europea. El presidente Trump, de los Estados Unidos, denunció el Plan de Acción Integral Conjunto el 8 de mayo de 2018.

¹⁰⁰ Kristina Daugirdas y Julian Davis Mortensen, *Contemporary Practice of the United States relating to International Law*, 109 AM. J. INT'L L. 873, 874-78 (2015) (debido al bloqueo de la minoría, el Congreso no tomó ninguna medida con respecto al Plan de Acción Integral Conjunto en el sentido de aprobarlo o rechazarlo).

¹⁰¹ Respuesta de Perú, *supra*, nota 64 (la evaluación de los compromisos políticos que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores “se centra en verificar su consistencia con la política exterior así como la redacción”); véase también Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46.

¹⁰² Véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6. En la respuesta al cuestionario de la OEA, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica y México reconocieron la posibilidad de que se celebren contratos entre Estados. Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 15.

de ese tipo¹⁰³. Por lo tanto, al parecer no hay ninguna disposición del derecho internacional que impida que un Estado celebre un contrato con otro que esté dispuesto a hacerlo. En teoría, el propio ordenamiento jurídico de un Estado podría limitar su capacidad para celebrar contratos con otros Estados, pero hasta la fecha no se han visto ejemplos de limitaciones de esa clase.

Toda limitación de la capacidad para celebrar contratos entre Estados probablemente derive de la selección o el contenido del derecho que rija el contrato. En la práctica, la selección de un solo derecho interno aplicable podría limitar la frecuencia de estos contratos, ya que se requiere que por lo menos uno de los Estados contratantes se avenga a la aplicación de un derecho interno que no sea el propio¹⁰⁴. Asimismo, la capacidad para contratar es una función del derecho contractual. Cada ordenamiento jurídico interno y ciertos tipos de derecho no estatal tienen sus propias normas con respecto a quiénes pueden celebrar un contrato y sobre qué temas. Por consiguiente, la capacidad de un Estado para suscribir un contrato regido por el derecho interno de otro dependerá de un análisis jurídico de la normativa aplicable (sea la normativa seleccionada por las partes o, en circunstancias apropiadas, el derecho aplicable de acuerdo con las reglas sobre conflicto de leyes).

2.6 Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales. *Una institución del Estado debería suscribir contratos con instituciones de otro Estado que estén dispuestas a hacerlo de conformidad con su propio derecho interno y, si es diferente, con el derecho que rija el contrato.*

Comentario: La capacidad de las instituciones del Estado para celebrar contratos con instituciones de otros Estados parece ser menos controvertida que los contratos entre Estados. Muchos de los Estados que repudian toda forma de contratación entre Estados admiten la capacidad de sus instituciones para celebrar contratos con otros Estados¹⁰⁵. Sin embargo, a diferencia de los contratos entre Estados, la capacidad de las instituciones del Estado para celebrar acuerdos contractuales interinstitucionales no depende únicamente de la selección y el contenido del derecho que rija el contrato. En vista de que las instituciones del Estado forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, la capacidad de estas instituciones para contratar se regirá por el derecho interno de ese Estado, sea o no el mismo que rija el contrato. Colombia, por ejemplo, autoriza a sus “personas jurídicas de derecho público u órganos públicos con capacidad para contratar” a hacerlo con sujeción “a las competencias que la Constitución y la Ley les haya otorgado”¹⁰⁶.

En efecto, algunos Estados de la región parecen tener disposiciones constitucionales o legislativas que requieren que ciertos contratos públicos, incluidos al parecer los contratos interinstitucionales, se rijan por su propio derecho interno. De conformidad con la Constitución de México, por ejemplo, se requieren licitaciones públicas para ciertos tipos de actos (por ejemplo, adquisiciones, arrendamientos y servicios públicos), que deben ser “objeto de contrataciones que deben seguir los procedimientos y formalidades previstas en el marco jurídico nacional aplicable

¹⁰³ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 15 (Argentina, Colombia, Perú, la República Dominicana y Uruguay afirmaron que no acostumbraban suscribir contratos regidos por el derecho interno cuando se trata de acuerdos vinculantes entre Estados).

¹⁰⁴ Sin embargo, por lo menos en teoría, con la elección del derecho no estatal para que rija estos contratos se podrían evitar dificultades de este tipo. Véase la nota 58 y el texto que le acompaña.

¹⁰⁵ Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 30 (Argentina, Colombia y Perú afirmaron que no celebran contratos con otros Estados, pero tienen mucha experiencia con contratos interinstitucionales).

¹⁰⁶ Id., párr. 30.

(federal, estatal y municipal)”¹⁰⁷. Perú y Ecuador tienen leyes en materia de adquisiciones que disponen autorizaciones y condiciones similares para los contratos de instituciones del Estado¹⁰⁸.

Por lo tanto, el derecho interno del Estado del cual forma parte la institución podría dictar su capacidad para celebrar contratos con instituciones de otros Estados directamente por medio de autorizaciones o indirectamente por medio de disposiciones del derecho que los rija. Sin embargo, aun así se pueden celebrar acuerdos interinstitucionales en los cuales se elija el derecho de un Estado en vez del derecho de otro como derecho aplicable. Por ejemplo, el artículo 9 del acuerdo celebrado en 1998 entre la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA), de los Estados Unidos, y la Agencia Espacial Brasileña (AEB) sobre la capacitación de un especialista de misión de la AEB dice: “Por el presente, las Partes designan las leyes federales de los Estados Unidos para regir el presente Acuerdo con cualquier fin, incluida la determinación de la validez de este Acuerdo”¹⁰⁹. Por otra parte, es posible que dos instituciones del Estado seleccionen el derecho interno de un tercer Estado para que rija su contrato (siempre que el derecho del tercer Estado lo permita). Asimismo, en los acuerdos interinstitucionales se podría elegir el derecho no estatal para que rija el contrato además o en vez de un ordenamiento jurídico nacional.

3. Métodos para identificar acuerdos vinculantes y no vinculantes

3.1 Identificación de acuerdos. *Los Estados y otras partes que celebren acuerdos deberían suscribir acuerdos internacionales a sabiendas, y no inadvertidamente. Como mínimo, eso significa que los Estados deben hacer una distinción entre sus acuerdos (sean vinculantes o no vinculantes) y los demás compromisos e instrumentos. Las siguientes prácticas óptimas podrían facilitarles esa tarea:*

3.1.1. *Los Estados deberían remitirse a la terminología utilizada y a las circunstancias particulares para determinar si surgirá un acuerdo (o si ya existe un acuerdo).*

3.1.2 *En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales copartícipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo (e, idealmente, qué tipo de acuerdo será).*

3.1.3 *Un Estado debería abstenerse de refrendar una declaración o un instrumento si su punto de vista con respecto a su condición de acuerdo es diferente del punto de vista de los potenciales copartícipes hasta que logren conciliar esas diferencias.*

Comentario: ¿Cómo pueden los Estados y otros determinar si un texto en particular constituye un tratado, un compromiso político o un contrato? Eso se hace en dos pasos. Primero, debe haber un acuerdo discernible. Segundo, debe haber algún método para hacer una distinción dentro de la categoría de acuerdos: ¿cuáles son tratados, cuáles son compromisos políticos y cuáles son contratos?

La directriz 3.1 ofrece prácticas óptimas para el primer paso: la identificación de acuerdos en general. En algunos casos, los participantes optan por la vía fácil y admiten conjuntamente la existencia de un acuerdo. En el *Caso de las plantas de celulosa*, por ejemplo, ni Argentina ni Uruguay negaban que sus presidentes habían llegado a un acuerdo expresado por medio de un comunicado de prensa el 31 de mayo de 2005; la controversia era si el acuerdo era vinculante (es decir, si se regía por el derecho internacional) o no¹¹⁰. Asimismo, en el arbitraje relativo al *Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway*, tanto Bélgica como los Países Bajos reconocían que habían

¹⁰⁷ Véase Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de México”) [donde se analiza la Constitución de México de 1917 (rev. 2015), art. 134].

¹⁰⁸ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párrs. 15 y 30.

¹⁰⁹ En Barry Carter et al., *International Law* 86-87 (7th ed., 2018) se reimprime un extracto del contrato, incluido el artículo 9.

¹¹⁰ Véase *Caso de las plantas de celulosa, supra*, nota 28, párrs. 132 y 133.

llegado a un acuerdo plasmado en un memorando de entendimiento y que este memorando no era un “instrumento vinculante”¹¹¹.

Sin embargo, en muchos casos no habrá un “acuerdo para ponerse de acuerdo”. Entonces, los Estados deberían seguir el ejemplo que dio la CIJ en el caso del *Mar Egeo* y examinar toda declaración propuesta o efectuada teniendo en cuenta sobre todo *sus términos reales y las circunstancias particulares* en las cuales fue redactada¹¹². Ese análisis proporciona un marco útil para determinar las condiciones de cualquier acuerdo, es decir, mutualidad y compromiso. En el caso del *Mar Egeo*, por ejemplo, Grecia y Turquía impugnaban la existencia de un acuerdo y el tipo particular de acuerdo. Para resolver el asunto, la Corte examinó las comunicaciones anteriores y el lenguaje utilizado en un comunicado conjunto de los primeros ministros de Grecia y Turquía, y llegó a la conclusión de que el comunicado no constituía un “compromiso” de someter el diferendo de los Estados a la Corte¹¹³. La CIJ reafirmó este enfoque en *Qatar c. Bahrein*. En este caso examinó un “acta aprobada”, firmada por los ministros de relaciones exteriores de Qatar y Bahrein, y concluyó que constituía un acuerdo: no era meramente un acta de una reunión, no se limitaba a relatar las deliberaciones y a resumir los puntos convergencia y divergencia, sino que enumeraba los compromisos respecto de los cuales las Partes habían manifestado su consentimiento¹¹⁴. La CIJ continuó aplicando este enfoque en el *Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu*, en el cual, tras analizar los diversos puntos de vista contenidos en las notas y cartas intercambiadas entre Sudáfrica y Bechuanalandia con respecto a la ubicación de un límite territorial, determinó que demostraban la ausencia de un acuerdo¹¹⁵.

Por su parte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) ha señalado que un lenguaje en un texto compartido que en otros casos podría considerarse “condicional” puede impedir que se le asigne la condición de acuerdo¹¹⁶. Los tribunales internacionales también se han rehusado a confirmar la existencia de un acuerdo en los casos en que una parte no responde a una oferta hecha por la otra. Por lo tanto, el TIDM rehusó dictaminar que Japón, con su silencio, había manifestado su acuerdo con respecto a una metodología para constituir fianzas que Rusia había presentado en ciertas reuniones conjuntas y había consignado posteriormente en protocolos escritos entre ambos Estados¹¹⁷. Análogamente, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje rehusó dictaminar que Jordania hubiera aceptado someter el caso a arbitraje cuando no respondió a dos cartas de un embajador italiano en las cuales se afirmaba que ambos Estados habían celebrado un acuerdo verbal a tal efecto¹¹⁸.

¹¹¹ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (2005) 27 RIAA 35, párr. 156.

¹¹² *Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía)*, Fallo (1978), Informe de la CIJ 3, párr. 95 (sin cursivas en el original).

¹¹³ *Id.*, párr. 107.

¹¹⁴ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota, párr. 24.

¹¹⁵ *Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia)*, Fallo (1999), Informe de la CIJ 1045, párr. 63.

¹¹⁶ *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh c. Myanmar)* (Sentencia de 14 de marzo de 2012), 2012, Informe del TIDM 4, párr. 92 (el Tribunal considera que los términos del acta aprobada de 1974 confirman que el acta refleja un entendimiento condicional alcanzado en el curso de las negociaciones y no un acuerdo en el sentido del artículo 15 de la Convención. El lenguaje utilizado en el acta respalda esta conclusión, en particular teniendo en cuenta la condición enunciada expresamente en el acta de que la delimitación del mar territorial formaría parte de un tratado integral sobre límites marítimos).

¹¹⁷ Véase “*Hoshinmaru*” (*Japón c. Federación de Rusia*) (Pronta liberación, Sentencia) 2007 Informe del TIDM 18 (6 de agosto), párrs. 85 a 87.

¹¹⁸ *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. El Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Laudo (31 de enero de 2006), párr. 98.

Desde luego, podría haber casos en que el texto y las circunstancias particulares sean ambiguos con respecto a si una determinada declaración o instrumento propuestos constituirán un acuerdo. En esos casos, esta directriz recomienda un enfoque directo: instar a los Estados a que consulten y comuniquen uno al otro lo que cada uno entiende con respecto a si existe un acuerdo (o si el acto resultará en un acuerdo). Esas conversaciones podrían confirmar que hay un acuerdo o que no lo hay o no lo habrá. Sin embargo, a veces estas conversaciones podrían revelar una divergencia de opiniones si una parte considera que la declaración o el instrumento constituyen un acuerdo y la otra lo niega. En esos casos, lo mejor es que todos los involucrados den un paso atrás y se abstengan de toda actividad adicional pertinente hasta que se entablen más conversaciones y se puedan acercar los puntos de vista. De esta forma se reducirá el riesgo de expectativas discordantes o controversias entre los participantes (u otros) que puedan intensificarse, activar mecanismos de solución de controversias por terceros o introducir otras complicaciones en las relaciones internacionales.

3.2 Identificación del tipo de acuerdo celebrado. *En la práctica actual de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de derecho internacional, se observan dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.*

- *Con el primero, algunos actores utilizan la “prueba de la intención”, análisis subjetivo según el cual las intenciones manifiestas de los autores determinan si un acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).*
- *Con el segundo, otros actores usan una “prueba objetiva”, según la cual la materia, el lenguaje y el contexto determinan su condición de acuerdo vinculante o no vinculante, independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de los autores.*

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Ambos tienen en cuenta (a) el texto; (b) las circunstancias particulares, y (c) los actos subsiguientes para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, debido a que tienen objetivos analíticos diferentes, podrían llevar a conclusiones dispares en ciertos casos. Los resultados disímiles podrían, a su vez, causar confusión o conflictos, riesgo que se puede mitigar con ciertas prácticas:

3.2.1 *Si un Estado todavía no ha decidido si usará la prueba de la intención o la prueba objetiva para identificar sus acuerdos vinculantes y no vinculantes, debería hacerlo.*

3.2.2 *Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos.*

3.2.3 *Sin embargo, los Estados no deberían suponer que los demás Estados o actores (entre ellos las cortes y los tribunales internacionales) usarán la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En cambio, deberían celebrar y aplicar sus acuerdos internacionales de una manera que mitigue o incluso elimine los problemas que puedan llevar a que las dos pruebas conduzcan a conclusiones contradictorias.*

Comentario: En los casos en que exista un acuerdo, una forma de determinar si es vinculante (o no) consiste en preguntar cuál era la intención de los autores. La Comisión de Derecho Internacional terminó refrendando esta metodología a fin de determinar qué acuerdos cumplirían el requisito de estar “regidos por el derecho internacional” para que se los considere como tratados¹¹⁹. Los delegados en la Conferencia de Viena estuvieron de acuerdo¹²⁰. En la

¹¹⁹ ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6 (“La Comisión llegó a la conclusión de que, en la medida en que sea pertinente, el elemento de la

actualidad, numerosos Estados, expertos y tribunales internacionales consideran la intención como el criterio esencial para determinar qué acuerdos son tratados¹²¹. En el *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, por ejemplo, el Tribunal recalcó que, para que un instrumento constituyera un acuerdo vinculante, debía evidenciar una clara intención de establecer derechos y obligaciones entre las partes¹²². Varios Estados Miembros de la OEA han adoptado este enfoque¹²³. Desde esta perspectiva, si las partes tienen la intención de que un acuerdo sea un tratado, es un tratado. Asimismo, si no tienen la intención de que el acuerdo sea vinculante, es un compromiso político no vinculante.

Sin embargo, la CIJ ha señalado que utilizaría un enfoque más objetivo para determinar en qué casos un acuerdo es un tratado (es decir que se rige por el derecho internacional). En *Qatar c. Bahrein*, la CIJ dictaminó que las partes *habían* celebrado un acuerdo jurídicamente vinculante (el

intención queda comprendido en la frase ‘regido por el derecho internacional’, y decidió no mencionarlo en la definición”). Antes de llegar a esta conclusión, la Comisión de Derecho Internacional oscilaba entre enfoques subjetivos y objetivos. Brierly propuso un análisis objetivo de los acuerdos que establecen una relación de conformidad con el derecho internacional, mientras que su sucesor, Hersch Lauterpacht, definió los tratados como acuerdos cuya finalidad es crear derechos y obligaciones jurídicos. Compárese Brierly, *Primer informe, supra*, nota 1, en 223, con Lauterpacht, *Primer informe, supra*, nota 1, en 93. El tercer Relator de la Comisión de Derecho Internacional, Sir Gerald Fitzmaurice, trató de combinar ambos enfoques, definiendo un tratado como un acuerdo regido por el derecho internacional cuya finalidad es crear derechos y obligaciones y establecer relaciones. ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 96. Más adelante, volvió a usar solamente la fórmula “regido por el derecho internacional” como sustituto de una prueba subjetiva. Véase Fitzmaurice, *Primer informe, supra*, nota 1, en 117.

¹²⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Actas resumidas del primer período de sesiones*, A/CONF.39/11, Add.1, 225, párr. 13 (“Conferencia de Viena, segundo período de sesiones”) (El Comité de Redacción “ha considerado que la expresión ‘acuerdo... regido por el derecho internacional’ [...] ya abarca el elemento de la intención de crear derechos y obligaciones en derecho internacional”).

¹²¹ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 213; *Francia c. Comisión*, C-233/02 (CEJ, 23 de marzo de 2004) (la intención de las partes debe, en principio, ser el criterio decisivo a efectos de determinar si las Directrices son vinculantes); Aust, *supra*, nota 11, en 20 y 21 (son los Estados negociadores quienes deciden si celebrarán un tratado u otra cosa); Klabbers, *supra*, nota 3, en 68 (a pesar de lo delicado del tema, prácticamente hay unanimidad entre los abogados internacionales en que, como mínimo, la intención es uno de los principales determinantes de los derechos y obligaciones jurídicos internacionales); Widdows, *supra*, nota 5, en 120 a 139.

¹²² *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 213.

¹²³ Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 16 (Cinco Estados Miembros —Brasil, Colombia, Estados Unidos, México y Perú— invocaron específicamente la “intención” como criterio decisivo para identificar un tratado); véase Respuesta de Brasil, *supra*, nota 83 (recurre a “la intención de las partes”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83 (se busca la “manifestación, acuerdo o concurrencia de voluntades de los Estados para obligarse jurídicamente”); Respuesta de México, *supra*, nota 107 (“Por lo que se refiere a los instrumentos ‘no vinculantes’, se incorporan términos que enfatizan la intencionalidad de los participantes involucrados”); Respuesta de Perú, *supra*, nota 64 (donde se señalan las medidas para asegurar que el acuerdo constituya una constancia de “la voluntad concordante de los sujetos intervinientes”); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70 (Estados Unidos procura “asegurar que el texto de los instrumentos escritos que suscribe con otros Estados refleje con exactitud las intenciones de los Estados intervinientes en lo que respecta a la índole jurídica del instrumento y el derecho que lo rige, en el caso en que se lo indique”).

acta aprobada) mediante el cual aceptaban la jurisdicción de la CIJ, a pesar de las protestas del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein de que esa no había sido su intención¹²⁴. La Corte consideró el acta aprobada como un tratado basándose en los “términos del instrumento en sí y las circunstancias de su celebración, no en una intención manifestada por las partes *a posteriori*”¹²⁵. Algunos señalan que era posible que la Corte simplemente estuviera recalcando la intención expresada en el acta aprobada a diferencia de declaraciones posteriores de la intención hecha en beneficio propio en previsión de un litigio¹²⁶. Para otros, sin embargo, el enfoque de la Corte muestra que los criterios objetivos (por ejemplo, el lenguaje, los tipos de cláusulas e incluso tal vez la materia) pueden dictar si el instrumento es un tratado o no¹²⁷. En casos más recientes de la Corte (por ejemplo, el *Caso de las plantas de celulosa* y el de la *Delimitación marítima en el Océano Índico*) se ha afianzado este enfoque objetivo¹²⁸. Por ejemplo, en su opinión en el caso de *Delimitación marítima en el Océano Índico*, la Corte concluyó que “[l]a inclusión de una disposición relativa a la entrada en vigor del Memorando es indicativa del carácter vinculante del instrumento”, sin mencionar la intención de las partes¹²⁹.

Sin embargo, la prueba objetiva no es meramente una fórmula de la CIJ. En el *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, el Tribunal destacó la necesidad de una “determinación objetiva” para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes¹³⁰. Entretanto, varios Estados Miembros de la OEA han recalcado la estructura y el lenguaje utilizados en un texto como factores determinantes de su condición jurídica (o de la ausencia de tal condición)¹³¹.

Estas *Directrices* no tienen como finalidad declarar que uno de estos métodos es superior al otro, y menos aún determinar cuál refleja el derecho internacional con mayor exactitud. En cambio, ofrecen asesoramiento a los Estados y a otros sobre la forma de crear y diferenciar acuerdos internacionales vinculantes y no vinculantes en un mundo donde podrían utilizarse distintos métodos para hacerlo. Con ese fin, esta directriz muestra que, en muchos sentidos, el

¹²⁴ *Qatar c. Bahrein, supra*, nota 38, párr. 27.

¹²⁵ *Id.* (ambos ministros firmaron un texto en el cual se consignaban compromisos aceptados por sus gobiernos, algunos de los cuales eran de aplicación inmediata. Habiendo firmado un texto de ese tipo, el Ministro de Relaciones Exteriores no está en condiciones de decir que tenía la intención de suscribir solamente una declaración que reflejara un entendimiento político y no un acuerdo internacional); véase también *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)*, Fallo (1995), Informe de la CIJ 6 (15 de febrero).

¹²⁶ Aust, *supra*, nota 11, en 51 y 52; Widdows, *supra*, nota 5, en 94 (al determinar la condición de un acuerdo, los puntos de vista expresados por una parte en el momento de la celebración del instrumento tendrán cierta utilidad, siempre que las demás consideraciones sean iguales, pero las declaraciones efectuadas por una parte con posterioridad deben desecharse porque buscan el beneficio propio).

¹²⁷ Véase Chinkin, *supra*, nota 52, en 236 y 237; Klabbbers, *supra*, nota 3, en 212 a 216.

¹²⁸ Véanse, por ejemplo, *Caso de las plantas de celulosa, supra*, nota 28, párr. 128; *Somalia c. Kenya, supra*, nota 9, párr. 42.

¹²⁹ *Somalia c. Kenya, supra*, nota 9, párr. 42.

¹³⁰ *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos (Mauricio c. Reino Unido)*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso 2011-03 (18 de marzo de 2015) en 168, párr. 426 (aunque el Tribunal no tiene inconveniente en aceptar que los Estados tienen libertad, en sus relaciones internacionales, para celebrar acuerdos incluso muy detallados que procuren tener un efecto únicamente político, la intención de que un acuerdo sea vinculante o no vinculante de pleno derecho *debe expresarse claramente; de lo contrario, es tema de determinación objetiva* [sin cursivas en el original]).

¹³¹ Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 69 (“El lenguaje utilizado en un acuerdo caracteriza el tipo de acuerdo”). La República Dominicana concordó con la idea de que la existencia de una cláusula de entrada en vigor es un factor determinante de la condición de tratado. Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

método objetivo y el método de la intención coinciden parcialmente en los elementos probatorios que usan:

- a) el texto;
- b) las circunstancias particulares;
- c) los actos subsiguientes.

Por ejemplo, los que se adhieren a la prueba de la intención consideran generalmente que la estructura y la terminología del texto acordado son la mejor manifestación de las intenciones de los autores¹³². Esa misma estructura y lenguaje constituyen el meollo de la prueba objetiva.

No obstante, hay casos en que estos dos enfoques pueden dar lugar a resultados divergentes; es decir, cuando las manifestaciones externas de consentimiento difieren de las plasmadas en el lenguaje del documento. En el *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, por ejemplo, el acuerdo contenía expresiones, como “se comprometen” y “acuerdan”, que en otros contextos se consideran como indicios objetivos de un tratado¹³³. No obstante, el Tribunal hizo caso omiso de ese lenguaje en vista del contexto en que se usó y la calificación de “documento político” dada al instrumento por las partes¹³⁴, y se empeñó en dilucidar las intenciones de las partes. El enfoque objetivo de *Qatar c. Bahrein* o del *Caso de las plantas de celulosa* podría haber llevado a un resultado diferente, es decir, a considerar que el lenguaje utilizado en el acuerdo en sí es suficientemente determinativo para que no sea necesario consultar los *travaux préparatoires* u otras declaraciones de intenciones efectuadas por los Estados¹³⁵.

Por consiguiente, para algunos Estados Miembros, la estructura y la terminología son determinativas de la condición de tratado, mientras que para otros la presencia de verbos, vocablos o cláusulas específicos no debería sustituir la búsqueda de las intenciones de las partes. Eso crea el riesgo de que distintos participantes categoricen su acuerdo de manera diferente (o que terceros tales como los tribunales internacionales lo hagan). Tales desacuerdos pueden tener consecuencias importantes en el ámbito del derecho internacional y del derecho interno. Por ejemplo, el hecho de que un acuerdo sea vinculante o no lo sea de conformidad con el derecho internacional determina si se pueden tomar contramedidas en caso de infracción¹³⁶. También es posible que el derecho interno requiera que ciertos acuerdos tengan la forma de un tratado, lo cual crea dificultades cuando otros participantes no los consideran como tratados¹³⁷. En cambio, algunos Estados

¹³² Véanse, por ejemplo, Respuesta de Brasil, *supra*, nota 83 (“el vocabulario contenido en un instrumento es esencial”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83 (“los tratados, por tratarse de instrumentos jurídicamente vinculantes, suelen emplear un lenguaje específico, a través del cual las Partes se obligan”); Respuesta de México, *supra*, nota 107 (donde se señalan conjugaciones verbales y términos que se utilizan para diferenciar tratados de acuerdos no vinculantes); Respuesta de Perú, *supra*, nota 64 (donde se recomienda el empleo de un lenguaje desiderativo para los acuerdos no vinculantes y se especifican la estructura y las fórmulas utilizadas para distinguir un tratado de un compromiso político); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70.

¹³³ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 216.

¹³⁴ *Id.*, párrs. 217 y 218. El Tribunal hizo un análisis similar de varias declaraciones bilaterales conjuntas y determinó que no eran vinculantes a pesar de que contenían términos tales como “acuerdan”. *Id.*, párrs. 231 y 242.

¹³⁵ Véase *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 27 (el Tribunal no considera necesario determinar cuál podría haber sido la intención del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein ni tampoco la del Ministro de Relaciones Exteriores de Qatar).

¹³⁶ Véase Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, en *Informe sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones* (3 de mayo a 23 de julio de 1999), UN Doc A/56/10 55 [3], art. 22.

¹³⁷ Véase *supra*, nota 40 (donde se aborda el desacuerdo entre Estados Unidos y sus aliados sobre el carácter vinculante de ciertos memorandos de entendimiento).

necesitan que un acuerdo no sea vinculante porque no consiguen (o no pueden conseguir) las aprobaciones internas que se requerirían si el acuerdo fuese un tratado.

Los Estados podrían tomar varias medidas para mitigar estas dificultades. Para empezar, en esta directriz se propone que los Estados Miembros adopten deliberadamente una prueba o la otra y lo hagan de manera transparente y coherente. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos. Si un Estado sabe que otro usa la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes, tendrá mayor certeza de que sus expectativas con respecto a la condición de tratado (o compromiso político o contrato) de su acuerdo se cumplirán¹³⁸. Asimismo, si un Estado sabe con anticipación que otro Estado usa una prueba diferente para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes, sabrá que tendrá que tomar medidas específicas o usar un texto en particular para que pueda producir el tipo de acuerdo que desea.

Por consiguiente, es aconsejable que los Estados, cualquiera que sea su opinión sobre el método apropiado para identificar acuerdos internacionales, tengan en cuenta la posibilidad de que otros (incluidos los tribunales internacionales) tengan un punto de vista diferente. Siempre que sea posible, los Estados y las instituciones del Estado deberían tomar medidas para reducir el riesgo de que surjan puntos de vista divergentes sobre el tipo de acuerdo alcanzado. Lo mejor es que lo hagan expresamente en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración.

3.3 Especificación del tipo de acuerdo celebrado. *A fin de evitar puntos de vista incompatibles sobre la índole vinculante de un acuerdo o sobre el derecho que lo rige, los participantes deben hacer todo lo posible para especificar expresamente el tipo de acuerdo alcanzado, sea en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración. En lo que se refiere al texto, los Estados podrían usar los ejemplos de disposiciones que se presentan en el cuadro 1 para especificar la condición de un acuerdo. Sin embargo, en vista de la diversidad de acuerdos internacionales, los Estados también podrían adaptar otras fórmulas corrientes.*

Cuadro 1: Especificación del tipo de acuerdo celebrado	
Tipo de acuerdo	Ejemplo de texto
Tratado	<i>En virtud de este acuerdo, se entablarán relaciones entre las partes que se regirán por el derecho internacional. Este acuerdo se propone dar lugar a derechos y obligaciones de conformidad con sus condiciones.</i>
Compromiso político	<i>Este [título] no es vinculante de conformidad con el derecho internacional y no crea derechos u obligaciones jurídicamente vinculantes para los participantes.</i>
	<i>Este [título] es un compromiso político cuyas disposiciones no lo habilitan para el registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.</i>
Contrato	<i>Este acuerdo se regirá por el derecho de [indicar el Estado o una fuente de derecho no estatal].</i>

¹³⁸ Esa certeza posiblemente no sea total si se puede recurrir a la solución de controversias por terceros, ya que, en teoría, un tribunal podría desestimar el enfoque utilizado por ambos Estados para la identificación y aplicar en cambio un enfoque propio.

Comentario: Una manera de mitigar el riesgo de disputas con respecto al tipo de acuerdo celebrado puede ser controlada por los participantes, quienes pueden especificar una interpretación que compartan con respecto a la naturaleza jurídica del acuerdo. En el curso de las negociaciones los Estados pueden —y probablemente deberían— especificar la existencia de alguna duda entre los participantes sobre el tipo de acuerdo que se proponen celebrar. La constancia de que las propias partes entendieron que estaban celebrando un tratado, por ejemplo, puede reducir el riesgo de que la naturaleza jurídica del documento acordado pueda ser objeto de una disputa ulterior.

Los Estados y las instituciones estatales pueden, además, utilizar en el acuerdo mismo un texto que especifique su naturaleza jurídica. Hasta la fecha ello rara vez se ha hecho, pero esta directriz ofrece una fórmula modelo que podría usarse en casos futuros. Se trata de una variante de una definición anterior del término “tratado”, enunciada por Gerald Fitzmaurice, quien intentó fusionar enfoques intencionales y objetivos¹³⁹. En consecuencia, podría ser utilizada tanto por partidarios del criterio basado en la intención como por quienes se adhieran a criterios objetivos. He incluido un futuro del modo imperativo para proporcionar una prueba objetiva adicional de la naturaleza coercitiva del acuerdo, así como una frase condicionante (“de conformidad con sus condiciones”) para que el texto sea el punto de referencia para interpretar sobre qué derechos y obligaciones versa el tratado.

Es más común que los Estados y las instituciones estatales utilicen un texto que especifique su opinión compartida de que un acuerdo no sea jurídicamente vinculante. En algunos casos el propio título puede constituir una especificación suficiente, como en el adecuadamente titulado *Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de bosques de todo tipo*¹⁴⁰. Otra alternativa consiste en hacer que la especificación conste en una cláusula que rechace el rótulo de “tratado”. En 2010, por ejemplo, la República de Moldova y el estado de Carolina del Norte, de los Estados Unidos, suscribieron un “Memorando de principios y procedimientos” sobre sus relaciones recíprocas, en cuyo párrafo A se aclaró que “el presente Memorando no genera ninguna obligación que constituya un acuerdo jurídicamente vinculante conforme al derecho internacional”¹⁴¹. En otros casos los participantes especifican el carácter político de los compromisos que asumen describiendo el documento que celebran como “políticamente vinculante” o como un “compromiso político”¹⁴². En un ejemplo muy famoso, el de los Acuerdos de Helsinki, se especificó la naturaleza del acuerdo como un compromiso político, “que no cabe registrar” en virtud del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁴³. Los Estados de la región podrían adoptar esas prácticas cuando interpreten sus acuerdos como no vinculantes. Por lo tanto, esta directriz proporciona dos ejemplos de cláusulas que pueden usarse para señalar claramente que un acuerdo no es vinculante: la primera negativamente y la segunda afirmativamente. En ninguno de los dos modelos de cláusulas se especifica el título del instrumento, reconociéndose así

¹³⁹ Véase la nota 119.

¹⁴⁰ 31 ILM 882 (1992) (sin cursivas en el original).

¹⁴¹ Memorandum of Principles and Procedures between the Republic of Moldova and the State of North Carolina (USA) concerning their Desire to Strengthen their Good Relations (2010), reproducido parcialmente en THE OXFORD GUIDE TO TREATIES 656 (D. Hollis, ed., 2012).

¹⁴² Véase, *por ejemplo*, Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security (NATO-Russia) 36 ILM 1006, párr. 1 (1996) (en que se describe la declaración como un compromiso político duradero asumido al más alto nivel político); Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre Medidas destinadas a Fomentar la Confianza y la Seguridad y sobre Desarme en Europa, 26 ILM 190, ¶101 (1986) (“Las medidas adoptadas en el presente documento son políticamente vinculantes...”) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace <https://www.osce.org/es/fsc/41243?download=true>).

¹⁴³ Acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, 14 ILM 1293 (1975) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>).

el hecho de que estas cláusulas pueden utilizarse para documentos titulados, por ejemplo, “Memorando de Entendimiento”, “Declaración” o “Código de Conducta”.

Finalmente, esta directriz ofrece una cláusula de elección de ley para especificar que un acuerdo coercitivo constituye un contrato, e incluye la posibilidad de tomar como referencia la legislación nacional de determinado Estado o fuentes de derecho no estatales, tales como los principios del UNIDROIT o la *lex mercatoria* (sea cual fuere su definición).

Mediante indicaciones expresas, compartidas y transparentes sobre la manera en que los participantes interpretan el tipo de acuerdo que estén celebrando mucho puede hacerse para mitigar la confusión y los conflictos que han ocupado recientemente la práctica estatal. De todos modos es importante reconocer que los redactores de un acuerdo no siempre pueden tener un control completo del acuerdo que celebran. Si, por ejemplo, los participantes carecen de capacidad de elaboración de tratados, no pueden crear un tratado aunque utilicen la cláusula incluida aquí como ejemplo o sostengan de otro modo que su acuerdo puede calificarse como tal. Además, sean cuales fueren las especificaciones que se empleen, el derecho internacional puede denegar la calificación de tratado a un acuerdo al que se llegue por coacción o violatorio del *jus cogens*¹⁴⁴. Análogamente, aun cuando Estados o instituciones estatales adopten un rótulo contractual para su acuerdo, el derecho que rija ese contrato dirá la última palabra acerca de si tienen la potestad de hacerlo. Finalmente, aunque algunos temas jamás den lugar a litigios, subsisten preguntas acerca de si ciertos temas requieren, de todos modos, enunciarse en forma de tratados¹⁴⁵.

3.4 Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo. *En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar ciertos elementos como los siguientes (o recurrir a ellos) para indicar la existencia de un tratado o de un compromiso político no vinculante:*

- a) el lenguaje utilizado en la práctica;*
- b) la inclusión de ciertas cláusulas finales;*
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo;*
- d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.*

En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos.

¹⁴⁴ Véase, *por ejemplo*, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 52 (coerción) y art. 53 (*jus cogens*).

¹⁴⁵ Roberto Ago, *por ejemplo*, sostuvo la célebre teoría de que los compromisos sobre ciertos temas (por ejemplo, límites territoriales) deben constituir tratados, sean cuales fueren las intenciones de las partes. ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. I, 52, párr. 19.

Cuadro 2. Identificación de acuerdos vinculantes y no vinculantes		
Características del acuerdo	Elemento indicativo de un tratado	Elemento indicativo de un compromiso político
Títulos	Tratado Convenio Acuerdo Pacto Protocolo	Entendimiento Arreglo Declaración
Autores	partes	participantes
Terminología	artículos obligaciones compromisos derechos	compromisos expectativas principios párrafos puntos de entendimiento
Lenguaje que denota un compromiso (verbos)	deberán acuerdan deben se comprometen a Hecho en [lugar] el [fecha]	deberían buscar impulsar tener la intención de esperar llevar a cabo entender aceptar
Lenguaje que denota un compromiso (adjetivos)	vinculante auténtico fidedigno	político voluntario vigente de igual validez
Cláusulas	Consentimiento en obligarse Entrada en vigor Depositario Modificación Rescisión Solución obligatoria de controversias	Entrada en vigor (o inicio de aplicación) Diferencias Modificaciones

Comentario: Diferenciar entre tratados, compromisos políticos y contratos implica un examen integral del lenguaje utilizado, de la presencia o ausencia de determinadas cláusulas, de las circunstancias que rodean a la celebración del acuerdo y de la práctica ulterior de los participantes. Sea cual fuere el método utilizado, toda esa prueba reviste importancia para la identificación de los tratados.

Lenguaje. En la práctica, los Estados y los investigadores han encontrado ciertas fórmulas para identificar un acuerdo como tratado. En el idioma inglés, por ejemplo, el uso del verbo “shall” sugiere fuertemente la conclusión de que el compromiso es vinculante. Varios Estados Miembros han confirmado ese uso junto con verbos tales como “must” (“deber”) y “agree” (“acordar”), y términos tales como “parte” para describir a los participantes en el acuerdo¹⁴⁶.

Al mismo tiempo, la práctica de los Estados ha creado un conjunto de marcadores lingüísticos que guardan relación con acuerdos no vinculantes. En contraposición con el texto de compromisos como los denotados por el uso de “shall”, los compromisos políticos suelen contener el término “should”, que es más rogatorio¹⁴⁷. Suelen utilizarse otras palabras y cláusulas para poner de manifiesto una intención menos imperativa. Por ejemplo, en lugar de “partes” del tratado, los compromisos políticos suelen referirse a “participantes”; en lugar de “artículos”, es más probable que un compromiso político haga referencia a párrafos; en lugar de describir “obligaciones”, que son “coercitivas”, los textos de los compromisos políticos pueden referirse a “principios” que sean “voluntarios.” La *Directriz 3.4* ofrece, por consiguiente, en el cuadro 1, una lista no exhaustiva del tipo de lenguaje que suele usarse en tratados y compromisos políticos.

Es importante subrayar, sin embargo, que no existen “palabras mágicas” que garanticen a un acuerdo la calidad de tratado o de compromiso político. Para comenzar, existe una divisoria entre los métodos intencionales y objetivos analizados en la *Directriz 3.3*, expuesta más arriba. Quienes están en favor de la prueba intencional hacen hincapié en un enfoque integral, en que deben considerarse todas las manifestaciones de la intención de las partes, en lugar de permitir que un único vocablo o frase dicte el resultado. Pero incluso quienes se afilian a un análisis objetivo deberían mostrarse reacios a tratar a un único verbo o sustantivo como determinante del resultado. Redactores avezados pueden convertir un texto que de lo contrario sería imperativo en una expresión rogatoria. Reviste importancia, por ejemplo, el que un verbo tal como “convengo” figure solo, o sea precedido por un texto tal como “me propongo” o “espero” (acordar). Por lo tanto, el lenguaje usado es un indicador importante del estado del acuerdo, pero los responsables de tomar decisiones deben ser cuidadosos para no basarse en un solo elemento probatorio para llegar a su conclusión.

Cláusulas. Ciertas cláusulas suelen ser estándar en textos de tratados, por lo cual su presencia puede ser indicativa de que un acuerdo reúne las condiciones que hacen de él un tratado. Los tratados suelen contener complicadas disposiciones sobre consentimiento que lo hagan obligatorio a través de opciones tales como firma definitiva, firma simple seguida por ratificación, adhesión, aceptación o aprobación. Cuando los tratados se celebran en forma de intercambio de notas, la práctica de los Estados ha diseñado una fórmula común que utilizan ambas partes en señal de que su consentimiento es legalmente obligatorio. Un ejemplo paradigmático se encuentra en el Intercambio de Notas entre el Reino Unido y Uruguay. El Reino Unido concluyó su propuesta manifestando:

Si el Gobierno de Uruguay acepta esta propuesta, tengo el honor de proponer que esta nota y su respuesta afirmativa constituyan un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

Y la nota de Uruguay señalaba:

¹⁴⁶ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 18.

¹⁴⁷ Cabe la posibilidad de que un tratado contenga una cláusula con términos rogatorios, lo cual limita los derechos u obligaciones jurídicos que impone a las partes. No obstante, suponiendo que, no obstante, se haya tenido la intención de que el acuerdo constituyera un tratado (o existan señales suficientes de que lo fuera), seguirá siendo un tratado.

En relación con lo que antecede deseo informar a Su Excelencia el consentimiento del Gobierno de la República Oriental del Uruguay a las disposiciones tal como han sido establecidas, por lo cual la presente nota y la nota de Su Excelencia constituirán un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos, que entrará en vigor en el día de hoy¹⁴⁸.

Otras cláusulas “finales” se usan regularmente en tratados, y esta directriz ofrece una lista ilustrativa de aquellas cuya existencia puede ser indicativa de un tratado. Los tratados suelen preceder a las firmas de las partes con una redacción estándar (a saber: “Dado en [lugar], el [fecha]...”). El uso de una cláusula de “entrada en vigor” es otro signo notorio de un tratado. En el caso *Somalia c. Kenya* la CIJ concluyó que “la inclusión de una disposición referente a la entrada en vigor del memorando de entendimiento es indicativa del carácter vinculante del instrumento”¹⁴⁹. Además, en los Tratados se incluyen regularmente requisitos de notificación de rescisión o retiro (requiriendo, por ejemplo, una notificación previa con seis o doce meses de anticipación).

En contraste, los compromisos políticos pueden no firmarse (su texto puede, simplemente, entregarse a la prensa o publicarse de otro modo), y cuando se firman, en ellos generalmente se omite la referencia más formal a la firma utilizada en referencias a tratados. En lugar de cláusulas sobre enmiendas o rescisión, a veces se usa el término “modificaciones”.

No todos los Estados utilizan idénticos marcadores lingüísticos, títulos o cláusulas para diferenciar un tratado de un compromiso político. En consecuencia, ninguna cláusula individual debería garantizar la naturaleza de tratado de un acuerdo (ni la naturaleza de un compromiso político). En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, se reconoce el hecho de que los tratados pueden carecer de una cláusula de retiro o rescisión, previéndose normas sobre incumplimiento en esos casos¹⁵⁰. Por ese motivo es más acertado considerar todas esas cláusulas como indicativas, en lugar de determinativas. Una prueba en contrario, contenida en el acuerdo o fuera de él, puede revelar la existencia de un compromiso político, en lugar de un tratado (o viceversa). Por ejemplo, la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (actualmente la OSCE) elaboró en 1986 un “Documento sobre Medidas de Creación de Confianza y Seguridad en Europa”, en que se dispuso que el mismo “entra[ría] en vigor el 1 de enero de 1987”, lo que constituye la cláusula de entrada en vigor generalmente asociada con un tratado. No obstante, en la misma oración se aclaró también que las “medidas adoptadas en [ese] documento [eran] políticamente vinculantes”¹⁵¹.

Circunstancias circundantes. La labor encaminada a identificar y diferenciar los acuerdos vinculantes de los no vinculantes no se limita a la consideración de su texto. Tanto en las pruebas intencionales como en las objetivas se examinan similares elementos de juicio externos a saber, las circunstancias que rodean el caso y la conducta ulterior de los participantes para identificar acuerdos como tratados o como compromisos políticos. Como se señaló, la búsqueda de la intención es global, por lo cual abarca tanto los *travaux préparatoires* que preceden al acuerdo, como la conducta ulterior de cualquiera de los participantes que revista importancia para identificar la naturaleza del acuerdo. En el caso *Bay of Bengal*, por ejemplo, el TIDM hizo hincapié en que “las circunstancias” en que se habían adoptado las Actas Acordadas “no indica[ban] que a través de ellas se hubiera tenido el propósito de crear obligaciones jurídicas” en

¹⁴⁸ Aust, *supra*, nota 11, pág. 425, 427; véase también HOLLIS, THE OXFORD GUIDE TO TREATIES, *supra*, nota 7, págs. 678-79; Hans Blix y Jirinia H. Emerson, *The Treaty-Maker's Handbook* 80 (1973).

¹⁴⁹ *Somalia v. Kenya*, *supra*, nota 9, parr. 42.

¹⁵⁰ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 56.

¹⁵¹ Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre Medidas destinadas a Fomentar la Confianza y la Seguridad y sobre Desarme en Europa (1986), 26 ILM 190, ¶101 (1987) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace <https://www.osce.org/es/fsc/41243?download=true>).

que uno de los participantes, Myanmar, hubiera dejado en claro tempranamente su intención de acordar exclusivamente un acuerdo general; no un acuerdo separado como el que, según se alega, aparece en las Actas Acordadas¹⁵².

Al mismo tiempo, aunque en el análisis objetivo se da prioridad al texto, no se excluye el análisis de pruebas externas, en especial cuando el texto mismo sea ambiguo o contradictorio. En *Qatar c. Bahrein*, por ejemplo, el análisis más objetivo realizado por la CIJ estuvo condicionado expresamente a la consideración de las circunstancias que rodean la celebración de un acuerdo¹⁵³.

Conducta subsiguiente. Tanto en los métodos intencionales como en los métodos objetivos puede invocarse, además de las circunstancias circundantes, la conducta ulterior de las partes. Por ejemplo, en la búsqueda de las intenciones de las partes el Tribunal que actuó en el caso sobre el Mar del Sur de China concluyó que un acuerdo no estaba destinado a constituir un tratado, dada la repetida utilización, por China, del término “documento político” para describirlo, una vez celebrado¹⁵⁴. El hecho de que no se someta un acuerdo a los procedimientos requeridos por el derecho interno para la celebración de tratados puede poner de manifiesto también las intenciones de las partes de celebrar un compromiso político¹⁵⁵. Sin embargo, un proceder de ese género puede también examinarse con un criterio más objetivo. Así, la CIJ ha considerado el proceder subsiguiente de las partes —por ejemplo, la introducción de correctivos técnicos en un acuerdo— como indicativo de un compromiso vinculante¹⁵⁶.

¿Qué pensar de la hipótesis en que un participante haya registrado un acuerdo en las Naciones Unidas conforme a lo previsto en el artículo 102 de la Carta de dicha organización? Como ya se señaló, el registro no es preceptivo en el caso de los tratados. En *Qatar c. Bahrein*, la CIJ hizo hincapié en el argumento de que la omisión de registrar las Actas Acordadas no podía privar a un acuerdo jurídicamente vinculante de su calidad de tal¹⁵⁷. Por otra parte, en el caso *Delimitación marítima en el Océano Índico* la CIJ subrayó que Kenya había tenido la intención de que el memorando de entendimiento en cuestión fuera un tratado, habiendo solicitado su registro en las Naciones Unidas, y que Somalia no se opuso a esa solicitud durante casi cinco años¹⁵⁸. En

¹⁵² *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala*, *supra*, nota 116, párr. 93; caso *Acuerdo sobre el caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo*, *supra*, nota 112, párr. 107. Análogamente, en el *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China* el Tribunal hizo hincapié en la manera en que China, en los considerandos de su conclusión, catalogó repetidamente el acuerdo en cuestión como un “documento político”. *Arbitraje sobre el Mares del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 216.

¹⁵³ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 23 (Para determinar si se ha celebrado un acuerdo de ese género “la Corte debe examinar, por encima de todo, sus términos reales y las circunstancias específicas en que haya sido adoptado”).

¹⁵⁴ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 218.

¹⁵⁵ *Delimitación de la frontera marítima en la Bahía de Bengala*, *supra*, nota 116, párr. 97 (“[e]l hecho de que las Partes no hayan sometido las Actas Acordadas de 1974 al procedimiento requerido por sus respectivas constituciones para los acuerdos internacionales vinculantes es un indicio adicional de que no se tuvo la intención de que las Actas Acordadas fueran jurídicamente vinculantes”). Por otra parte, la CIJ ha señalado que la omisión de seguir procedimientos nacionales para la elaboración de tratados no priva de esa calidad a un acuerdo que por lo demás parece ser un tratado. *Somalia v. Kenya*, *supra*, nota 9, p. 23-24, párrs. 48-50.

¹⁵⁶ *Fronteras terrestres y marítimas (el Camerún c. Nigeria)*, *supra*, nota 75, párr. 253 [en que se concluye que la Declaración de Maroua era jurídicamente vinculante tal como había sido publicada (sin que ninguna condición indicara la necesidad de una ratificación ulterior); posteriormente, se intercambiaron cartas en que se efectuaron correcciones técnicas a su contenido, y la línea divisoria que contenía fue notificada a la Secretaría pertinente de las Naciones Unidas].

¹⁵⁷ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párrs. 28-29.

¹⁵⁸ *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, párr. 19.

otras palabras, el registro (o la falta de registro), aunque no sea un elemento determinante, puede, de todos modos, indicar en alguna medida el carácter vinculante o no vinculante de un tratado.

3.5 Elementos indicativos de un contrato. *En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar una cláusula sobre el derecho aplicable (o recurrir a ella) para confirmar la existencia de un contrato. Los Estados deberían suponer que un texto claramente vinculante entre Estados que guarda silencio con respecto a su condición es un tratado, en vez de un contrato.*

Comentario: Al diferenciar entre acuerdos, la posibilidad de que se esté ante un contrato solo surge cuando se responde afirmativamente a dos preguntas. Primera, ¿existe un acuerdo? Segunda, ¿el acuerdo es vinculante? Cuando existe un acuerdo vinculante surge la pregunta de si él representa un tratado o un contrato. La capacidad de los participantes puede ayudar en esa indagatoria, pues ciertos participantes pueden no estar autorizados a celebrar tratados. Véase la *Directriz 2.1-2.2* y el *Comentario* que la acompaña, en cuanto a la manera de determinar qué entidades pueden poseer capacidad legal para celebrar tratados.

Por otra parte, al igual que en la cuestión de la identificación de tratados y compromisos políticos, el lenguaje utilizado en el acuerdo puede ser indicativo de la naturaleza contractual de esos instrumentos. Los contratos, por ejemplo, pueden ser titulados como tales, o bien, como ya se señaló, en ellos puede especificarse un derecho rector distinto del derecho internacional (con lo cual se excluye la opción del tratado)¹⁵⁹. No obstante, se debe tener cuidado de no concluir que todo acuerdo en que se haga referencia a las leyes o al sistema jurídico de un Estado sea un contrato. Los Estados pueden, por ejemplo, condicionar las obligaciones que les imponga un tratado de modo que se limiten a lo que el derecho interno autorice (o para privar de obligatoriedad a un comportamiento violatorio de ese derecho). En tales casos, la referencia al derecho interno contribuye a limitar el alcance de la obligación regida por el derecho internacional, en lugar de ayudar a redefinir qué sistema de derecho rige el acuerdo.

¿Qué sucede cuando un texto es claramente vinculante pero en él no se expresa si constituye un tratado o un contrato? Cuando los participantes son sujetos de derecho internacional, en la mayoría de los casos se presume que los acuerdos vinculantes constituyen tratados¹⁶⁰. Por lo tanto, los Estados deberían suponer que los acuerdos vinculantes entre Estados constituyen tratados a falta de pruebas indicadoras de un contrato (por ejemplo, una cláusula sobre derecho aplicable). No obstante, cuando el participante es una institución del Estado esa presunción puede no existir, y se requiere un cuidadoso análisis, no solo sobre el texto acordado, sino también sobre el contexto circundante y sobre la conducta subsiguiente de las partes. Existen, además, algunas sugerencias académicas de que no es forzoso que ambas categorías de acuerdos vinculantes se excluyan mutuamente, es decir que algunos acuerdos pueden tener una forma “híbrida”, en que

¹⁵⁹ Véase, *por ejemplo, supra*, nota 109 (cláusula sobre el derecho rector del Acuerdo NASA-AEB, que dispone: “La legislación federal de los Estados Unidos regirá el presente acuerdo a todos los fines, incluso, pero sin carácter limitativo, para determinar la validez del presente Acuerdo...”).

¹⁶⁰ El Profesor Jan Klabbbers dedicó todo un libro a establecer esa presunción, Véase Klabbbers, *supra*, nota 3. Otras fuentes que favorecen esa tesis constan en Anthony Aust, *The Theory & Practice of Informal International Instruments*, 35 INT’L & COMP. L. Q 787, 798 (1986); Widdows, *supra*, nota 5, pág. 142; Hersch Lauterpacht, *Second Report on the Law of Treaties*, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1954, vol. II, 125. Esas opiniones han suplantado anteriores puntos de vista según los cuales la presunción debe ser la contraria (que no se está ante la elaboración de un contrato a falta de una intención manifiesta de hacerlo). Véase Schachter, *supra*, nota 49, 297; JES Fawcett, *The Legal Character of International Agreements*, 30 BRIT. YBK INT’L L. 381, 400 (1953).

ciertos términos se rigen por el derecho internacional y otros por el derecho nacional¹⁶¹. No obstante, la práctica de los Estados por ahora no basta para respaldar la afirmación de que se esté ante una nueva modalidad de acuerdos.

3.6 Indicios ambiguos o incongruentes de la condición de un acuerdo. *En los casos en que los elementos indicativos de la condición de un acuerdo sean ambiguos o incongruentes, la condición del acuerdo debería determinarse sobre la base de un análisis integral que procure conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes. Los Estados deberían tratar de dar a conocer los resultados de su análisis integral a las otras partes del acuerdo. En algunos casos, los Estados podrían considerar opciones más formales para la solución de controversias a fin de aclarar o resolver el carácter vinculante o no vinculante de sus acuerdos.*

Comentario: En algunos casos la prueba referente al tipo de acuerdo celebrado puede ser ambigua. Considérese, por ejemplo, el título “Memorando de entendimiento”. Para ciertos Estados esa denominación indica un compromiso político, en lugar de un tratado, pero otros Estados no han considerado que ella excluya la condición de tratado. Similar ambigüedad rodea a la forma verbal “will” en inglés. En algunos Estados —en especial los vinculados con el Commonwealth británico— el término “will” se considera facultativo, en lugar de preceptivo, por lo cual lo usan regularmente en y relación con textos de acuerdos no vinculantes. Para otros Estados, en cambio, “will” es sinónimo de “shall” y puede interpretarse como expresión de un compromiso obligatorio. Por lo tanto los Estados y las instituciones estatales deberían asumir una actitud prudente en sus supuestos de que ese término indique la existencia de un acuerdo.

Algunos acuerdos contienen una combinación de disposiciones vinculantes y manifiestamente no vinculantes. En esos casos el acuerdo debería ser tratado como vinculante porque, por definición, ninguna parte de un compromiso político puede considerarse vinculante. La práctica de los Estados parece excluir esa posibilidad. Considérese, por ejemplo, el Acuerdo de París sobre el cambio climático, tratado en que, famosamente, se usa el verbo “should” para definir la obligación central de las partes en materia de objetivos de reducción de emisiones, y al mismo tiempo usar “shall” en otras disposiciones sobre reuniones e informes futuros¹⁶². En otras palabras, los tratados pueden contener disposiciones a las cuales las partes no tengan la intención de darles carácter coercitivo junto a las que sí tengan ese carácter. Como es natural, esa posibilidad dificulta cualquier aplicación de la prueba de la intención, pues requiere evaluar, disposición por disposición, las intenciones de las partes.

En otros casos, la prueba puede no ser ambigua, sino contradictoria. En esos casos los participantes (o un tercero) tendrán que sopesar cuidadosamente toda la evidencia, encuéntrase ésta en el texto, en las circunstancias del caso o en el comportamiento subsiguiente. En esos casos, convendría, si es posible, determinar si los resultados de un enfoque intencional y objetivo llevan a la misma conclusión. Si ello no ocurre, los participantes pueden optar por mecanismos de solución de controversias para determinar si un enfoque deliberado y objetivo lleva a la misma conclusión. De no ser así, los participantes pueden promover mecanismos de solución de controversias, incluidos los tendientes (a) a dejar en claro la naturaleza del acuerdo, o llegar por otra vía a un entendimiento al respecto, (b) a rescindir el acuerdo, o (c) a sustituirlo por un acuerdo delineado más claramente.

¹⁶¹ Véase Paul Reuter, *Third report on the question of treaties concluded between States and international organizations or between two or more international organizations*, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1974, vol. II(1), 139.

¹⁶² *Compárese* la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Aprobación del Acuerdo de París, FCCC/CP/2015/L.9, 12 de diciembre de 2015, art. 4.4, *junto con* los arts. 4.9 y 4.12. La condición de tratado que se tuvo la intención de dar a dicho acuerdo es también evidenciada por la presencia de cláusulas sobre consentimiento, entrada en vigor y denuncia/rescisión.

4. Procedimientos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes

4.1 Diferentes procedimientos internos para los tratados. *Todo Estado debería tener plena libertad para establecer y mantener un procedimiento interno o varios para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o sus instituciones. Estos procedimientos podrían basarse en la constitución del Estado, sus leyes o su práctica. Distintos Estados podrían seguir procedimientos internos diferentes para el mismo tratado.*

Comentario: Los Estados cuentan, para la elaboración de tratados, con procedimientos internos amplios —y a menudo diferentes— derivados de las tradiciones jurídicas, históricas, políticas y culturales propias de cada uno de ellos. Pese a sus diferencias, esos procedimientos sirven funciones similares. En primer lugar, y como cuestión primordial, pueden confirmar el hecho de que el acuerdo propuesto constituirá, para el Estado, un tratado (en la acepción de derecho internacional de ese término, empleado en la definición contenida en la *Directriz 1.2*, supra). En segundo lugar, verifican que el tratado sea compatible con el orden jurídico interno del Estado, garantizando, por ejemplo, que sus términos no infrinjan ninguna prohibición ni ninguna prescripción constitucional o legal. Tercero, aseguran una adecuada coordinación con respecto al contenido o a la aplicación del tratado, tanto dentro del Poder Ejecutivo como de los demás poderes de gobierno del Estado¹⁶³.

Los procedimientos internos que utilizan los Estados para autorizar la elaboración de tratados emanan de diversas fuentes. Algunos son preceptuados por la Constitución de un Estado¹⁶⁴. Otros pueden ser el producto de una ley nacional¹⁶⁵. En algunos casos los procedimientos carecen de base legal formal, pero dependen de una práctica o una política nacional. En Canadá, por ejemplo, aunque el Primer Ministro tiene la potestad de celebrar unilateralmente un tratado sobre cualquier tema, existe la práctica de no consentir tratados que requieran la aplicación de disposiciones legales hasta que esas normas sean promulgadas¹⁶⁶. En consecuencia, es posible que los Estados tengan diferentes niveles de compromiso jurídico con su función de elaboración de tratados: el procedimiento de algunos Estados será inderogable; otros Estados pueden poseer mayor flexibilidad, que les permita dar cabida a variantes si las circunstancias lo justifican.

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83 (“dependiendo de la materia del instrumento jurídico a negociar intervienen los ministerios o entidades del poder público que tengan los conocimientos técnicos sobre lo que se está acordando en el cuerpo del mismo” toman parte en su autorización).

¹⁶⁴ Véase, por ejemplo, Respuesta de Argentina, *supra*, nota 70 (en que se cita el artículo 99(11) de la Constitución, referente a la potestad del Presidente de celebrar tratados y el artículo 75(22) referente a la potestad del cuerpo legislativo de “aprobar o desechar tratados celebrados con las demás naciones y organizaciones internacionales...”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83 (“los tratados requieren adopción por el Congreso de la República y la declaratoria de exequibilidad de la Corte Constitucional, en cumplimiento de las disposiciones de los artículos 156 y 241 de la Constitución Política, respectivamente.”); Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (en que se cita el art. 184 de la Constitución, que encomienda a la Corte Constitucional el examen de todos los tratados, y el art. 93 en cuanto encomienda al Congreso Nacional la aprobación de todos los tratados); Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se citan los artículos 416 a 422 y 438 de la Constitución, que regulan la elaboración de tratados); Respuesta de México, *supra*, nota 107 (en que se cita el art. 133 de la Constitución Mexicana en relación con tratados celebrados por el Presidente con aprobación del Senado); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70 (en que se cita la cl. 2 del inciso 2 del art. II de la Constitución de ese país).

¹⁶⁵ Respuesta de Brasil, *supra*, nota 83 (delegación al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del artículo 62.III de la Ley Federal N.º 13.502/2017, de la potestad de elaboración de tratados).

¹⁶⁶ Véase Maurice Copithorne, *National Treaty Law & Practice: Canada*, en NATIONAL TREATY LAW & PRACTICE 95-96 (D.B. Hollis et al, eds., 2005).

En cuanto al contenido de esas condiciones referentes a los procedimientos nacionales de elaboración de tratados, existe cierta uniformidad con respecto a la radicación de la potestad de negociar un tratado. La mayoría de los procedimientos de elaboración de tratados asignan la potestad de negociar y celebrar tratados a un jerarca del Poder Ejecutivo del Estado (por ejemplo el Monarca); al Jefe de Gobierno (por ejemplo el Primer Ministro), o a ambos (por ejemplo el Presidente). Con frecuencia la potestad es objeto de una delegación adicional, del Jefe de Estado al Jefe de Gobierno y del Jefe de Gobierno al Ministro de Relaciones Exteriores. También existe uniformidad en cuanto al compromiso de los Estados de encomendar al Poder Legislativo la potestad de autorizar el consentimiento del Estado a, por lo menos, algunos tratados.

Existe, no obstante, amplia diversidad en cuanto a la amplitud y profundidad de la función legislativa requerida¹⁶⁷. En algunos Estados, como la República Dominicana, todos los tratados requieren aprobación legislativa¹⁶⁸. En otros Estados, como Ecuador, solo requieren aprobación legislativa los tratados que se refieren a ciertos temas o al desempeño de ciertas funciones¹⁶⁹. Varios Estados tienen diferentes conjuntos de procedimientos internos para diferentes categorías de tratados. Así, aunque muchos de los tratados de Colombia deben recibir aprobación legislativa, el derecho y la práctica de ese país reconocen también “acuerdos de procedimiento simplificados”. Esos acuerdos (i) están comprendidos en la esfera de competencia exclusiva del Presidente de Colombia quien tiene la potestad de dirigir las relaciones internacionales, conforme a lo previsto por el artículo 189.2 de la Constitución colombiana, o (ii) se celebran para elaborar un acuerdo anterior (que haya obtenido la aquiescencia de la legislatura nacional)¹⁷⁰. En países tales como Estados Unidos el derecho y la práctica se han combinado para crear no menos de cuatro diferentes procedimientos para determinar en qué casos el Poder Ejecutivo puede consentir un tratado: (1) siguiendo la recomendación y contando con el consentimiento de dos tercios de miembros del Senado de los Estados Unidos; (2) conforme a lo previsto por una ley federal (sancionada por mayoría simple de ambas cámaras del Congreso); (3) en virtud de las potestades “exclusivas” que posee únicamente el Poder Ejecutivo, y (4) cuando lo autoriza un tratado anterior

¹⁶⁷ El nivel de aprobación legislativa puede variar. En algunos Estados la aprobación de un tratado está a cargo del Poder Legislativo en pleno. En otros, ambas cámaras legislativas participan en el proceso de aprobación, pero una de ellas tiene mayores potestades que la otra. Una tercera posibilidad es que solo una de las dos cámaras legislativas dé su aprobación. Por último, algunos Estados pertenecientes al Commonwealth no confieren al Poder Legislativo papel alguno en la aprobación de un tratado, pero además desconocen toda implementación interna a falta de autorización legislativa, que se otorga a través de procedimientos parlamentarios ordinarios. Véase Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10, 32-35 (en que se examina el derecho de los tratados y la práctica de diecinueve Estados representativos).

¹⁶⁸ Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (conforme a lo dispuesto por el art. 93 de la Constitución de 2015, el Congreso Nacional tiene la potestad de “aprobar o desaprobar los tratados y convenciones que suscriba el Poder Ejecutivo”).

¹⁶⁹ Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (la Asamblea Nacional tiene el cometido de conceder la aprobación previa a la ratificación de tratados que involucren temas de delimitación territorial o de fronteras, alianzas políticas o militares, compromisos de sancionar, enmendar o derogar una ley, derechos y garantías previstos en la Constitución, las políticas económicas del Estado, acuerdos de integración y comercio, delegación de atribuciones a un organismo internacional o supranacional, un compromiso que afecte al patrimonio natural del país y, especialmente, a sus activos hídricos, diversidad biológica y genéticos).

¹⁷⁰ Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83 (en que se señala que tratándose de acuerdos en que se desarrolle un acuerdo anterior, ese acuerdo anterior debe ser compatible con todos los requisitos constitucionales, y el acuerdo de implementación mismo debe ser congruente con los requisitos del tratado marco que le sirva de base, sin excederlos).

que haya recibido la recomendación y obtenido el consentimiento del Senado¹⁷¹. Además de la participación legislativa, varios Estados Miembros han establecido el requisito de revisión judicial, en virtud del cual la Corte Constitucional verifica la constitucionalidad de un proyecto de tratado. Es el caso de la República Dominicana y de Ecuador, en que todos los tratados deben ser revisados por la Corte Constitucional antes de que su tramitación pueda recorrer otros procedimientos internos¹⁷².

Los Estados pueden también imponer requisitos de notificación para tratados que pueda celebrar el Poder Ejecutivo sin participación legislativa (o judicial). Ese procedimiento permite al Poder Legislativo saber qué tratados está celebrando el Estado independientemente de sus propios procesos de aprobación. Algunos Estados, como Estados Unidos, incluso han creado procedimientos de coordinación del proceso de elaboración de tratados *dentro* del Poder Ejecutivo, incluso por organismos gubernamentales. El proceso de la “Circular 175” (C-175) implementa una disposición del derecho de los organismos del Gobierno de los Estados Unidos que restringe la potestad de suscribir o celebrar de otro modo tratados (en el sentido del derecho internacional utilizado en dichas directrices) sin previa consulta al Secretario de Estado de los Estados Unidos¹⁷³. En 2013 el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú emitió dos Directivas que “establecían lineamientos de orientación en la gestión de los tratados, comprendiendo la negociación, la suscripción, el perfeccionamiento (aprobación y/o ratificación internas), los procedimientos relativos a la eventual formulación de declaraciones, reservas y objeciones a reservas, y su registro”¹⁷⁴.

La amplitud y diversidad de los procedimientos internos de elaboración de tratados aconseja abstenerse de toda labor de armonización. Por el contrario, la *Directriz 4.1* adopta una práctica óptima de “libertad”, aceptando y respaldando la potestad de cada Estado de decidir por sí

¹⁷¹ Como consecuencia, a nivel nacional Estados Unidos utiliza una terminología diferente para referirse a tratados (en la acepción de derecho internacional) que se ciñen a estos diferentes procedimientos. En la legislación estadounidense, el término “tratados” se refiere solo a aquellos acuerdos sujetos a asesoramiento y consentimiento senatorial; los “acuerdos ejecutivos congresionales” son acuerdos aprobados por una ley federal, y los “acuerdos ejecutivos” son acuerdos elaborados bajo la potestad ejecutiva del Presidente. Otros Estados utilizan sus propios léxicos para diferenciar sus tratados en función de los diferentes procedimientos empleados. Véase la nota 47 y el texto que la acompaña.

¹⁷² Véase, por ejemplo, Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (conforme al artículo 55 de la Ley Orgánica No. 137-11, el Presidente debe presentar tratados internacionales suscritos a la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad); Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se cita el art. 110.1 de su Ley Orgánica sobre Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa”).

¹⁷³ El Decreto Case-Zablocki, 1 U.S.C. §112b(c). (Sin perjuicio de cualquier otra disposición de la ley, ningún acuerdo internacional puede ser suscrito o celebrado de otro modo en nombre de los Estados Unidos sin previa consulta al Secretario de Estado.) El propio proceso de C-175 involucra la autorización, por el Secretario de Estado, de la negociación o celebración de uno o más acuerdos internacionales por el Departamento de Estado u otro organismo gubernamental de los Estados Unidos. En <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html> se encontrará el texto del proceso C-175.

¹⁷⁴ Respuesta de Perú, *supra*, nota 64. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Lineamientos Generales Internos sobre la Suscripción, Perfeccionamiento Interno y Registro de los Tratados*, Directiva N.º 001-DGT/RE-2013 (aplicable al propio Ministerio de Relaciones Exteriores); Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Lineamientos Generales sobre la Suscripción, Perfeccionamiento Interno y Registro de los Tratados*, Directiva N.º 002-DGT/RE-2013 (que abarca a todas las entidades públicas peruanas).

mismo, con autonomía, la manera de autorizar la elaboración de tratados. Los Estados pueden consignar sus procedimientos de elaboración de tratados en disposiciones constitucionales u otras normas jurídicas, o bien elaborarlos a través de procesos más informales y prácticos. Un Estado puede, además, adoptar un proceso único para todos sus tratados conforme al derecho internacional, u optar por crear diferentes procedimientos de aprobación para diferentes tipos de tratados.

Los Estados deben, asimismo, tener en cuenta que la(s) opción(es) que elijan para que determinado tratado siga cierto trámite, tal como la aprobación legislativa, puede no ser seguido(s) por sus copartícipes en el tratado. En otras palabras, los Estados no deberían suponer, simplemente porque sus propios procedimientos nacionales requieran que determinado tratado reciba aprobación legislativa (o, a la inversa, que no se requiera una aprobación de ese género), sus potenciales copartícipes en el tratado habrán de adoptar un enfoque similar.

4.2 Establecimiento de procedimientos internos para los compromisos políticos. *Los Estados deberían establecer y mantener procedimientos para autorizar todos los compromisos políticos (o los más importantes) celebrados por el Estado o sus instituciones. Aunque los compromisos políticos son acuerdos no vinculantes, sería conveniente que los Estados tuvieran procedimientos que confirmaran:*

a) el carácter no vinculante de un compromiso;

b) la pertinencia del uso de una forma o modalidad no vinculante en vez de una vinculante, como ocurre en los casos en que, debido a la falta de tiempo o a la incertidumbre, es desaconsejable que el Estado quede atrapado en un acuerdo con efectos jurídicos, y

c) la notificación de las instituciones pertinentes del Estado, entre ellas el Ministerio de Relaciones Exteriores, y la coordinación con ellas.

Comentario: Los compromisos políticos, incluidos muchos titulados como memorandos de entendimiento, se han convertido en un vehículo utilizado con creciente frecuencia para la celebración de acuerdos interestatales e interinstitucionales. Su atractivo proviene, por lo menos en parte, de la ausencia, en general, de procedimientos internos para su celebración¹⁷⁵. Ese hecho ha permitido a esos instrumentos adquirir reputación como vehículos dotados, en comparación con los tratados, de mayor *velocidad* (en cuanto al proceso de su formación), *flexibilidad* (en cuanto a ajustes o modificaciones) y *salida* (en cuanto a terminación del compromiso)¹⁷⁶. Esos beneficios llevan a pensar que sería un error hacer extensivos a compromisos políticos procedimientos de aprobación idénticos a los aplicados a los tratados.

De ello no se infiere, sin embargo, que los Estados deban *carecer* de procedimientos de autorización de esos acuerdos simplemente porque no sean muy apropiados para la elaboración de tratados. A falta de cierta revisión o autorización previa es difícil saber si cierto supuesto compromiso político realmente no es vinculante. Análogamente, a falta de ciertos procesos de examen o aprobación podrían celebrarse compromisos políticos que no sean congruentes con leyes o políticas del Estado. En el contexto interinstitucional es incluso posible que una institución de un Estado pueda celebrar un compromiso político opuesto a intereses o acuerdos existentes en otro ámbito del mismo Estado, o directamente incompatible con estos.

Esas preocupaciones ayudan a explicar por qué algunos Estados han diseñado mecanismos de revisión de sus compromisos políticos. La política de tratados publicada por Canadá, por ejemplo, contiene una sección que preceptúa la aprobación de políticas de “instrumentos jurídicos

¹⁷⁵ Véase Charles Lipson, *Why are Some International Agreements Informal?* 45 INT’L ORG. 495, 508 (1991); Raustiala, *supra*, nota 6, 592.

¹⁷⁶ Duncan B. Hollis, *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.542/17 (24 julio 2017) (“Informe preliminar”).

jurídicamente no vinculantes” por el Gobierno nacional o sus instituciones¹⁷⁷. Colombia limita la capacidad de suscribir acuerdos jurídicamente no vinculantes a quienes posean capacidad jurídica para representar a la entidad, y condicionada a la verificación, por la oficina de asuntos jurídicos pertinente, de que los compromisos asumidos no excedan las funciones y facultades otorgadas a esa unidad por la Constitución o las leyes¹⁷⁸. En Perú los compromisos políticos no vinculantes asumidos por el Estado se coordinan con todas las entidades gubernamentales dotadas de competencia con respecto a su contenido. La Oficina General de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores tiene el cometido de dictaminar si corresponde emitir un acto de aprobación para su firma. En cambio, cuando el acuerdo no vinculante se da a nivel interinstitucional, las negociaciones son llevadas a cabo por la institución de que se trate, y “[s]i bien conforme a la legislación peruana no es preceptivo poner a consideración del Ministerio de Relaciones Exteriores el borrador del instrumento, muchas entidades gubernamentales lo hacen”¹⁷⁹.

México y Estados Unidos mencionan esfuerzos similares encaminados a revisar proyectos de acuerdos no vinculantes para verificar su calidad de tales y sean compatibles, en caso contrario, con la práctica de esos países en materia de tratados¹⁸⁰. Lo que no es tan claro, en cambio, es con qué regularidad se realiza esa revisión. La respuesta de México indica que ese estudio se lleva a cabo a “solicitud de la instancia mexicana firmante” (aunque la autoridad mexicana competente remite copias del instrumento una vez que éste “ha sido formalizado”).

Si bien Estados Unidos no indica ningún “procedimiento formal que rijan la conclusión de instrumentos jurídicamente no vinculantes, ... tales instrumentos son revisados en relación [con] su contenido y redacción, *inter alia* como garantía de que reflejen adecuadamente la intención de que no sean regidos por el derecho interno o internacional ni generen obligaciones emanadas de esas ramas del derecho”.

La *Directriz 4.2* insta a los Estados, como práctica óptima, a formalizar y regularizar su examen de compromisos políticos. Hacerlo eliminaría el carácter *ad hoc* del mecanismo de revisión existente, muchos de cuyos atributos son informales. En la actualidad suele no ser claro establecer con qué frecuencia y en qué circunstancias los procedimientos internos de un Estado determinan la revisión de un compromiso político antes de que se adopte. Como lo sugiere el enunciado de la *Directriz*, esos procedimientos podrían ser diseñados de manera que confirmen el carácter no vinculante de los acuerdos objeto de revisión y su compatibilidad con las leyes y políticas exteriores del Estado. Esos procedimientos ayudarían también a mitigar preocupaciones acerca de si cierta institución de un Estado (trátese de un ministerio de Gobierno o de una unidad territorial subnacional) podría celebrar un compromiso político en los casos en que el Gobierno del Estado no tenga conocimiento de su existencia ni, menos aún, de su contenido.

No obstante, a través de las *Directrices* no se intenta elaborar ninguna práctica óptima con respecto al contenido de los procedimientos de aprobación mismos. Es sumamente probable que

¹⁷⁷ Política de Tratados de Canadá, *supra*, nota 48, Pt. 8 y anexo C (que preceptúa la aprobación de la política, incluso por el Gabinete, para un instrumento jurídicamente no vinculante que determinaría una modificación en gran escala de la política canadiense y el archivo de todos los instrumentos jurídicamente no vinculantes en la Sección de Tratados de Canadá).

¹⁷⁸ Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83. Por lo tanto, de los ministerios de gobierno de Colombia, solo el de Relaciones Exteriores tiene la potestad de suscribir compromisos políticos en nombre del Estado en conjunto, sujeta a revisión por la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Los compromisos políticos interinstitucionales son revisados por la asesoría jurídica de la institución de que se trate. *Id.*

¹⁷⁹ Respuesta de Perú, *supra*, nota 64 (la evaluación de compromisos políticos “asumidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en verificar su consistencia con la política exterior, así como la redacción...”).

¹⁸⁰ Respuesta de México, *supra*, nota 107; Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70.

los Estados quieran evitar la imposición de procesos excesivamente restrictivos u onerosos, puesto que ello privaría al compromiso político de los beneficios, en materia de celeridad y flexibilidad, de los que depende su actual popularidad.

Al mismo tiempo, sin embargo, mediante la formalización de, por lo menos, cierta revisión procesal de los compromisos políticos de un Estado, el Gobierno puede asegurar que el Poder Ejecutivo no esté celebrando tratados disfrazados como compromisos políticos, ni intentar de otro modo eludir procedimientos internos requeridos para la celebración de tratados. Todos los Estados deberían tener interés en asegurarse de que los compromisos políticos solo se usen en circunstancias adecuadas, y no como medio para eludir el cumplimiento del papel legislativo o judicial que requiere la celebración, por el Estado, de acuerdos vinculantes. Contar, como mínimo, con *algunos* procedimientos de aprobación de compromisos políticos entre Estados, y de compromisos interinstitucionales, ayudaría a mitigar ese riesgo.

4.3 Establecimiento de procedimientos internos para la aprobación de contratos entre Estados. *Los Estados que celebren contratos con otros Estados deberían establecer y mantener procedimientos para aprobar su celebración. Como buena práctica, en dichos procedimientos los Estados deberían incluir:*

- a) *información sobre la forma en que el Estado determinará el derecho aplicable al contrato, y*
- b) *mecanismos para confirmar el derecho aplicable con los otros Estados contratantes a fin de evitar conflictos futuros.*

Comentario: Algunos Estados —pero no todos— aplican la práctica consistente en celebrar contratos con otros países. Véase la *Directriz 2.5* y el *Comentario* que la acompaña. Varios de esos Estados han elaborado procedimientos de análisis y aprobación de la celebración de esos contratos. Ecuador tiene una ley de adquisiciones públicas que, al mismo tiempo que da prioridad a las disposiciones de todo contrato entre Estados, regula aquellos acuerdos en que participan “empresas públicas internacionales”, incluidas empresas públicas de otros Estados¹⁸¹. Estados Unidos tiene un programa de ventas a Ejércitos extranjeros que incluye instrucciones sobre los requisitos y pasos que deben cumplirse¹⁸². La Constitución de México (art. 134) requiere ciertas licitaciones públicas para determinados tipos de operaciones (por ejemplo, adquisiciones, arrendamiento de activos, y servicios públicos), que, a su vez, requieren “contratos que deben cumplir los procedimientos y observar las formalidades que establezca el marco jurídico nacional aplicable (federal, estatal y municipal)”¹⁸³.

La *Directriz 4.3* propone como práctica óptima que *todos* los Estados poseedores de una práctica de contratación interestatal deben contar con procedimientos de autorización de la celebración de esos acuerdos vinculantes. Disponer de procedimientos de contratación interestatal permitiría a los Estados confirmar la naturaleza contractual de los acuerdos propuestos y evitar así que, por inadvertencia, un tratado o compromiso político sea caracterizado erróneamente como contrato.

¹⁸¹ Véase, por ejemplo, Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se cita el artículo 100 del Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, que autoriza la celebración de contratos con “empresas públicas internacionales” y prevé la aplicación de artículos del derecho interno “en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico” en las condiciones de algún acuerdo pertinente; *id.* (en que se cita la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, art. 3, que impone la obligación de cumplir las condiciones de los acuerdos y establece que “[l]o no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”).

¹⁸² Véase el Programa de Ventas Militares de los Estados Unidos al Extranjero, disponible en <http://www.dsca.mil/programs/foreign-military-sales-fms>.

¹⁸³ Respuesta de México, *supra*, nota 107.

Además, esos procedimientos podrían ayudar a simplificar preguntas que puedan plantearse con respecto a la ley que rija el contrato. Los Estados deberían contar con procedimientos que indiquen si, y cuándo, (i) insistirían en que su propia legislación nacional sea la ley del contrato, (ii) permitirían que el derecho del otro Estado contratante sea la ley del contrato, o (iii) autorizarían la aplicación, en su lugar, del derecho contractual de un tercer Estado o de un derecho no estatal. Además, los Estados podrían contar con procedimientos que impongan la obligación de poner en conocimiento de la otra parte contratante esos temas rectores del derecho aplicable. De ese modo se ayudaría a evitar problemas cuando las partes contratantes discrepan acerca de qué derecho, interno o ajeno al Estado, rige el contrato celebrado.

4.4 Procedimientos nacionales de aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes. *Los Estados deberían contar con procedimientos para otorgar la debida autorización a las instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) que tengan capacidad para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos a fin de otorgar la debida autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para suscribir contratos de conformidad con su propio derecho interno o con el derecho interno de otro Estado.*

4.4.1 *En esos procedimientos se debería indicar la forma en que el Estado distingue si la institución está celebrando un tratado o un contrato.*

4.4.2 *En esos procedimientos se deberían incorporar mecanismos para confirmar por adelantado que la institución del otro Estado está de acuerdo con el tipo de acuerdo interinstitucional que se suscribirá y con su carácter jurídicamente vinculante.*

Comentario: En consonancia con la *Directriz 4.1*, corresponde que los Estados decidan por sí mismos si autorizarán a sus instituciones a celebrar acuerdos vinculantes, y qué tipos de acuerdos de ese género¹⁸⁴. Los Estados pueden, además, autorizar exclusivamente a ciertas instituciones, a celebrar tratados o contratos. Un Estado puede, por ejemplo, facultar a una entidad gubernamental a celebrar un contrato en nombre propio, pero no facultar a una entidad subnacional, o viceversa. El artículo 125 de la Constitución argentina, por ejemplo, autoriza a entidades subnacionales a celebrar “tratados parciales” —que el Gobierno denomina “acuerdos internacionales”— con “conocimiento del Congreso” y “a condición de que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación ni afecten a las potestades delegadas al Gobierno Federal ni al crédito público de la Nación”. Al mismo tiempo, Argentina priva a sus ministerios nacionales de la capacidad de celebrar tratados en nombre propio¹⁸⁵.

Varios Estados ya han establecido reglamentos o procedimientos de aprobación para los acuerdos de sus instituciones. Algunos Estados simplemente extienden a sus instituciones los procedimientos existentes para procedimientos del Estado. Estados Unidos, por ejemplo, exige el mismo procedimiento de consulta y aprobación de acuerdos interinstitucionales por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, que el que aplica a tratados celebrados en nombre de los Estados Unidos¹⁸⁶. Otros Estados han diseñado procedimientos centrados en determinado tipo de institución. Jamaica informa sobre una práctica del ministerio, departamento o agencia que solicita la autorización del Gabinete para negociar un acuerdo vinculante y posteriormente gestiona un acto de aprobación adicional para suscribirlo. Posteriormente se archivan en la Oficina de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores copias de los acuerdos

¹⁸⁴ Así, ciertos países, como Brasil, Colombia, Perú y la República Dominicana, no autorizan *ningún* acuerdo vinculante celebrado por sus agencias, ministerios o instituciones. Véase, por ejemplo, Respuesta de Perú, *supra*, nota 64 (“Las entidades gubernamentales peruanas, incluidas las municipalidades y los gobiernos regionales, no están autorizadas a celebrar acuerdos vinculantes conforme con el derecho internacional (tratados)”).

¹⁸⁵ Véase *supra*, nota 82.

¹⁸⁶ Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70.

interinstitucionales suscritos. La ley mexicana de 1992 relativa a la celebración de tratados regula tanto el tema en cuestión como los límites funcionales aplicables a los acuerdos interinstitucionales que involucren a ministerios del Gobierno federal mexicano o a los gobiernos estatales o regionales de ese país¹⁸⁷. Las instituciones mexicanas solo pueden celebrar acuerdos vinculantes (i) sobre temas de competencia exclusiva del área o de la entidad que celebra el acuerdo; (ii) que afecten solamente a la entidad que lo celebra; (iii) cuyas obligaciones financieras sean cubiertas con el presupuesto regular de la entidad; (iv) que no afecten los derechos legales de las personas, y (v) que no modifiquen la legislación vigente. Además el artículo 7 de la Ley sobre Celebración de Tratados impone a las instituciones mexicanas la obligación de informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre todo acuerdo interinstitucional vinculante que pretendan celebrar, siendo preceptivo que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores dictamine sobre la legalidad de la celebración de un acuerdo de ese tipo¹⁸⁸.

Tres razones han llevado a los Estados a tratar de obtener orientación referente a sus acuerdos interinstitucionales.

- Primero, no siempre resulta claro que una institución pueda celebrar *cualquier* acuerdo.
- Segundo, aun cuando la institución posea cierta capacidad de elaboración de acuerdos, de ello no se infiere que pueda elaborar los tres tipos de acuerdos aquí considerados (tratados, compromisos políticos y contratos).
- Tercero, en casos individuales, suele no resultar claro qué estatus jurídico posee un acuerdo interinstitucional existente.

La *Directriz 4.4* respalda una práctica óptima que versa sobre esos tres temas, instando a los Estados que permiten acuerdos interinstitucionales a contar con procedimientos que garanticen la oportuna revisión o aprobación de tales acuerdos. Las *Directrices* dejan librada a los Estados la determinación de si esos procedimientos deberían poseer un fundamento jurídico o existir como cuestión de política. Análogamente, los Estados deberían tener la potestad de decidir si han de contar con procedimientos que autoricen ciertos acuerdos institucionales en general, o diseñar un sistema casuístico de notificación o aprobación.

Además, la *Directriz 4.4* señala que los Estados pueden incluir en sus procedimientos mecanismos de diferenciación entre los acuerdos vinculantes de las instituciones. Algunos posibles mecanismos para mitigar la confusión existente y el riesgo de futuros malentendidos o discrepancias incluirían:

- a) el requisito de que todos los contratos contengan una cláusula rectora implícita para evitar toda suposición de que pueden ser considerados como tratados.
- b) una presunción subsidiaria para el caso de que dos o más instituciones del Estado celebren un acuerdo vinculante, es decir el establecimiento de una presunción de que el acuerdo puede ser considerado como un tratado o, a la inversa, de que los acuerdos interinstitucionales vinculantes son contratos y no tratados.
- c) procedimientos que impongan a la institución involucrada la obligación de confirmar, junto con sus copartícipes, que ambos entienden (a) que el acuerdo es vinculante (o no), y (b) el tipo de acuerdo vinculante que se celebrará, sea un tratado o un contrato.

4.5 Publicación de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes

4.5.1 *Los Estados deberían dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.*

¹⁸⁷ *Ley sobre la Celebración de Tratados, reimpresa en 31 ILM 390 (1992), tomo CDLX, Diario Oficial de la Federación (2 de enero de 1992).*

¹⁸⁸ Respuesta de México, *supra*, nota 107.

4.5.2 *Los Estados deberían dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar contratos y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.*

4.5.3 *Los Estados podrían dar a conocer esta información al público en general (por ejemplo, colocando sus procedimientos en línea) o comunicar específicamente a otros Estados o instituciones del Estado la capacidad de sus instituciones y los procedimientos pertinentes que utilizan.*

Comentario: La *Directriz 4.4* centra la atención en la formulación de procedimientos encaminados a asegurar que el Estado disponga de suficiente conocimiento acerca de si sus instituciones pueden celebrar acuerdos vinculantes, y de qué tipos de acuerdos se trata. La *Directriz 4.5* promueve la comunicación intraestatal de las conclusiones alcanzadas y los procedimientos usados por un Estado para aprobar o realizar el seguimiento de la elaboración de acuerdos interinstitucionales. A otros Estados puede resultarles benéfico enterarse:

- (i) de qué instituciones del Estado pueden celebrar acuerdos vinculantes (o no vinculantes) con instituciones extranjeras;
- (ii) de qué tipos de acuerdos vinculantes o no vinculantes pueden ser autorizados; y
- (iii) de qué procesos deben seguirse para ello.

Esa información puede ayudar a otro Estado o a sus instituciones a decidir si ha de celebrar un acuerdo con instituciones de un Estado y qué forma debe adoptar ese acuerdo.

El intercambio de información entre Estados con respecto a sus autoridades y prácticas en materia de acuerdos interinstitucionales debería ser provechoso, asimismo, en casos existentes, para reducir la confusión (o incluso las opiniones contrapuestas) con respecto a qué tipo de acuerdo institucional se ha celebrado. Finalmente, los procedimientos de publicitación pueden ofrecer útiles modelos o ejemplos de procesos en que puedan confiar los Estados menos experimentados en materia de acuerdos interinstitucionales.

4.6 Publicidad de los registros de acuerdos vinculantes y no vinculantes

4.6.1 *Registros nacionales de acuerdos vinculantes. Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos los acuerdos vinculantes del Estado y de sus instituciones.*

4.6.2 *Registros nacionales de compromisos políticos. Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos los compromisos políticos del Estado y de sus instituciones o por lo menos de los más importantes.*

Comentario: Todos los Estados tienen la obligación de registrar sus tratados en las Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto por el artículo 102 de la Carta de dicha organización. La mayoría de los Estados ya poseen y mantienen listas y archivos con respecto a sus tratados y contratos gubernamentales. En muchos casos publican sus listas de tratados —o el texto de los mismos— en un diario o boletín oficial o una serie de publicaciones específicas sobre tratados. No obstante, pueden limitar la gama de tratados que opten por publicar, prescindiendo de los que se refieran a asuntos considerados menos importantes o, a la inversa, que contengan compromisos que impliquen información o programas clasificados. Además, es mucho menor la publicidad que rodea a los contratos interestatales o interinstitucionales.

La *Directriz 4.6.1* indica que los Estados deben contar con registros *públicos* de acuerdos vinculantes para el Estado y sus instituciones. Idealmente, en esos registros podría constar, no solo la existencia de un acuerdo, sino también su contenido. Hacerlo generaría varios beneficios:

- (i) La publicidad de los acuerdos vinculantes por el Estado o sus instituciones está en consonancia con el Estado de derecho y con los valores democráticos, proporcionando al público acceso a una esfera clave del comportamiento del Estado.

- (ii) Los registros públicos podrían ser beneficiosos para el Estado en la esfera interna. El conocimiento, en todo el Gobierno, de los acuerdos vinculantes de un Estado puede ayudar a las entidades gubernamentales interesadas a conocer todos los acuerdos vinculantes. Esa información debería asegurar un seguimiento más regular acerca de qué acuerdos vinculantes existen, y una mejor coordinación intragubernamental en el proceso de formación de los mismos.
- (iii) Los registros públicos de tratados y contratos generarían también beneficios externos. Proporcionarían un canal de información regular para otros Estados, dando a conocer opiniones sobre la existencia y la naturaleza jurídica de los acuerdos vinculantes de aquellos que efectúan una publicación. Ello podría dar lugar a un reconocimiento más rápido (y es de esperar más sencillo) de potenciales diferencias con respecto a la existencia de un acuerdo y a su calidad de tratado o de contrato.
- (iv) Esos registros públicos pueden incluso generar espacio para resolver diferencias de opinión por anticipado, y no en respuesta a un problema concreto o a una crisis.

En cuanto a los acuerdos no vinculantes, los Estados padecen actualmente un déficit de información. Tanto el número como el contenido de los compromisos políticos de un Estado, rotulados como memorandos de entendimiento o de otro modo, suelen no conocerse claramente. A esto se agrega una ambigüedad aún mayor en torno a los compromisos políticos interinstitucionales. Sean cuales fueren los procedimientos informales existentes para revisar o incluso aprobar compromisos políticos, la mayoría de los Estados no los cuentan ni recopilan¹⁸⁹. Por lo tanto, se da una verdadera escasez de información disponible sobre el número y los tipos de acuerdos alcanzados por los Estados y sus instituciones.

La *Directriz 4.6.2* tiene como objeto llenar esa brecha de información exhortando a los Estados a aceptar una práctica óptima por la cual establecen dentro del Gobierno un punto de contacto centralizado en que puedan recopilarse y mantenerse los compromisos políticos. Como sucede con los registros de tratados existentes, un registro de compromisos políticos suscitaría valiosos beneficios internos y externos.

- a) Alertaría a otros actores dentro de un Estado —como el Parlamento o instituciones no participantes— con respecto a la existencia de un compromiso político, lo que podría ayudar a detectar incentivos para el uso de compromisos políticos meramente como medio para eludir procedimientos de aprobación internos asignados a acuerdos vinculantes.
- b) En la esfera externa, informaría a otros Estados sobre el contenido y el estatus jurídico presuntamente no vinculante de los compromisos registrados, generando espacio para preguntas o comunicaciones adicionales sobre esos compromisos políticos, que esos otros Estados consideren apropiado plantear.
- c) Además alertaría al público sobre *todos* los acuerdos que haya celebrado un Estado, y no solo sobre los que puedan generar efectos jurídicos. El público tiene un evidente interés en obtener más información sobre los acuerdos que puedan generar consecuencias significativas para su Estado, aun cuando esas consecuencias hayan de tener una forma política (en lugar de jurídica).

5. Efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes

¹⁸⁹ Canadá y Ecuador son notables excepciones. Véase la Política de Canadá en materia de Tratados, *supra*, nota 48; Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se menciona la práctica de registrar ante la Dirección de Asesoramiento Jurídico sobre Derecho Internacional Público “acuerdos políticos no vinculantes (declaraciones y comunicados conjuntos)”, algunos de los cuales están acompañados por un “dictamen jurídico de la Oficina General de Coordinación Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores”).

5.1 Efectos jurídicos de la celebración de tratados por el Estado. *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de tratados sabiendo que dar su consentimiento en obligarse por un tratado tendrá por lo menos tres tipos de efectos jurídicos:*

5.1.1 Efectos jurídicos internacionales primarios. *De acuerdo con el principio fundamental de *pacta sunt servanda*, los tratados imponen la obligación de cumplir sus condiciones de buena fe.*

5.1.2 Efectos jurídicos internacionales secundarios. *La existencia de un tratado da lugar a la aplicación de varios regímenes jurídicos internacionales secundarios, entre ellos el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen particular vinculado a la materia del tratado.*

5.1.3 Efectos jurídicos internos. *El orden jurídico interno de un Estado podría disponer que los tratados celebrados por el Estado tengan efectos jurídicos internos, pero no se requiere que lo haga. Los Estados deberían estar en condiciones de explicar a otros Estados e interesados qué efectos jurídicos internos tendrán los tratados que suscriban.*

Comentario: Uno de los atributos distintivos de un tratado es su carácter *vinculante* conforme al derecho internacional. Los tratados activan el principio jurídico internacional fundacional de *pacta sunt servanda*: “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”¹⁹⁰. Por lo tanto, los efectos jurídicos primordiales de un tratado constan en sus propios términos. Los Estados deben adecuar su comportamiento a lo que el tratado requiera, prohíba o permita. Y si el tratado establece mecanismos para la aplicación coercitiva de su propio texto —por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos— los Estados tienen, asimismo, la obligación de aceptarlos¹⁹¹. Así, tanto Jamaica como Perú reconocen el hecho de que cada Estado debe cumplir las obligaciones asumidas en sus acuerdos vinculantes, en tanto que Colombia toma como fuente de su obligación de cumplimiento el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el principio *pacta sunt servanda*¹⁹².

Además de los efectos de derecho internacional primarios que suscita un tratado, la existencia de un tratado puede también activar una serie de normas y regímenes jurídicos internacionales secundarios, siendo primordial entre ellos el mismo derecho de los tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (o, más generalmente, el derecho internacional consuetudinario) regulará la validez, la interpretación, la aplicación, el incumplimiento y la rescisión de todos los tratados de un Estado. El artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, dispone que “[u]n tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Esta disposición genera espacio, si todas las partes están de acuerdo, para tratados que contengan cláusulas “federales” o “territoriales” que permitan a un Estado designar a qué unidades territoriales subnacionales se

¹⁹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26. Algunas cláusulas de un tratado —las relativas a consentimiento, aplicación provisoria y entrada en vigor— en realidad surten efectos jurídicos antes de que entre en vigor el tratado.

¹⁹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, Capítulos VI-IX (mediante la que se crearon la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos).

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

¹⁹² Véase, por ejemplo, Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46; Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 69; Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83 (“El artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 impone a las partes la obligación de cumplir los tratados que ratifiquen, y de hacerlo de buena fe”).

aplica (o no) un tratado¹⁹³. Por otra parte, es posible asimismo que los Estados rehúsen cumplir eventuales cláusulas territoriales, tal como ha sucedido con numerosos tratados sobre derechos humanos, insistiendo en que los Estados partes deben aplicar el tratado en la totalidad de su territorio¹⁹⁴. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados autoriza también la rescisión o suspensión de un tratado por una parte afectada en respuesta a una “violación grave” en que incurra otra de las partes¹⁹⁵.

No obstante, los efectos jurídicos secundarios de un tratado no se limitan a los enunciados por el derecho de los tratados. La responsabilidad del Estado, por ejemplo, puede recaer sobre “actos internacionalmente ilícitos”, concepto que incluye violaciones de tratados. Tal como se detalla en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado¹⁹⁶ de 2001, el derecho de la responsabilidad del Estado reconoce a los Estados la potestad de adoptar “contramedidas”: actos ilícitos que son justificados (o sea lícitos) debido a que el Estado había sido afectado negativamente por un acto internacionalmente ilícito anterior¹⁹⁶. A través de la autorización de un comportamiento que de lo contrario sería ilícito en respuesta al incumplimiento de un tratado, las contramedidas proporcionan a los elaboradores de un tratado un remedio importante, del que no se dispone para otras formas de acuerdos vinculantes (contratos), para no mencionar a las modalidades no vinculantes (compromisos políticos).

La existencia de tratados sobre temas específicos (por ejemplo, derechos humanos, el medio ambiente) puede también suscitar una gama de normas y principios especializados que han surgido para regular ese ámbito secundario del derecho internacional¹⁹⁷. Finalmente, la disponibilidad de ciertos procedimientos de resolución de controversias puede depender de la existencia de un tratado (para establecer la jurisdicción de la corte o el tribunal o para proporcionar a éste el material para la resolución de diferencias). Por ejemplo, bajo el epígrafe de “convenciones internacionales” los tratados se mencionan entre las fuentes de derecho en base a las cuales la CIJ puede llegar a formar una opinión¹⁹⁸.

Además, los Estados deberían reconocer el hecho de que los efectos jurídicos de un tratado no pueden limitarse a la esfera internacional. El orden jurídico interno de un Estado puede (pero no

¹⁹³ Véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada el 11 de abril de 1980, 1489 U.N.T.S. 3, art. 93(1); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 56(1); la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada el 9 de octubre de 1946, 15 U.N.T.S. 35, art. 19(7).

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171, art. 50; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra*, nota 191, art. 28(2).

¹⁹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 60. Además, los Estados mantienen siempre su potestad de adoptar actos de *retorsión*, que constituyen un proceder inamistoso, pero intrínsecamente lícito, que un Estado puede llevar a cabo como incentivo para que un Estado infractor cumpla un tratado (por ejemplo interrumpiendo el suministro de la asistencia financiera que un Estado, por lo demás, no tenga la obligación de suministrar). No obstante, como los actos de retorsión pueden producirse sin ningún incumplimiento anterior de un tratado, no integran la categoría de efectos jurídicos de un contrato. Véase *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado*, *supra*, nota 136, en 128, párr. 5.

¹⁹⁶ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 136, capítulo II. Estos artículos requieren que todas las contramedidas sean temporarias, reversibles y proporcionadas (en el sentido de conmensurables con la lesión padecida). Además, las contramedidas no pueden violar el *jus cogens* ni alterar acuerdos anteriores sobre solución de controversias.

¹⁹⁷ Los tratados sobre derechos humanos, por ejemplo, están sujetos a reglas de interpretación especializadas. Véase, por ejemplo, *Başak Çalı, Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights*, en *THE OXFORD GUIDE TO TREATIES* 525 (D Hollis, ed., 2012).

¹⁹⁸ Estatuto de la CIJ, artículo 38(1)(a).

tiene la obligación de) otorgar efectos jurídicos internos a los tratados del Estado. Por ende, la legislación interna de algunos Estados puede complementar el principio *pacta sunt servanda* imponiendo su propia obligación de cumplimiento de un tratado. Conforme a la Constitución de la República Dominicana, por ejemplo, existe “la obligación, una vez concluido el procedimiento constitucional de ratificación, de cumplir un tratado o acuerdo válido”¹⁹⁹. En Perú esa obligación se impone específicamente a los departamentos gubernamentales comprendidos en la esfera del tratado²⁰⁰.

Algunos Estados (por ejemplo Canadá) no conceden a sus tratados ningún rango jurídico interno, por lo cual la existencia del tratado tendrá escaso impacto interno directo²⁰¹. El orden jurídico interno de otros Estados confiere a los textos de los tratados los mismos efectos jurídicos que surte una disposición legal, e incluso en algunos casos una disposición constitucional (suponiendo que el texto del tratado por lo demás concuerde con ciertas condiciones internas referentes a su formación o validez)²⁰². En algunos Estados diferentes categorías de tratados suscitan diferentes efectos jurídicos internos, basados en el objeto del tratado o en los procedimientos utilizados para autorizarlo. En Ecuador, por ejemplo, los tratados sobre derechos humanos de ese país que prevén “derechos que sean más favorables que los consagrados en la Constitución” prevalecen sobre “cualquier otro sistema regulatorio o acto de autoridades públicas”²⁰³. Otros tratados poseen considerable gravitación dentro del orden jurídico interno del Ecuador; la Constitución menciona tratados en el “orden de precedencia para la aplicación de los reglamentos” como superior a otras leyes orgánicas y otras formas de regulación interna²⁰⁴.

Además, así como un tratado puede activar el derecho de los tratados a nivel internacional, la existencia de un tratado en el derecho interno puede suscitar diversas otras doctrinas u otros regímenes jurídicos internos. Examinando nuevamente el caso del Ecuador, la Constitución de ese país asigna diversas doctrinas jurídicas internas (por ejemplo, la de la aplicabilidad directa) a “tratados y otros instrumentos de derechos humanos”²⁰⁵. Los Estados pueden también usar su sistema jurídico interno para conceder a los tratados ejecutabilidad por vía judicial²⁰⁶.

¹⁹⁹ Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

²⁰⁰ Respuesta de Perú, *supra*, nota 64.

²⁰¹ Véase *supra*, nota 46.

²⁰² Véase, por ejemplo, Constitución Argentina, *supra*, nota 82, art. 31 (“[L]os tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”; *id.*, art. 75(22) (que confiere “jerarquía constitucional” a los tratados sobre derechos humanos); Constitución del Perú, art. 55. (“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”).

²⁰³ *Id.* (en que se cita la Constitución del Ecuador, art. 424).

²⁰⁴ *Id.* (en que se cita la Constitución del Ecuador, art. 425: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”).

²⁰⁵ Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (Artículo 417 de la Constitución: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán principios pro ser humano, de no restricción de derechos, la aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”)

²⁰⁶ Véase David Sloss, *Domestic Application of Treaties*, in THE OXFORD GUIDE TO TREATIES 367 (D. Hollis, ed., 2012); Joost Pauwelyn, ‘Is it International Law or Not and Does it Even Matter?’, en INFORMAL INTERNATIONAL LAWMAKING 145-46 (J. Pauwelyn, J. Wessel y J. Wouters, eds., 2012).

Estas *Directrices* toman los efectos jurídicos tal cual los encuentran; no aparecen, por ejemplo, propuestas o prácticas óptimas acerca de los efectos jurídicos internos que los Estados pueden otorgar a algunos tratados, o a todos ellos. La práctica existente muestra una excesiva diversidad, y las razones por las cuales los Estados han seguido su propia senda suelen ser tan singulares como para pronunciarse en contra de la armonización.

No obstante, es conveniente que los Estados presten más atención a los efectos jurídicos que suscita la elaboración de tratados en el derecho internacional e interno. Por ejemplo, un Estado que considere una nueva relación basada en un tratado puede tener diferentes posiciones sobre el contenido del tratado, en función de qué efectos jurídicos –si los hay—suscita la celebración del tratado, no solo en su propio sistema jurídico, sino también en el de sus potenciales copartícipes en el tratado. Un Estado podría contentarse con una disposición simple de un tratado en el que dicho Estado y el potencial copartícipe confieran a los tratados un efecto jurídico interno directo; por ejemplo “las Partes no autorizarán que se dé el caso X”. No obstante, ese mismo Estado podría preferir una formulación diferente con Estados que no confieran efecto directo a los tratados; por ejemplo: “las Partes acuerdan sancionar leyes que impidan que suceda X”.

5.2 Efectos jurídicos de los contratos. *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que los efectos jurídicos de un contrato, entre ellos los aspectos relativos al cumplimiento, el desplazamiento y la ejecución, dependerán del derecho aplicable al contrato.*

Comentario: Tal como sucede con las cuestiones de validez y capacidad, los efectos primarios de un contrato dependerán del derecho rector pertinente, que puede ser el derecho interno de un Estado o, si las partes así lo eligen, un derecho no estatal²⁰⁷. El derecho rector determinará si, y de qué modo, operarán los contratos, así como los recursos disponibles en caso de incumplimiento, incluidos mecanismos judiciales. Tratándose del derecho no estatal, la ejecución puede realizarse a través de algún foro internacional (por ejemplo, UNIDROIT, CIADI).

Otro de los efectos jurídicos de los contratos puede consistir en el efecto jurídico de desplazar a otras reglas de derecho interno que existen subsidiariamente a falta de acuerdo. En definitiva, por lo tanto, la naturaleza y el alcance de los efectos jurídicos de un contrato dependen de la ley rectora, incluido todo eventual conflicto de normas jurídicas pertinente.

Aunque los efectos jurídicos de un contrato surgirán del derecho rector, los contratos pueden generar efectos jurídicos en la esfera internacional. Un Estado contratante podría realizar cierto comportamiento contando con que el otro Estado contratante siga cumpliendo sus obligaciones. Dado el carácter vinculante del contrato, esa suposición podría ser suficientemente razonable como para hacer que el otro Estado se abstuviera de seguir cumpliendo sus obligaciones contractuales²⁰⁸.

Alternativamente, podría caber la posibilidad de que un contrato regido, por ejemplo, por la ley nacional, sea elevado a la jerarquía de acuerdo vinculante regido por el derecho internacional.

²⁰⁷ Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70. (“Los efectos jurídicos vinculados con contratos regidos por el derecho interno se rigen por las disposiciones del contrato y por el derecho interno aplicable al mismo.”)

²⁰⁸ Con respecto a la exclusión (*estoppel*) en el derecho internacional, véase Thomas Cottier, Jörg Paul Müller, *Estoppel*, en MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (abril de 2007); *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 130, p. 174, párr. 438 (“puede invocarse la exclusión en los casos en que (a) un Estado ha realizado manifestaciones claras y uniformes, mediante palabras, actos o silencio; (b) esas manifestaciones han sido efectuadas a través de un agente autorizado a hablar por el Estado con respecto al tema en cuestión; (c) el Estado que invoca la exclusión fue inducido por esas manifestaciones a actuar en su detrimento, a sufrir un perjuicio o a conferir un beneficio al Estado manifestante, y (d) esa creencia era legítima, ya que la manifestación fue de aquellas en que ese Estado tenía derecho a confiar”).

En el *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, por ejemplo, el razonamiento del Tribunal fue que un acuerdo celebrado por el Gobierno británico y Mauricio (un territorio no autónomo) en 1965 era “a lo sumo...un contrato vinculante para las partes conforme al derecho interno”²⁰⁹. Concluyó sin embargo que la independencia de Mauricio había surtido el efecto de elevar al plano del derecho internacional el acuerdo global alcanzado por los ministros de Mauricio y transformar los compromisos asumidos en 1965” en un acuerdo internacional” regido por el derecho internacional²¹⁰. Aunque el Tribunal no lo expresó tan explícitamente, una manera de explicar ese resultado se hallaría en la idea de que la independencia de Mauricio transformó en derecho internacional el derecho rector del “contrato”, que era el derecho del Reino Unido, lo cual, por definición, convirtió el acuerdo en un tratado.

5.3 Efectos de los compromisos políticos. *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que un compromiso político no tendrá ningún efecto jurídico directo de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno, ya que los compromisos políticos no son jurídicamente vinculantes.*

5.3.1 *Los Estados y sus instituciones deberían cumplir sus compromisos políticos y aplicarlos, entendiéndose que otros Estados esperarán que el compromiso político se cumpla por razón de su fuerza moral o del contexto político en el cual se celebre.*

5.3.2 *Los Estados y sus instituciones deberían saber que un compromiso político podría tener efectos jurídicos indirectos para un Estado. Por ejemplo, los compromisos políticos pueden:*

- (i) *incorporarse en otros actos jurídicos internacionales, como tratados o decisiones de organizaciones internacionales;*
- (ii) *incorporarse en actos jurídicos internos, como leyes u otros tipos de normativa, o*
- (iii) *servir de base para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes o guiarlos.*

Comentario: Por definición, los compromisos políticos no son vinculantes; no pueden, de por sí, suscitar ningún efecto jurídico. Los Estados y sus instituciones deberían adaptar sus expectativas a esa realidad. Desde el punto de vista del derecho internacional, los compromisos políticos no activan el principio *pacta sunt servanda* ni ninguno de los efectos de derecho internacional secundarios a que da lugar la elaboración de tratados (por ejemplo, los del derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado, regímenes especializados)²¹¹.

No obstante, sería un error que los Estados supusieran que esto significa que los compromisos políticos no surtan efectos. Aun cuando no sean por sí mismos vinculantes, de todos modos contienen compromisos y éstos suelen hacerse en nombre de un Estado (o de sus instituciones). Otros Estados pueden esperar —y a menudo esperarán— el continuo cumplimiento de sus términos (al mismo tiempo que tienen presente que no podrán invocar instrumentos de derecho internacional en casos de incumplimiento)²¹². Los compromisos políticos promueven, así, el honor y la reputación de los Estados y las instituciones del Estado que los componen. La práctica de los Estados muestra, además, que los compromisos políticos pueden suscitar efectos

²⁰⁹ *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos, supra, nota 130, p. 167, párr. 424* (en que se cita a Hendry y Dickson).

²¹⁰ *Íd.*, 167-68, párrs. 425, 428.

²¹¹ Véase, por ejemplo, Respuesta de Perú, *supra*, nota 64 (“Considerando que los acuerdos ‘no vinculantes’ que celebran las entidades gubernamentales peruanas con entidades gubernamentales extranjeras no tienen como propósito establecer un relacionamiento jurídico, a estos no se les aplica el principio *pacta sunt servanda*, sino únicamente el principio de la buena fe”).

²¹² Véase *supra*, nota 51 y texto que la acompaña.

significativos en el comportamiento del Estado, como, por ejemplo, ejecutar los compromisos del Grupo de Acción Financiera tendientes a combatir el financiamiento del terrorismo²¹³.

Por ser una práctica óptima, por lo tanto, estas *Directrices* recomiendan que los Estados cumplan sus compromisos políticos. Ellos, por supuesto, no tienen la obligación jurídica de hacerlo. De todos modos, al cumplir sus compromisos políticos, un Estado satisface las expectativas de comportamiento de otros participantes en compromisos políticos. Cuando un Estado tropieza con dificultades para el cumplimiento en un contexto de desempeño, el diálogo y la comunicación con otros participantes probablemente será más provechoso que desconocer los acuerdos concertados. Y del mero hecho de que un Estado que cese de cumplir sus compromisos políticos no estará expuesto a recursos jurídicos internacionales (por ejemplo, rescisión de tratados o contramedidas) no se infiere que el incumplimiento carecerá de inconvenientes. Otros Estados pueden responder con actos inamistosos —aunque de todos modos legítimos—, incluidos los que el derecho internacional cataloga como retorsivos²¹⁴. De hecho, salvo las contramedidas, las posibles consecuencias de la violación de un compromiso político pueden no diferir demasiado de las previstas en los tratados. Por ejemplo, cuando Corea del Norte renegó de su compromiso político de suspender el enriquecimiento de uranio, Estados Unidos suspendió la ayuda que había prometido proporcionar en virtud del compromiso y alentó la aplicación de sanciones internacionales²¹⁵.

Varios Estados Miembros parecen considerar que los compromisos políticos no pueden generar *ningún* efecto jurídico²¹⁶. Esa opinión puede depender, sin embargo, de cómo se definan los “efectos jurídicos”. La práctica indica que los compromisos políticos pueden tener relevancia *jurídica* y, en ciertos casos, incluso pueden generar efectos jurídicos *indirectos* por ciertas vías discretas:

- En cuanto a efectos jurídicos internacionales indirectos, los Estados pueden llegar a convertir un compromiso político en un tratado. El procedimiento del consentimiento previo informado que está en la médula del Convenio de Rotterdam existía antes de la celebración de ese tratado, a través de compromisos políticos asumidos con los auspicios del PNUD y de la FAO²¹⁷. Alternativamente, un organismo internacional puede incorporar un compromiso político en un formato jurídicamente vinculante en la esfera internacional. En su resolución 2231, por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas apoyó el llamado “Acuerdo de Irán” sobre no proliferación nuclear,

²¹³ Véase, por ejemplo, Grupo de Acción Financiera (GAFI), en http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1,00.html (El GAFI emite “recomendaciones” que no son de carácter vinculante pero que se han convertido en el estándar universal para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo).

²¹⁴ Véase *supra*, nota 195.

²¹⁵ Selig S. Harrison, *Time to Leave Korea?*, FOREIGN AFFAIRS (mar./abr. de 2001).

²¹⁶ Véase, por ejemplo, Respuesta de Colombia, *supra*, nota 83, ([l]os acuerdos no vinculantes “no generan ninguna implicación jurídica para la República de Colombia como sujeto de derecho internacional.”). Respuesta de México, *supra*, nota 107, (“[l]os instrumentos no vinculantes son de naturaleza eminentemente política, ya que externalan la voluntad y e intencionalidad de las instancias firmantes, por lo que NO tienen implicaciones jurídicas”). Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70, (“[c]omo los instrumentos que no son jurídicamente vinculantes no se rigen por derechos u obligaciones basados en el derecho nacional o internacional, no existen efectos jurídicos vinculados con ellos”).

²¹⁷ Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo Aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional (“Convenio de Rotterdam”), dado el 11 de septiembre de 1998, 2244 U.N.T.S. 337; véase también Rotterdam Convention, “Historia de las negociaciones del Convenio de Rotterdam”, en <http://www.pic.int/ElConvenio/Generalidades/Historia/Generalidades/tabid/1946/language/es-CO/Default.aspx>.

confiriendo obligatoriedad a algunos de sus términos a través de las autoridades de su capítulo VII²¹⁸.

- En términos de efectos jurídicos internos, algunos compromisos políticos —por ejemplo el Proceso de Kimberly sobre Diamantes de Conflictos; el Arreglo de Wassenaar— permiten que sus términos sean codificados en el derecho interno²¹⁹.
- Pueden usarse también compromisos políticos como vehículos para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes. La Comisión de Derecho Internacional, por ejemplo, ha concluido que acuerdos subsiguientes o la práctica subsiguiente usada con fines de interpretación de tratados en virtud del artículo 31(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no tendrá que serlo, para ser tenido en cuenta”²²⁰.
- Análogamente, las cortes y tribunales internacionales se han mostrado dispuestos a aceptar que mediante compromisos políticos se establezcan normas de comportamiento pertinentes que puedan usarse para evaluar el cumplimiento de un tratado por un Estado. En una decisión adoptada por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 2011, por ejemplo, un grupo especial de solución de diferencias concluyó que varios compromisos políticos no vinculantes generados bajo los auspicios del Programa Internacional para la Conservación de los Delfines constituían una “norma internacional pertinente” a los efectos de medir el cumplimiento del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Obstáculos Técnicos al Comercio²²¹.

¿Qué pensar sobre el uso de la doctrina de los actos propios, del derecho internacional, para exigir el continuo cumplimiento, por el Estado, de sus compromisos políticos? En la doctrina se discute desde hace tiempo la cuestión de si en las circunstancias apropiadas un compromiso político puede llevar a terceros a basarse, por razones de buena fe, en el mantenimiento del comportamiento acordado, aunque no lo imponga el propio acuerdo (no vinculante)²²². Esta es la misma lógica, por ejemplo, que explica la eficacia jurídica de ciertas declaraciones unilaterales²²³.

²¹⁸ Véase UNSC Res. 2231 (julio de 2015).

²¹⁹ Véase, por ejemplo, la Ley de comercio de diamantes de zonas en conflicto, Ley Pública 108-19 (25 de abril de 2003) (relativa a la implementación del “Proceso de Kimberley”, que incluía un compromiso político tendiente a regular el comercio de diamantes en zonas libres de conflictos); Arreglo de Wassenaar, en <https://www.wassenaar.org/es/>.

²²⁰ Comisión de Derecho Internacional, Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, *Textos de los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura*; 70º período de sesiones A/CN.4/L.907 (11 de mayo de 2018).

²²¹ Véase Organización Mundial del Comercio (OMC), *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Informe del Grupo Especial* (15 de septiembre de 2011) WT/DS381/R, párrs 7.707 y 7.716 (referencia en español [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fd381%2f*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fd381%2f*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true)); véase también Pauwelyn, *supra*, nota 206, p. 155-56.

²²² Véase, por ejemplo, Schachter, *supra*, nota 49, p. 301 (en que se señala que la doctrina de los actos propios podría aplicarse cuando exista un acuerdo de caballeros y confianza razonable en el mismo); Aust, *supra*, nota, 160, págs. 807, 810-11 (en que se indica que dicha doctrina puede aplicarse a ciertos compromisos políticos, pero no a meras declaraciones de voluntad política); no obstante, véase Klabbbers, *supra*, nota 3, pág. 138-40 (en que se insiste que un acuerdo no puede ser no vinculante si surte efectos jurídicos); véase también *supra*, nota 208.

²²³ Véase *supra*, nota 2.

Los Estados Miembros no se muestran entusiastas con respecto a esa posibilidad²²⁴. Además, cuando un acuerdo es manifiestamente “no vinculante” será difícil establecer que el hecho de que otros Estados se basen en la continuidad del desempeño sea razonable (en el sentido jurídico del término). Tal como lo destacó el Tribunal del *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, “[n]o toda confianza, ni siquiera en claro detrimento de un Estado, basta para generar razones a favor de la doctrina de los actos propios. Un Estado que opte por basarse, en su detrimento, en un acuerdo expresamente no vinculante, no logra por ello un compromiso vinculante mediante la doctrina de los actos propios, pues no sería legítimo invocarla”²²⁵. No obstante, la cuestión puede seguir abierta al debate, y los Estados deberían, como mínimo, conocer la posibilidad de que algunos invoquen dicha teoría en el contexto de ciertos compromisos políticos.

5.4 Efectos jurídicos de un acuerdo interinstitucional. *Los Estados deberían suponer que un acuerdo interinstitucional surtirá los efectos jurídicos de la categoría de acuerdo (tratado, compromiso político o contrato) a la que corresponda.*

5.4.1 *Los Estados deberían suponer que los tratados y contratos interinstitucionales generarán responsabilidad del Estado en su conjunto.*

5.4.2 *No obstante, los Estados deberían tener en cuenta que, en ciertos casos, un Estado o su institución podría afirmar que la responsabilidad jurídica por un acuerdo interinstitucional se extiende solo a la institución del Estado que celebre el acuerdo.*

5.4.3 *En los casos en que los Estados tengan puntos de vista divergentes acerca de la responsabilidad jurídica generada por un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían armonizar sus puntos de vista y avenirse a que ambos Estados asuman la responsabilidad emanada del acuerdo interinstitucional o limiten la responsabilidad a las instituciones que suscriban el acuerdo.*

5.4.4 *Los Estados deberían utilizar toda la discreción que posean para evitar que un acuerdo interinstitucional tenga efectos jurídicos en los casos en que una o más de las instituciones participantes no hayan recibido del Estado del cual formen parte la potestad (o la capacidad general) necesaria para celebrar un acuerdo de ese tipo.*

Comentario: Por definición, los acuerdos interinstitucionales no están asociados con ningún tipo especial de acuerdo internacional. Pueden ser vinculantes (como tratados o como contratos) o compromisos políticos no vinculantes. El tipo de acuerdo existente estará en función de las capacidades de las instituciones participantes y de los métodos de identificación empleados²²⁶. Una vez aclarada la naturaleza de un acuerdo interinstitucional también se aclararán sus efectos jurídicos. Los tratados interinstitucionales pueden generar los mismos efectos jurídicos internacionales primarios y secundarios, así como efectos jurídicos internos otorgados por el sistema jurídico de un Estado. Los efectos jurídicos de los contratos interinstitucionales, al igual que los de los contratos interestatales, emanarán del derecho rector pertinente, en tanto que los compromisos políticos interinstitucionales no generarán ningún efecto jurídico directo, aunque los

²²⁴ Véase, por ejemplo, *supra*, nota 216. Perú, no obstante, señala que asumir compromisos políticos puede suscitar la buena fe de un Estado (en lugar de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*), lo que podría indicar cierta solicitud a favor de una invocación basada en la doctrina de los actos propios en las circunstancias adecuadas. *Supra*, nota 211.

²²⁵ *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 130, pág. 177, párr. 445.

²²⁶ Con respecto a una definición de acuerdos interinstitucionales, véase la *Directriz 1.5* y el comentario que la acompaña. Con respecto a la capacidad de las instituciones del Estado de celebrar tratados, compromisos políticos y contratos, véanse las *Directrices 2.2, 2.4 y 2.6*. Los métodos de identificación de tratados, compromisos políticos y contratos se exponen en detalle en la sección 3 de las presentes *Directrices* y en el comentario que las acompaña.

Estados deberían tener conocimiento de que, de todos modos, esos contratos podrían generar ciertos efectos indirectos²²⁷.

No obstante, existe un ámbito en que los acuerdos interinstitucionales —en especial los tratados interinstitucionales— plantean una pregunta adicional. Específicamente, ¿sobre quién recaen los efectos jurídicos de un tratado interinstitucional? ¿exclusivamente sobre la institución, o sobre la totalidad del Estado con el que esté vinculado el tratado? La práctica de algunos Estados Miembros parece inclinarse por la segunda alternativa; aun cuando las partes de un tratado sean instituciones del Estado, sus efectos recaerán, de todos modos, sobre el Estado en su conjunto²²⁸. Ese parece ser el caso independientemente de que la institución del Estado forme parte del gobierno nacional o de una unidad territorial subnacional. Esa es, además, la posición adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, cuyo artículo 4(1) establece:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado²²⁹.

Dadas esas opiniones, la directriz actual articula una expectativa inicial: los Estados pueden prever razonablemente que un tratado interinstitucional obligue a los Estados a los que pertenezcan las instituciones; no únicamente a las instituciones mismas.

Una expectativa de ese género puede suscitar por lo menos tres ventajas para los Estados. Primero, puede proporcionar más certeza a todos los Estados e instituciones que tomen parte en la elaboración de tratados. Saber que se prevé que un Estado habrá de cumplir compromisos regidos por el derecho internacional y elaborado por sus instituciones puede alentar a otros Estados y a sus instituciones a tomar parte en esa actividad de elaboración de tratados. Segundo, asegurará un más sólido conjunto de efectos jurídicos directos para todos los tratados (haciendo innecesario elaborar diferentes efectos para tratados entre Estados a partir de tratados internacionales). Tercero, este enfoque está en consonancia con la arquitectura básica del derecho internacional público. Si la

²²⁷ Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 69 (en que se describen efectos jurídicos de acuerdos interinstitucionales, incluido el de ser “susceptibles de interpretación por tribunales nacionales”); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70 (“Los efectos jurídicos vinculados con contratos regidos por el derecho nacional se rigen por las disposiciones del contrato y por el derecho nacional aplicable a este último”); véase también la Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (los acuerdos no vinculantes adoptados a nivel de organismos o a nivel subnacional “no son, en ningún sentido, vinculantes”).

²²⁸ Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 69 (“La responsabilidad jurídica internacional recae sobre el Estado. A nivel nacional, en cambio, el organismo o la unidad territorial subnacional es responsable ante el Gobierno de asegurar que sus obligaciones se cumplan conforme al Acuerdo”). Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 70 [“Estados Unidos considera que los tratados (definidos conforme al artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) celebrados por sus organismos crean obligaciones jurídicas aplicables a los Estados Unidos, aunque en la práctica el cumplimiento de esos acuerdos generalmente recae en el organismo que los celebra.”] Argentina, análogamente, manifestó preferencia por la responsabilidad del Estado, señalando, al mismo tiempo, que el texto jurídico no era totalmente claro. Respuesta de Argentina, *supra*, nota 70.

²²⁹ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 136, art. 4(1); véase también *id.*, art. 4(2) (“Se entenderá que un órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.”) En español:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G01/640/08/pdf/G0164008.pdf?OpenElement>

mayoría de las instituciones del Estado no son personas de derecho internacional independientes, de ello se infiere que el derecho internacional se opondrá a otorgar a sus actividades un efecto jurídico directo, sino que las atribuirá al Estado del que formen parte.

Pese a esas ventajas, esta directriz solo enmarca la responsabilidad del Estado como una expectativa; no como presunción o como norma de derecho internacional. Esto se debe a que la práctica del Estado sobre el tema no es totalmente uniforme. Varios Estados sostienen la opinión de que la responsabilidad de derecho internacional podría recaer sobre la institución celebrante; *no* sobre el Estado en conjunto; un Estado —México— adoptó expresamente ese punto de vista²³⁰. Si bien admitiendo que un tratado celebrado por el Estado mexicano obliga a México, ese país invoca su estructura federal para sostener que “sería inconstitucional que [México] asumiera responsabilidad por acuerdos interinstitucionales celebrados por estados y zonas y entidades municipales, pues ello interferiría con las facultades que les han sido conferidas por la Constitución misma”²³¹. En lugar de ello, México considera que esos acuerdos interinstitucionales regidos por el derecho internacional solo surten efectos para las instituciones que los celebran²³². Otros Estados admiten que la situación no siempre es clara; Panamá, por ejemplo, percibe “la posibilidad de que haya surgido una nueva costumbre internacional” en materia de responsabilidad por acuerdos interinstitucionales²³³.

Las presentes *Directrices* no están destinadas a resolver la discrepancia sobre la extensión de las obligaciones emanadas de tratados, pero pueden ayudar a sensibilizar a los Estados acerca de que se trata de una cuestión que ha de considerarse cuando sus instituciones tomen parte en la celebración de acuerdos internacionales vinculantes. Además, el carácter consensual del orden jurídico internacional sugiere una práctica que pueden utilizar los Estados para evitar el problema. En los casos en que dos Estados sostengan diferentes opiniones sobre la medida en que un tratado internacional sea vinculante pueden acordar una posición uniforme.

- Podrían, por ejemplo, convenir en tratar al compromiso asumido por su institución en virtud de un tratado como equivalente al de los tratados elaborados en nombre de los dos Estados, o bien
- Consentir específicamente que los efectos de un tratado interinstitucional solo abarquen a las instituciones involucradas.

Los Estados podrían incluir esas condiciones en el propio tratado interinstitucional o convenirlas separadamente, en forma general o caso a caso. Idealmente podrían hacerlo por anticipado, aunque sería posible llegar a una solución de compromiso después que el tratado interinstitucional ha comenzado a existir. Una práctica de ese género podría ser novedosa, pero proporciona una vía para dar cabida a posiciones divergentes en materia de responsabilidad que de lo contrario podrían suscitar discrepancias o la necesidad de algún tipo de resolución de disputas.

²³⁰ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 38-40 (en que se exponen opiniones de Perú y de Uruguay); Respuesta de Panamá, *supra*, nota 67.

²³¹ Respuesta de México, *supra*, nota 107. Además México sostiene que “Asimismo sería ilegal [conforme al derecho mexicano] que el Gobierno Federal asumiera dicha responsabilidad, ya que el acuerdo interinstitucional se efectuó sin seguir las formalidades que la Ley sobre la Celebración de Tratados establece”. *Íd.* Perú niega que sus instituciones puedan celebrar “tratados”, pero admite que sus acuerdos interinstitucionales pueden crear “una relación jurídica ... exclusivamente para las instituciones que los celebren...”. No explica, sin embargo, qué ley regiría esa relación jurídica. Respuesta de Perú, *supra*, nota 64.

ilegal que el Gobierno federal asumiera dicha responsabilidad, si se tiene en cuenta que la celebración del acuerdo interinstitucional se efectuó sin seguir las formalidades que la Ley sobre la Celebración de Tratados establece.

²³² *Íd.*

²³³ Respuesta de Panamá, *supra*, nota 67.

Finalmente, existe una cuestión consistente en determinar qué efectos jurídicos, si es que alguno, deberían otorgar los Estados y otros interesados a acuerdos interinstitucionales vinculantes celebrados cuando una o más de las instituciones involucradas no siga los procedimientos nacionales apropiados. En otras palabras, ¿cómo deberían manejar los Estados los acuerdos interinstitucionales no autorizados? Es probable que conferir a esos acuerdos efectos jurídicos internos sea problemático, especialmente en el Estado en el que no se hayan seguido los procedimientos preceptivos. En la República Dominicana, por ejemplo, cuando el Subsecretario de Estado de Relaciones Exteriores de ese país celebró un memorando de entendimiento con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sin cumplir las normas constitucionales en materia de revisión judicial y de aprobación parlamentaria, la Corte Suprema declaró nulo y carente de valor ese memorando²³⁴.

Además, algunos Estados Miembros creen que la omisión de observar procedimientos internos puede también impedir la adjudicación de efectos de derecho internacional a acuerdos interinstitucionales. Colombia, por ejemplo, ha señalado que “no es responsable de acuerdos que hayan sido celebrados en violación” de condiciones nacionales en materia de legalidad de sus acuerdos internacionales²³⁵. México hace hincapié en la responsabilidad personal de quienes suscriban un acuerdo interinstitucional sobre el cual el Departamento Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores no haya expuesto sus opiniones²³⁶. Otros Estados ofrecen una posición más matizada, señalando que la mejor manera de determinar la responsabilidad internacional emanada de un acuerdo interinstitucional no autorizado es basarse en la “naturaleza del acuerdo y las circunstancias que rodeen su celebración”²³⁷.

En esta directriz se propone una práctica óptima conforme a la cual los Estados ejerzan toda la discrecionalidad disponible para rehusar dar efectos jurídicos a acuerdos interinstitucionales no autorizados. Se incluye el calificativo que hace referencia a “discreción disponible” para dejar en claro que esa directriz solo se aplica cuando el Estado tiene la opción entre conceder o no efectos jurídicos a un acuerdo; no contempla el evitar que un acuerdo surta efectos jurídicos que el Estado tiene la obligación de soportar, conforme al derecho internacional. No obstante, cuando los Estados tienen discrecionalidad, parecería ser una práctica óptima no conferir efectos jurídicos a acuerdos interinstitucionales no autorizados. Otorgar efectos jurídicos a tratados (o contratos) interinstitucionales podría incentivar la posibilidad de que las instituciones del Estado violen sus propias leyes y procedimientos internos si tienen la percepción de que los beneficios que surgen de llegar a un acuerdo con entidades extranjeras sobrepujan las consecuencias internas. Esos incentivos serían especialmente perversos si la institución compartiera los costos (en cuanto a responsabilidad y riesgos) con el Estado en conjunto; el mismo Estado cuyos procedimientos no se hubieran cumplido²³⁸.

6. Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes

6.1 Capacitación y educación a cargo de los Estados sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes. *Los Estados deberían tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes del Ministerio de Relaciones Exteriores para que puedan hacer lo siguiente:*

²³⁴ Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

²³⁵ Véase también Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46.

²³⁶ Respuesta de México, *supra*, nota 107.

²³⁷ Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 69; véase también Respuesta de Perú, *supra*, nota 64.

²³⁸ Ello, sin embargo, sería contrario a la presunción de validez dada a los tratados celebrados en violación de procedimientos internos en el contexto interestatal por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase *supra*, nota 75. No obstante, no resulta claro que el artículo 46 constituya derecho internacional consuetudinario. Véase Jan Klabbers, *The Validity and Invalidity of Treaties*, en *THE OXFORD GUIDE TO TREATIES* 551, 564 (D. Hollis, ed., 2012

- (i) *identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;*
- (ii) *entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) *seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos;*
- (iv) *comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.*

Comentario: Tal como lo establecen claramente estas directrices, la práctica existente del Estado con respecto a acuerdos internacionales reviste crucial importancia para el derecho internacional y las relaciones internacionales. No obstante, también es evidente que no se trata de cierto conjunto sencillo de herramientas que los Estados y sus autoridades puedan aplicar intuitivamente. Las actuales variantes de definiciones, capacidades, métodos de identificación, procedimientos y efectos requieren saber especializado y atención para tener la certeza de que un Estado esté en condiciones de promover sus intereses en materia de política exterior y simultáneamente evitar confusiones, malentendidos o disputas (jurídicas o de otra naturaleza). Por ese motivo, es importante que los Estados dediquen los recursos necesarios para instruir a las autoridades pertinentes sobre esos temas.

En esta directriz se focaliza la prestación de adecuados servicios de capacitación y educación para altos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre los diversos aspectos de los acuerdos internacionales. A dichos funcionarios suele encomendársele la responsabilidad global en materia de práctica de tratados del Estado. En consecuencia, es razonable que los Estados se doten de suficiente experiencia técnica para diferenciar los tratados del Estado de la creciente práctica de otras modalidades de acuerdos internacionales, incluidos contratos interestatales vinculantes y acuerdos interinstitucionales.

Disponer, en toda la región, de altos funcionarios adecuadamente capacitados ayudará a mejorar las prácticas existentes y a mitigar la confusión imperante con respecto a la naturaleza jurídica de diversos acuerdos (como los rotulados como “memorandos de entendimiento”), y a la identificación de las instituciones con las cuales otros Estados pueden celebrar acuerdos vinculantes y no vinculantes. Ahondar el conocimiento en torno a los diversos tipos y efectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes puede permitir a las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores asesorar a los responsables de la adopción de decisiones sobre las soluciones de compromiso que implican dar preferencia a cierto tipo de acuerdo en comparación con otro.

6.2 Capacitación y educación sobre acuerdos interinstitucionales. *Si un Estado autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales, debe tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes de una dependencia o una unidad territorial subnacional del Estado para que puedan hacer lo siguiente:*

- (i) *identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;*
- (ii) *entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) *seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos;*
- (iv) *comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.*

Comentario: No todos los Estados autorizarán acuerdos interinstitucionales, sean estos tratados, contratos o compromisos políticos²³⁹. Para los que lo hacen, sin embargo, será necesario asegurar que las instituciones competentes para la elaboración de acuerdos estén dotadas de capacidad suficiente para ejercer adecuadamente esa competencia. Esa capacitación puede

²³⁹ Véase la Directriz 2.2 y el comentario que la acompaña.

consistir en ejercicios a nivel nacional en que se imparta a funcionarios no pertenecientes al Ministerio de Relaciones Exteriores educación sobre acuerdos internacionales y también —lo que no es menos pertinente— sobre los procedimientos que hayan de seguirse en la esfera interna para autorizar esos acuerdos. Cuando las unidades territoriales subnacionales puedan celebrar acuerdos, les sería provechoso recibir capacitación y educación similares. Esos programas pueden mitigar los inconvenientes emanados de situaciones relacionadas con capacidad en que una institución actúe careciendo de competencia para ello o asuma de otro modo compromisos en detrimento del Estado tomado en conjunto. Al igual que la capacitación para el Ministerio de Relaciones Exteriores, un mayor conocimiento en torno a los diversos tipos y efectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes puede permitir a las instituciones del Estado elaborar, en materia de acuerdos, una práctica que esté en consonancia con sus intereses y al mismo tiempo dar cabida a políticas y procedimientos de otros países.

* * *

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

Documento

CJI/doc. 581/19 Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros
(presentado por la doctora Ruth Stella Correa Palacio)

* * *

Durante el 90º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2017), la doctora Ruth Stella Correa Palacio propuso incluir como nuevo tema en la agenda la “Validez de las sentencias extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”.

El pleno acogió la propuesta y el tema fue consignado en la agenda, asumiendo la doctora Correa como relatora de este nuevo tema.

Durante el 92º período ordinario de sesiones (Ciudad de México, México, febrero, 2018) la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa Palacio recordó que su trabajo ha consistido en hacer una búsqueda sobre el marco legal y buenas prácticas existentes para conocer el estado que guarda el tema en la región. Se refirió a la Convención de Nueva York, a la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo como la línea de base para la mejor comprensión del estado del tema en la región actualmente, y aludió al relativo avance que implica la supresión del *exequatur* en Europa (en materias determinadas).

De su estudio comparativo, se desprende que el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras depende de la reciprocidad en materia de tratados entre los Estados, y que parece existir mayor facilidad para el reconocimiento de las decisiones proferidas por árbitros, que el proferido a las decisiones judiciales, además de requisitos de homologación que estas últimas deben solventar. Advirtió diferencias entre la carga procesal que se exige para decisiones arbitrales comerciales y el oneroso procedimiento al que se someten las sentencias que resultan de un juicio contencioso. En el caso de decisiones judiciales con fines probatorios estas deben ser sujetas a homologación en algunos Estados como Bolivia, o a autenticación. Notó también diferencias entre autoridades competentes para la homologación de sentencias judiciales (funcionarios de mayor jerarquía) y las competentes para ejecución de la decisión arbitral (jueces de menor jerarquía). En su opinión, las tecnologías de comunicaciones e información no han sido aprovechadas para simplificar el proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias. Finalmente, la relatora propuso la elaboración de una guía de buenas prácticas sobre la facilitación del reconocimiento de las decisiones judiciales que busquen la forma de diseñar e implementar un procedimiento expedito para que se reconozca una decisión judicial extranjera, especialmente cuando no haya oposición por parte del ejecutado.

El doctor José Moreno destacó que existe mucha información sobre reconocimiento y ejecución de sentencias tanto en ASADIP como en otros foros sobre el tema, que podrían servir como valiosos insumos para el trabajo de la doctora Ruth Correa y le pidió precisar el alcance de la guía propuesta.

El doctor Duncan Hollis resaltó el desafío de implementar un sistema de reconocimiento simplificado de sentencias judiciales cuando hay tal diversidad en la región en lo que respecta a los requisitos y procedimientos.

El Presidente consideró que la Convención de Nueva York prácticamente resuelve el problema de la ejecución de sentencias extranjeras en el ámbito del arbitraje y sugirió enfocarse en buscar

estándares a partir de la Convención de Panamá en lo relativo al cumplimiento de las sentencias nacionales, identificando las dificultades que ésta ha enfrentado para ser ampliamente ratificada y proponiendo acciones puntuales, pues el CJI no puede limitarse a sistematizar y codificar, sino que debe ser propositivo y contribuir de manera efectiva al desarrollo progresivo del derecho internacional. En resumen, propuso concentrarse en la ejecución de sentencias por los jueces nacionales, y que el estudio avance un poco más antes de que se determine el producto que se busca obtener.

El doctor José Moreno consideró que el tema no está resuelto por la Convención de Nueva York y que existe un amplio camino, pero que el tema está siendo abordado ampliamente en otros foros, y en este sentido tal vez la guía propuesta no debería abundar en el tema de arbitraje.

La doctora Ruth Correa indicó que la propuesta podría ser una guía legislativa para facilitar la homologación de ejecución de sentencias, o bien una guía de buenas prácticas con propuestas que permitan una mayor agilidad para ejecutar las sentencias. Trabajo que será limitado a las sentencias de órganos institucionales de justicia con el fin de facilitar la cooperación jurídica.

El Presidente coincidió en la necesidad de un procedimiento ágil para ejecutar sentencias judiciales extranjeras, pero que la Conferencia de La Haya ya está bastante encaminadas y que tal vez sería prudente esperar a ver si esos esfuerzos llevan a un producto o se estancan. En caso de que en la Conferencia de La Haya (en la que ya participan los Estados Miembros de la OEA) se produjera un resultado, habría que evaluar si el CJI puede y debe utilizar tal producto como punto de partida para otro trabajo. Propuso entonces mantener el tema en la agenda del CJI para consultar con los asesores jurídicos de las cancillerías en el próximo período de sesiones sobre la posición de los Estados de la OEA en los trabajos de La Haya, determinando así si el CJI es el foro competente.

La relatora sugirió enviar un cuestionario a los Estados Miembros para conocer su parecer.

El doctor Dante Negro aclaró que no todos los Estados Miembros participan en los trabajos preparatorios de la Conferencia de La Haya, por lo que el Presidente, considerando que ésta no debe ser el único parámetro para tomar decisiones, propuso entonces enviar el cuestionario sugerido por la doctora Ruth Correa y que con base en las respuestas que se reciban y en las consultas realizadas durante el próximo período de sesiones, el CJI pueda tomar las decisiones correspondientes.

El doctor Carlos Mata consideró que el cuestionario debe ser elaborado con mucho cuidado para que las preguntas se enfoquen en la eficacia de los procedimientos, en lugar de en una descripción de los mismos.

El doctor José Moreno solicitó al DDI hacer una compilación del material que la Conferencia de la Haya y ASADIP han puesto a disposición del público para estudio de la relatora.

El Presidente propuso tratar este tema en la reunión con asesores jurídicos de la región en el próximo período de sesiones con el fin de obtener unas respuestas menos estandarizadas, más candidas sobre la eficacia de los procedimientos de ejecución, y conseguir sus insumos respecto del contenido y lenguaje del cuestionario propuesto, el cual podría ser enviado con anterioridad a los Estados. Los miembros aprobaron la propuesta por unanimidad.

Durante el 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018), la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa Palacio presentó el primer informe titulado “reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos judiciales extranjeros”, (documento CJI/doc.564/18). El objeto del informe es determinar los requisitos que se exigen al interior de los Estados para que una sentencia extranjera produzca efectos obligatorios. Constató que tanto la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958 como la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 (Convención de Montevideo) han sido firmadas por la mayoría

de los Estados Miembros de la OEA. La primera refiere a las decisiones arbitrales mientras que la de Montevideo refiere al reconocimiento y la ejecución. Constató un cierto rezago frente a los avances tecnológicos, tal como el comercio electrónico. También estimó que la implementación está en manos de los tribunales de mayor jerarquía en sistemas que implican muchas etapas, una vez se ha reconocido una sentencia extranjera. Consciente del Anteproyecto que lleva adelante la Conferencia de La Haya en la materia y de la necesidad de evitar duplicación de trabajos, consideró que en la instancia se justifican los esfuerzos en el seno del Comité. El anteproyecto de la Conferencia de La Haya le genera algunas preocupaciones, entre otras razones porque solamente se aplica al ámbito civil y comercial, dejando fuera el tema laboral. Adicionalmente, mantiene una diferencia entre el reconocimiento y la ejecución, imponiendo trámites engorrosos. La Convención de Montevideo por su parte tiene una regulación puntual dejando a los Estados determinar los procedimientos internos sin dar pautas. Ello deja un espacio al libre criterio a cada Estado, algo que repite el anteproyecto. Por ende, estimó conveniente que el Comité se pronuncie y desarrolle una labor en ese dominio. A modo de conclusión, no existe en las legaciones internas la obligatoriedad respecto del reconocimiento de las decisiones extranjeras de tribunales, lo cual contrasta con las decisiones en materia de arbitraje en donde es expedito, y por ende el informe no debería pronunciarse sobre arbitraje. Asimismo, la regulación internacional no garantiza el acceso a la justicia frente a decisiones producidas por los órganos judiciales de otros Estados, y por lo tanto se estarían coartando derechos fundamentales. Por ello instó a modificar ciertos procedimientos, y cuestionarse si se requiere mantener la dualidad, reconocimiento y aplicación o reducir todo al último aspecto.

El doctor José Moreno agradeció el trabajo de la doctora Ruth Correa al momento de constatar que la Convención de Nueva York sobre sentencias y laudos arbitrales es una de las más exitosas, contando con un elevado número de Estados partes, a pesar de imponer desafíos en materia de la aplicación de las decisiones judiciales. El tema de la ejecución de sentencias creó muchas divergencias, y su discusión fue retomada en la Conferencia de La Haya en 2011, cuya Conferencia diplomática fue agendada para el año 2019. Propuso que este tema forme parte de la discusión con los representantes de la Conferencia de La Haya y que se defina en el seno del Comité el tipo de producto que se desea realizar. Recomendó además la elaboración de una guía o documento de derecho blando que sea de utilidad para los Estados. Existe un trabajo muy importante de la ASADIP relativo al tema procesal internacional, que debe ser tenido en consideración. Recordó que siempre habrá consideraciones de índole doméstico que intervendrán en estos casos.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció a la relatora por la importancia del tema de la ejecución de sentencias, que implica aspectos de índole variados y que es fuente de preocupación cuando los Estados utilizan la excepción de orden público. Instó a la relatora a trabajar en todos los aspectos, no solamente los comerciales. Aludió a sentencias sobre temas que tienen relación con la valoración de la sociedad, tal como por ejemplo el derecho de familia, en que surgen conflictos entre el derecho extranjero y el doméstico.

El doctor Duncan Hollis manifestó su acuerdo con la exclusión de los temas de arbitraje, que el informe se involucre en temas relativos al acceso a la justicia como un objetivo central y tome en consideración los desafíos que imponen las nuevas tecnologías. Consultó a la relatora sobre la expresión “modificar las normas” en las conclusiones, solicitándole si se busca modificar instrumentos o dotarse de nuevas reglas. Finalmente, recomendó conjugar los sistemas de derecho civil y de *Common Law* en su informe, independientemente de la naturaleza del producto final que se decida obtener.

El doctor Carlos Mata felicitó a la doctora Ruth Correa por su trabajo, que hace especial énfasis a los laudos extranjeros, y le consultó sobre la naturaleza del instrumento que se quiere elaborar (el producto que se espera). Considerando el trabajo de la Conferencia de La Haya en la materia el

Comité, sugirió que el Comité se pronuncie una vez que se tenga una mejor idea del resultado de dichas negociaciones.

El doctor Joel Hernández agradeció y felicitó a la relatora del tema por su dedicación. En cuanto a la contribución del CJI al desarrollo del tema, se deben tener en cuenta las capacidades de los miembros y los avances en otros foros. Conscientes de los avances de la Conferencia de La Haya en relación al Anteproyecto, no sería pertinente lanzarse en un documento de la misma naturaleza. Sin embargo, lo que el Comité podría realizar sería una comunicación con recomendaciones a la Conferencia. Una segunda contribución sería la realización de una guía para los Estados para facilitar la regulación interna con recomendaciones muy precisas para orientar a los Estados sobre elementos mínimos que permitan la futura aplicación de la Convención. Al respecto, el doctor José Moreno propuso solicitar a la profesora Nadia de Araújo si, en su calidad de observadora de la Conferencia de La Haya, podría participar en nombre del CJI.

El Presidente agradeció a la relatora del tema por su informe, dejando claramente establecida la necesidad de no embarcarse en algo que duplique el trabajo de la Conferencia de La Haya. Manifestó comprender las dificultades que impone la implementación, en particular frente a las formalidades. Se debe avanzar en congruencia con los desarrollos existentes. Compartió lo expresado por el doctor Joel Hernández respecto a las opciones disponibles, junto con constatar que la reunión del próximo jueves será una excelente oportunidad para discutir sobre el tema. Finalmente, estimó importante llegar a un acuerdo sobre el tipo de producto que se desea trabajar.

Por su parte, el doctor Joel Hernández expresó que no consideraba haber duplicación en la instancia en función de los tiempos que cada institución demora en desarrollar sus temas, y que por lo tanto no había impedimento alguno en dar continuidad al tema. Por su parte, el proponer enmiendas a la Convención de Montevideo puede tomar aún más tiempo.

La relatora del tema, doctora Ruth Correa, declaró que en función de lo que surge no se espera que el Comité busque modificar la Convención de Montevideo, sino que debería trabajar en un guía o ley modelo, en consonancia con lo que manifiesten los miembros del CJI, limitando el tema al reconocimiento doméstico de las decisiones, de manera de confrontar el problema de acceso a la justicia. Se buscaría dotar a los Estados de mecanismos y procedimientos para facilitar la autenticación de documentos extranjeros. Aclaró, además que la Conferencia de La Haya no estaría cubriendo estos temas. Concluyó manifestando su opción a favor de una ley modelo.

El Presidente explicó que el tema permanecería en la agenda del Comité, invitando a los miembros a aprovechar ambas reuniones previstas en los próximos días, la VII Reunión Conjunta con los consultores jurídicos (15 de agosto de 2018) y la sesión con representantes de la Conferencia de La Haya (16 de agosto de 2018), a fin de determinar el camino a seguir.

Durante el 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019), la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa Palacio presentó su informe titulado “Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros”, (documento CJI/doc.581/19), cuyo objeto es facilitar la adopción de mecanismos que permitan lograr la eficacia en el reconocimiento de decisiones extranjeras al interior de los Estados, incluyendo la posibilidad de proponer mecanismos idóneos, teniendo como referencia la normativa universal y regional, en aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 - Convención de Montevideo.

Acto seguido, la relatora describió de manera sucinta los instrumentos internacionales que regulan el tema y algunas legislaciones nacionales, mencionados en su primer informe, así como las discusiones sostenidas en la última sesión de trabajo sobre el estado del Anteproyecto de Convención preparado por la Conferencia de La Haya, que permitió constatar, entre otros, que el Comité no busca

replicar lo que está proponiendo dicha entidad. Dedicó también un espacio a los comentarios positivos ofrecidos por los asesores jurídicos a favor de un pronunciamiento del Comité en la materia, constatando las dificultades para ejecutar las decisiones judiciales en el extranjero (entre las cuales mencionó los trámites engorrosos y obsoletos a nivel de los procedimientos y de la ejecución, los obstáculos que se imponen o la misma reciprocidad que exigen ciertos Estados). Asimismo, la relatora se refirió al estado del arte en Estados Unidos en donde habría un consenso respecto a la aplicabilidad de las leyes estatales sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, a pesar de no haber un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de dicho país. Culminó ilustrando los desarrollos de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado -ASADIP- y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal -IIDP-, cuyo común denominador es la ejecución de la eficacia transnacional de las sentencias, incluido en la Convención de Montevideo pero no así el Anteproyecto de la Conferencia de La Haya.

En este contexto explicó las opciones disponibles sobre la definición del trabajo a ser elaborado:

- elaborar una guía o documento blando que sea de utilidad para los Estados en la implementación de la Convención de Montevideo;
- elaborar una ley modelo para la aplicación de la Convención de Montevideo;
- enviar una comunicación a la Conferencia de La Haya con recomendaciones para que sean tenidas en cuenta en la elaboración del proyecto.

El doctor José Moreno felicitó a la Presidenta por su propuesta, que ha sido compartida con el profesor Ochoa de Venezuela, una autoridad en la materia, quien ha elogiado el aporte que propone la relatora. Constató una asimetría de este tema con el arbitraje, el cual no cuenta con las herramientas en el ámbito de la ejecución de sentencias. También apoyó la iniciativa de elaborar una ley modelo acompañada de comentarios, en la que se proponga una regulación (una suerte de texto mixto configurado en las Guías y leyes modelos). Entre las consideraciones que deberían ser incorporadas en el documento de la Presidenta, propuso que el exequátur se deje como voluntario sin que participe en el proceso de ejecución, además que el informe refiera a las nuevas tecnologías y a la importancia de la flexibilidad.

El doctor Carlos Mata solicitó clarificar el objetivo del Comité en la materia, se evite entrar en conflicto con los desarrollos en otros foros y tenga en cuenta los aspectos regulados a nivel interno (particularmente consideraciones relativas a los procedimientos). Asimismo, se refirió a un evento académico que tendrá lugar en Uruguay sobre la Convención de Montevideo en que la relatora pudiese participar, propuesta que fue respaldada por el doctor José Moreno.

El doctor Íñigo Salvador constató que la propuesta recoge temas importantes tendientes a hacer efectiva las resoluciones de tribunales de jurisdicción extranjera. Instó a incluir el marco jurídico del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, el cual podría servir como ejemplo para las sentencias en cuanto a sus modalidades. En lo que respecta a la naturaleza del trabajo que debería realizar el Comité, constató que las dos propuestas iniciales no se contradicen y, a la luz de la opinión de los asesores jurídicos, se inclinaría a favor de una ley modelo. Culminó proponiendo algunas fórmulas particulares respecto al texto presentado.

El Vicepresidente doctor Luis García-Corrochano aludió a algunos de los obstáculos de las legislaciones internas y al importante rol de los parlamentos en la elaboración de las normas.

El doctor Milenko Bertrand consultó si el trabajo incluiría el cumplimiento de sentencia de tribunales internacionales o solamente tribunales nacionales. Adicionalmente, preguntó sobre la situación en que el demandado es el Estado y en donde otros órganos deben comparecer, tales como en

temas laborales. Finalmente, se refirió al tema de las disputas de competencias entre tribunales extranjeros a la luz del “*forum shopping*”.

En relación al tema de la selección de foro, el doctor José Moreno invitó a la relatora servirse de la real valía del trabajo que está realizando la Conferencia de La Haya. En relación a la naturaleza del trabajo sugirió a la relatora que primero elabore una Guía y luego trabaje en la ley modelo.

La doctora Mariana Salazar consultó a la relatora sobre los pros y contras de cada una de las alternativas propuestas. En relación a la incorporación de sentencias de tribunales internacionales, propuso que no se incorporen en este estudio por tratar de sujetos diferentes.

La relatora se refirió en primer lugar al tema de la asimetría de las decisiones de tribunales internacionales, incluyendo las arbitrales, o en el ámbito de los derechos humanos, que son automáticamente reconocidas por los Estados por una normativa expresa, o se constituyen en interpretación autorizada, difiriendo, por lo tanto, de la situación de las sentencias proferidas por órganos de los Estados. Lo que se busca es facilitar los procedimientos y lograr mayor eficacia, priorizando los trámites de ejecución (sin cargar al beneficiado por la sentencia el trámite de reconocimiento). Manifestó su interés en elaborar una ley modelo con la sustentación adecuada que pueda servir de guía práctica, la cual tenga debida cuenta las buenas prácticas de la Convención de Montevideo y de Nueva York. Agradeció la invitación a Montevideo que servirá como insumo al trabajo de la relatoría (difusión que debe ser realizada por todos los miembros del CJI en los temas que les competen). Culminó explicando que todas las observaciones serán tenidas en cuenta. El doctor José Moreno observó el buen momento de este trabajo que coincide con una época en que reformas de diverso orden se están llevando adelante en varios Estados en el ámbito del derecho internacional privado.

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019), la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa Palacio, describió los desarrollos recientes en la materia y los desafíos para lograr un mecanismo eficiente frente a la complejidad de las normas. En función de las respuestas recibidas al cuestionario enviado a los Estados, pudo constatar una cierta flexibilidad de los órganos de justicia nacionales. A nivel regional, destacó como un ejemplo a seguir la normativa de la CIDH-Corte que dispone de reglas especiales para facilitar la eficacia de las decisiones. A la luz de las recomendaciones presentadas por los miembros, la relatora explicó su intención de presentar reglas que prevean procedimientos expeditos en temas en donde existen divergencias, incluyendo excepciones respecto a la ejecución de sentencias extranjeras, y dejando de lado al *execuátur*.

El doctor José Moreno agradeció las explicaciones de la relatora, considerando la importante contribución del tema a la normativa interna de la ejecución de sentencias judiciales. Constató que muchos códigos procesales no incluyen normas adoptadas a la realidad en materia de derecho procesal civil, especialmente frente a la reciente adopción del “Convenio de ejecución de sentencias”. Sugirió como camino a seguir elaborar una ley modelo o norma modelo que los países puedan incorporar a su código procesal, y que se incluya un texto explicativo.

El doctor Milenko Bertrand constató que los tribunales no hacen buen uso de las normas, y por ende se debería trabajar en una guía que brinde luces sobre el cumplimiento de sentencias.

La doctora Mariana Salazar solicitó incorporar un mayor número de Estados en la medida de las posibilidades de la relatora.

El doctor George Galindo instó a reflexionar sobre el objeto de lo que se desea realizar, y sugirió elaborar una guía de buenas prácticas en un lenguaje normativo.

La relatora del tema, doctora Ruth Correa Palacio, aconsejó evitar elaborar una guía de buenas prácticas debido al elevado número de excepciones que imponen los trámites en nuestro hemisferio. Por ello acogió la sugerencia del doctor José Moreno de trabajar una ley modelo que sirva de guía explicativa sobre la forma de acceder fácilmente a la justicia, la cual podría igualmente responder a la preocupación del doctor Milenko Bertrand.

El doctor José Moreno sugirió elaborar una ley modelo siguiendo el ejemplo en el ámbito del arbitraje de UNCITRAL.

El doctor Espeche-Gil hizo alusión a su experiencia en materia de exhortos en su rol de Embajador de Argentina en Suiza cuya compleja tramitación sobre los mecanismos exigidos por dicho país le obligó a facilitar la información en español entre los diversos estamentos de su país.

El doctor Milenko Bertrand se refirió al desafío que impone la falta de conocimiento de su propio derecho interno por parte de los jueces, por ende instó a articular conceptos claves en el trabajo de la relatora que podrían coadyuvar a modernizar los sistemas nacionales.

El doctor José Moreno trajo a colación la importancia de la difusión y la experiencia del Departamento de Derecho Internacional en la materia, citando como ejemplo la capacitación de jueces en materia de laudos arbitrales.

La relatora se comprometió a trabajar en una ley modelo acompañada de explicaciones, que incluyan en la medida de lo posible buenas prácticas.

A continuación, se incluye el documento presentado por la relatora del tema doctora Ruth Stella Correa Palacio en febrero de 2019.

CJI/doc.581/19

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS EXTRANJEROS

(presentado por la doctora Ruth Stella Correa Palacio)

I. Introducción

La finalidad de este trabajo ha estado signada por el propósito de constatar la vigencia del derecho fundamental de acceso a la justicia y su natural consecuencia, la tutela judicial efectiva, en las actuaciones referidas al reconocimiento de decisiones extranjeras al interior de los Estados, y en caso de que haya lugar a ello, proponer la implementación de mecanismos idóneos para lograr la eficacia plena de ese derecho reconocido en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre¹ y, en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos².

¹ DUDH, art. 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

² CADH, artículo 25: Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a. a Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y c. a garantizar el

El estudio está determinado por el entendimiento de que el Derecho de acceso a la justicia no se limita a la libertad y posibilidad de acudir a los jueces y tribunales en demanda de la definición de una situación jurídica; de ser representado judicialmente y de que el proceso culmine con sentencia de fondo; además, concierne a todos “los medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos”³, con lo cual se garantiza la tutela judicial efectiva, cuyo logro tiene como una de las barreras u obstáculos el reconocimiento y ejecución de las sentencias por fuera del Estado en el cual se profieren.

Sobre la base de que el tema involucra la vigencia de los principios *pacta sunt servanda* y de autonomía de los Estados, el Comité se enfocará en establecer los mecanismos de aplicación de la normativa internacional en las regulaciones internas, con el fin de determinar la necesidad de formular propuestas en aras de garantizar la eficacia de las decisiones extranjeras.

II. Antecedentes

En el 90º período ordinario de sesiones celebrado en Rio de Janeiro en marzo de 2017, el Comité decidió, por iniciativa propia (Artículo 12-C de sus Estatutos), emprender el estudio de la situación que se presenta al interior de los Estados en relación con la “Aplicación de sentencias y laudos extranjeros”, y fundamentalmente bajo la égida de las convenciones de New York de 1958 e Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 —Convención de Montevideo—.

En el 92º período ordinario de sesiones celebrado en Ciudad de México en febrero de 2018, fue presentado el primer informe con un análisis sobre el alcance de los instrumentos internacionales en los cuales se regula el tema, a saber: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de New York de 1958, aplicable a las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, y a las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido; el Reglamento (UE) No. 1215/12 de 12 de diciembre de 2012, “relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, del Parlamento Europeo y del Consejo; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975 y la “Convención de Montevideo” de 8 de mayo de 1979.

Tal informe incorporó igualmente el contenido de algunas legislaciones internas de Estados Americanos, destinadas a establecer el trámite de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, a saber: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina; Código Procesal Civil de Bolivia; Código Orgánico General de Procesos de Ecuador; Código Procesal Civil de Paraguay; Código Civil de Perú; Código General del Proceso de Uruguay; Código General del Proceso y Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia.

Las conclusiones preliminares sobre el estado del tema en la normativa interna recopilada, fueron sintetizadas, así:

Como regla común, salvo algunas excepciones se identificó la exigencia de reconocimiento judicial previo a la ejecución de la decisión extranjera, esto es del trámite de *exequátur*.

En consecuencia, se constató que las legislaciones internas distinguen entre los procedimientos para reconocimiento de aquéllos necesarios para la ejecución de decisiones extranjeras.

Se comprobó igualmente la facilidad con la que el legislador interno regula los trámites para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la cual contrasta con el rigor

cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

³ CAPELLETI y GARTH, *Accès a la Justice et Etat-Providencia*, Institut Universitaire Européen, Económica. Paris, 1984.

de los procedimientos internos para el reconocimiento de sentencias producidas por los órganos judiciales de otros Estados.

Por último se puso en evidencia el tratamiento venéboles en algunas legislaciones, tratándose sólo del reconocimiento de los efectos probatorios de la sentencia extranjera, por oposición al procedimiento de reconocimiento para ejecución.

Igualmente en ese informe fueron presentados los resultados de la sesión con expertos en derecho internacional, quienes se refirieron a la necesidad de eliminar el fantasma de las formas, así como las distinciones entre: sentencias proferidas en temas comerciales y los que no lo son, entre contratos o negocios internacionales vs negocios domésticos, así como el principio de reciprocidad como sustento del reconocimiento de sentencias proferidas por un tribunal de otro Estado. Igualmente destacaron los expertos las bondades de la utilización de la tecnología en reemplazo de autenticaciones.

La relatora propuso la creación de una guía de buenas prácticas o de una guía legislativa para facilitar el reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjera.

El Comité sugirió, antes de adoptar decisión sobre el enfoque y forma que debe darse al trabajo, tratar el tema con los asesores jurídicos de las cancillerías en la reunión programada con tal instancia, así como determinar el avance del trabajo de la Conferencia de La Haya en relación con la materia.

En el 93º período ordinario de sesiones celebrado en Rio de Janeiro en agosto de 2018, fue presentado el informe del estado del anteproyecto de convención preparado por la Conferencia de La Haya, trabajo que no se ocupa de establecer pautas de procedimiento para el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras al interior de los Estados, sin perjuicio de establecer los criterios para el reconocimiento y ejecución (art. 5), así como los eventos en los cuales hay lugar a la denegación del reconocimiento y ejecución, dentro de los cuales mantiene su vigencia la cláusula de orden público internacional.

Las conclusiones en ese informe, fueron las siguientes:

1. La regulación internacional que rige en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales proferidas en otro Estado, es más ágil y eficaz que aquella relacionada con sentencias dictadas por los tribunales de otro Estado. Por tanto, se propone que el estudio no comprenda la materia arbitral.

2. La regulación internacional vigente para el reconocimiento y ejecución de sentencias proferidas por los Tribunales de otro Estado, no garantiza el derecho fundamental de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, en tanto deja a la legislación interna del Estado requerido, la regulación de los procedimientos para el efecto, sin establecer parámetro alguno.

3. El Anteproyecto de Convenio preparado por la conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras, no aborda el aspecto relacionado con los procedimientos al interior de los Estados, trámites que nuevamente se deja a la regulación interna, con la sola variación de exigir celeridad.

4. Es necesaria una modificación en la regulación internacional existente en relación con los procesos internos de reconocimiento y ejecución, aspecto en el que se centran las dificultades identificadas con importante afectación al derecho fundamental de acceso a la justicia y por tanto a la tutela judicial efectiva.

5. La modificación que se requiere debe revisar, al menos, los siguientes aspectos:

5.1 La necesidad de mantener la dualidad de procedimientos de reconocimiento y ejecución, o en cambio, abolirla y reducirlo al proceso de ejecución.

5.2 Siempre que se elimine el procedimiento de reconocimiento, permitir la alegación como excepción en el proceso de ejecución, de las circunstancias consagradas como causal de negación del reconocimiento.

5.3 Instar a que los procedimientos internos deban adelantarse con el menor número de etapas y en el menor tiempo posible.

5.4 Incorporar en materia de autenticaciones y legalización de documentos, los avances procesales que admiten el uso de nuevas tecnologías

5.5 Incorporar el uso de tecnologías de la información y su impacto en el conocimiento de las decisiones judiciales.

5.6 Soliviantar las formas de que han estado revestidos los trámites de reconocimiento y ejecución.

5.7 Negar la posibilidad de revisar el fondo de la decisión.

5.8 Señalar parámetros diferentes para el reconocimiento de los efectos probatorios de la sentencia.

6. La existencia del trabajo adelantado por la Comisión Especial sobre Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, de la Conferencia de La Haya, no lleva a replicar trabajos con el que pueda adelantar este Comité.

En la discusión del informe que se dio en el 93º período ordinario de sesiones, el Comité sugirió completarlo en el sentido de conjugar el sistema de derecho civil y de *common law*; así como revisar el trabajo que sobre la materia ha sido realizado por ASADIP. Igualmente se propuso discutir el tema en la reunión con los consultores jurídicos de las cancillerías, la cual tuvo lugar en el mismo período de sesiones.

De la discusión del proyecto en el seno del Comité, surgieron varias propuestas sobre el trabajo a realizar, sin que se haya optado por alguna de ellas, a saber: (i) elaborar una guía o documento blando que sea de utilidad para los Estados, con el fin de facilitar la regulación interna con recomendaciones muy precisas para orientar a los Estados sobre elementos mínimos que permitan la futura aplicación de la Convención; (ii) elaborar una ley modelo; (iii) enviar una comunicación a la Conferencia de La Haya con recomendaciones para que sean tenidas en cuenta en la elaboración del proyecto. Quedó pendiente la definición del alcance y forma de este trabajo.

Igualmente fue cuestionada la necesidad de modificación de la Convención de Montevideo y en cambio se sugirió contribuir a la solución del problema a través de un instrumento de derecho blando.

III. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en los Estados Unidos

El artículo IV de la Constitución de los Estados Unidos es conocido como "cláusula de buena fe y crédito", en virtud de la cual una sentencia originada en un Estado debe ser reconocida y ejecutada en otro Estado⁴.

Las sentencias otorgadas fuera de los Estados Unidos no quedan amparadas por esta cláusula.

El punto de partida es la doctrina del derecho consuetudinario que data del fallo otorgado en 1895 por la Corte Suprema de los Estados Unidos⁵. La Corte explicó que los conceptos de cortesía derivadas del derecho internacional generalmente favorecen el reconocimiento de

⁴. La interpretación de esta cláusula fue confirmada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Underwriters National Assurance Co. v. N.C. Guaranty Assn.* 455 U.S. 691 (1982) y ha sido complementada con legislación federal específica para su ejecución. La Uniform Law Commission elaboró el *Revised Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act*; el decreto original de 1948 fue enmendado en 1964. Constituye "una forma simplificada de ejecutar sentencias originadas en otro estado, dándole plena fe y crédito", y ha sido promulgado en 48 Estados.

⁵. *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

resoluciones judiciales extranjeras por parte de los tribunales estadounidenses, pero en lo que hace a los hechos particulares de este caso, se negó el reconocimiento sobre la base de una falta de reciprocidad⁶. Este fallo constituyó la base para un *corpus* jurídico hasta bien entrado el siglo XX, pero que se fragmentó al variar los tribunales en su perspectiva: algunos analizaban el elemento de cortesía pero rechazaban el requisito de reciprocidad, y otros no lo hacían.

Aparte de los casos federales, parece que hay consenso en cuanto a que el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras se rige por las leyes estatales y que los tribunales federales aplicarán la ley del Estado en el que se encuentren. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos nunca se ha pronunciado sobre esta cuestión⁷.

El criterio del derecho consuetudinario fue seguido por la evolución de las leyes. En 1962, la *Uniform Law Commission*⁸ elaboró el *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* (1962 Recognition Act), posteriormente actualizado como *Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act* (2005 Recognition Act). Hasta agosto de 2018, 35 Estados (además del Distrito de Columbia y las Islas Vírgenes) habían promulgado uno decreto similar⁹. En los restantes 15 Estados, la cuestión se rige fundamentalmente por el derecho consuetudinario. En consecuencia, aunque los conceptos básicos son los mismos, existen diferencias importantes que varían de un Estado a otro; algunos Estados han promulgado la versión de 1962, algunos han hecho lo mismo con la versión 2005, otros son jurisdicciones de derecho consuetudinario y algunos de estos incluyen el requisito de reciprocidad, y otros no.

Sin embargo, la mayoría de los Estados presentan similitudes en la estructura de su análisis de las resoluciones judiciales extranjeras que consideran para su reconocimiento y ejecución. Tanto el *Restatement Act*¹⁰ como el *Uniform Act* comienzan con la norma de que una sentencia que sea definitiva y ejecutable en donde haya sido dictada debe ser reconocida si no existiese razón alguna para no reconocerla. Posteriormente presentan motivos obligatorios y discrecionales para no reconocer una resolución judicial extranjera. La lista de motivos obligatorios comienza exigiendo el no reconocimiento cuando el sistema judicial en el que se origina la sentencia no cuenta con tribunales imparciales y el debido proceso de ley, o carecen de jurisdicción personal. La prueba de la jurisdicción personal en cada caso da lugar a la aplicación de los conceptos americanos de jurisdicción para emitir un fallo, y no examina simplemente si el tribunal de origen tiene jurisdicción según sus propias leyes. La falta de jurisdicción en la materia es motivo obligatorio para el no reconocimiento en ambos *Uniform Acts*, pero es un motivo discrecional en el

⁶. Un ciudadano estadounidense (Hilton), que residía en el estado de Nueva York fue demandado en Francia por una empresa francesa. El tribunal francés otorgó una sentencia contra Hilton, que Guyot intentó ejecutar en Nueva York. La Corte se negó a reconocer la sentencia francesa sobre la base de una falta de reciprocidad con Francia sobre esta cuestión.

⁷. Restatement (Second) Conflict of Laws ss. 98. (1988).

⁸. La ULC es una asociación profesional sin fines de lucro, dedicada a promover la uniformidad en la legislación de los estados. www.uniformlaws.org

⁹. Hasta agosto de 2018, el sitio web de la ULC indicaba que 23 estados (además del Distrito de Columbia) habían promulgado el modelo de 2005 y que 31 Estados (además del Distrito de Columbia y las Islas Vírgenes) habían promulgado el modelo de 1962. Algunos Estados han promulgado ambos modelos.

¹⁰. Los "*Restatements*" son preparados por el *American Law Institute*, una organización de juristas eminentes en los Estados Unidos que organiza, resume e "interpreta" las tendencias predominantes en la jurisprudencia. Aunque son similares en apariencia a las normas contenidas en los códigos de las jurisdicciones de derecho civil, estos *Restatements* no gozan del mismo estatus legal en los Estados Unidos. Pretenden resumir la ley según lo declarado por los tribunales y conciliar las diferentes interpretaciones de diferentes decisiones.

Restatement. Los motivos discrecionales para el no reconocimiento son generalmente similares en los dos *Acts* y en el *Restatement*, pero tienen diferencias importantes¹¹.

En 2005, el *American Law Institute* propuso que el reconocimiento de fallos sea unificado en un estatuto federal, pero hasta el momento no se ha tomado ninguna medida en ese sentido.

IV. Conclusiones de la reunión con los Consultores Jurídicos de las Cancillerías

En términos generales los intervinientes calificaron los procedimientos domésticos sobre *exequátor* como un tipo de trampa para las partes que están en litigio, las cuales se ven avocadas a enfrentar todo tipo de dificultades cuando tratan de ejecutar las decisiones judiciales en el extranjero.

Por otra parte fue destacada la buena aceptación de que el Comité se ocupe de trabajar el tema, en tanto podría prestar un enorme servicio a la ley en la región, así como a la administración de justicia para las partes privadas en la región, al abordar una ley modelo que vaya a permitir que los procedimientos domésticos sean más eficientes y menos costosos.

Igualmente se planteó como opción que el Comité Jurídico estableciera criterios interpretativos sobre las convenciones de New York de 1958 e Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 —Convención de Montevideo—.

Se advirtió que ese trabajo debe tener en cuenta las construcciones relativas al orden público internacional.

V. Los trabajos sobre el tema de ASADIP y el IIDP

Por su importancia en el ámbito académico se presentan a continuación los trabajos elaborados sobre el tema por dos importantes foros académicos: la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado —ASADIP— y por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal —IIDP.

ASADIP a través de un completo trabajo compila los principios sobre el Acceso Transnacional a la Justicia los cuales “apuntan a mejorar el acceso a la justicia de las personas naturales y jurídicas en los litigios privados de carácter transnacional...”, a saber: de “máximo respeto de los derechos humanos y acceso a la justicia”; de “favorecimiento de soluciones amistosas”; de “equivalencia jurisdiccional”; de “transposición de las garantías procesales al plano transnacional”; de “cooperación jurídica internacional”; de “activismo judicial transnacional”; de “celeridad procesal”; de “Adaptación procesal”; de “protección de derechos colectivos”.

Ese trabajo propone una regulación para la eficacia de decisiones extranjeras, ampliando el ámbito de aplicación más allá de las sentencias.

“Capítulo 7. Eficacia de decisiones extranjeras

Artículo 7.1. La eficacia extraterritorial de las decisiones es un derecho fundamental, estrechamente vinculado con el derecho de acceso a la justicia y con los derechos fundamentales del debido proceso. Por lo tanto, los jueces y demás autoridades estatales procurarán siempre favorecer la eficacia de las decisiones extranjeras y aplicar los requisitos que deben cumplir dichas decisiones.

Artículo 7.2. El derecho a obtener la eficacia extraterritorial de la decisión extranjera no se entenderá violado si la decisión cuya eficacia se pretende ha sido dictada en transgresión de derechos fundamentales relacionados al procedimiento o cuando los efectos concretos de su reconocimiento o ejecución sean manifiestamente violatorios de derechos fundamentales relativos al fondo.

¹¹. Estas pueden ser detalladas más adelante, si es necesario.

Artículo 7.3. El Estado requerido también podrá negar eficacia extraterritorial a una decisión extranjera cuando exista una decisión previa y firme en la misma causa, dictada por un tribunal extranjero que sea susceptible de reconocimiento en el Estado requerido.

Artículo 7.4. La negativa de reconocimiento o ejecución de una decisión extranjera por razones de jurisdicción indirecta solo estará justificada en los siguientes casos:

- a. Cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó dicha decisión se basa en un criterio exorbitante.
- b. Cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó dicha decisión se basa en un acuerdo de elección de foro que no haya sido libremente consentido por la parte afectada o haya desconocido un acuerdo previo válidamente consentido.
- c. cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó dicha decisión haya desconocido la pendencia de otro procedimiento en violación del artículo 3.7 de estos Principios.

Artículo 7.5. La revisión de fondo una decisión extranjera viola el derecho de acceso a la justicia, sin perjuicio de la potestad del Estado requerido de ejercer el control necesario para evitar violaciones a derechos fundamentales.

Artículo 7.6. Se presume contraria al derecho la exigencia de reciprocidad en la eficacia de las decisiones y actos de autoridades extranjeras.

Artículo 7.7. Para asegurar la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, éstas se asimilarán a las correspondientes decisiones análogas en el Estado requerido, siempre que dichas decisiones, cualquiera fuera su denominación, produzcan efectos legales firmes y definitivos en el Estado de origen. Esta regla también es aplicable a pesar que dichas decisiones fueren dictadas por autoridades de poderes públicos diferentes a aquellas que hubieran sido competentes en el Estado requerido.

7.9 Una decisión extranjera surte efectos en el Estado requerido a partir del momento en que dicha decisión adquiere eficacia en el Estado de origen.

7.10 Al invocarse la eficacia de una decisión extranjera en el curso de un procedimiento, el Estado requerido admitirá su reconocimiento incidental, sin perjuicio del procedimiento de homologación o *exequátor* que la legislación del Estado requerido pueda establecer para su reconocimiento o ejecución

7.11 La homologación o *exequátor* de las decisiones extranjeras se tramitarán por juicio sumario, limitado a constatar los requisitos básicos para su reconocimiento o ejecución en el Estado requerido. La ejecución efectiva de dichas decisiones deberá asegurarse mediante un procedimiento expedito, procurando mantener las medidas cautelares que se hubieren dictado hasta tanto se haya culminado la ejecución.

Por su parte el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal —IIDP—, en la Asamblea de 17 de octubre de 2008, aprobó el Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica, cuyo objetivo central lo constituye el logro de la tutela judicial transnacional. Las secciones V y VI destinadas a la Eficacia y Ejecución de decisión extranjera, propone el efecto automático de la decisión extranjera, esto es que la eficacia no dependa de reconocimiento de previo, sin perjuicio de la consagración de causales de impugnación de la eficacia, a cargo quien se oponga a ella:

“Sección V. Eficacia de la decisión extranjera.

“Art. 10. Efecto automático de la decisión extranjera.

Los efectos de la decisión extranjera operan automáticamente y no dependen del reconocimiento judicial previo.

Art. 11. Requisitos para la eficacia de la decisión extranjera.

La eficacia de la decisión extranjera en el Estado requerido dependerá de la observancia de los siguientes requisitos:

- I- no ser incompatible con los principios fundamentales de Estado requerido;
- II- haber sido proferida en proceso en que hayan sido observadas las garantías del debido proceso legal;
- III- haber sido proferida por tribunal internacionalmente competente según las reglas del Estado requerido o las establecidas en la Sección IV precedente;
- IV – no estar pendiente de recurso admitido en efecto suspensivo;
- V- no sea incompatible con otra decisión dictada en el Estado requerido, en acción idéntica o, en otro Estado, en proceso idéntico que reúna las condiciones necesarias para tener eficacia en el Estado requerido.

Parágrafo único. La eficacia de la decisión extranjera podrá ser controlada de oficio, por el juez, en un proceso en curso, observándose el contradictorio, o mediante impugnación en los términos de los arts. 42 a 47.

“Sección VI

“Ejecución de decisión extranjera

Art. 12. Ejecución.

“La ejecución de decisión extranjera está sujeta a la observancia de los requisitos previstos en el artículo anterior...”

“Impugnación de la eficacia de decisión extranjera

“Sección III

Acción e incidente de impugnación de la eficacia de la decisión extranjera

Art. 42. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de impugnación

La acción de impugnación de la eficacia de la decisión extranjera será propuesta por aquel que tenga interés jurídico en el rechazo de sus efectos en el Estado requerido.

Parágrafo único. La acción de impugnación es de competencia del tribunal que según las normas procesales del Estado requerido, sería competente para decidir la cuestión de fondo.

Art. 43. Garantías del debido proceso

El procedimiento de la presenta acción, de jurisdicción contenciosa, asegurará a las partes las garantías del debido proceso legal.

Art. 44. Motivos para el ejercicio de la acción de impugnación.

La impugnación estará limitada a la observancia de los requisitos previstos en el art. 11, no pudiendo la decisión extranjera, en ningún caso, ser objeto de revisión en cuanto al mérito.

Art. 45. Efectos retroactivos de la decisión sobre la acción.

Los efectos de la decisión que acogiera la impugnación serán retroactivos a la fecha del inicio de la eficacia en el Estado requerido.

Art. 46. Incidente sobre cosa juzgada extranjera.

Observado lo dispuesto en los arts. 42 a 44, cabe el incidente de la impugnación de la eficacia de la decisión extranjera siempre que, invocada por una de las partes la cosa juzgada extranjera, la otra, o el tercero jurídicamente interesado, pretenda discutir el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 11.

Parágrafo único. Compete al tribunal del proceso principal procesar y juzgar el incidente de impugnación.

Art. 47. Incidente de impugnación sobre litispendencia.

El incidente de impugnación podrá ser promovido contra aquél que fuera favorecido por la litispendencia internacional.

VI. La propuesta

La información recopilada sobre el estado del tema y presentada al Comité a través de los diferentes informes, éste incluido, permite identificar un problema jurídico existente en los países del hemisferio, en relación con el reconocimiento de decisiones extranjeras, derivado fundamentalmente de la variedad y diferencia de procedimientos internos dictados para dar cumplimiento a la Convención.

En la solución de ese problema, el Comité puede hacer una contribución importante. Con ese propósito la relatora propone la continuación del trabajo, sobre la base del contenido de la convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 —Convención de Montevideo—, que en lo pertinente, dispone:

Artículo 1

La presente Convención se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados Partes, a menos que al momento de la ratificación alguno de estos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. Asimismo, cualquiera de ellos podrá declarar al momento de ratificarla que se aplica también a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdicciones y las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito.

Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975

Artículo 2

Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes:

- a. Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;
- b. Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;
- c. Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto;
- d. Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto;
- e. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;
- f. Que se haya asegurado la defensa de las partes;
- g. Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados;

- h. Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

Artículo 3

Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales son los siguientes:

- a. Copia auténtica de la sentencia o del laudo y resolución jurisdiccional;
- b. Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo anterior;
- c. Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada.

Artículo 4

Si una sentencia, laudo y resolución jurisdiccional extranjeros no pueden tener eficacia en su totalidad, el juez o tribunal podrá admitir su eficacia parcial mediante petición de parte interesada.

Artículo 5

El beneficio de pobreza reconocido en el Estado de origen de la sentencia será mantenido en el de su presentación.

Artículo 6

Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento.

De acuerdo a los debates que se han dado en el seno del Comité, el trabajo puede concretarse en cualquiera o varios de los siguientes instrumentos:

- 1) Una guía con recomendaciones muy precisas para orientar a los Estados sobre elementos mínimos que permitan la futura aplicación de la Convención.
- 2) Una ley modelo para la aplicación de la Convención.
- 3) Enviar comunicación a la Conferencia de La Haya con recomendaciones para que sean tenidas en cuenta en la elaboración del proyecto de modificación de la Convención que viene trabajando.

* * *

4. Protección de datos personales

Documentos

- CJI/doc. 579/19 Informe sobre el XVI Encuentro Iberoamericano de protección de datos personales (presentado por el doctor Carlos Mata Prates)
- CJI/doc. 582/19 La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales (presentado por el doctor Carlos Mata Prates)
- CJI/doc. 597/19 Tercer Informe: La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales (presentado por el doctor Carlos Mata Prates)

* * *

Durante el 92º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Ciudad de México, 26 febrero – 2 marzo, México, 2018) el doctor Carlos Mata se refirió al trabajo del CJI en el tema de la protección de datos personales, y propuso que se retomara para dar seguimiento al desarrollo del tema y poder hacer aportes a la revisión de la Ley Modelo sobre Acceso a la Información Pública a la luz de los trabajos de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD).

El doctor Duncan Hollis pidió que el seguimiento que se haga del tema de la protección de datos no se restrinja a las actividades de la RIPD, ni se reduzca a tratar de implementar éstos en las Américas, existiendo el riesgo de que queden excluidos los países del *common law*.

El doctor Dante Negro explicó que el documento DDI/doc.9/17 presentado por el DDI incluye una comparación entre el trabajo del CJI y los nuevos estándares iberoamericanos precisamente para que los miembros partan de este análisis para producir un resultado hecho a la medida de los Estados Miembros de la OEA.

La doctora Ruth Correa coincidió con el doctor Carlos Mata en la conveniencia de que la revisión de la Ley Modelo sobre Acceso a la Información se articule con la protección de los datos personales en manos de autoridades.

El doctor Duncan Hollis pidió incluir en esa discusión el tema de la responsabilidad de quienes tienen datos personales de terceros en su posesión, y su obligación de notificar a estos terceros cuando los datos personales en su posesión hayan sido comprometidos o utilizados de manera no autorizada.

El doctor Juan Cevallos caucionó que el CJI no debe dejar pasar la oportunidad de revisar las bases jurídicas sobre las cuales descansan ambos temas, protección y acceso.

El Presidente concluyó que existe la necesidad de que el CJI retomara los temas de la revisión de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información y los principios relacionados con el manejo de datos personales, restando solamente delimitar el mandato.

El doctor Carlos Mata sugirió partir del documento presentado por el DDI con el fin de desarrollar una propuesta de actualización de la guía de principios elaborada por el CJI, incorporando también otras perspectivas.

Los miembros convinieron en retomar el tema de la protección de datos personales en los términos sugeridos por los doctores Mata y Hollis, designando al doctor Carlos Mata como relator del tema.

En junio de 2018, la Asamblea General de la OEA reiteró el mandato iniciado en el seno del Comité y solicitó al CJI “inicie la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos”, resolución AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18).

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, 6-16 de agosto, 2018) el tema no fue discutido.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019), el relator del tema, doctor Carlos Mata presentó un informe de su participación en el XVI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos Personales, celebrado entre el 28 y 29 de noviembre de 2019 en Costa Rica, el cual reunió a miembros de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) entre los cuales se contó con la presencia de las principales autoridades nacionales en la materia. El relator expuso los Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, elaborados por el CJI el 27 de marzo de 2015. Aludió, además al trabajo comparativo que ha realizado el Departamento de Derecho Internacional, en cuya instancia fue representado por la doctora Magaly McLean. El encuentro permitió un debate sobre la importancia de la protección de datos personales y su relación con el libre flujo de información.

El relator sometió a la consideración del Comité su primer informe titulado “La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales”, (documento CJI/doc.582/19), en seguimiento al mandato de la Asamblea General que solicitaba actualizar los Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales citados anteriormente, “*teniendo en cuenta la evolución de los mismos*”, resolución –AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18) numeral “i”- Derecho Internacional, “*Observaciones y recomendaciones al informe anual del CJI*”.

Explicó al plenario que la mayoría de los países latinoamericanos ha legislado en la materia en la última década, habiendo en algunos casos incorporado elementos ligados a la temática en sus constituciones. Acto seguido explicó de manera detallada los “Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales”.

Acto seguido, explicó de manera detallada los “Principios de la OEA sobre Privacidad y la Protección de Datos Personales”. En términos generales el relator propuso profundizar los siguientes aspectos de los Principios señalados:

- a) las medidas destinadas a “*impedir la identificación o reidentificación de una persona física sin esfuerzos desproporcionados*”;
- b) la vinculación y efectos de los principios con los derechos internos;
- c) el tratamiento de datos personales concernientes a niñas, niños y adolescentes;
- d) el derecho a la *portabilidad* de los datos personales;
- e) la ampliación de la legitimación de las personas físicas vinculadas a personas fallecidas o designadas por éstas;
- f) el derecho al olvido.

El relator manifestó su interés en incorporar en la actualización la tradición civilista y *common law* con la finalidad de comprender a todos Estados Miembros de la OEA.

El doctor Milenko Bertrand se refirió a las dificultades y desafíos del tema bajo estudio, e instó al relator a incluir información sobre el control de datos, citando al respecto la transferencia de datos que se transmiten a la agencia encargada de los impuestos en Estados Unidos, sin que sean necesariamente protegidos por quienes los manejan. También le invitó considerar el almacenaje de datos sobre justicia transicional que se encuentran en la órbita de lo privado, considerando que la institucionalidad nacional puede ser débil en el cuidado y la debida diligencia de la protección de la información.

El doctor Luis García-Corrochano enfatizó la problemática del uso adecuado y la búsqueda de una sanción cuando su uso es inadecuado.

La Presidenta se unió al trabajo juicioso del relator en la materia, recomendándole tener en cuenta situaciones del manejo de datos personales ligadas al consentimiento informado, en que el titular de los datos sepa donde tales datos serán circulados. También le instó a verificar el tema de la protección de

datos financieros respecto a la declaración de rentas y bienes, que puede tener consecuencias sobre la historia financiera de una persona.

El doctor George Galindo felicitó al doctor Milenko Bertrand por haberle propuesto al relator incluir el tema de la gobernanza mundial.

El relator agradeció los comentarios constatando la complejidad de la temática. Indicó que la norma debe ser consecuente frente a la estrecha relación de la protección de datos con el tema de la libre circulación y el acceso a la información. Concordó con los miembros del Comité sobre la importancia del consentimiento en el ámbito de la protección de datos privados y del uso de la información. Finalmente, se refirió a los desafíos que impone el difícil balance entre privacidad y libre circulación (y acceso) a la información, citando al respecto la desclasificación de las cuentas del sistema bancario internacional y las comunicaciones diplomáticas, que han sido reveladas por el caso Assange.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019) el relator del tema, doctor Carlos Mata Prates, presentó una versión actualizada de su informe anterior, “La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales”, documento CJI/doc.597/19, por medio del cual constató, entre otros, que la protección de los datos personales está cubierta por la normativa existente, tanto regional como estatal, además de haber pronunciamientos por parte de la Corte CIDH. En la oportunidad sometió una propuesta de elementos que podrían acompañar los Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, adoptados en 2012:

- a) el denominado de la anonimización;
- b) la vinculación y efectos de los Principios de la OEA con los derechos internos entendiéndose que los Principios establecen un mínimo que no impide que los derechos internos establezcan sistemas más garantistas para los individuos que los establecidos en aquellos;
- c) el tratamiento de datos personales concernientes a niñas, niños y adolescentes;
- d) el derecho a la portabilidad de los datos personales;
- e) la ampliación de la legitimación de las personas físicas vinculadas a personas fallecidas o designados por éstos, en los términos establecidos a ejercer el derecho de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad;
- f) el denominado derecho al olvido, bajo una concepción amplia;
- g) la incorporación de la responsabilidad proactiva; y,
- h) el establecimiento de la seguridad como un principio sustantivo.

El doctor George Galindo consultó al relator sobre el deber de confidencialidad y la regla general del consentimiento. Por su parte, el doctor Duncan Hollis agradeció al relator por su informe que tiene ramificaciones en el tema de ciberseguridad bajo su relatoría. Consultó si sería posible encontrar temas comunes a la luz de las diferentes concepciones que se visualizan de nuestros días (y que pueden organizarse en tres grupos: China e India, EEUU y Europa). Previno además que el tema de la portabilidad y el derecho al olvido pueden ser objeto de resistencia de la parte de Estados Unidos. El doctor Espeche-Gil consultó al relator su entender sobre el derecho a la portabilidad. El doctor Milenko Bertrand felicitó al relator y expresó su preocupación frente al uso abusivo de la protección de datos por parte de funcionarios públicos que quieren evitar el control o la fiscalización. La doctora Mariana Salazar instó a adaptarse a las nuevas corrientes, y preguntó al relator si ha considerado la problemática de las personas desaparecidas.

El relator del tema, doctor Carlos Mata, explicó que su trabajo busca actualizar los desarrollos del Comité en la materia y ser consistente con los nuevos tiempos. El derecho al olvido no es algo aceptado por todos, por ello lo propone en condicional en su informe para ver la posibilidad de aceptarlo bajo ciertas restricciones, pues es consciente que se trata de una tradición europea que no es aceptada por EEUU ni Canadá. En relación a los funcionarios públicos, observó que varios Estados Miembros de la

OEA cuentan con leyes de acceso a la información y de protección de datos personales. Frente a la reflexión de la doctora Salazar, el relator aclaró que su análisis sobre la legitimación refiere a la situación de personas fallecidas (y no a las desaparecidas en cuyo caso habrá que buscar una relación más fuerte). En respuesta a la consulta del doctor Galindo, el relator manifestó la posibilidad de distinguir el conocimiento del consentimiento. Observó que el ingreso a la información de manera legítima impone que la base de datos accedida sea pública. El relator explicó su intención en incluir el tema de la portabilidad desde una perspectiva amplia que tuviese en cuenta los desarrollos europeos en la materia. Finalmente, aclaró que en América Latina el derecho al olvido no implicaría un obstáculo a la libertad de expresos, y ambos pueden y deben convivir mutuamente.

El doctor Luis García-Corrochano abordó algunas excepciones que se plantan al implementar el acceso a la información de interés público.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, agradeció al relator, y constató que quedarían pendientes ciertos desarrollos que se verán en otras relatorías, tales como acceso a la información y ciberseguridad, pero también temas que han sido expuestos por el doctor Milenko Bertrand. Al culminar el tratamiento del tema, el plenario designó como co-relatores a la doctora Mariana Salazar y el doctor Milenko Bertrand, quienes manifestaron interés en darle seguimiento a los trabajos del doctor Mata quien culmina su mandato en diciembre del presente año.

A continuación, se incluyen los documentos presentados por el relator del tema doctor Carlos Mata Prates en febrero y en agosto de 2019.

CJI/doc. 579/19

INFORME SOBRE EL XVI ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

(presentado por el doctor Carlos Mata Prates)

Los días 28 y 29 de noviembre se realizó en el auditorio del Tribunal Supremo Electoral de Costa Rica el XVI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos Personales, congreso abierto al público, y el día 30 de noviembre se llevó a cabo la Sesión Cerrada del Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos.

Con la finalidad de clarificar al Comité Jurídico Interamericano (CJI) acerca de algunos aspectos orgánicos de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) señalo que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 de su Reglamento,

- “1. *El Encuentro Iberoamericano es el órgano integrado por todos los miembros de la RIDP, que se celebrará una vez al año y tendrá el carácter de Asamblea General de la misma.*
2. *El EIPD tendrá naturaleza de foro de discusión directa y adopción de decisiones y documentos.*
3. *Las reuniones del EIPD se celebrarán bajo las modalidades de Sesión Abierta y Sesión Cerrada...*”

Es del caso tener presente, lo cual reviste importancia para el CJI, que, según lo establecido por el artículo 3 del Reglamento del RIPD, “*Tendrán la condición de Miembro de la RIPD los organismos y entidades públicas del entorno iberoamericano... que cumplan con los siguientes criterios:*

- “a) *Que se trate de una entidad pública, creada mediante un instrumento legal apropiado con base en tradiciones legales del país u organización internacional al que pertenece;*
- “b) *Que tenga atribuidas las competencias en materia de protección o privacidad de datos personales;*

“c) *Que la legislación conforme a la cual opere sea compatible con los principales instrumentos internacionales concernientes a la protección de datos o salvaguarda de la privacidad, y*

“d) *Que tenga atribuida una variedad apropiada de facultades legales para llevar a cabo sus funciones”.*

El redactor participó por el CJI, en calidad de invitado, en la Sesión Cerrada del EIPD. La importancia del relacionamiento entre el CJI y el EIPD se fundamenta, entre otros aspectos, en que el Comité elaboró los *Principios de la OEA sobre la Protección de la Privacidad y los Datos Personales* aprobados el 27 de marzo de 2015 - CJI/RES. 212 (LXXXVI-O/15)- y posteriormente mediante la resolución de la Asamblea General de 5 de junio de 2018 - AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18) - Derecho Internacional, numeral “*i. Observaciones y recomendaciones al informe anual del CJI*” el cual establece un mandato al CJI para “*que inicie la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos*”.

Habiendo recibido el CJI el mandato referido *ut supra* es notoria la importancia de mantener un contacto fluido con dicha organización por diferentes motivos, en primer lugar, por la elaboración realizada por ésta de los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos y, en segundo término, por encontrarse, la misma, integrada por órganos públicos que tienen “*atribuidas las competencias en materia de protección o privacidad de datos personales*” las que generan naturalmente la *práctica administrativa o los precedentes administrativos* los cuales, más allá del alcance de los efectos de los mismos en los diferentes países, son un insumo, lo que podría denominarse *unas buenas prácticas*, de importancia al momento de elaborar normas sobre la temática de la Protección de Datos Personales, sin perjuicio de tener presente que *estas buenas prácticas* son representativas o reflejan, en general, a los países con tradición en el derecho continental por oposición al derecho de origen anglosajón.

Por otra parte, el CJI tiene una vinculación ya establecida con el RIPD al haber invitado a participar a alguna de sus autoridades en el Curso de Río y, en dicho carácter, fueron invitados a realizar una visita a efectos de intercambiar puntos de vista a una sesión del CJI.

En la Sesión Cerrada del RIPD, el relator, procedió a exponer acerca de los Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales elaborados por el CJI el 27 de marzo de 2015 (CJI/RES. 212 (LXXXVI-O/15) y sobre el nuevo mandato de actualización de dichos Principios. A su vez, reafirmó la colaboración del CJI con la RIPD.

Por su parte, la RIPD agradeció la presencia de un miembro del CJI en su sesión y reafirmó la voluntad de colaborar con el Comité en dicha temática y en la realización del trabajo encomendado.

Finalmente, me permito destacar que se trató de un encuentro que enriqueció el debate acerca de la complejidad e importancia de la Protección de Datos Personales en la actualidad y su necesaria correlación con el derecho al libre flujo de información y uno de sus derivados como lo es el Acceso a la Información Pública.

* * *

CJI/doc.582/19

LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

(presentado por el doctor Carlos Mata Prates)

Como lo señalé en un trabajo referido al tema, entre las novedades, naturalmente dicho lo anterior en términos históricos lo cual nos aleja de la inmediatez, de la conformación de las sociedades actuales encontramos diferentes demandas, no necesariamente novedosas pero si más inmediatas, de los individuos -esencialmente pero no de manera exclusiva- acerca de la necesaria protección jurídica de diferentes valores considerados primarios e irrenunciables que hacen a la esencia de un Estado de Derecho que se precie de tal.

Al respecto y vinculado a la materia debe hacerse referencia al *Derecho a la Privacidad y Protección de Datos Personales*, a la *libre circulación de la información* así como al *Acceso a la Información Pública* como elementos estructurales de una sociedad democrática. Cabe precisar que no nos encontramos ante concepciones contrapuestas o que persiguen finalidades diferentes sino que son de naturalezas complementarias y, en algunos aspectos de las mismas, necesitadas de una delimitación precisa que implique un balance, una estimación de los valores que buscan preservar y que, en cada caso, será imprescindible proceder a su determinación. Dicho lo anterior debemos señalar que si bien estamos frente a institutos complementarios e intrínsecamente vinculados son diferentes y admiten un tratamiento separado, aunque no independiente o autárquico, uno del otro.

La importancia de dicho tema ha tenido su reflejo en la recepción que realizan las normas de los derechos internos de los diferentes Estados. Es del caso señalar que en algunos países el *Derecho a la Protección de Datos Personales* se encuentra recogido en la norma de mayor eficacia formal, es decir la Constitución, de manera expresa o derivada de la interpretación evolutiva de la misma y, en otros, se establece el mismo mediante normas legislativas. A su vez, cabe destacar que en la mayoría de los países latinoamericanos el dictado de leyes sobre el *Derecho a la Protección de Datos Personales* fueron realizadas en la última década.

En el ámbito del Derecho Internacional americano debe consignarse que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), mediante resolución AG/RES. 2811 (XLIII-O/13), encomendó al Comité Jurídico Interamericano (CJI) que formule propuestas a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre las diferentes formas de regular la protección de datos personales, incluyendo un proyecto de Ley Modelo sobre Protección de Datos Personales, tomando en consideración los estándares internacionales alcanzados en la materia.

El Comité Jurídico Interamericano (CJI) mediante resolución (CJI/RES. 212 (LXXXVI-O/15) de fecha 27 de marzo de 2015 dispuso:

“Aprobar el informe del Comité Jurídico Interamericano, “Privacidad y protección de datos personales”, documento CJI/doc. 474/15 rev.2, anexo a la presente resolución. 3. Transmitir esta resolución al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. 4 Dar por concluido los trabajos del Comité Jurídico Interamericano sobre este tema”

Un primer aspecto a considerar refiere a que el Comité Jurídico Interamericano se inclinó -teniendo en consideración la naturaleza del tema a estudio y el impacto que causa en el mismo las nuevas tecnologías de la información- por una *Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas*. Tal como fuere señalado en el mencionado informe:

La finalidad de estos principios es instar a los Estados Miembros de la Organización a que adopten medidas para que se respete la privacidad, la reputación y la dignidad de las personas. Su propósito es servir de base para que los Estados Miembros consideren la posibilidad de formular y adoptar leyes con objeto de proteger la información personal y los intereses en materia de privacidad de las personas en las Américas.

A su vez, la

finalidad de los Principios de la OEA sobre la privacidad y la protección de datos personales es establecer un marco para salvaguardar los derechos de la persona a la protección de los datos personales y a la autodeterminación en lo que respecta a la información. Los principios se basan en normas reconocidas a nivel internacional. Su intención es proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación ilícitos o innecesarios de datos personales... Las normas relativas a la privacidad deben permitir que los consumidores y las empresas se beneficien del uso de datos personales de una manera segura y protegida. Deben ser equilibradas y tecnológicamente neutrales y permitir el libre flujo de datos dentro de cada país y a través de fronteras nacionales de una manera que fomente la innovación tecnológica y promueva el desarrollo económico y el crecimiento del comercio. Además de 1) proteger efectivamente la privacidad personal; 2) garantizar el libre flujo de datos para promover el progreso económico; por lo cual los Estados deben 3) aplicar una política clara de transparencia con respecto a sus protecciones y procedimientos.

El concepto de privacidad, tal como fuere señalado, se encuentra “claramente establecido en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”) (1969) (apéndice A). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado el derecho a la privacidad. Además, la Constitución y las leyes fundamentales de muchos Estados Miembros de la OEA garantizan el respeto y la protección de la privacidad, la dignidad personal y el honor familiar, la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas, los datos personales y conceptos conexos... Asimismo, los principios fundamentales de la libertad de expresión y de asociación y el libre flujo de información se reconocen en los principales sistemas de derechos humanos del mundo, entre ellos en el sistema de la OEA”.

Por su parte el ámbito de aplicación abarca por igual a los órganos públicos y privados en relación a los datos generados, recopilados o administrados por los mismos.

Con relación a los *Principios sobre la Protección de la Privacidad y los Datos Personales* los mismos se concretizan de la siguiente manera:

Propósitos Legítimos y Justos: los datos personales deben ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales;

Claridad y Consentimiento: Se deben especificar los fines para los cuales se recopilan los datos personales en el momento de proceder a su recopilación. Como regla general, los datos personales solamente deben ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran;

Pertinencia y Necesidad: los datos deben ser verídicos, pertinentes y necesarios para los fines expresos de su recopilación;

Uso Limitado y Retención: los datos personales deben ser mantenidos y utilizados solamente de manera legítima no incompatible con el fin o fines para los cuales se recopilaron. No deberán mantenerse más del tiempo necesario para su propósito o propósitos y de conformidad con la legislación nacional correspondiente;

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 la habilitación de la ley;

Protección y Seguridad: los datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación;

Fidelidad de los Datos: los datos personales deben mantenerse fieles y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso;

Acceso y Corrección: Se deben establecer métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar al contralor de datos que los modifique, corrija o elimine. En caso de disponerse la restricción a dicho acceso o corrección deberán fundarse los motivos de cualquiera de estas restricciones de conformidad a la legislación nacional;

Datos Personales Sensibles: Algunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. 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;

Responsabilidad: Los controladores de datos adoptarán e implementarán las medidas correspondientes para el cumplimiento de estos principios.

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 responsabilizados por el incumplimiento de estos principios.

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, deben poner en conocimiento del público dichas excepciones.

La resolución de la Asamblea General de 5 de junio de 2018 –AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18)-Derecho Internacional, numeral “*i. Observaciones y recomendaciones al informe anual del CJI*” establece un mandato para que el CJI “*inicie la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos*”.

Es del caso señalar que, a su vez, el Comité Jurídico Interamericano (CJI/RES. 212 (LXXXVI-O/15) en la resolución que aprueba el informe que contiene los *Principios de la OEA sobre la Privacidad y Protección de Datos Personales* dispuso en su numeral 4º “*Dar por concluido los trabajos del Comité Jurídico Interamericano sobre este tema*”, no obstante ello la evolución de la cuestión hizo necesario que el Comité dispusiera en su 92º periodo ordinario de sesiones, llevada a cabo del 26 de febrero al 2 de marzo de 2018 en México DF, volver a incluir el mismo en su orden del día. Como fundamento de la decisión se tuvo en consideración, entre otros aspectos, los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos elaborados por la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales (RIPD), la nueva normativa de la Unión Europea sobre el tema así como algunos hechos de notoriedad directamente vinculados a esta cuestión.

Tratándose en el caso de una primera aproximación a la actualización de dichos Principios me permito destacar que el trabajo elaborado por el CJI sobre los *Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales* mantienen plenamente su vigencia, no obstante lo cual debería profundizarse acerca aspectos, entre otros, como: a) el denominado de la **Anonimización** entendiendo por tal, en una primera aproximación, “*la aplicación de medidas de cualquier naturaleza dirigidas a impedir la identificación o reidentificación de una persona física sin esfuerzos desproporcionados*”;

- b) la vinculación y efectos de los Principios con los Derechos Internos;
- c) el tratamiento de datos personales concernientes a niñas, niños y adolescentes;
- d) el derecho a la *portabilidad* de los datos personales; y
- e) la ampliación de la legitimación de las personas físicas vinculadas a personas fallecidas o designados por éstos, en los términos establecidos a ejercer el derecho de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad.

La presente es una guía a efectos de comenzar el análisis del mandato establecido por la Asamblea General sobre el punto en estudio.

* * *

CJI/doc.597/19

TERCER INFORME

LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

(presentado por el doctor Carlos Mata Prates)

En el *Segundo Informe acerca de la Actualización de los Principios sobre la Privacidad y Protección de Datos Personales* realizado con fecha 21 de febrero de 2019 realicé una reseña del trabajo del Comité Jurídico Interamericano (CJI), en cumplimiento de la resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos AG/RES. 2811 (XLIII-O/13), el cual culminó con la resolución del Comité (CJI/RES. 212 (LXXXVI-O/15) de fecha 27 de marzo de 2015 mediante la cual se dispuso “*Aprobar el informe del Comité Jurídico Interamericano, “Privacidad y protección de datos personales” documento CJI/doc. 474/15 rev.2, anexo a la presente resolución. 3. Transmitir esta resolución al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. 4. Dar por concluido los trabajos del Comité Jurídico Interamericano sobre este tema*”.

Es del caso destacar que también en dicho Segundo Informe se realizó una descripción de la filosofía y técnica utilizada y desarrollada por el Comité para la elaboración de la *Declaración de Principios sobre la Protección de la Privacidad y los Datos Personales*.

Posteriormente a los hechos referidos, la resolución de la Asamblea General de 5 de junio de 2018 –AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18)- Derecho Internacional, numeral “i. *Observaciones y recomendaciones al Informe Anual del CJI*” establece un mandato para que el CJI “*inicie la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos*”.

Debe traerse a colación que, tal como fuere referido en el Segundo Informe sobre el tema, el Comité, teniendo en consideración entre otros aspectos, los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos elaborados por la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales (RIPD) y la nueva normativa de la Unión Europea sobre el tema dispusiera, en su 92º período ordinario de sesiones –llevado a cabo del 26 de febrero al 2 de marzo de 2018 en México DC- incluir nuevamente el tema en el orden del día.

El concepto de privacidad, tal como fuere señalado, se encuentra

“claramente establecido en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”) (1969) (apéndice A). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado el derecho a la privacidad. Además, la Constitución y las leyes fundamentales de muchos Estados Miembros de la OEA garantizan el respeto y la protección de la privacidad, la dignidad personal y el honor familiar, la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas, los datos personales y conceptos conexos... Asimismo, los principios fundamentales de la libertad de expresión y de asociación y el libre flujo de información se reconocen en los principales sistemas de derechos humanos del mundo, entre ellos en el sistema de la OEA”.

Por su parte el ámbito de aplicación abarca por igual a los órganos públicos y privados en relación a los datos generados, recopilados o administrados por los mismos.

Con relación a los *Principios sobre la Protección de la Privacidad y los Datos Personales* los mismos se concretizan de la siguiente manera:

Propósitos Legítimos y Justos: Los datos personales deben ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales;

Claridad y Consentimiento: Se deben especificar los fines para los cuales se recopilan los datos personales en el momento de proceder a su recopilación. Como regla general, los datos personales solamente deben ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran;

Pertinencia y Necesidad: Los datos deben ser verídicos, pertinentes y necesarios para los fines expresos de su recopilación;

Uso Limitado y Retención: Los datos personales deben ser mantenidos y utilizados solamente de manera legítima no incompatible con el fin o fines para los cuales se recopilaron. No deberán mantenerse más del tiempo necesario para su propósito o propósitos y de conformidad con la legislación nacional correspondiente;

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 la habilitación de la ley;

Protección y Seguridad: Los datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación;

Fidelidad de los Datos: Los datos personales deben mantenerse fieles y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso;

Acceso y Corrección: Se deben establecer métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar al contralor de datos que los

modifique, corrija o elimine. En caso de disponerse la restricción a dicho acceso o corrección deberán fundarse los motivos de cualquiera de estas restricciones de conformidad a la legislación nacional;

Datos Personales Sensibles: Algunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. 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;

Responsabilidad: Los controladores de datos adoptarán e implementarán las medidas correspondientes para el cumplimiento de estos principios.

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 responsabilizados por el incumplimiento de estos principios.

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, deben poner en conocimiento del público dichas excepciones.

Tal como fuere señalado en el Segundo Informe en relación a la actualización de dichos Principios me permito reiterar que el trabajo elaborado por el CJI sobre los *Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales* mantienen plenamente su vigencia, no obstante lo cual debería profundizarse y si el Comité compartiere el informe a consideración deberían incluirse en los mismos los siguientes:

- a) el denominado de la **Anonimización** entendiéndose por tal, en una primera aproximación, “*la aplicación de medidas de cualquier naturaleza dirigidas a impedir la identificación o reidentificación de una persona física sin esfuerzos desproporcionados*”;
- b) la vinculación y efectos de los Principios con los Derechos Internos entendiéndose que los Principios establecen un mínimo que no impide que los Derechos Internos establezcan sistemas más garantistas para los individuos que los establecidos en aquellos;
- c) el tratamiento de datos personales concernientes a niñas, niños y adolescentes;
- d) el derecho a la *portabilidad* de los datos personales;
- e) la ampliación de la legitimación de las personas físicas vinculadas a personas fallecidas o designados por éstos, en los términos establecidos a ejercer el derecho de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad;
- f) con una concepción amplia, podría integrarse el *denominado Derecho al Olvido*;
- g) la incorporación, como principio, de la *responsabilidad proactiva*; y
- h) el establecimiento de la *seguridad como un principio sustantivo*.

Finalmente, en caso de compartirse el temperamento señalado en esta relatoría se debería proceder a incorporar, con su debida armonización estructural y desarrollo, los principios mencionados en el texto elaborado por el Comité dándose en consecuencia cumplimiento al mandato de la Asamblea General

Quedo a disposición del Comité para aclarar o ampliar la presente relatoría.

* * *

5. Acceso a la información pública

Durante el 92º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Ciudad de México, México, febrero, 2018) el doctor Dante Negro llamó la atención de los miembros sobre el tema del acceso a la información pública, y les recordó que la Asamblea General ha conferido un mandato de revisar la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública a la luz de los temas nuevos que deberían quedar incorporados al texto de la misma, para lo cual sugirió que el CJI designe a un miembro que participe en el proceso de consultas previas.

Informó, además que el DDI está realizando consultas con distintos actores sociales para preparar una propuesta que sea analizada por el CJI en su oportunidad.

El doctor Luis García-Corrochano sugirió que se revisen los temas que se estudian en las relatorías de otras instituciones, tal como el *Institut de Droit International*, para identificar posibles insumos para el trabajo del CJI.

El Presidente concluyó que existe la necesidad de que el CJI retome los temas de la revisión de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información y los principios relacionados con el manejo de datos personales, restando solamente delimitar el mandato.

El doctor Luis García-Corrochano se ofreció a trabajar el tema de manera temporal, sujeto a que en agosto se reabra esta discusión a la luz de los mandatos conferidos por la Asamblea General.

En junio de 2018, la Asamblea General de la OEA solicitó al Departamento de Derecho Internacional “continúe trabajando en identificar las áreas temáticas en las que se estima necesario la actualización o ampliación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública tomando debidamente en consideración los más recientes desarrollos regionales y globales en materia de protección de datos personales y remitir los resultados al Comité Jurídico Interamericano”, resolución AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18).

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018) el tema no fue discutido.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el doctor Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional (DDI), explicó las iniciativas desarrolladas por el Departamento en cumplimiento con el mandato de la Asamblea General de la OEA que le solicitaba identificar áreas temáticas para “actualizar o ampliar la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública” adoptada en 2010 (la cual ha tenido un impacto importante en la región), y remitir al CJI los resultados para su consideración y desarrollo, resolución Fortalecimiento de la Democracia, párrafo ix AG/RES. 2905 (XLVII-O/17).

El proceso de consulta del Departamento de Derecho Internacional se llevó adelante por medio de un cuestionario, elaborado en función de temas del capítulo II de la Ley Modelo Interamericana, que recibió respuesta de “12 entidades públicas de 11 países miembros además de 10 organizaciones de la sociedad civil, expertos y otras entidades, entre ellas la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).”

El ejercicio permitió identificar seis temas de mayor interés: transparencia activa, régimen de excepciones, gestión documental (gestión de archivos), información pública en el poder judicial, sujetos obligados a dar información (partidos políticos y sindicatos) y órganos garantes.

Una vez determinados dichos temas, el Departamento inició consultas entre expertos por medio de cuatro talleres, uno dedicado a organizaciones de la sociedad civil y los otros tres a autoridades nacionales. Se obtuvo respuestas de la parte de especialistas, miembros de órganos garantes y de la mayor red de ONGS de la región, la Alianza Regional por la Libre Expresión e Información. Dichos talleres recibieron el apoyo financiero del programa de “Eurosocial” y la “Red Internacional de intercambio entre organismos y/o entidades públicas que desarrollan supervisión en funciones en Transparencia y el Derecho de Acceso a la Información Pública”.

Los talleres permitieron armonizar y consensuar textos que recogen un común denominador. Al presente se han trabajado los siguientes elementos: i. definiciones, alcances, derecho de acceso e interpretación; ii. transparencia activa; iii. régimen de excepciones; iv. gestión documental.

Se incorporó en la propuesta de Ley Modelo la nueva visión en materia de publicación de la información, pasando de esquemas de publicación a un mayor realce a la divulgación de información. Adicionalmente se incorporó de manera transversal la perspectiva de género. En relación al tema de las excepciones se ha modificado el catálogo de la Ley Modelo de 2010, acotándola y dividiéndola en dos partes: información reservada (lo cual permitiría excluir dicha información temporalmente del conocimiento de las personas por existir un riesgo claro, probable y específico de daño a intereses públicos) e información confidencial (cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal, en razón de un interés personal jurídicamente protegido). También se ha incluido un capítulo específico sobre la seguridad nacional. Finalmente, se espera desarrollar próximamente dos temas que no han sido incluidos en la propuesta presentada en esta oportunidad, tales como órganos garantes y acceso a la información en el poder judicial.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció al doctor Negro por el trabajo remitido, asumiendo su relatoría, en un contexto en que el acceso a la información aparece como un tema fundamental y necesario en un estado de derecho. Destacó algunas de las limitantes de la transparencia resaltando particularmente temas ligados a la necesaria autonomía e independencia en el ámbito administrativo y judicial. Constató además la existencia de algunos temas transversales en actividades que tienen un impacto social, lo cual incluiría un control de los partidos políticos.

La Presidenta se refirió a la importancia del tema, explicando algunas de las dificultades que se imponen al poder judicial en función de su propia experiencia, en particular respecto de las decisiones de jueces colegiados cuyas actas de las discusiones no pueden ser dadas a conocer bajo pena de atentar contra su propia autonomía. Asimismo, se refirió a temas económicos implicando el rol de los Estados, en particular a los equilibrios que imponen los contratos gubernamentales cuyas disputas llevan a las autoridades a revelar información privilegiada que no se solicita en un contexto privado. Expresó temor frente al uso de pruebas previo a acciones judiciales que puedan poner en jaque la acción del Estado en litigios en que es parte, y confrontan temas de libertad de la prensa y acceso a la información. Por ende, invitó al relator a desarrollar el tema de las reservas en el ámbito judicial como contractual.

El doctor Carlos Mata recomendó al relator tener en cuenta el estado actual del tema en el hemisferio en que la mayor parte de Estados dispone de una ley que establece procedimientos de acceso a la información, y cuentan con órganos garantes que producen las buenas prácticas. El aporte del Comité debería consecuentemente tener en cuenta dichos avances tanto jurisprudenciales como normativos.

El doctor Milenko Bertrand encomió al relator desarrollar el tema de conflictos que emergen en la protección de datos personales relativos a la privacidad de funcionarios públicos, buscando distinguir las actividades públicas de las privadas. Asimismo, aludió al Estado empresario en países en donde se han privatizado variados servicios (salud, protección de agua potable, etc.) y en donde se debe buscar un equilibrio entre el bienestar de la población y la competencia privada.

El doctor George Galindo señaló la relación entre la inviolabilidad de los archivos diplomáticos y el acceso a la información, en particular respecto a un conflicto entre la ley nacional y los instrumentos existentes, y solicitó al doctor Negro si ello había sido trabajado. Al respecto, el doctor Negro explicó que no habiendo sido un tema abordado de manera concreta, el concepto estaría inserto en la sección sobre confidencialidad. En este contexto, el doctor Milenko Bertrand se refirió al argumento de las personas que buscan información sobre las negociaciones de tratados de libre comercio que alude al hecho que una vez estos sean ratificados dicha información debe ser revelada en función de la “legitimidad democrática”. Reivindicaciones que pueden tener un efecto dañino en la diplomacia y el derecho internacional. El doctor Carlos Mata coincidió con otros miembros que uno de los mayores desafíos para el relator será el tratamiento de temas que requieren discreción, tal como las relaciones diplomáticas y las discusiones internas de órganos colegiados de mayor jerarquía de la judicatura.

El doctor Dante Negro precisó que todas las preocupaciones que han sido aludidas ya están contempladas en la propuesta del Departamento de Derecho Internacional (conducción de las relaciones internacionales, derechos del debido proceso, procesos deliberativos en órganos colegiados, etc.).

El relator del tema agradeció a todos los miembros por sus respectivas intervenciones, haciendo suyas las legítimas preocupaciones que han sido mencionadas, la reserva es un elemento inherente a la gestión de los asuntos internacionales. Por ende se impone un equilibrio entre el interés público y la necesidad de la reserva. Es un tema sensible y la propuesta del Comité debe tener en cuenta dicho equilibrio. El acceso es un derecho de los ciudadanos pero no puede limitar la capacidad de acciones de los órganos de los funcionarios estatales.

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el relator del tema, doctor Luis García Corrochano, se refirió al estudio que fuera elaborado por el Departamento de Derecho Internacional, titulado: “Actualización o ampliación de la ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública”, documento DDI/doc.3/19 rev.1., destacando en particular los siguientes elementos:

- El desarrollo de la transparencia activa;
- La composición del órgano garante respecto al acceso de la información; y,
- Las divergencias en cuanto a la administración de fondos públicos o donaciones, a la luz de la necesaria transparencia en el uso de los recursos.

El doctor José Moreno agradeció el trabajo del Departamento de Derecho Internacional y se pronunció a favor del control en relación a la administración de fondos públicos de cooperación internacional.

El doctor Milenko Bertrand sugirió incluir sanciones concretas a la parte responsable o verificar si lo que existe es suficiente. En relación al concepto “documento” se debería revisar su significado de manera a incluir por ejemplo las desgrabaciones de las audiencias públicas.

La doctora Mariana Salazar agradeció la presentación del trabajo y el proceso inclusivo que ha permitido una participación de un variado número de personas. Sugirió dejar en manos de los Estados el tema de las excepciones respecto a la información que debe ser reservada. Consultó sobre el plazo máximo de las reservas, a la luz de algunas prácticas en que muchas veces se establecen prórrogas para atender las solicitudes de la información pública.

El doctor Espeche-Gill advirtió el nivel y sutileza de los debates en el seno de este Comité.

La Presidenta del Comité se pronunció sobre el control de las autoridades por medio de la revisión de la documentación pública y la reserva de datos privados, lo cual implica la protección de los derechos de jerarquía superior. Asimismo, instó al relator a tomar en cuenta el rol de los Estados respecto a temas particulares que exigen su protección.

El relator valoró el tema de la sanción del Estado junto con apoyar la propuesta de reflejar y precisar el concepto de “documento”. En cuanto a los plazos prorrogables, sugirió buscar la razonabilidad y tratar de ponerle un candado a la prórroga. Asimismo, instó a prever la protección de cierta información que podría constituir una ventaja indebida. Culminó agradeciendo al Departamento de Derecho Internacional por el documento que ha sido presentado.

El doctor Dante Negro explicó que el mandato del CJI consiste en ampliar la Ley modelo de 2010 y por ende habría espacios para poder desarrollar las preocupaciones de los miembros. Precisó que la ley modelo ya incluye algunas de las definiciones citadas, tal como la relativa a “documentos” y referencias a sanciones penales y administrativas. En consecuencia, el texto que apruebe el CJI se deberá leer como un complemento. Por su parte, los corchetes en las fechas indican una referencia para los Estados relativa a los plazos en función de las normas existentes.

La Presidenta solicitó a los miembros presentar sus propuestas al relator antes del 15 de diciembre del presente año.

. * * *

6. Recibos electrónicos para productos agrícolas

En junio de 2018, la Asamblea General de la OEA solicitó al Comité actualizar el informe sobre los principios para recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas elaborado en el año 2016 “a la luz de los nuevos desarrollos que se han producido con relación el acceso al crédito en el sector agrícola”, resolución AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18).

Durante el 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018) la doctora Jeannette Tramhel del Departamento de Derecho Internacional efectuó una presentación a fin de brindar antecedentes contextuales sobre el tema. Se refirió a cómo se había originado en el Comité a partir de preocupaciones sobre la falta de créditos en el sector agrícola, la labor desarrollada en el período 2012-2016 bajo la dirección del relator y ex miembro, el doctor David Stewart y los desafíos legales descubiertos durante el transcurso del proyecto. Aludió a la necesidad no solamente de un ecosistema biofísico potencialmente productivo, sino también de un sistema eco financiero de apoyo que regule y permita el negocio agrícola. La doctora Tramhel brindó un breve panorama de las funciones y de la operación de la financiación de los recibos aduaneros y de sus ventajas, particularmente para los productores en pequeña escala, que incluyan mejoras en el acceso al crédito y reduzca la volatilidad en los precios. Mencionó también las ventajas de un sistema electrónico comparado con aquél basado en el papel. Parecería que pocos Estados han actualizado la legislación sobre recibos electrónicos; México está actualmente en el proceso de desarrollar una nueva legislación que incluya los recibos aduaneros. Entre los desafíos legales que se han enfrentado previamente, dos de ellos son claves: desarrollar un lenguaje “medio-neutral” que se acomodaría tanto al formato basado en papel como al electrónico, e identificar los principios que pudiesen superar las diferencias de enfoque bajo los sistemas del derecho civil y del derecho consuetudinario (*common law*). Observó entre los nuevos avances desde 2016 que la secretaría de la UNCITRAL había recibido instrucciones para iniciar su estudio técnico sobre los recibos aduaneros y que el tema seguramente sería considerado por los Estados Miembros de UNCITRAL durante la próxima sesión de la comisión anual de 2019. En conclusión, la doctora Tramhel sugirió dos posibles enfoques a fin de cumplir con el mandato de la Asamblea General de la OEA. Un enfoque consistiría en incrementar el desarrollo técnico del Proyecto de Principios de 2016 y en ese sentido explicó que la secretaría había estado en comunicación con el Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano (*National Law Center for Inter-American Free Trade*), que había aceptado brindar apoyo técnico [conforme el caso anterior en desarrollo relativo a la Ley Modelo sobre Operaciones con Garantía]. Otro enfoque consistiría en considerar la financiación de los recibos aduaneros como un componente dentro del alcance más amplio del ecosistema financiero y la necesidad de fortalecer el apoyo general para este importante sector.

El doctor José Moreno agradeció a la doctora Tramhel por su presentación y el importante apoyo para el Comité. Se refirió a la labor realizada por el Comité con relación a las garantías mobiliarias y subrayó el apoyo que puede obtenerse de instituciones tales como el Centro Legislativo Nacional (National Law Center). Consideró valioso aunar los esfuerzos con otras instituciones especializadas en el asunto, tales como UNCITRAL, UNIDROIT, FAO, etc. Con relación a las opciones presentadas por la doctora Tramhel, la preferencia del doctor José Moreno se inclinaba por la segunda opción.

El Presidente fue de la opinión que primeramente era necesario nombrar un relator, quien, a su vez, podría presentar alternativas a ser consideradas por el Comité. Agregó que el mandato de la Asamblea era bien claro – actualizar la labor que el Comité había realizado en 2016.

El doctor Duncan B. Hollis concordó con el Presidente y solicitó a la Secretaría explicaciones sobre los motivos dados por los estados miembros con relación al referido mandato.

El doctor Dante Negro explicó que la motivación de los órganos políticos de la OEA era en parte dar respuesta a las variadas presentaciones realizados por el ex-miembro el doctor David Stewart, quien pudo identificar una lista de desafíos o problemas serios que no habían sido resueltos por la labor realizada por el Comité. Además, conforme lo mencionara la doctora Tramhel, se han producido avances y constituiría una buena oportunidad tener en cuenta las opciones brindadas por la doctora Tramhel.

El doctor Carlos Mata expresó sus felicitaciones a la doctora Tramhel por su fantástico informe. Observó que, a fin de cumplir con el mandato recibido por el Comité, sería menester tener en consideración los nuevos avances desde 2016 y responder al pedido dentro del plazo indicado.

El doctor Joel Hernández constató que el desafío impuesto por este tema obliga a reflexionar sobre los métodos de trabajo del Comité. Explicó que, durante su mandato, había tenido la oportunidad de asumir dos temas: uno de ellos por mandato de la Asamblea General (patrimonio cultural), cuya finalización debía producirse dentro de un período específico de tiempo, y otro de su propia iniciativa (inmunidad de las organizaciones internacionales) que él mismo pudo seguir en su propio ritmo. Sugirió que se solicite a la doctora Tramhel la preparación de un Proyecto de informe para ser comentado por el Comité, de manera de poder completar el trabajo a tiempo para su presentación por ante la Asamblea General.

El Presidente solicitó al Departamento de Derecho Internacional sobre la posibilidad de tales tareas a fin de apoyar a la labor del Comité, y el doctor Dante Negro replicó que ello sería posible. Considerando que esto serviría de respuesta a un mandato impuesto por la Asamblea General, el documento podría ser presentado en marzo de 2019.

La doctora Ruth Correa sostuvo que la labor podría ser cumplida en tiempo a la luz del conocimiento de la doctora Tramhel. Ella también sugirió una relatoría conjunta y dijo que veía con satisfacción la continuidad del trabajo del doctor David Stewart.

El Presidente se refirió a algunas cuestiones éticas en juego porque el mandato fue dado al Comité; el Departamento de Derecho Internacional fue llamado a brindar asistencia, pero no a elaborar el trabajo. Agregó que le parecía necesario contar con un relator responsable para asumir el tema con la asistencia técnica del Departamento.

El doctor Carlos Mata aclaró su posición de que el Comité siempre debería tener un relator que pueda trabajar con el apoyo del Departamento.

El doctor Duncan Hollis concordó sobre la necesidad de que el Comité cuente con algún tipo de titularidad. En este sentido, propuso formar un grupo de trabajo compuesto de 5 o 6 miembros que a su vez recibirían el apoyo de la secretaría técnica.

El doctor Baena Soares expresó su apoyo a la posición del Presidente y a la necesidad del nombramiento de un relator entre los miembros del Comité.

El doctor Joel Hernández aclaró que él no pensaba imponer a la Secretaría una labor que corresponde al Comité. Considerando el aspecto técnico del tema, apoyó la propuesta del doctor Duncan Hollis de crear un grupo de trabajo. Con relación a su propuesta de revisión de la metodología del proceso de trabajo del Comité, dijo ser de la opinión de que era importante reflexionar sobre los términos de tiempo y la creación de grupos de trabajo.

El doctor José Moreno dijo que resultaba claro que el trabajo debería ser realizado por el Comité y preguntó si existía algún precedente sobre la composición de un grupo de trabajo.

El Presidente insistió en la necesidad de contar con un relator responsable por el tema y expresó su desacuerdo respecto de una relatoría conjunta. Aunque el tema reviste mucha complejidad, dado que los miembros son todos abogados, tenía la seguridad de que el trabajo podría ser realizado con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional. Al concluir las discusiones, invitó a los miembros del Comité a considerar el asunto y consultar con el Departamento conforme fuese necesario a fin de asumir la titularidad del tema.

Al finalizar el debate el Comité se dotó de una relatoría en seguimiento al referido mandato de la Asamblea General de la OEA de junio de 2018, eligiendo como relator del tema al doctor José Antonio Moreno Rodríguez.

Durante el 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el relator del tema, doctor José Moreno, dio a conocer su propuesta para dar seguimiento a

este tema, que cuenta con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, y en particular de la doctora Jeannette Tramhel y del *National Law Center* de Estados Unidos.

Si bien es un mandato de la Asamblea General, no existe un plazo perentorio; por lo tanto, el relator aconsejó evaluar la definición de este tema a la luz de los desarrollos en otros foros. Al respecto, explicó que su introducción en la agenda de UNCITRAL y UNIDROIT será considerada en el presente año, lo cual servirá de referencia al Comité.

El doctor George Galindo apoyó la propuesta de contar con los aportes de otras instituciones, considerando que no existen plazos perentorios.

La doctora Ruth Correa, en su calidad de Presidenta del Comité, solicitó al relator del tema tener informado al Comité sobre los desarrollos mencionados

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el relator del tema, doctor José Moreno explicó el interés del Comité en dar continuidad a los trabajos anteriores en el ámbito de la OEA, teniendo en cuenta las iniciativas en otros foros. Constatando la decisión de UNCITRAL de no avanzar en el tema por el momento, y consultó al pleno la pertinencia de mantenerlo en la agenda del Comité.

El doctor Dante Negro dio a conocer el interés del *National Law Center* de Estados Unidos en continuar avanzado con esta temática y dar su apoyo a los trabajos del Comité. En este sentido, propuso invitar a un representante de dicho centro de estudios en la próxima sesión del Comité para sacar adelante este tema de índole altamente técnico. En este contexto, sugirió mantener el tema en la agenda hasta que se realice la visita de los expertos

El doctor Duncan Hollis manifestó su apoyo para mantener el tema en la agenda, lo cual permitirá conocer tanto lo que hace el organismo universal como las propuestas que tenga a bien presentar el National Law Center.

Al culminar el análisis del tema, la Presidenta instó al doctor José Moreno continuar con la relatoría del mismo, invitando a otros miembros interesados en participar como co-relatores, y pidió a la Secretaría a cursar una invitación formal al Centro de estudios para que puedan hacer una presentación ante el Comité.

* * *

7. Ciberseguridad (seguridad cibernética)

Documentos

- CJI/doc.578/19 Derecho internacional y operaciones cibernéticas de los Estados: mejorar la transparencia
(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)
- CJI/doc.594/19 Tercer Informe: Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejorando la transparencia
(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

* * *

Durante el 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018), el doctor Duncan B. Hollis presentó como propuesta de nuevo tema a la consideración del Comité un informe titulado “Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejorando la transparencia”, (documento CJI/doc. 570/18). Explicó que el impacto global de los ataques cibernéticos que afectan innumerables países se ha vuelto común y puede tener consecuencias en la economía pues comprendería cantidades considerables de dinero, el robo de información personal y las amenazas a la infraestructura y a la seguridad nacional. Las operaciones cibernéticas pueden involucrar temas de defensa pero también pueden tener implicaciones ofensivas que buscan prevenir ataques. En este sentido, sería relevante conocer la visión del derecho internacional. Se refirió al trabajo realizado en el año 2017 por un grupo de expertos de la ONU que habiéndose reunido al menos dos veces no pudo llegar a un acuerdo sobre la forma en que debería aplicarse el derecho internacional. Asimismo mencionó los esfuerzos fuera de la ONU, llevados a cabo por expertos independientes que han recibido financiamiento de OTAN y que han producido dos manuales (Tallin Manual), los cuales tampoco han arrojado un acuerdo respecto a las normas que se aplicarían en caso de violación de soberanía respecto de cualquier tipo de delitos cibernéticos. Ellos ponen además de relieve diferencias en materia de interpretación, considerando las diversas consecuencias de los actos perpetrados. Finalmente, existiría un problema en relación a la dificultad de establecer responsabilidades por actos perpetrados, en particular debido a la falta de entendimiento a nivel colectivo. Es un tema que preocupa a todos, inclusive aquellos Estados que no pueden determinar la norma que se ha violado. En este sentido, el doctor Duncan Hollis presentó una primera propuesta que consiste en solicitar la autorización del pleno para enviar un cuestionario a los Estados con el fin de conocer las posiciones respecto a la aplicación del derecho internacional en las operaciones del ciberespacio. No se busca codificar, sino dar la oportunidad a los Estados a presentar sus opiniones.

El doctor Espeche-Gil agradeció la brillante descripción de un problema de una gravedad singular. Para facilitar la comprensión propuso aprovechar la propia decisión del Comité de un informe aprobado en 1965 sobre diferencias entre “intervención y acción colectiva”. Propuso que se distribuyera el trabajo como un elemento adicional para encuadrar el fenómeno de los ataques cibernéticos modernos, en particular cuando se trata de ataques armados. Concluyó estimando que es un tema que amerita la atención del Comité.

El doctor Carlos Mata Prates felicitó al doctor Duncan Hollis por traer este tema novedoso y objeto de debates a consideración del Comité. La aparición de un nuevo fenómeno no crea necesariamente un nuevo derecho, por ello se debe analizar desde el ámbito del derecho internacional para contextualizarlo y por ende el Comité debe ser parte de la solución. ¿Puede una ciberoperación ser considerada como uso de la fuerza? El ataque de una ciberoperación puede causar daños espectaculares. Es un tema en que el Comité podría hacer un gran aporte. Apoyó la propuesta de presentar un cuestionario a los Estados y que también sea sometido a los asesores jurídicos, pero haciendo atención a las preguntas.

El doctor Alix Richard consultó al doctor Duncan Hollis si existe alguna responsabilidad del Estado en relación al comportamiento de nacionales que ejecutan actos delictuales en el ámbito cibernético.

El doctor Baena Soares expresó su acuerdo con el tratamiento acordado al tema por medio de un cuestionario. Debido a la influencia que ejerce en la vida cotidiana se debería considerar los impactos en las personas, y trabajar a corto plazo por la emergencia del tema.

El doctor José Moreno felicitó al doctor Duncan Hollis y le consultó las razones del fracaso de las iniciativas en la ONU, y le invitó a insertar en su texto la intención de su trabajo.

Por su parte, la Presidenta constató que la situación actual ameritaba la redacción de un cuestionario, e instó a avalar el tratamiento de las preguntas con los ajustes que los miembros han propuestos. Al igual que el doctor Mata invitó al relator a ser cuidadoso con el cuestionario debido a los efectos disuasivos que puedan tener preguntas altamente complejas.

El doctor Duncan Hollis agradeció el entusiasmo del pleno. El tema de la no intervención es un tema esencial en la instancia. Si se trata de un ataque armado, el derecho internacional ya le acuerda un tratamiento. En relación a las sugerencias de proceder con cuidado del doctor Mata reconoció la importancia de conocer las normas existentes respecto al comportamiento bajo estudio. No se busca proponer nuevas reglas, pero transparentar las reglas existentes. En relación a las preguntas instó a separar el tema del uso de la fuerza tradicional de los ataques cibernéticos y descubrir cuando un ataque cibernético podría constituir un uso de la fuerza. En el tema de la atribución que el doctor Richard había destacado, se refirió a las dificultades para determinar el origen de una operación cibernética, y por el momento no trataría este tema. Es consciente también que hay cierta urgencia debido al tipo de ataque que últimamente se lleva a cabo. Si se ataca un hospital se estaría atacando a personas, y por ende la estabilidad de una estructura que defiende la vida las personas. En respuesta a las observaciones del doctor José Moreno, dijo que las reuniones de expertos de la ONU fueron confidenciales, pero los informes públicos muestran que algunos Estados consideraban que ciertas normas de derecho internacional no se aplicarían a los ciberataques, como el derecho internacional humanitario (China, Cuba, etc.). El doctor Duncan Hollis propuso mantener un nivel sofisticado de preguntas, instando a los Estados a responder lo más posible, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional.

El Comité decidió integrar este nuevo tema en su agenda designando al doctor Duncan B. Hollis como relator del mismo.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el relator del tema doctor Duncan Hollis presentó un nuevo informe, “El derecho internacional y las operaciones cibernéticas de los Estados: mejorar la transparencia”, documento CJI/doc.578/19, por medio de una videoconferencia puesto que no pudo viajar a las sesiones del Comité. En la oportunidad, dio a conocer los desarrollos de la temática que fueran parte de su primer informe, el cual le permitió constatar la “escasa responsabilidad legal internacional por la conducta de los Estados en el espacio cibernético”. Constató que el Grupo de Expertos de Naciones Unidas tuvo un *impase* en las discusiones en el año 2017 resistiéndose a la idea que el derecho internacional se aplica a las operaciones cibernéticas. Aun cuando los Estados aceptan la aplicación del derecho internacional, existirían desacuerdos ligados a temas sobre la soberanía de los Estados o el deber de no intervención, temas que cuentan con manuales elaborados tanto por el CICR como por la OTAN. En este contexto habría una falta de transparencia sobre la posición de los Estados respecto a lo que requiere el derecho internacional.

Acto seguido explicó el objeto de su relatoría que busca conocer las opiniones de los Estados miembros de la OEA sobre los aspectos más importantes del derecho internacional relacionados con el espacio cibernético. Para ello, se solicitará información a las Misiones Permanentes ante la OEA por medio de un cuestionario con el fin de recopilar la información obtenida y publicar las opiniones de los Estados. Aludió a los recientes desarrollos en el seno de organizaciones regionales, tales como la ASEAN y la Unión Europea, que apoyan la idea que el derecho internacional se aplica al espacio cibernético. Opinión que también ha sido avalada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que ha dado su apoyo a la conclusión de Grupos de Expertos Gubernamentales. En este sentido, el trabajo del Comité

otorga un espacio a la OEA de proyectar su voz a la esfera global habida cuenta de que no todos sus Estados Miembros están representados en dicho Grupo de Expertos.

Al culminar, puso a disposición su propuesta de cuestionario de diez preguntas a ser enviada a los Estados:

- La primera pregunta responde a la sugerencia de uno de los asesores jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de que el Comité solicite y compile las declaraciones existentes sobre el derecho internacional y el ciberespacio.
- La segunda pregunta está orientada hacia preguntas existenciales: solicitar a los Estados que confirmen o nieguen si ciertas normas vigentes del derecho internacional se aplican (o no) al contexto cibernético.
- La tercera pregunta se refiere al empleo de la fuerza (el *jus ad bellum*), con especial atención a los criterios que utiliza un Estado para determinar si una operación cibernética corresponde al uso de fuerza o a un ataque armado.
- Las preguntas cuarta y quinta se refieren a cómo los Estados entienden la adjudicación de responsabilidad legal internacional por el comportamiento de actores no estatales.
- La sexta y séptima preguntas abordan el derecho internacional humanitario y dos de los aspectos críticos más importantes, a saber, la definición de un "ataque" en el contexto cibernético y si las operaciones cibernéticas dirigidas solamente a datos constituirían un ataque (nota: estas preguntas fueron revisadas sustancialmente a la luz de sugerencias y los comentarios presentados por el Comité Internacional de la Cruz Roja).
- La octava pregunta solicita las opiniones de los Estados sobre si la soberanía comprende su propia norma para la conducta del Estado en el ciberespacio o si es, en cambio, un principio de fondo que informa el contenido de otras normas.
- La novena pregunta realiza una investigación similar con respecto a la diligencia debida.
- Finalmente, la décima pregunta invita a los Estados a determinar áreas adicionales del derecho internacional en las que el Comité debería centrarse para mejorar la transparencia en el contexto cibernético.

La doctora Mariana Salazar enfatizó la importancia que tiene la pregunta sobre la responsabilidad de actores no estatales y sus implicaciones en el ámbito de la protección.

El doctor George Galindo consultó si se considerará el tema de la aplicación extraterritorial de la ley, habida cuenta del espacio dedicado a la aplicabilidad del derecho internacional.

La Presidenta agradeció al relator e le invitó a incluir los aspectos relevados sobre aplicación extraterritorial de la ley y el tema de la responsabilidad del Estado.

El relator agradeció a los miembros y, reafirmó la importancia de conocer la opinión de los Estados sobre los temas mencionados sobre la responsabilidad, el carácter extraterritorial, y la debida diligencia a la luz de sus respectivas respuestas.

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el relator del tema doctor Duncan B. Hollis presentó su tercer informe en la materia, (documento CJI/doc.594/19), aclarando que de nuestros días trabaja como consultor de la empresa Microsoft, además de sus actividades académicas.

Dio a conocer la falta de acuerdo entre los países sobre la aplicación del derecho internacional en el ámbito del ciberdelito y las reticencias de ciertos Estados a explicar su posición al respecto. Solamente un pequeño grupo de Estados han emitido declaraciones generales, y en algunos casos se puede inferir de la práctica de los Estados o del *opinio juris*. Observó la complejidad y variedad de elementos que participan

en este tema, tales como las medidas relativas al uso de la fuerza y de autodefensa, temas de derecho internacional humanitario, asuntos ligados a la soberanía y la debida diligencia.

Anunció la celebración de una reunión del Grupo de Trabajo de la ONU que tendrá lugar en Washington, DC con la colaboración de la OEA, en donde se contará con la participación de cuatro Estados miembros de la OEA que conforman el grupo de trabajo de la ONU: Brasil, Estados Unidos, México y Uruguay. En relación al cuestionario enviado a los Estados, explicó haber recibido las respuestas de siete países a saber: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Perú y Guyana. Destacó que algunas respuestas subrayaban la importancia del entrenamiento legal para ayudar a mejor comprender temas relevantes. A modo de seguimiento, el relator sugirió remitir el cuestionario nuevamente a aquellos Estados que no lo han respondido antes de elaborar un nuevo informe para el mes de marzo del próximo año, en cuya instancia espera poder presentar la percepción de los Estados en cuanto a la aplicación del derecho internacional al entorno cibernético y a las tecnologías de la información y las comunicaciones

El doctor George Galindo agradeció el planteamiento del relator que busca determinar la práctica de los Estados.

La doctora Mariana Salazar agradeció la contribución y la intención de contar con un mayor número de respuestas. Consultó al relator si la OEA puede contribuir en los espacios en que no se pronuncia la Convención de Budapest.

El doctor Carlos Mata remarcó el carácter novedoso del tema e instó a clarificar el objeto que se espera del estudio desde la perspectiva del derecho internacional para que sea una contribución práctica para los Estados.

La Presidenta reiteró la petición del relator de hacer las gestiones en sus países para facilitar un mayor número de respuestas.

El relator reiteró su interés en dar a conocer la percepción de los Estados, sin intentar imponer posiciones, aclarando además que el ejercicio busca ser más amplio que el trabajo en la ONU, que se limita al tema de la paz y seguridad, mientras que el suyo incluiría temas de derechos humanos y ciberseguridad, entre otros.

En respuesta a la doctora Mariana Salazar, el relator explicó que el primer Manual de Tallin cubría un variado número de elementos, pero no desarrollaba mucho el aspecto de los derechos humanos. Señaló que los ataques terroristas en Nueva Zelanda y EEUU han traído a colación temas relativos a la libertad de expresión. Lo esencial de la propuesta del relator es presentar la posición de los Estados en el ámbito del derecho internacional.

A continuación se incluyen los documentos presentados por el relator del tema doctor Duncan B. Hollis en febrero y en agosto de 2019:

CJI/doc. 578/19

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS OPERACIONES CIBERNÉTICAS DE LOS ESTADOS: MEJORAR LA TRANSPARENCIA

(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

1. El tema del derecho internacional y las operaciones cibernéticas de los Estados se planteó por primera vez durante el nonagésimo tercero período ordinario de sesiones del Comité. El autor fue invitado a presentar un informe inicial sobre temas relacionados con la aplicación del derecho internacional en el espacio cibernético, así como ideas sobre la forma en que el Comité podría tratar el tema.

2. Mi informe inicial examina el deficiente estado de la ciberseguridad mundial y los costos financieros, humanitarios y de seguridad nacional de las amenazas cibernéticas, con especial atención a aquellas dirigidas a la infraestructura crítica y a los procesos electorales. El informe también explora la creciente labor de los Estados para desarrollar capacidades a fin de participar directamente en operaciones cibernéticas defensivas y ofensivas. Otros Estados parecen haber utilizado actores no estatales "intermediarios" para realizar en operaciones cibernéticas bajo diferentes niveles de control o apoyo estatal.

3. Con toda esta actividad cibernética, mi informe inicial señaló la poca visibilidad que el derecho internacional ha tenido en la regulación de las operaciones cibernéticas del Estado. Si bien los expertos gubernamentales estuvieron de acuerdo en 2013 (y nuevamente en 2015) en que “[e]l derecho internacional, y en particular la Carta de las Naciones Unidas, es aplicable al ciberespacio”, los intentos por llegar a un acuerdo sobre cómo el derecho se aplica se vieron frustrados.¹ Según se informa, un Grupo de Expertos Gubernamentales en 2017 fracasó porque los expertos gubernamentales de algunos Estados clave diferían en cuanto a la aplicación de algunas normas fundamentales del derecho internacional (por ejemplo, legítima defensa, derecho internacional humanitario, medidas de control, diligencia debida) a las operaciones cibernéticas de los Estados.²

4. El Comité Internacional de la Cruz Roja ofreció su opinión sobre cómo el derecho internacional se aplica al espacio cibernético en el área específica dentro de su mandato, es decir, el derecho internacional humanitario.³ Además, los dos *Manuales de Tallin* presentan la opinión de un grupo de expertos independiente (aunque financiado por la OTAN) sobre la forma en que el derecho internacional se aplica a las operaciones cibernéticas en general.⁴ Ambos manuales son importantes obras de referencia y los gobiernos fueron consultados en su redacción. Pero algunos estudios recientes sugieren que, en la práctica, los Estados han dejado de lado dichos manuales.⁵ En efecto, hay poca evidencia de que los Estados estén invocando el derecho internacional en respuesta a incidentes cibernéticos específicos y solo unos pocos Estados realizaron declaraciones públicas sobre la aplicación del derecho internacional en general.⁶

¹Véase Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional*, párrafo 19, U.N. Doc. A/68/98 (24 de junio de 2013); Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional*, párrafo 10, U.N. Doc. A/70/174 (22 de julio de 2015).

²Véase, por ejemplo, Arun M. Sukumar, “The UN GGE Failed. Is International Law in Cyberspace Doomed As Well?” *LAWFARE*, 4 de julio de 2017.

³CIRC, COMENTARIO (2016) DEL PRIMER CONVENIO DE GINEBRA DE 1949, 91 p. 253–256, y 158–159 p. 436–437; y CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, Informe, 39–44 (octubre de 2015).

⁴Véase Michael Schmitt, ed., *Manual de Tallin 2.0 sobre el derecho internacional aplicable a las operaciones cibernéticas* (Tallin, Estonia: Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa de la OTAN, 2017); Michael Schmitt, ed., *Manual de Tallin sobre el derecho internacional aplicable en la guerra cibernética*, (Tallin, Estonia, Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa de la OTAN, 2013).

⁵Dan Efrony y Yuval Shany, *A Rule Book on The Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyber Operations and Subsequent State Practice*, 112, *American Journal of International Law*, 583 (2018).

⁶Véase, por ejemplo, Jeremy Wright, QC, MP, *Cyber and International Law in the 21st Century*, 23 de mayo, 2018 (Reino Unido); *Revue stratégie de cyberdéfense* 82–84 (febrero 2018) (Francia); Brian Egan, *Remarks on International Law and Stability in Cyberspace*, Berkeley Law School, 10 de noviembre de 2016 (Estados Unidos); Harold Koh, *International Law in Cyberspace*, 54 *HARV. INT’L LAW. J.* 1, 7 (2012) (Estados Unidos). Existe una reciente excepción a esta tendencia. En octubre de 2018, el Reino Unido acusó al Departamento Central de Inteligencia (GRU) – la sección de inteligencia militar de Rusia – de su responsabilidad en una serie de operaciones cibernéticas, entre las que se incluye la intervención en la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (la cual estaba investigando el uso de un agente neurotóxico contra un ex espía

5. Al reflexionar sobre estas experiencias, mi informe presentó tres grupos de problemas con respecto a la regulación del derecho internacional sobre la conducta de los Estados en el espacio cibernético. En primer lugar, hay preguntas existenciales sobre si determinadas normas o doctrinas de derecho internacional tienen alguna influencia en el contexto cibernético. Aunque no lo han hecho en el ámbito público, en el contexto del Grupo de Expertos Gubernamentales, los expertos de algunos Estados se han opuesto a la aplicación de las doctrinas de derecho internacional humanitario, legítima defensa y debida diligencia al espacio cibernético.⁷ En segundo lugar, aun si los Estados aceptan la pertinencia de un concepto específico de derecho internacional – tales como la soberanía y el principio de no intervención – los mismos discrepan con respecto a la “interpretación” adecuada en el contexto cibernético.⁸ En tercer lugar, existe el anteriormente mencionado problema de la “aplicación”, dado que los Estados han actuado relativamente poco para aplicar el derecho internacional en incidentes cibernéticos reales.⁹ En consecuencia, es muy poca la responsabilidad legal internacional por la conducta de los Estados en el espacio cibernético.

6. El Comité recibió favorablemente el primer informe. Estuvo de acuerdo en que el tema era importante y correspondía al mandato del Comité, agregándolo a su temario y designando al actual autor como relator. Ahora bien, el enfoque del Comité en las operaciones cibernéticas sigue siendo relativamente limitado; en lugar de formular las opiniones del Comité sobre la forma de aplicar el derecho internacional al ciberespacio, el Comité considera que un primer paso más fructífero consistiría en aumentar la transparencia sobre los puntos de vista de los Estados Miembros de la OEA en el tema. En resumen, el Comité apoya la idea de que los Estados Miembros formulen y den a conocer sus opiniones sobre estos asuntos.

7. Hacerlo tendría evidentes beneficios. En el ámbito legal, comprender cómo los Estados perciben el derecho internacional y el espacio cibernético permitirá un mapeo de las prácticas estatales, e identificará las áreas en las cuales los Estados poseen una visión general y uniforme sobre lo que el derecho internacional requiere. Con suficiente apoyo, estas opiniones pueden ayudar a determinar cómo el derecho internacional consuetudinario regula las operaciones cibernéticas del Estado. Pero, aunque los Estados tengan puntos de vista diferentes, o incluso contradictorios, es igualmente importante dar a conocer esas diferencias. De lo contrario, existe el

ruso y su hija en Salisbury, Reino Unido). El Secretario de Relaciones Exteriores del Reino Unido calificó la conducta de Rusia como el reflejo de “un deseo de obrar sin tener en cuenta el derecho internacional ni las normas establecidas”, mientras que un comunicado de prensa relacionado describió las operaciones del Departamento Central de Inteligencia (GRU) como una “flagrante violación del derecho internacional”. Comunicado de prensa, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, *UK exposes Russian cyber attacks*, 4 de octubre de 2018; Centro Nacional de Seguridad Cibernética (NCSC), *Reckless campaign of cyber attacks by Russian military intelligence service exposed*, 4 de octubre de 2018.

⁷Véase, por ejemplo, Sukumar, *supra* nota 2.

⁸Por ejemplo, con respecto a la soberanía, el Manual de Tallin 2.0 concibe la soberanía como una regla que los Estados podrían violar directamente a través de sus operaciones cibernéticas. Véase, Manual de Tallin 2.0, *supra*, nota 4, regla 4 (“Un Estado no debe efectuar operaciones cibernéticas que violen la soberanía de otro Estado”). El Gobierno holandés parece apoyar este enfoque. Bert Koenders, Ministro de Relaciones Exteriores, Países Bajos, Remarks at The Hague Regarding Tallinn Manual 2.0 (13 de febrero de 2017). Por el contrario, el Procurador General del Reino Unido cuestionó ese enfoque (así como también el abogado principal del *U.S. Cyber Command*, aunque lo hizo escribiendo a título personal). Véase, Wright, *supra*, nota 6 (“Algunos han tratado de argumentar la existencia de una regla cibernética específica sobre “violación de la soberanía territorial”...la soberanía es, por supuesto, fundamental en el sistema internacional basado en normas. Pero no estoy convencido de que actualmente podamos extrapolar ese principio general a una regla específica o una prohibición adicional para la actividad cibernética más allá de una intervención prohibida. La posición del Gobierno del Reino Unido es, por lo tanto, que no existe tal norma en el derecho internacional vigente.”) Gary Corn, *Tallinn Manual 2.0—Advancing the Conversation*, Just Security (15 de febrero de 2017).

⁹Véase *supra* nota 6 y texto adjunto.

riesgo de que los Estados con diferentes interpretaciones básicas sobre lo que establece el derecho internacional puedan, sin querer, dar lugar al escalamiento de un conflicto (es decir, el Estado A supone que su operación no cruza el umbral del ataque armado, pero el Estado B víctima lo interpreta como habiendo hecho exactamente eso). Conocer los aspectos sobre los cuales los Estados no están de acuerdo pondría de relieve los aspectos en los que se necesita un mayor diálogo, ya sea para cerrar esas brechas, expresar aclaraciones o buscar modificaciones que garanticen que el derecho internacional sea más efectivo en la regulación de la conducta de los Estados en el espacio cibernético.

8. La labor del Comité en materia de derecho internacional y espacio cibernético se centrará en la *transparencia* – en solicitar, recopilar y publicar las opiniones de los Estados Miembros de la OEA sobre cómo se aplica el derecho internacional en el contexto cibernético. El Comité autorizó al autor a preparar un cuestionario para obtener las opiniones de los Estados Miembros sobre algunos de los aspectos más importantes del derecho internacional relacionados con el espacio cibernético hasta la fecha.

9. El 15 de agosto de 2018, el autor presentó el proyecto sobre transparencia del Comité durante su reunión con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA. El proyecto fue recibido muy positivamente por todos los asistentes. Se hicieron sugerencias para abreviar la lista de preguntas planteadas (el informe original había adjuntado veinte posibles preguntas). Además, el representante de un asesor jurídico sugirió que el Comité procurara, ante todo, recopilar todas las declaraciones públicas anteriores realizadas por los Estados Miembros de la OEA relacionadas con la aplicación del derecho internacional en general.

10. Desde las reuniones del Comité en agosto, se han desarrollado nuevas iniciativas en foros multilaterales y de múltiples partes interesadas que continúan subrayando la aplicación del derecho internacional en el ciberespacio, incluido el hecho de que los derechos humanos que existen en el entorno “off-line” también deben aplicarse en el entorno en línea¹⁰. Al menos dos organizaciones regionales, la ASEAN y la Unión Europea, han afirmado que el derecho internacional se aplica al espacio cibernético y manifestaron su apoyo para que se explique más detalladamente cómo ello se realiza¹¹. Además, la Unión Europea respaldó la idea de que *todos* los Estados Miembros de la ONU “deben presentar aportes nacionales sobre el tema de cómo se aplica el derecho internacional al uso de las [tecnologías de la información y la comunicación] por los Estados” para promover “el entendimiento mundial sobre los enfoques nacionales lo cual es fundamental para mantener la paz

¹⁰ Véase, *Llamado de París para la confianza y la seguridad en el ciberespacio*, 12 de noviembre de 2018 (“Reafirmamos también que el derecho internacional, incluidos la Carta de las Naciones Unidas en su totalidad, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional consuetudinario, se aplica al uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) por los Estados. Reafirmamos que los mismos derechos que las personas gozan en sus comunicaciones en persona deben protegerse en línea, y reafirmamos también la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el espacio cibernético.”); sírvase observar que, además de mi calidad de miembro del Comité, también presto servicios como consultor externo de Microsoft sobre temas de derecho internacional y ciberespacio, incluido el trabajo con el Gobierno de Francia para dar inicio al Llamado de París.

¹¹ Véase ASEAN-United States Leaders’ Statement on Cybersecurity Cooperation (18 de noviembre de 2018) (“Reafirmar que el derecho internacional y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas, es aplicable y fundamental para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de la tecnología de la información y las comunicaciones, y reconocer la necesidad de que “se continúe estudiando la forma en que el derecho internacional se aplica al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados”); Declaración de la Unión Europea – Primera Comisión de Naciones Unidas, *Thematic Discussion on Other Disarmament Measures and International Security* (Discusión Temática sobre Otras Medidas de Desarme y Seguridad Internacional) (26 de octubre de 2018) (la Unión Europea recuerda que el derecho internacional, en particular la Carta de la OEA, es aplicable y fundamental para mantener la paz y la estabilidad y promover un entorno de TIC abierto, seguro y pacífico y accesible).

y la seguridad a largo plazo y reducir el riesgo de conflicto en el espacio cibernético”¹². Por lo tanto, el enfoque del Comité está de acuerdo con las opiniones de otras organizaciones regionales.

11. Mientras tanto, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha respaldado la conclusión de anteriores Grupos de Expertos Gubernamentales en el sentido de que el derecho internacional se aplica al ciberespacio.¹³ También acordó comenzar dos nuevos procesos relacionados con la seguridad cibernética mundial: (i) un nuevo Grupo de Trabajo de Composición Abierta para analizar la seguridad cibernética en un foro relativamente abierto y permanente, y (ii) un nuevo Grupo de Expertos Gubernamentales que se formará y comenzará a reunirse a finales de la primavera o a principios del verano de 2019.¹⁴ Con respecto al nuevo Grupo de Expertos Gubernamentales, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó:

[A]l Secretario General que, con la asistencia de un grupo de expertos gubernamentales... “continúe estudiando...la forma en que el derecho internacional se aplica al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados, y que le presente, en su septuagésimo sexto período de sesiones, un informe sobre los resultados del estudio, incluido un anexo que contenga las aportaciones nacionales de los expertos gubernamentales participantes sobre la cuestión de cómo se aplica el derecho internacional al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones;”¹⁵

12. En su conjunto, parece que existe un impulso cada vez mayor para que los Estados expresen sus opiniones sobre la aplicación del derecho internacional en el ciberespacio. Ese apoyo, incluso en las Naciones Unidas, refuerza la importancia y la oportunidad de la labor del Comité sobre este tema. El Grupo de Expertos Gubernamentales estará compuesto por expertos de 20 a 25 Estados como máximo. Solo unos pocos de ellos serán Estados Miembros de la OEA. Por lo tanto, el Comité tendrá la oportunidad de estudiar y reunir un conjunto de opiniones más amplio y diverso entre *todos* los Estados Miembros de la OEA que lo que permite el proceso del Grupo de Expertos Gubernamentales. Además, a medida que otras organizaciones regionales alientan a sus Estados Miembros para formular puntos de vista sobre la aplicación del derecho internacional, es importante que los Estados Miembros de la OEA tengan la oportunidad de promover sus puntos de vista, para que otras regiones no tengan una voz exagerada para delinear los límites y contenidos del derecho internacional en el contexto cibernético. Por lo tanto, es fundamental que el Comité reúna y comparta las opiniones de los Estados Miembros de la OEA no solo dentro de la región sino también con otras organizaciones internacionales regionales y dentro del sistema de las Naciones Unidas.

13. Además, cabe señalar que la importante labor del Grupo de Expertos Gubernamentales se verá restringida, por su mandato, a determinados temas limitados. Como producto de la Primera Comisión, el Grupo de Expertos Gubernamentales se concentrará únicamente en cuestiones de derecho internacional en relación con los aspectos de desarme y seguridad. Por el contrario, el mandato del Comité es más amplio, y las respuestas de los Estados a su cuestionario pueden abordar una gama más extensa de temas, incluidos todos los asuntos de derecho internacional público y privado relacionados con las operaciones cibernéticas del Estado. Por lo tanto, el Comité puede mejorar la transparencia en toda la gama de temas de derecho internacional.

¹²Declaración de la Unión Europea, *supra* nota 11.

¹³Resolución 266 de la Asamblea General de Naciones Unidas, U.N. Doc. A/RES/73/266 (2 enero 2019) (“Confirmando las conclusiones del Grupo de Expertos Gubernamentales, en sus informes de 2013 y 2015, de que el derecho internacional y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas, son aplicables y fundamentales para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de la tecnología de la información y las comunicaciones”).

¹⁴Véase, U.N. Doc. A/RES/73/27 (en referencia al Grupo de Trabajo de Composición Abierta, que estará abierto a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas con planes que incluyan consultas con la industria); U.N. Doc. A/RES/73/266 (2 enero de 2019) (en referencia al Grupo de Expertos Gubernamentales).

¹⁵U.N. Doc. A/Res/73/266, párrafo 3.

14. Posteriormente a la producción de mi Primer Informe, realicé una convocatoria sumaria para los Estados Miembros de la OEA sobre este tema junto con una lista revisada y más corta de preguntas. El cuestionario del Comité terminó con 10 preguntas:

- La primera pregunta responde a la sugerencia de uno de los Asesores Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de que el Comité solicite y compile las declaraciones existentes sobre el derecho internacional y el ciberespacio.
- La segunda pregunta está orientada hacia preguntas existenciales: solicitar a los Estados que confirmen o nieguen si ciertas normas vigentes del derecho internacional se aplican (o no) al contexto cibernético.
- La tercera pregunta se refiere al empleo de la fuerza (el *jus ad bellum*), con especial atención a los criterios que utiliza un Estado para determinar si una operación cibernética corresponde al uso de fuerza o a un ataque armado.
- Las preguntas cuarta y quinta se refieren a cómo los Estados entienden la adjudicación de responsabilidad legal internacional por el comportamiento de actores no estatales.
- La sexta y séptima preguntas abordan el derecho internacional humanitario y dos de los aspectos críticos más importantes, a saber, la definición de un "ataque" en el contexto cibernético y la pregunta sobre si las operaciones cibernéticas dirigidas solamente a datos constituirían un ataque (nota: estas preguntas fueron corregidas sustancialmente con respecto a la propuesta original de acuerdo con las sugerencias y los comentarios presentados por el Comité Internacional de la Cruz Roja).
- La octava pregunta solicita las opiniones de los Estados sobre si la soberanía comprende su propia norma para la conducta del Estado en el ciberespacio o si es, en cambio, un principio de fondo que informa el contenido de otras normas.
- La novena pregunta realiza una investigación similar con respecto a la diligencia debida.
- Finalmente, la décima pregunta invita a los Estados a determinar áreas adicionales del derecho internacional en las que el Comité debería centrarse para mejorar la transparencia en el contexto cibernético.

15. El cuestionario revisado se finalizó con la asistencia de la Secretaría del Comité y se distribuyó a los Estados Miembros en enero de 2019. Se preparará un informe sobre las respuestas pertinentes al Cuestionario del Comité con anterioridad al próximo período ordinario de sesiones del Comité.

Una vez que se haya recibido un número suficiente de respuestas, el Comité deberá decidir si se formularán más preguntas o simplemente se aprobará su distribución a la Asamblea General con una recomendación de que apruebe su distribución dentro y fuera de la región.

* * *

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
CUESTIONARIO PARA LOS ESTADOS MIEMBROS
EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS OPERACIONES CIBERNÉTICAS
DE LOS ESTADOS: MEJORAR LA TRANSPARENCIA

El ciberespacio se ha convertido en un componente integral de la vida civil en todos sus aspectos sociales, económicos, culturales y políticos. Al mismo tiempo, las “amenazas cibernéticas” a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) se han vuelto omnipresentes. Las operaciones cibernéticas han generado importantes pérdidas financieras, violado los derechos humanos y amenazado la seguridad nacional. Los Estados han respondido mediante la regulación del delito cibernético y la creación de capacidad, ya sea directamente o a través de representantes, para participar en operaciones cibernéticas defensivas y ofensivas. El aumento de las capacidades y las actividades de los Estados en el ciberespacio ha dado lugar a convocatorias generalizadas para aclarar cuáles son las normas que rigen el comportamiento del

Estado. En 2013 y 2015, un Grupo de Expertos Gubernamentales (GEG) convocado por la Primera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó que “el derecho internacional, y en particular la Carta de las Naciones Unidas, es aplicable” al ciberespacio¹⁶. A principios del presente año, la Asamblea General de las Naciones Unidas respaldó esta conclusión.¹⁷

Lamentablemente, sin embargo, los Estados no han podido ponerse de acuerdo sobre *cómo* se aplica el derecho internacional. Solo algunos Estados ofrecieron opiniones públicas sobre el tema.¹⁸ Y si bien algunos expertos independientes (especialmente a través de dos Manuales de Tallin¹⁹) han tratado de llenar este vacío de información, los Estados no lo han hecho. Hasta la fecha, los Estados se han abstenido de invocar el derecho internacional tanto en general como en respuesta a incidentes cibernéticos específicos.

Más adelante, en 2019, se convocará un nuevo Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas. Su mandato alentará a los expertos a ampliar la información sobre cómo sus Estados entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio²⁰. Sin embargo, el nuevo Grupo de Expertos Gubernamentales constará de un número reducido de miembros con solo un grupo limitado de voces de las Américas. El Comité Jurídico Interamericano (CJI) apoya el trabajo pasado y futuro del GEG de las Naciones Unidas. No obstante, cree que se puede realizar un mayor esfuerzo para aumentar la transparencia de sobre la forma en que los Estados conciben la aplicación del derecho internacional al ciberespacio. Además, esta opinión es compartida por otras organizaciones regionales, incluidas la ASEAN y la Unión Europea.²¹

¹⁶Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional*, p. 19, U.N., Naciones Unidas A/68/98 (24 de junio de 2013); Naciones Unidas, Secretario General, *Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional*, p. 10, U.N. Doc. A/70/174 (22 de julio de 2015).

¹⁷Resolución 266 de la Asamblea General de Naciones Unidas, U.N. Doc. A/RES/73/266 (2 enero 2019) (“Confirmando las conclusiones del Grupo de Expertos Gubernamentales, en sus informes de 2013 y 2015, de que el derecho internacional y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas, son aplicables y fundamentales para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de la tecnología de la información y las comunicaciones”).

¹⁸*Véase por ejemplo*, Jeremy Wright, QC, MP, *Cyber and International Law in the 21st Century*, 23 de mayo de 2018 (Reino Unido); Revue stratégie de cyberdéfense 82-84 (Feb. 2018) (Francia); Brian Egan, *Remarks on International Law and Stability in Cyberspace*, Berkeley Law School, 10 de noviembre de 2016 (Estados Unidos); Harold Koh, *International Law in Cyberspace*, 54 HARV. INT’L LAW. J. 1, 7 (2012) (Estados Unidos). El Comité Internacional de la Cruz Roja también expresó su opinión sobre la aplicación del derecho internacional humanitario al ciberespacio. Véase, CICR, COMENTARIO DEL PRIMER CONVENIO DE GINEBRA DE 1949, p. 253–256, y 158-159 p. 436-437; y CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, Informe, 39-44 (octubre de 2015).

¹⁹MICHAEL SCHMITT (ED.), *MANUAL DE TALLIN 2.0 SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LAS OPERACIONES CIBERNÉTICAS (CENTRO DE EXCELENCIA PARA LA CIBERDEFENSA COOPERATIVA DE LA OTAN, 2017)*; MICHAEL SCHMITT (ED.), *MANUAL DE TALLIN 2.0 SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LA GUERRA CIBERNÉTICA (CENTRO DE EXCELENCIA PARA LA CIBERDEFENSA COOPERATIVA DE LA OTAN, 2013)*. Aunque fue financiado por el Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa de la OTAN, el Manual Tallin constituye la labor de un grupo de expertos independientes.

²⁰*Véase* Res. 266 de la Asamblea General de Naciones Unidas, U.N. Doc. A/Res/73/266, párrafo 3 (2 de enero de 2019).

²¹*Véase* ASEAN-United States Leaders’ Statement on Cybersecurity Cooperation (18 noviembre 2018) (“Reafirmar que el derecho internacional, y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas, son aplicables y fundamentales para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de la tecnología de la información y las comunicaciones” y reconocer la necesidad de que “se continúe estudiando la forma en que el

El cuestionario adjunto representa el primer paso en la labor del CJI de solicitar, compilar y publicar las opiniones de los Estados Miembros sobre la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas. Refleja algunos de los temas más importantes o más discutidos que han surgido hasta la fecha. No está previsto que el Comité presente sus propios puntos de vista sobre estos temas. Más bien, el objetivo es aportar un foro en el que se puedan recopilar y divulgar las opiniones de los Estados con el fin de promover el entendimiento mutuo en la región. En la medida en que las respuestas de los Estados Miembros se ajusten a las declaraciones existentes sobre el derecho internacional presentadas por el Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar, estas respuestas serían una contribución importante para explicar las normas jurídicas internacionales vigentes. Sin embargo, es igualmente importante determinar los aspectos con respecto a los cuales existen discrepancias entre las opiniones de los Estados. Al hacerlo, los Estados podrán apreciar cómo otros Estados perciben las operaciones cibernéticas ofensivas y defensivas, establecer expectativas para sus futuros intercambios y proporcionar una base para continuar el diálogo.

Por lo tanto, el Comité invitaría a todos los Estados Miembros a responder a las siguientes preguntas. Sería ideal que los Estados Miembros respondieran a las diez preguntas planteadas. Sin embargo, los Estados Miembros pueden optar por presentar un conjunto de respuestas más limitado si hay preguntas específicas sobre las que sus Gobiernos todavía no han formulado una opinión (o su opinión no está pronta para hacerse pública). Como lo indica la pregunta final, el Comité también agradecería las opiniones de los Estados Miembros sobre preguntas o temas adicionales en los cuales una mayor transparencia beneficiaría la aplicación del derecho internacional al ciberespacio.

PREGUNTAS:

1. ¿Ha hecho público su Gobierno algún documento oficial, discurso o declaración similar que resuma cómo entiende que el derecho internacional se aplica a las operaciones cibernéticas? Se ruega proporcionar copias o enlaces a dichas declaraciones.
2. ¿Se aplican las ramas del derecho internacional actual (incluidos la prohibición del uso de la fuerza, el derecho de legítima defensa, el derecho internacional humanitario y los derechos humanos) al ciberespacio? ¿Existen áreas en las cuales la novedad del ciberespacio excluye la aplicación de un conjunto específico de derechos u obligaciones legales internacionales?
3. ¿Puede una operación cibernética por sí misma constituir un uso de fuerza? ¿Puede constituir un ataque armado que genere un derecho de legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas? ¿Puede una operación cibernética calificarse como uso de fuerza o ataque armado sin causar los efectos violentos que se han utilizado para marcar dichos umbrales en conflictos cinéticos pasados?
4. Fuera de los conflictos armados, ¿cuándo sería un Estado responsable por las operaciones cibernéticas de un actor no estatal? ¿Qué grado de control o participación debe tener un Estado en las operaciones del actor no estatal para desencadenar la responsabilidad legal internacional de ese Estado?
5. ¿Son las normas de responsabilidad del Estado las mismas u otras en el contexto de un conflicto armado tal como se define ese término en los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra de 1949?
6. De acuerdo al derecho internacional humanitario, ¿puede una operación cibernética calificarse como un "ataque" de acuerdo a las normas que rigen la conducción de las hostilidades si no causa muerte, lesión ni daño físico directo al sistema informático en cuestión o a la infraestructura que apoya? ¿Podría una operación cibernética que produce solo una pérdida de funcionalidad, por ejemplo, calificarse como un ataque? Si es así, ¿en qué casos?
7. ¿Estaría una operación cibernética que solamente ataca datos regulada por la obligación de derecho internacional humanitario de dirigir ataques solamente contra objetivos militares y no contra objetivos civiles?

derecho internacional se aplica al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados”).

8. ¿Es la soberanía una norma discreta del derecho internacional que prohíbe a los Estados participar en operaciones cibernéticas específicas? Si es así, ¿esa prohibición cubre las operaciones cibernéticas que se encuentran por debajo del umbral de uso de la fuerza y que, aparte de eso, no violan el principio de no intervención?
9. ¿Es la diligencia debida una norma de derecho internacional que los Estados deben acatar en el ejercicio de su soberanía sobre las tecnologías de la información y la comunicación en sus territorios o bajo el control de sus nacionales?
10. ¿Existen otras reglas de derecho internacional que su Gobierno considere importante tener en cuenta al evaluar la regulación de las operaciones cibernéticas por parte de los Estados o actores por las que un Estado tenga responsabilidad en el ámbito internacional?

* * *

CJI/doc. 594/19

TERCER INFORME

**DERECHO INTERNACIONAL Y OPERACIONES CIBERNÉTICAS
DEL ESTADO: MEJORANDO LA TRANSPARENCIA**

(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

1. El presente es mi Tercer Informe sobre el tema de mejora de la transparencia con respecto a la forma en que los Estados Miembros comprenden la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas del Estado. En mi primer informe examiné el número creciente de incidentes cibernéticos ocurridos en relación con los Estados y sus representantes, así como sus consecuencias económicas, humanitarias y para la seguridad nacional.¹ Dicho informe puso de relieve la escasa visibilidad que ha tenido el derecho internacional en la reglamentación de las operaciones cibernéticas de los Estados. Es cierto que numerosos Estados han reafirmado la aplicabilidad del derecho internacional a sus actuaciones en el espacio cibernético.² Además, aun cuando la OEA no lo ha hecho, tres importantes organizaciones internacionales (la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático-ASEAN, la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas) también la han reafirmado.³ No obstante, hasta la fecha los esfuerzos realizados para delinear *cómo* se aplica el derecho internacional al espacio cibernético han sido poco fructíferos.

¹Véase Duncan B. Hollis, *Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: Mejorando la transparencia*, OEA/Ser. Q, CJI/doc. 570/18 (9 agosto 2018) (“Hollis, Primer Informe”).

²Véase ONU, Secretario General, *Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional*, p. 19, ONU Doc. A/68/98 (24 junio 2013) (“El derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, es aplicable” al espacio cibernético); ONU, Secretario General, *Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional*, p. 24, ONU Doc. A/70/174 (22 de julio de 2015) (lo mismo).

³Véase ONU Res. 266, Doc. A/RES/73/266 (2 de enero de 2019) (“Confirmando las conclusiones del Grupo de Expertos Gubernamentales, en sus informes de 2013 y 2015, de que el derecho internacional y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas, son aplicables y fundamentales para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de la tecnología de la información y las comunicaciones”); Declaración de ASEAN-United States Leaders’ Statement on Cybersecurity Cooperation (18 de noviembre de 2018) (Reafirmar de que el derecho internacional y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas, son aplicables y fundamentales para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto,

2. En mi segundo informe puse de relieve varias áreas en las cuales las preguntas de cómo se aplica el derecho internacional a las operaciones cibernéticas han generado polémica o confusión, incluido el uso de la fuerza y las medidas de autodefensa, el derecho internacional humanitario, las contramedidas, la soberanía y la diligencia debida.⁴ Los Estados han sido en gran medida reticentes a explicar sus opiniones en cuanto a si éstas y otras áreas del derecho internacional son aplicables al espacio cibernético y de qué forma. De hecho, los Estados parecen bastante renuentes a invocar textos del derecho internacional al formular acusaciones acerca de las operaciones cibernéticas de otros Estados.⁵ Un pequeño grupo de Estados han emitido declaraciones generales sobre tales temas, entre los que se mencionan los comentarios más recientes del Presidente de Estonia.⁶ Pero el número y especificidad de tales declaraciones no han sido suficientes para esgrimirlas como pruebas de la práctica de los Estados o de *opinio juris* en esta importante esfera.

3. Con el apoyo del Comité, en mi segundo informe detallé un plan para centrar la atención en la *transparencia* con respecto a la manera en que los Estados entienden la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas. El Comité me apoyó para pedir a los Estados sus opiniones sobre algunas de las cuestiones jurídicas internacionales más importantes, pues hacerlo tiene varios beneficios claros para la región. Esquematizar los puntos de vista de los Estados Miembros de la OEA sobre el derecho internacional y las operaciones cibernéticas puede ser útil para determinar el grado de convergencia (o divergencia) que existe en cuanto a cuestiones clave, que van desde la autodefensa hasta la soberanía y las contramedidas. Saber en qué aspectos concuerdan los Estados puede aportar una evidencia muy necesaria para delinear las responsabilidades de los Estados en materia de derecho internacional consuetudinario en el espacio cibernético. Al mismo tiempo, la identificación de los desacuerdos puede ser igualmente importante. El hecho de divulgar públicamente dichas diferencias puede atenuar el riesgo de que los Estados operen a partir de diferentes supuestos básicos en formas que pudieran escalar hasta generar un conflicto (por ejemplo, cuando una parte considera que su operación cibernética es una contramedida no contundente, pero el Estado contra el cual se dirige la operación lo percibe como un ataque armado, que lo faculta para responder con actos enérgicos de autodefensa). También

seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de la tecnología de la información y las comunicaciones y reconocer la necesidad de profundizar en el estudio de cómo se aplica el derecho internacional a la utilización por los Estados de las tecnologías de la información y las comunicaciones); Declaración de la Unión Europea, ONU Primera Comisión, [Thematic Discussion on Other Disarmament Measures and International Security](#) (26 de octubre de 2018) (La Unión Europea recuerda que el derecho internacional y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas, son aplicables y fundamentales para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de la tecnología de la información y las comunicaciones.)

⁴Duncan B. Hollis, *Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: Mejorando la transparencia*, OEA/Ser. Q, CJI/doc. 570/18 (21 enero 2019) (“Hollis, Segundo Informe”).

⁵Véase, p. ej., Dan Efrony y Yuval Shany, *A Rule Book on The Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyber Operations and Subsequent State Practice*, 112 AM. J. INT’L L. 583 (2018). La excepción más notable fue que el Reino Unido estuvo dispuesto a sugerir que las operaciones cibernéticas rusas constituyeron una “violación flagrante del derecho internacional.” No obstante, el Reino Unido no especificó exactamente a cuáles operaciones cibernéticas se refería (en su acusación menciona varias atribuidas a la Federación de Rusia) ni qué derechos internacionales fueron vulnerados. Véase Comunicado de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Mancomunidad, *UK exposes Russian cyber attacks*, 4 octubre 2018; NCSC, *Reckless campaign of cyber attacks by Russian military intelligence service exposed*, 4 octubre 2018.

⁶Véase Kersti Kaljulaid, Presidente de Estonia, Opening Remarks for CyCon 2019, 29 mayo 2019; véase también Jeremy Wright, QC, MP, *Cyber and International Law in the 21st Century*, 23 mayo 2018 (Reino Unido); Revue stratégie de cyberdéfense 82-84 (febrero 2018) (Francia); Brian Egan, *Remarks on International Law and Stability in Cyberspace*, Berkeley Law School, 10 noviembre 2016 (Estados Unidos); Harold Koh, *International Law in Cyberspace*, 54 HARV. INT’L DERECHO. J. 1, 7 (2012) (Estados Unidos).

pondría de relieve las áreas en las que habría mayor necesidad de diálogo, ya sea para conciliar posiciones encontradas, aclarar el contenido de la legislación o incluso tratar de instituir reformas.

4. Aparte de sus efectos regionales, la elaboración de los puntos de vista de numerosos Estados Miembros de la OEA puede igualmente contribuir a iluminar el estado del derecho internacional en todo el mundo. La difusión pública de dichos puntos de vista coincidirá con el trabajo que se realiza en el ámbito mundial en la Primera Comisión de las Naciones Unidas, específicamente en la próxima reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales (GEG) de la ONU, que será presidido por un experto gubernamental de Brasil.⁷ Entre otras cosas, se informa que el nuevo GEG invitará a sus respectivos expertos gubernamentales a ofrecer los pareceres nacionales sobre el derecho internacional en el contexto de la seguridad de la información. Cuatro de los 25 miembros del Grupo de Expertos Gubernamentales provienen de la región: Brasil, México, Estados Unidos y Uruguay. El trabajo del Comité permitirá que otros Estados hagan valer sus opiniones sin competencia ni conflicto con el trabajo del Grupo. De hecho, el esfuerzo del Comité debería complementar y apoyar el proyecto del GEG, dar lugar a una gama más amplia de puntos de vista de toda la región sobre los temas jurídicos internacionales y mejorar la comprensión que se tiene del derecho internacional en el entorno cibernético y su eficacia en la reglamentación de las relaciones entre los Estados que operan en dicho entorno. Este enfoque es, además, coherente con el que han propuesto otras organizaciones regionales. Por ejemplo, la Unión Europea ha propuesto que *todos* los Estados Miembros de la ONU “deberían presentar contribuciones nacionales sobre el tema de cómo se aplica el derecho internacional a la utilización por los Estados [de las tecnologías de la información y las comunicaciones].”⁸

5. Como indiqué en mi Segundo Informe, con la asistencia del Departamento de Derecho Internacional de la OEA y el aporte del Comité Internacional de la Cruz Roja, procedí a preparar un cuestionario para los Estados Miembros, el cual fue distribuido por dicho Departamento de Derecho Internacional en enero de 2019. El cuestionario plantea 10 preguntas, a saber:

- La primera pregunta solicita la presentación de las actuales declaraciones nacionales de cada Estado Miembro sobre el derecho internacional y el espacio cibernético.
- La segunda pregunta pide que los Estados Miembros confirmen si han identificado ciertas normas vigentes del derecho internacional que sean (o no) aplicables en el contexto cibernético.
- La tercera pregunta se refiere al uso de la fuerza (el *jus ad bellum*), consultando cuáles son los criterios que utiliza el Estado para identificar una operación cibernética como uso de la fuerza o ataque armado.
- Las preguntas cuarta y quinta consultan sobre cómo entienden los Estados la asignación de la responsabilidad jurídica internacional por el comportamiento de los agentes no estatales, en particular el grado de “control” requerido por el Estado.
- Las preguntas sexta y séptima abordan el derecho internacional humanitario (el *jus in bello*) y dos de sus temas cruciales pendientes, a saber, la definición de un “ataque” en el contexto cibernético y la cuestión de si las operaciones cibernéticas que solo involucran datos constituyen tal ataque.
- La octava pregunta recaba las opiniones de los Estados en cuanto a si la soberanía comprende su propia normativa de comportamiento del Estado en el espacio cibernético o si, por el contrario, es un principio de fondo que fundamenta el contenido de otras normas. Existen actualmente opiniones divididas entre los Estados sobre este tema.
- La novena pregunta formula una consulta similar con respecto a la diligencia debida.

⁷Véase ONU Doc. A/RES/73/266 (2 enero 2019) párrafo 3 (sobre el mandato del EGE). Además del nuevo EGE, también habrá un Grupo de Trabajo de Composición Abierta (GTCA) patrocinado por las Naciones Unidas que tratará de poner en práctica el trabajo de anteriores grupos de expertos gubernamentales y, en algunos casos, revisar o incluso enmendar los resultados de esa labor. Véase ONU Doc. A/RES/73/27.

⁸Declaración de la Unión Europea, *supra* nota 11.

- Por último, la décima pregunta invita a los Estados a identificar áreas adicionales de derecho internacional en las que el Comité debería centrar su atención para lograr una mejor transparencia en el contexto cibernético.

6. Hasta la fecha, el Comité ha recibido las respuestas de seis países a su cuestionario, a saber, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Perú. La respuesta de Brasil puso de relieve el trabajo que dicho país tiene pendiente en el Grupo de Expertos Gubernamentales de la ONU (que será presidido por un experto brasileño). A su vez, en su respuesta, Costa Rica destacó la necesidad de reforzar más la capacidad respecto a la manera como el derecho internacional se aplica a las operaciones cibernéticas, así como a la posibilidad de que el Comité emprenda el trabajo de elaborar reglamentos jurídicos internos para hacer frente a las amenazas cibernéticas. Las otras cuatro respuestas se refirieron específicamente a las preguntas formuladas por el Comité. He adjuntado las seis respuestas a este informe para su examen por el Comité.

7. En este Tercer Informe, no ofrezco ningún análisis sustantivo o sumatorio de las respuestas recibidas hasta la fecha. Lo que pretendo, antes bien, es simplemente poner al día al Comité sobre la situación actual. También quisiera invitar a los miembros del Comité que representan a los Estados que todavía no han respondido al cuestionario antes aludido a que alienten a sus gobiernos nacionales a hacerlo.

8. Según entiendo, otros Estados están trabajando en la preparación de sus respuestas. En tal sentido, creo que sería mejor tener un conjunto más completo de respuestas antes de emprender el análisis de cómo interpretan los Estados Miembros de la OEA la forma en que se aplica el derecho internacional en general al espacio cibernético, o a las operaciones cibernéticas en particular. Además, la Secretaría Ejecutiva del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE) de la OEA celebrará consultas con la Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (UNODA) los días 15 y 16 de agosto de 2019.⁹ En tales consultas probablemente se aborden la utilidad del trabajo del Comité, así como algunos de los temas jurídicos internacionales de fondo en los que procura aumentar la transparencia. A tal efecto, dichas consultas aportan una justificación adicional para esperar antes de ofrecer un análisis detallado de los puntos de vista de los Estados Miembros.

9. En mi próximo informe, me propongo sintetizar el modo en que los Estados Miembros que emitan respuestas comprenden que se aplica el derecho internacional a las operaciones cibernéticas de los Estados. Procuraré hacerlo teniendo presente la continua labor de la ONU (incluido el GEG, que comenzará a reunirse formalmente en diciembre, pero también un nuevo Grupo de Trabajo de Composición Abierta (GTCA), que iniciará funciones en septiembre de 2019), planteando la pregunta de cómo dicha labor puede influir, si es que lo hace, en nuestra comprensión de las respuestas de los Estados Miembros.

10. Según lo expresado al comienzo, no preveo que este proyecto se traduzca en un esfuerzo para codificar o desarrollar gradualmente el derecho internacional (y ni siquiera en un intento de definir las mejores prácticas o directrices generales). El objetivo sigue siendo más bien uno modesto: ofrecer a los Estados Miembros de la OEA una plataforma para una acción más transparente sobre cómo entienden ellos que se aplica el derecho internacional al entorno cibernético y a las tecnologías de la información y las comunicaciones de las cuales se deriva. Espero con interés escuchar los puntos de vista del Comité y aportar sugerencias sobre cómo asegurar una mayor transparencia en lo que hoy en día se reconoce ampliamente como una de las principales prioridades de los Estados nacionales.

⁹. Esta consulta es una de las varias que celebrará la UNODA este verano [boreal] con varios organismos regionales de todo el mundo, incluidas la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la ASEAN y la UE.

8. Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional

Durante el 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018) el doctor Alix Richard presentó el informe preliminar titulado “Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional”, documento CJI/doc.565/18, con la intención de mostrar su importancia y proponer un nuevo tema a la agenda de trabajo del Comité. El informe releva diversos tipos de interferencia en los sistemas electorales y busca poner a disposición de los Estados un mecanismo jurídico internacional eficaz para protegerles. Entre las formas de interferencia destacó el tema del financiamiento de las campañas electorales y la interferencia cibernéticas en la era digital. Al respecto, cuestionó si los mecanismos del derecho internacional vigentes sean suficientes para proteger jurídicamente a los Estados y responder de manera efectiva ante la interferencia extranjera en los procesos electorales. Constató que el Manual de Tallin presenta un análisis completo sobre las operaciones cibernética, sin embargo, debido a la importancia y complejidad del tema, el Comité debería emitir algunas recomendaciones para los Estados con mejores prácticas para coadyuvar a los Estados. Al terminar su presentación se ofreció como relator del mismo.

El doctor Luis García-Corrochano reconoció la sofisticación de las amenazas cibernéticas en las campañas electorales y constató su relacionamiento con la Carta Democrática Interamericana, por ende el Comité podría tener una participación al respecto.

El doctor Duncan Hollis agradeció la introducción al tema y concurrió con la pertinencia de evaluar el estudio del tema en el seno del Comité. Constató dos formas para enfocarlo, una opción podría ser algo relativo a la manipulación de las elecciones para cambiar los resultados; mientras que la otra opción tendría relación con el uso de medios sociales y del control del contenido de los discursos para influenciar en la voluntad de las personas. En este último caso es muy difícil separar la influencia indebida de la mera influencia.

El doctor Carlos Mata agradeció al doctor Alix Richard por la propuesta y al doctor Duncan Hollis por su apoyo. Este es un tema complejo y amplio que debería conectarse a la Carta de la OEA. En este sentido apoyó su incorporación en la agenda. El doctor Baena Soares agradeció la propuesta y sugirió contactar a los Estados Miembros para evaluar su interés en el tema. La doctora Ruth Correa constató que este tema podría complementar el informe del doctor Hernán Salinas. El doctor Miguel Espeche-Gil explicó que este tema había sido trabajado por el Comité en el año 1965 cuyo informe hacía una distinción entre intervención y acción colectiva, la novedad representa el aspecto cibernético con motivo de elecciones. Al respecto, la Carta Democrática Interamericana establece pautas que pueden ser incorporadas en su informe. Asimismo, constató que el fraude electoral al interior de los Estados debe ser objeto de estudio por el Comité e integrado de alguna manera en los trabajos sobre la Carta Democrática. Solicitó distribuir al respecto un informe presentado por el doctor Arrighi ante el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (ILHADI) y el informe del CJI del 1965.

El Presidente agradeció la propuesta haciendo hincapié en el interés de resguardar los procesos electorales y distinguirlo de los casos en que la OEA pueda intervenir. El tema de la libertad de expresión es de primera importancia, por ende el objetivo del estudio debe ser limitado a las buenas prácticas respecto a las interferencias indebidas. Al respecto, solicitó al doctor Alix Richard con el apoyo del doctor Hollis presentar un esquema que contenga los elementos de lo que se propone con contenidos específicos. El doctor Hollis propuso incluir el tema en la agenda de la VII Reunión de Consultores Jurídicos (15 de agosto de 2018) para contar con la opinión de los mismos, lo cual el pleno aceptó.

El último día de sesiones y luego de haberlo discutido con los asesores jurídicos el tema fue incorporado en la agenda del Comité y el doctor Alix Richard, quien fue designado como relator del mismo, agradeció la recepción de su propuesta y se comprometió a presentar un informe en la próxima sesión del Comité.

Durante el 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el tema no fue discutido.

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el relator del tema doctor Alix Richard, dio a conocer los antecedentes de su propuesta que tiene por objeto elaborar un inventario de formas de interferencia pasadas y presentes, describiendo las normas existentes. Consultó la opinión de los miembros sobre la naturaleza jurídica del documento (si sería preferible redactar un instrumento vinculante, una ley modelo, un estudio o una guía) y el camino a seguir para poder dotar a los Estados de contribuciones prácticas. Aludió a los desafíos para determinar de manera eficiente las interferencias y sancionar (o disuadir) a aquellos que lo hacen. Asimismo, el relator describió las diferencias de su tema en relación al fraude electoral que en principio tendría matices de orden interno comparado a la interferencia extranjera, además aclaró que no es su intención incluir dichos desarrollos en su informe. Finalmente, sugirió enviar un cuestionario a los Estados para conocer la situación en cada país miembro de la OEA.

El doctor Carlos Mata instó al relator a determinar el objeto del trabajo para concretar de la mejor manera su tarea. Sugirió trabajar el impacto de las nuevas tecnologías, por medio de acciones que vienen desde el extranjero, teniendo como punto de referencia el principio de no intervención, estipulado en la Carta de la OEA. Al respecto citó el caso de las influencias que partidos políticos hacen por medio de llamadas telefónicas desde el exterior de los países. En su entender el aporte que haga el Comité no requiere ser necesariamente la elaboración de una ley modelo.

El doctor Milenko Bertrand subrayó la importancia de la finalidad del estudio, sin que sea necesario elaborar una ley modelo, pero que incluya temas ligados a la responsabilidad de los Estados. Instó al relator a limitarse a los temas jurídicos que refieran a nuevas formas de intervención, pero sin omitir las formas en que históricamente los Estados de las Américas han sufrido la interferencia y sus efectos, integrando en cada caso soluciones.

El doctor Espeche-Gil invitó al relator a presentar desarrollos en materia de no intervención y acción colectiva, y la necesaria actualización para enfrentar las nuevas formas de interferencias.

El doctor Duncan Hollis sugirió no determinar el formato en esta etapa, y que se defina la naturaleza del documento en función del informe que se presente. Se debería buscar mecanismos para defenderse frente a la interferencia. El informe inicial debería contener desarrollos de lo sucedido en las elecciones en Francia, la Unión Europea y los Estados Unidos. Determinar los pasos para confrontar las interferencias, tales como los compromisos políticos del G-7; el llamado de Macron que retoma el compromiso del G-7 (el llamado de París) e involucrar tanto a los Estados como a actores no gubernamentales. Se debería también realizar un análisis sobre el impacto de la no intervención y su definición bajo el estado actual del derecho internacional.

El relator del tema doctor Alix Richard agradeció los comentarios y se comprometió a incluir tanto las formas tradicionales de interferencia como las más recientes, incluyendo a los ataques cibernéticos. Todo ello con el fin de buscar una fórmula que permita proteger a los gobiernos frente a las diversas formas de intervención.

La Presidenta solicitó al relator presentar un informe en la próxima sesión del Comité en que se proponga además la naturaleza del instrumento a ser desarrollado.

* * *

9. Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el doctor Íñigo Salvador presentó una propuesta de nuevo tema a ser integrado en la agenda del Comité por medio de un informe titulado “Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático”, documento CJI/doc.592/19. Para ello el relator identificó la normativa convencional (Convención de 1954 que le arroga al Estado la facultad exclusiva) y los desarrollos jurisprudenciales en la materia. También se refirió a la distinción entre el asilo territorial y el asilo diplomático, citando opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la doctrina por medio de casos particulares tanto en el hemisferio como fuera del mismo. En este sentido, el doctor Salvador presentó tres principios jurídicos que deberían ser considerados respecto a las obligaciones de los asilados:

1. *No se debe establecer obligaciones que les sean imposibles de cumplir o impliquen una carga demasiado gravosa para las personas asiladas*
2. *De ninguna manera las obligaciones de las personas asiladas deben ser una especie de contraprestación por la concesión del asilo*
3. *Las obligaciones de las personas asiladas deben ser compatibles con la naturaleza jurídica de la modalidad de asilo aplicada*

Al culminar aseveró que su propuesta busca determinar las condiciones, contenido y alcance del asilo diplomático teniendo en cuenta las obligaciones de la persona asilada, los principios de no interferencia en los asuntos internos del Estado receptor e inviolabilidad de las misiones diplomáticas, y el tema de la calificación de su naturaleza por el Estado asilante.

El doctor Milenko Bertrand agradeció la propuesta en un tema en donde existe un poco de anarquía. Sugirió incluir los avances en relación a las normas contra el terrorismo y el genocidio. En su entender se deberían considerar las causales del refugio en la aplicación del asilo. Respecto al tema de la facultad soberana y derechos humanos, citó el caso de un nacional chileno quien tiene pendientes varias acusaciones de crímenes cometidos en su país y a quien se le ha otorgado el refugio en Argentina (cuya defensa alude al asilo político). Instó a verificar la pertinencia de revisar la posible eliminación de la institución del asilo. Es consciente que el asilo ha permitido salvar vidas, pero la crisis del refugio de nuestros días y la extensión de las causales obliga a generar un concepto del refugio que pudiera incluir el asilo.

La doctora Mariana Salazar agradeció la actualidad del tema y la descripción que propone el doctor Salvador. Se opuso a toda tentativa de eliminar la figura del asilo a la luz del no reconocimiento ampliado de la Convención de Cartagena sobre Refugiados y de la posibilidad que esta figura permite cuando no se puede salir de su país de origen. Solicitó cautela en relación a la caracterización del asilo como un derecho humano, respecto a las causas que se citan en el informe.

El doctor George Galindo agradeció al doctor Salvador y destacó el carácter apropiado de la propuesta. En relación al objeto del trabajo, consideró que un estudio sobre el asilo permitirá hacer una actualización y será una contribución importante. Sugirió añadir los deberes de los Estados respecto al asilo diplomático (a la luz del caso Irán c. EEUU que establece que el derecho diplomático es autosuficiente “self contained”) así como la relación con los asilados y el personal diplomático. Propuso verificar la dimensión política respecto a la manera en que los Estados se relacionan, y no únicamente la dimensión de los derechos humanos. Instó también a incluir elementos sobre el deber de garantizar la inviolabilidad de las legaciones diplomáticas y las garantías necesarias para mantener la neutralidad.

El doctor Luis García-Corrochano constató la ausencia de claridad de ciertos elementos que no fueron resueltos por la Corte Internacional de Justicia en el Caso Haya De la Torre. No se trataría de un derecho al asilo, pero más bien sería una discreción en manos del Estado bajo ciertos lineamientos. La incorporación en el informe de la condición del asilado es fundamental, ello tiene además relación con la capacidad para poder mantener la neutralidad y permitirle al Estado garantizar al asilado sus derechos

esenciales. Finalmente, se sugirió regular el aspecto temporal (pues por naturaleza el asilo diplomático debe ser transitorio).

La Presidenta aludió a la importancia de la inviolabilidad de las Embajadas, e invitó al doctor Íñigo Salvador a participar como el relator en el tema, contando con la anuencia del pleno.

El relator del tema agradeció las observaciones, el interés en mantener el tema bajo estudio, y solicitó orientaciones respecto al camino a tomar. El doctor Arrighi recomendó al Comité educar a la opinión pública sobre el buen uso de los conceptos formulados, teniendo en cuenta los elementos planteados por los miembros. El relator propuso identificar los términos sin perder de vista el interés de poder hacer una propuesta normativa al finalizar esa primera tarea.

* * *

10. Derecho internacional consuetudinario regional

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019), el doctor George Galindo presentó una nueva propuesta a ser incluida en la agenda del Comité, titulada: Derecho Internacional consuetudinario regional, documento CJI/doc.587/19. En la oportunidad, explicó las tres motivaciones principales en el tema:

- que el CJI reflexione sobre el significado de pertenecer al Continente americano;
- que se examine la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos humanos del 30 de mayo de 2018, Opinión Consultiva OC-25/18 acerca de “la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección”, y
- que se analice el pronunciamiento de la Comisión de Derecho Internacional sobre la identificación del Derecho Internacional Consuetudinario, notamente la conclusión 16 (de la cual la Asamblea General tomó nota):

Conclusión 16: Derecho internacional consuetudinario particular

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, local o de otra índole, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo se aplica entre un número limitado de Estados.

2. Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario particular, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho (opinio iuris) entre esos Estados.”

Entre los elementos que serán considerados en su estudio, el doctor Bandeira Galindo, propuso los siguientes temas:

- La “delimitación de las reglas de costumbre”, a la luz de propuestas de la doctrina que la limitan a un número de Estados que la configuran.
- El consentimiento, su carácter expreso o tácito. Necesidad de investigar el tema del silencio en el ámbito restringido que impone el sistema regional.
- El relacionamiento entre la costumbre regional y universal.
- El principio de la objeción persistente, en particular frente a una norma consuetudinaria que exige el consentimiento.
- La existencia de un *jus cogens* regional.
- La determinación del concepto de región que sea “jurídicamente relevante”.

Como metodología propuso identificar las normas consuetudinarias que existen en el continente actualmente (normas primarias generales en el ámbito de la costumbre regional) por medio de un estudio de las decisiones de los tribunales internacionales, las contribuciones doctrinales y una encuesta a los Estados Miembros de la OEA.

El doctor Iñigo Salvador apoyó la propuesta del doctor George Galindo y como una manera de enriquecer su consideración propuso reflejar ambos aspectos del concepto bajo estudio, tanto en el ámbito regional como universal, incluyendo el aspecto particular versus general, de manera a incluir las opiniones de la Corte Internacional de Justicia en relación a la costumbre. En lo que respecta a la relación de este tema con el asilo bajo su relatoría, sugirió introducir en la reflexión el cruce de las fuentes (elementos que provengan de convenciones y del derecho internacional consuetudinario).

El doctor Luis García Corrochano apoyó igualmente la propuesta presentada. Aludió al efecto generador de la costumbre del Juez Jiménez de Arrechaga. Al ser una unidad continental habría que revisar donde comienza y termina la costumbre. Se debería hacer un análisis casuístico. Finalmente,

propuso referirse al paso de la norma consuetudinaria a norma imperativa, independientemente su cuestionamiento.

El doctor Milenko Bertrand se refirió al desafío revitalizante que implica la propuesta. Aconsejó incluir en el análisis la “costumbre bilateral” (su punto de conexión y diferenciación con el stoppel); aspectos valóricos respecto de la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso Atala por ejemplo; temas relativos al silencio en el consentimiento, en particular el efecto de las declaraciones de organizaciones internacionales de orden político que no se votan por favorecer el consenso.

El doctor Jean-Michel Arrighi recomendó referir a la existencia o ausencia de una costumbre de naturaleza regional en materia de democracia, en función de la Carta Democrática de la OEA que es un texto adoptado como una resolución.

* * *

11. El fraude electoral como ilícito internacional del sistema interamericano

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019), el doctor Miguel Angel Espeche-Gil manifestó su interés en desarrollar la temática del fraude electoral, y que de nuestros días toma diversas formas y ramificaciones (incluyendo en el ámbito cibernético). En concreto, su propuesta inicial era incluir una nueva provisión a la Carta Democrática Interamericana, cuenta tenida su trascendencia en la materia por medio de un agregado al artículo 23 en el Capítulo V que lee:

“El fraude electoral, en todas sus formas, es un ilícito dentro del Sistema Interamericano pues viola uno de los principios fundamentales de la O.E.A.: el ejercicio efectivo de la democracia representativa. Tan ilegal es el fraude electoral como los golpes de Estado, ambos generan gobiernos ilegítimos.”

El doctor Arrighi explicó que la propuesta original de la Carta Democrática Interamericana que realizó el gobierno peruano buscaba precisamente pronunciarse sobre el fraude electoral a la luz de la pretensión de cada candidato en las elecciones presidenciales de 2000 que oponían a Fujimori y Toledo. Sin embargo, el tema no avanzó y ninguna de las cuatro hipótesis de crisis previstas por la Carta Democrática Interamericana prevé el caso del fraude electoral. Recomendó evitar modificar la CDI en la actualidad, y adoptar una resolución siguiendo el camino trazado por el Comité, que ya dispone de estudios sobre los elementos de la democracia.

El doctor Espeche-Gil agradeció la sugerencia del doctor Arrighi y convino en trabajar un pronunciamiento sobre el tema del fraude electoral sin por ahora introducir propuestas de cambio a la Carta Democrática Interamericana.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció la propuesta del doctor Espeche-Gil y el camino propuesto por el doctor Arrighi. Frente al aumento del número de amenazas a la democracia se debería incluir un listado amplio de elementos que tengan incidencia.

El doctor George Galindo solicitó información adicional sobre los desarrollos del Comité sobre la temática de la democracia.

Al respecto, el doctor Dante Negro se refirió al volumen sobre “La democracia en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano”, el cual recopila los desarrollos entre 1946 y 2010.

La Presidenta solicitó a la Secretaría remitir a los miembros no solamente los informes aprobados sino que también incluir los desarrollos del doctor Hernán Salinas.

Para distinguir el tratamiento de este tema de la propuesta del doctor Richard, el doctor Espeche-Gil planteó la posibilidad de presentar un voto separado al informe del doctor Richard que permita precisar su posición sobre el fraude electoral. La propuesta del doctor Espeche-Gil quedó en la agenda del Comité, quedando designado como relator del mismo.

* * *

12. Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos

El doctor Milenko Bertrand explicó la resolución de la Asamblea General de la OEA que solicita al CJI la “elaboración de una ley modelo que regule el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos, tomando como base las legislaciones existentes sobre esta materia en la región, así como los insumos que provean los Estados”, en virtud de la resolución AG/RES. 2930 (XLIX-O/19) numeral iii. En relación a los antecedentes, el doctor Bertrand reveló que la propuesta inicial fue presentada por dos ONGs de Chile que asisten a niños quemados y que viajaron a la sede de la OEA para presentar ante los Estados el trabajo realizado. Es un tema que tiene relación con la experiencia chilena que cuenta con una ley que regula de manera específica la materia de los fuegos artificiales. Dicha normativa prohíbe la venta y el uso de los mismos, pudiendo resultar en multas y decomisos en caso de infracciones a la ley. La ley se aplica también a los espectáculos pirotécnicos fijando niveles de seguridad permitidos, y ello implica tanto a instituciones públicas como privadas. La introducción de la norma fue acompañada de campañas publicitarias que buscaban generar un cambio cultural en la opinión pública, algo que resultó muy eficaz. Estudios permiten constatar que desde la publicación de la ley, en 15 años ha bajado considerablemente el número de quemaduras, inclusive ya no hay muertes. Constató además que ya habría un análisis que describe el tipo de regulación existente en diez Estados Miembros de la OEA, y que estaría en marcha un estudio por parte de la Universidad de California sobre el impacto real del uso de fuegos artificiales en la niñez en toda América. En este contexto, al momento de manifestar su interés en hacerse cargo de la relatoría del tema, considerando su interés en el mismo y su vinculación con las ONGs involucradas, propuso la siguiente agenda de trabajo:

- Presentar el estudio de la Universidad de California que podría permitir elaborar una ley modelo en función de información efectiva.
- Revisar el cuestionario existente y redactar uno nuevo a ser enviado a instituciones públicas de los Estados miembros por medio de sus representantes ante la OEA.
- Proponer una ley modelo que incorpore modelos de técnica legislativa, tanto hemisférica como europea, que permita pronunciarse sobre políticas públicas en función de culturas y prácticas propias. Ello ayudaría a incorporar temas de la efectividad de la normativa en el contexto latinoamericano, incluyendo la generación de una metodología que podría servir en otros ámbitos.

El doctor Espeche-Gil confirmó que esta iniciativa inaugura una oposición muy fuerte de empresas poderosas en nuestros países.

El doctor George Bandeira constató el carácter oportuno del mandato de la Asamblea General y consultó sobre la existencia de alguna iniciativa global en la materia, destacando la relación de la pobreza con el tema de los fuegos artificiales, pudiéndose entonces pensar el tema bajo el ángulo del derecho. Asimismo, solicitó integrar la dimensión técnica del trabajo que realizan médicos e ingenieros, y otras partes involucradas.

El doctor José Moreno felicitó al doctor Bertrand, y le consultó si ya existe algún relevo en el *Common Law* que pudiera tener alguna trascendencia para el trabajo del Comité.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, se refirió a la ley de su país, que incorpora temas de orden público, relativos a la salud (vista desde variados aspectos) y seguridad (pues regula el uso de la pólvora). Asimismo, solicitó el acuerdo de los miembros para designar al doctor Milenko Bertrand como relator de este mandato que ha sido solicitado por la Asamblea General de la OEA.

Cabe hacer notar que en días anteriores el Embajador de Chile ante la OEA, y ex miembro del Comité, doctor Hernán Salinas se había referido a la iniciativa relativa a los fuegos artificiales que fuera descrita por el doctor Bertrand, subrayando la importancia de regular el uso responsable de los mismos, en función de experiencia positiva de su país. En la oportunidad, el doctor Iñigo Salvador

explicó que el uso de fuegos artificiales compuesto de fósforo blanco no se limitaba a quemaduras en su país, sino que además al ser utilizado como veneno tenía efectos insospechados en la salud, incluyendo la muerte (al respecto anunció la presentación de un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Adicionalmente, se refirió al impacto negativo de los fuegos artificiales en espacios como en las Islas Galápagos, cuyo efecto se hace sentir en los animales e inclusive pudiendo dar origen a incendios, y por ende provocar riesgos para la salud pública y el medio ambiente.

El designado relator del tema, doctor Milenko Bertrand, agradeció los aportes. Explicó que a pesar de no ser un tema de su especialidad, es consciente del importante impacto que tendrá en la población. Además, ello le llevará a relacionarse con especialistas en temas técnicos, tanto médicos, ingenieros y sociólogos. En cuanto al objetivo se buscará trabajar en una metodología que permita incorporar aportes que van más allá de lo jurídico, notamente aspectos de política pública. A nivel de la ONU no existen iniciativas en la materia, a pesar de los esfuerzos desplegados por las ONGs de Chile en el seno del organismo universal. En relación a las legislaciones nacionales señaló la necesidad de realizar mayores esfuerzos en lugares donde el Estado está mucho menos presente, y por ende convino que los desafíos son variados y de naturaleza distinta.

* * *

TEMAS TERMINADOS

1. Derecho aplicable a los contratos internacionales

Documentos

- | | |
|--------------------------------|---|
| CJI/doc.577/19 rev.1. corr.2 - | Informe del Comité Jurídico Interamericano: Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas |
| CJI/RES. 249 (XCIV-O/19) | Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas |

* * *

Durante el 84° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2014), la doctora Elizabeth Villalta presentó el informe titulado “Derecho Internacional Privado”, documento CJI/doc.446/14, introduciendo un tema que no estaba contemplado en la agenda adoptada en agosto del año 2013.

Su propósito era impulsar algunas de las Conferencias realizadas en el marco de la CIDIP, y en particular, la Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ratificada por dos Estados Miembros de la OEA.

Entre los motivos para el limitado número de ratificaciones, enumeró la poca difusión y conocimiento de su existencia y el hecho de que las soluciones habrían sido demasiado novedosas para la época (1994), notablemente el espacio acordado a la autonomía de la voluntad y la referencia a la *lex mercatoria*. Concluyó que la Convención de México podría resolver muchos de los problemas de la contratación internacional con soluciones propias para el hemisferio.

El Director del Departamento de Derecho Internacional, doctor Dante Negro informó sobre la participación de ambos en las reuniones de la ASIDIP y pudo observar que existía un consenso respecto a la necesidad de revisión de ciertas convenciones adoptadas en el seno de las CIDIPs, particularmente la Convención de México de 1994, y comprobó el interés de los especialistas en contar con el apoyo del Comité Jurídico Interamericano para difundir dichas convenciones. Explicó, además, que en el seno de la Asamblea General no se habían aprobado resoluciones específicas sobre las CIDIPs, o presentado nuevos temas o soluciones al impasse en relación al derecho del consumidor. Indicó que informalmente el Departamento de Derecho Internacional había realizado gestiones con los Estados para impulsar la ratificación de las Convenciones de Derecho Internacional Privado.

El Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA, doctor Jean-Michel Arrighi, recordó que algunos de los miembros de la ASADIP han ocupado altos cargos en sus gobiernos y nunca propusieron la ratificación de dichas Convenciones como prioridad. Del mismo modo, indicó que la realización de protocolos o modificaciones a Convenciones ya firmadas y ratificadas dependería de voluntad de los Estados partes. Por ende, la revisión de la Convención de México debería ser propuesta por México o Venezuela, los únicos que la han ratificado. Finalmente, remarcó el papel importante del Comité Jurídico Interamericano en la conformación de una red de expertos que servirían para apoyar las iniciativas en la materia.

El doctor Salinas indicó que la explicación del doctor Jean-Michel Arrighi permitía comprender las razones que explican que dicha Convención no haya sido ratificada por un número significativo de países. Además, sugirió realizar consultas que incluyan a expertos y practicantes en la materia.

El Presidente planteó entonces, a la luz del consenso existente, mantener el tema en la agenda para agosto (2014), así como la elaboración de un estudio sobre la convención, que tenga en cuenta la opinión de los Estados, expertos y practicantes por medio de una consulta directa.

Durante el 85º período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2014), la doctora Villalta presentó un nuevo informe, titulado “El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, documento CJI/doc.464/14, el cual hace una referencia a todas las convenciones de Derecho Internacional Privado adoptadas en el seno de las CIDIPs.

Expresó que algunos países indicaron que las traducciones de la Convención no han sido las más afortunadas, lo que constituiría un obstáculo a su ratificación. La doctora Elizabeth Villalta mencionó que existirían procedimientos de corrección, por ello sugirió al Comité llamar a la atención de los Estados los citados errores. Indicó que existe la necesidad de mayor difusión, particularmente por la importancia actual de los contratos internacionales y de los arbitrajes internacionales. Dichas convenciones podrían resolver muchos de los problemas actuales de derecho, como el principio de la autonomía de la voluntad. Principio que ha sido incorporado en la legislación venezolana y en un proyecto de ley de Paraguay. Finalmente, señaló que la Convención trae como beneficios la recepción de los principios de la *lex mercatoria* y los diversos principios desarrollados en foros internacionales así como en los usos y prácticas comerciales.

El co-relator del tema, doctor Collet, presentó verbalmente su informe, denominado “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, documento CJI/doc.466/14 rev.1. Relevó los instrumentos jurídicos aplicables, presentando una comparación general entre el instrumento interamericano y el europeo. También explicó los principios relativos a la determinación de la voluntad común de las partes y la proximidad de las prestaciones. Constató que la Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales no incluye obligaciones extracontractuales. En este sentido, propuso orientar la reflexión sobre la posibilidad de extender el dominio de la ley aplicable en el plan convencional.

El doctor Arrighi indicó que en el tema de las traducciones no habría una indicación clara de los errores que existirían. En su opinión, el problema es que hay una dificultad de compatibilizar los medios de producción de soluciones: leyes uniformes y/o convenciones uniformes.

El Presidente indicó que el silencio en ratificar ya es una respuesta política. El doctor Salinas observó que también ocurre lo mismo con relación a instrumentos adoptados en La Haya que son ratificados por un mínimo número de Estados. La doctora Villalta señaló que su informe plantea la posibilidad de dotarse de soluciones de incorporación legislativas basándose en la experiencia de Venezuela y Paraguay.

El Presidente propuso entonces como conclusión a esta discusión que los relatores hicieran las consultas a los Estados respecto al interés que representa este tipo de instrumentos jurídicos, incluyendo también a los operadores y a la academia, identificando preguntas pertinentes para que la Secretaría distribuya dichos cuestionarios. Esta propuesta fue adoptada por el pleno.

Durante el 86º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, Brasil, marzo, 2015), la co-relatora del tema, doctora Villalta, presentó una nueva versión de su informe, documento CJI/doc.464/14 rev.1 que incorpora las acciones realizadas en la materia por otras organizaciones internacionales, tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Además, el documento expone el proceso de implementación de los principios de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México de 1994) realizado por algunos Estados en sus legislaciones internas, refiriendo como ejemplo las leyes de Venezuela, República Dominicana, Panamá, y Paraguay.

Finalmente, dio a conocer el cuestionario elaborado para los Estados y expertos de la academia, cuya primera versión había sido remitida por la Secretaría a las Misiones Permanentes ante la OEA en la segunda semana de marzo, y que hasta la fecha ningún Estado había contestado

El Presidente sugirió que se realicen dos cuestionarios: uno sobre contratación internacional y otro sobre los desafíos que se imponen a la región en materia de Derecho Internacional Privado.

Solicitó adicionalmente a la co-relatora Villalta socializar las preguntas con los otros miembros antes de someterlas a los Estados y expertos, dejando la determinación del formato y contenido en sus manos.

Durante el 87° período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, Brasil, agosto, 2015), la co-relatora presentó el documento “Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales” (CJI/doc. 487/15) en el cual pasa revista a las cuatro primeras respuestas recibidas respecto al cuestionario que fuera enviado a los Estados (Bolivia, Brasil, Jamaica y Paraguay). Asimismo, mencionó y agradeció a los académicos que contestaron el cuestionario: Mercedes Albornoz, Nuria González, Nadia de Araújo, Carmen Tiburcio, Sara Feldstein de Cárdenas, Cecilia Fresnedo, Sara Sotelo, Didier Operti, José Martín Fuentes, Alejandro Garro y Peter Winship.

El doctor Stewart indicó sentir un mayor consenso a favor de la elaboración de una Ley Modelo o de una Guía de Principios en relación al tema.

La doctora Villalta subrayó que la respuesta entregada por la mayoría de los expertos permitió conocer que la Convención de México era muy vanguardista al momento de su aprobación, pero que de nuestros días el consenso pareciera favorecer una fórmula de *soft law*. El Vicepresidente observó que el consenso del Comité sería en el sentido de mantener el tema en la agenda.

Durante el 88° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Washington D.C., abril, 2016), la doctora Elizabeth Villalta, co-relatora del tema, recordó a los Miembros que en el 86° período de sesiones se había aprobado un cuestionario en el que la mayor parte de los Estados se pronunciaron a favor del principio de la autonomía de la voluntad y de la elección del lugar con el cual el contrato posee vínculos más estrechos, en caso que las partes no hayan determinado la ley aplicable o que su selección haya sido inválida.

En cuanto a la consulta sobre la necesidad de alguna reforma a la Convención, la mayoría de los Estados manifestaron tener en cuenta el contexto político.

Finalmente en relación al desarrollo de las CIDIPs, los Estados en su mayoría, consideraron que sería conveniente realizar una mayor labor de promoción. También hubo interés en celebrar una conferencia general para discutir las virtudes de las convenciones interamericanas, y la pertinencia de su actualización de ser necesario.

La doctora Villalta también llamó la atención a la respuesta de Paraguay que describía la influencia que habría tenido la Convención de México en la adopción de la reciente ley sobre Derecho Internacional Privado.

En su análisis de las respuestas de los académicos, la relatora verificó que la gran mayoría advirtió el aspecto avanzado de la Convención de México para la época, cuyos principios estarían conformes con el contexto comercial actual. También notó que algunos profesores mencionaron cierta aprensión en cuanto al alcance del principio de la autonomía de la voluntad. En relación a la Convención de México, algunos expertos expresaron opiniones favorables a su desarrollo, también hubo algunos que propusieron dotarse de una ley modelo, o que la Convención sirviera de referencia para la elaboración de una guía de principios sobre Derecho Internacional Privado. Al respecto, algunos académicos propusieron la celebración de una conferencia tendiente a servirse de los principios existentes en las CIDIPs para dotarse leyes modelos. Como un aspecto adicional, la relatora observó que no hubo mucha participación de expertos provenientes de Centroamérica.

El doctor Stewart mencionó que por lo que comprendió, existiría un apoyo sustantivo a lo expresado en la Convención de México, pero que no habría interés en dotarse de una ley modelo o proponer enmiendas a la Convención. En este contexto, desde su punto de vista el próximo paso podría ser una reunión de expertos para trabajar en la elaboración de un guía de principios en el tema.

El doctor Salinas, a la luz de lo explicado, constató que no existe mayor interés en ratificar la Convención, y expresó su acuerdo con la propuesta del doctor Stewart de celebrar una reunión de expertos con una amplia representación para elaborar una guía de principios.

El doctor Hernández García observó que lo ocurrido con la citada convención ejemplifica un patrón de las organizaciones internacionales, en que se desarrolla un tema y se elabora un instrumento, esperando tener un impacto en el desarrollo del tema a nivel doméstico. Propuso considerar avanzar en la elaboración de una guía interpretativa. Sugirió que la relatora, con el apoyo de la Secretaría, redacte un borrador de guía para la apreciación de los miembros.

El doctor Moreno se refirió a la evolución experimentada desde los años 90 por el desarrollo del arbitraje como un medio de solución de controversias, y la influencia que han tenido los principios básicos de la Convención de México que ya hacen parte de los sistemas internos en variados países de las Américas. Al respecto, abogó para contribuir en la aceptación de los mismos principios del arbitraje en los espacios de justicia tradicional. Señaló que algunos de los países de la Región ya estaban en un proceso de modificación de sus leyes en el ámbito del Derecho Internacional Privado, por lo tanto consideró muy pertinente la elaboración de una Guía que beneficiará a muchos.

La doctora Villalta expresó que al iniciar sus labores como relatora no se había planteado como objetivo influenciar en la ratificación de la Convención de México sino más bien promover el acervo de derecho internacional privado de las convenciones interamericanas. En este sentido, sugirió además de la elaboración de una guía, utilizar este espacio para promover todo el sistema normativo de Derecho Internacional Privado.

El doctor Negro expresó la disponibilidad de la Secretaría del Comité para apoyar los trabajos en relación a la elaboración de una guía. Señaló que este es un ejemplo ideal en donde el éxito de una Convención no se refleja en el número de ratificaciones, pues su influencia se puede alcanzar por otros medios, tales como la inserción de sus principios en los sistemas legales internos. Notó además que muchos de los impedimentos para una posible ratificación no parecen estar en el contenido de la Convención, y por ende, es posible rescatar los principios de la misma junto a los principios derivados de la Conferencia de La Haya en la materia.

Los miembros sugirieron que el doctor Moreno se uniera como relator, acordaran que el próximo paso sería la redacción de un guía de principios con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional en su calidad de la Secretaria Técnica del Comité, a ser presentada en el próximo periodo de sesiones.

Cabe señalar que en el Comité desarrolló una “Mesa Redonda sobre Derecho Internacional Privado” que trató sobre el futuro del Derecho Internacional Privado y algunos temas específicos tales como la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales. El informe escrito de dicha actividad se encuentra en el documento DDI/doc.3/16.

Durante el 89º período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, octubre, 2016), la doctora Villalta recordó los antecedentes de las discusiones en torno al tema de los contratos internacionales y dio a conocer la guía sobre contratación internacional que ha elaborado junto con el doctor Moreno. Dicha guía está basada en los principios ejes de la Convención de México sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales, los Principios de La Haya sobre la Elección de la Ley Aplicable en materia de Contratos Internacionales, y los más importantes instrumentos internacionales en la materia. Mencionó además haber tomado en cuenta las respuestas al cuestionario por parte de diversos Estados y las encuestas realizadas entre profesores y juristas del Hemisferio.

Por su parte, el doctor Moreno resaltó los méritos de la Convención de México, a pesar de no haber tenido un mayor número de ratificaciones. Por lo demás, atribuyó a tres las causas de la falta de ratificación de la misma:

- La comunidad jurídica en el año 1994 no estaba preparada para integrar un documento de esa naturaleza.
- Ciertas fórmulas fueron un texto de compromiso que resultó de discusiones diplomáticas, tales como por ejemplo los artículos 9 y 10.

- Algunos de los términos no lograron una traducción acertada al inglés.

En este contexto, los relatores propusieron al Comité adoptar una guía de principios que busca cumplir una función similar a la de la Convención, considerando que puede servir como modelo para las legislaciones internas y ser una referencia académica para los operadores del derecho sobre la implicación de las soluciones propuestas en la citada Convención de México, entre otros. Además, la guía podrá facilitar la interpretación y comprensión de conceptos complejos, tales como la autonomía de la voluntad, y por ende servir a jueces y árbitros para valerse de ella en la toma de sus decisiones. Todo ello puede tener una incidencia y llevar a la ratificación de la Convención, así como servir de modelo para facilitar las modificaciones a leyes nacionales y expandir el ámbito de soluciones posibles, incluyendo las propuestas presentes en los principios de La Haya.

El Presidente manifestó su apoyo a la perspectiva de la guía que han planteado los relatores.

El doctor Salinas consultó sobre el valor agregado y la pertinencia de una guía a la luz de los Principios de La Haya que son autoridad en la materia de la organización en que fueron adoptados, por tal razón consultó respecto a la pertinencia de una ley modelo.

La doctora Villalta explicó que el valor agregado de la guía consiste en expandir el sistema normativo americano para incorporar en los sistemas nacionales soluciones más modernas. Mencionó que siendo que en el 88° período ordinario de sesiones, en Washington, el pleno decidió apoyar a los relatores en la elaboración de una guía, no les pareció razonable sugerir una ley modelo.

El doctor Moreno aludió a su experiencia en la CNUDMI donde se trabajó en una guía legislativa, foro en el cual también surgieron dudas sobre la naturaleza del instrumento. Sin embargo, el concepto acordado es que dichas soluciones deban servir a los individuos y no atar a los Estados a sistemas específicos establecidos en tratados.

La guía propuesta posee lo más moderno en el mundo en soluciones para los contratos internacionales, a la luz de los diversos instrumentos internacionales, incluso la Convención de México y se espera que sirva al legislador, al juez, e incluso a los árbitros.

El doctor Mata Prates consideró positivo que el Comité cree el “*soft law*” que sirva a los operadores de derecho y permita aplicar e interpretar las normas ya existentes.

El Presidente recordó que los relatores necesitarían sería el análisis de los miembros sobre las soluciones que presentaron. Debido a que ningún miembro habría objetado a las soluciones presentadas, consultó a los relatores sobre los elementos que faltarían para transformar este proyecto en una guía.

El doctor Moreno explicó que sería importante estar seguros de que el material presentado sea el mejor que el Comité Jurídico pueda alcanzar.

El doctor Hernández García propuso que este tema en particular sea examinado con los consultores jurídicos para poder verificar sus opiniones y buscar una retroalimentación directa.

El Presidente estuvo de acuerdo con la propuesta del doctor Hernández García y sugirió que se distribuya a los consultores jurídicos una copia del proyecto presentado por los relatores.

Al finalizar la discusión, el pleno acordó la presentación por parte de los relatores de un documento en el próximo período de sesiones.

Durante el 90° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2017), ambos relatores, los doctores Elizabeth Villalta y José Moreno, presentaron comentarios sobre los desarrollos del tema. El doctor Moreno aludió a los esfuerzos en torno al derecho contractual de la Convención de Roma de 1980 en Europa, y los desarrollos en el ámbito regional, por medio del Código Bustamante, el Código de Montevideo y los trabajos de las Conferencias Interamericanas en materia de Derecho Internacional Privado (CIDIPs).

El doctor Moreno explicó los desarrollos de la Conferencia de La Haya sobre DIP en materia de contratos, y en particular los Principios de La Haya (PH) que buscan apoyar a los legisladores en sus esfuerzos por modernizar las reglas del contrato. De hecho constató que tanto los avances de La Haya como la Convención regional han inspirado las modificaciones legislativas en su país, Paraguay.

El doctor Moreno agregó haber participado en el Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya que elaboró los Principios y que luego se desempeñó como representante de su país en el órgano político que aprobó el documento, y en dicho foro siempre se reconocía el aporte de la Convención de México como una de las principales fuentes.

El doctor Mata reconoció que el propósito era crear una guía de estos principios. Coincidió con que los Estados no estaban interesados en la ratificación de la convención regional. Sin embargo, sentía que por algún tiempo se contaría con la Convención de México como referente. Dijo que aunque podría haber esperanza que la guía se convierta en ley "común" entre los Estados, por el momento ello era excesivo.

El doctor Hollis preguntó acerca de la manera en que el documento de los relatores tendría en consideración las diferencias entre la Convención de México y los Principios de La Haya, considerando que la primera abarcan a todo tipo de contratos, mientras que los segundos refieren a la plena autonomía de las partes en los contratos comerciales, y por ende si la guía estaba destinada a limitarse a los contratos comerciales.

El doctor Hernández dijo que el objetivo era estandarizar las reglas de manera que cuando una compañía de un Estado haga negocios con una empresa en otro Estado, pueda trabajar de forma armoniosa. Agregó que lo esencial era promover los negocios internacionales, y una Guía en la materia sería lo ideal. Debería ofrecer el mejor asesoramiento al recipiente con la finalidad de encontrar la fórmula más pragmática para facilitar su intercambio privado. Desde su punto de vista, ello constituiría un valor agregado para todos los que la utilizan.

El Presidente subrayó la importancia de contar en el seno del Comité con la participación de expertos en DIPr. También hizo hincapié en que el Comité debería ofrecer productos de utilidad coherentes con los objetivos del Comité. Dijo que justamente en relación con este último punto abrigaba ciertas dudas a la luz del rol consultivo del Comité (tal como surge de la Carta). Preguntó si acaso no se iba un poco más lejos de lo que permitían los objetivos del Comité. A su juicio, la guía debería tener carácter legislativo y ayudar al comercio internacional, tal como expresara el doctor Hernández. Por lo tanto, propuso dirigir la guía legislativa a los Estados para que pudieran modernizar sus leyes. Dijo sentir que un trabajo de 150 páginas parecía más a una "declaración" y sugirió un formato más corto.

El doctor Moreno respondió a las preocupaciones de la Presidencia explicando que lo que se había decidido en abril pasado fue un borrador de guía y consideró que si se debía cambiar el enfoque en esta etapa, se perdería mucho trabajo ya hecho; sin embargo, reconoció estar abierto a la determinación del Comité.

Dijo haber encontrado que muchos legisladores, incluso profesores, no entienden el Derecho Internacional Privado y en este sentido la guía buscaba simplificar y tornar accesible este material. Le preocupaba que los legisladores pudieran tomar de 25 a 30 años para modificar las normativas internas; constató además que los árbitros, los jueces y muchos otros podrían realmente beneficiarse en este momento con la guía. Lo que se estaba creando en este documento era esencialmente una "ley blanda".

El doctor Moreno confirmó lo expresado por el doctor Hernández que la guía había sido pensada primeramente para los contratos comerciales. Observó que aunque el proyecto actual era extenso, cubría muchos temas. Que si bien estaba pensado para ser simple y completo, no podría ser al mismo tiempo completo y breve.

Agregó que sería necesario incluir una explicación adicional que aclarará que el ámbito de los consumidores y el laboral se encuentran fuera del parámetro de la Guía.

En respuesta al doctor Hollis, explicó que los Principios de La Haya no cubrían situaciones donde no se había escogido la ley aplicable, algo que hubiese sido sumamente ambicioso.

Concluyendo, el doctor Moreno aclaró que la idea no había sido preparar una declaración, sino explicar las soluciones de la Convención de México, los Principios de La Haya, e instruir a las legislaturas y de esa manera ayudar a las Partes.

El doctor Hernández mencionó que tal vez el usuario final podría estar mejor al observar el producto. En dicha oportunidad sería entonces más fácil decidir si sería más adecuado para el legislador, el juez, las partes, etc.

Observó asimismo que la Convención de México había comenzado con buenas intenciones. No obstante, sus resultados ofrecieron un buen motivo para que las entidades políticas considerasen la pertinencia de comenzar la labor de codificación – o no – mediante un tratado. En ese sentido, no era necesario dotarse de un tratado y habría sido mejor utilizar un instrumento de ley blanda. En consecuencia, esto ejemplifica la necesidad de cautela al embarcar en un proceso de codificación que demanda enormes esfuerzos y recursos.

El doctor Mata Prates expresó que este intercambio de ideas había acercado al Comité a su objetivo. Observó asimismo que era una labor académica, cuyo espacio tiene sus propias reglas; el Comité posee también las suyas y aunque podría haber escogido una ley modelo, la decisión alcanzada fue una guía. Pensó que sería útil presentar una guía porque pocos Estados poseen legislación sobre el tema, además de no ser vinculante. El CJI podría así realizar una contribución significativa en un área muy importante y con aplicación práctica.

El doctor Moreno respondió al último comentario relativo a una ley modelo, aclarando que la guía no tenía la finalidad de oponerse a la Convención de México – de la cual expresó su orgullo. Si es bien interpretada, dijo, la convención regional resolvería los aspectos medulares – autonomía de las partes – total o parcialmente, con la selección en un sentido más estrecho, etc. Lo que era importante era el contrato, de manera que las partes podían obtener del mismo lo que deseaban. Esto es lo que el arbitraje había logrado de manera tan exitosa. Agregó que, a todos los niveles nacionales, los Estados podían ratificar la Convención de México o bien podían trabajarla nuevamente en combinación con los Principios de La Haya. Destacó que estos últimos habían sido inmediatamente útiles y brindó ejemplos donde los tribunales ya los habían utilizado. Su meta era que la guía se convirtiese en un documento igualmente útil.

El Presidente dijo que este trabajo implicaba enriquecer a la Convención de México con los Principios de La Haya y desde esta perspectiva esto sería una guía para asistir a la legislatura estando basada en hechos.

Al finalizar el análisis de este punto, se solicitó a los relatores presentar un borrador de la propuesta en la próxima sesión de trabajo.

Durante el 91º período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2017), el relator José Moreno se refirió a su informe, “Primer Borrador de Guía sobre Contratos Internacionales en las Américas”, documento CJI/doc.540/2017 corr.1 destacando que presenta una obra colectiva en que han participado numerosos expertos de diferentes países del Continente entre los cuales mencionó a destacados profesores de Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos y Uruguay.

En su descripción del informe, dio a conocer en la parte introductoria una referencia a los inicios del derecho internacional privado, y los esfuerzos en el ámbito global (Conferencia de La Haya, UNCITRAL y UNIDROIT) como Interamericano, refiriendo al Código de Bastamente, los Tratados de Montevideo de 1940, junto con mencionar los trabajos de las CIDIPs (remarcando el alto número de ratificaciones). También a nivel regional se refirió a los procesos de integración en el seno del Mercosur y de la Unión Europea.

Bajo la rúbrica de las técnicas de la codificación, el relator explicó que en los últimos 20 años se han adoptado 10 convenciones principalmente de índole procesal de un total de 79, manifestando su

preocupación por los inconvenientes del proceso diplomático de aprobación y la ratificación de tratados, que implicaría que muchos instrumentos no resulten en el ideal o sean objetos de reservas, lo cual afecta su objetivo unificador.

De nuestros días proliferan principalmente instrumentos de derecho blando, de un total de 65 adoptados en los últimos años, 11 lo han sido en el ámbito de la OEA, en particular en las CIDIPs VI y VII, destacando al respecto la contribución por parte del CJI por medio de la ley modelo de acceso a la información pública, la ley modelo sobre sociedades por acción simplificada, los recibos electrónicos aduaneros para productos agrícolas.

En este contexto, presentó los objetivos del Comité por medio de la adopción de una Guía de Contratos Internacionales que tenga en consideración elementos que de la Convención de México de 1994:

- facilitar la adopción de soluciones a través de diversos mecanismos (instando ya sea a adoptar el instrumento de la OEA o regular dichos principios en sus leyes internas);
- servir de guía interpretativa e inclusive como lengua franca para jueces, árbitros y contratantes;
- facilitar en la región la aceptación de soluciones extendidas universalmente respecto de la autonomía de la voluntad y la aceptación del derecho no estatal.

Acto seguido, el doctor Moreno dio a conocer una lista de anacronismos en materia de contratos:

- Soluciones jurídicas vetustas;
- Falta de consolidación del principio de la autonomía de la voluntad y sus derivaciones;
- Reticencias respecto de la aceptación del derecho no estatal;
- No equiparación del derecho no estatal en el plano judicial y arbitral;
- Manejo de la noción del orden público en la esfera internacional privada.

En consecuencia, la guía además de ser la primera en la región, servirá como un instrumento puente con los trabajos desarrollados por la Conferencia de La Haya y UNCITRAL. Al poner a disposición el informe, el relator invitó a tomar el tiempo necesario para revisarlo considerando que no es su entender adoptar la versión final en esta sesión.

La doctora Villalta destacó la influencia positiva de la Convención de México tanto a nivel universal como regional y nacional, las posibilidades que representa este nuevo aporte del Comité por medio de la Guía.

El doctor Hollis consideró necesario hacer una diferencia entre lo descriptivo y lo normativo, y que ello se refleje de manera uniforme a lo largo del informe. Al respecto, solicitó incluir breves resúmenes. En relación a la contribución del Comité expresó la necesidad de dar a conocer las alternativas disponibles con sus respectivas explicaciones y razonamiento, lo cual implica decidir si se quiere un documento de índole normativo o más bien una compilación.

El doctor Hernández agradeció el impresionante documento junto con felicitar a la doctora Villalta por la explicación respecto a la motivación de la Guía que busca ayudar a los operadores a tomar decisiones en materia de contratación y no persigue una mayor ratificación de la Convención de México, teniendo en consideración que los tratados no deben ser considerados como la única solución jurídica. En cuanto al contenido del informe, en su entender el documento tal que presentado podría ser adoptado por el Comité, pero teme que en su versión actual no alcanzaría el fin perseguido puesto que no se busca un documento académico sino práctico. Para ello debe ser más conciso, identificar la parte normativa y explicar los principios y las soluciones promovidas en función de los referentes encontrados.

El doctor José Moreno consideró que si bien no es la intención de los relatores es posible que la Guía tenga por efecto permitir la ratificación de la Convención y una mayor difusión, además de

confiar en su utilidad en materia de arbitraje, y en que pueda servir como un referente importante para los Estados, y las instituciones especializadas, de la misma manera que lo han sido la Conferencia de La Haya y UNCITRAL.

En relación a los comentarios del doctor Hollis, explicó que se espera que estos instrumentos sirvan a un sinnúmero de actores, legislador, juez, las partes, y por ello lo ideal sería dejar claro en el desarrollo del documento que se tiene en consideración al operador. Aclaró que la Guía busca dar una explicación razonable y bien fundamentada sobre el estado de la cuestión en cada caso. Lo que pretende el relator es converger en las posiciones de los Estados.

En lo relativo a la normativa, señaló que teme que, al buscar tomar postura sobre ciertos puntos, se deba elegir entre la Convención de México y los Principios de La Haya, y por lo tanto se debe evaluar con seriedad dicha alternativa. Las guías que se elaboran de nuestros días son complejas, técnicas y extensas, y el relator ha puesto particular atención en redactar algo más breve y al punto, de hecho, pasó de 300 a 120 páginas. En relación a las fórmulas correctivas propuso retomar principios de la Convención de México, aunque la Conferencia también ofrece buenas opciones. En razón de que no se contó con las mismas condiciones que la Conferencia de La Haya que disponía del apoyo de otras instituciones y expertos del mundo, en un espacio de tiempo mucho mayor, propuso mantener el texto en su forma actual considerando los aspectos técnicos del mismo, y la necesidad de la región de dotarse de un instrumento en un futuro próximo.

El doctor Hernández aclaró su intervención anterior manifestando el interés en dotarse de informes prácticos que ofrezcan soluciones vigentes y acordes a los problemas que se plantean, puesto que las alternativas propuestas en algunos casos eran variadas.

El doctor Richard, invitó a traducir estos informes lo cual permitirá una mayor difusión de los trabajos del Comité entre los expertos de su país, además de las organizaciones internacionales tales como la Unión Africana.

El doctor Mata Prates subrayó las dificultades que se imponen cuenta tenida que algunos temas no cuentan con consenso, y agradeció el esfuerzo realizado por los relatores en sintetizar las posiciones en el informe. Invitó al relator a reducir al máximo posible las múltiples opciones, optando por soluciones fundamentadas. Teme que se pierda la efectividad al no ayudar al operador con soluciones concretas.

El Presidente señaló su preocupación sobre la practicidad de los trabajos del Comité, pues no es la intención criticar la extensión. Lo que se espera es que el documento presentado sirva de referencia y permita explicar las soluciones propuestas. Se busca explicar dónde está la compatibilidad o incompatibilidad de los estándares y avanzar en las normativas, que éstas sean definitivas o que no cuenten con acuerdos, pero señalarlo.

El doctor Duncan Hollis consideró que lo que se requiere es más claridad sobre lo que se busca realizar, una suerte de mapeo que demuestre el camino a seguir (*road map*). Ya el documento describe lo que se hace, pero en cada caso debería determinar aquellos casos en que hay acuerdos, desacuerdos o ambigüedades. Cuando existen variadas opiniones se debe pensar cuál sería la más apropiada y explicarla. El desafío es determinar si se busca un documento adicional a los Principios de La Haya o uno que le reemplace. De hecho el informe será valioso aun cuando haya desacuerdos y no se puedan ofrecer soluciones.

La doctora Ruth Correa estimó necesario buscar soluciones posibles respecto a la norma y procedimientos aplicables. De manera concreta, sugirió no incluir temas de arbitraje en el estudio, por tener alcances que podrían ser catalogados como cuasi contractuales. Tema que podría tal vez dar lugar a un trabajo diferente. De hecho, consultó al plenario mayores explicaciones sobre los elementos que debería comportar una guía. Si lo que se busca de los relatores es insinuar la mejor de las soluciones con definiciones, entonces ella misma seguirá dicho camino en su informe.

La doctora Villalta invitó al doctor Moreno a determinar lo que tiene más relevancia en el derecho internacional privado de nuestros días junto con identificar la normativa aplicable en cada caso, de manera a emitir un principio a partir de la problemática.

El Presidente propuso como esencial establecer una diferencia entre las guías y las leyes modelos, considerando que las primeras tienen un aspecto práctico que permite su aplicación por parte de los Estados en base a los principios y estándares presentados y no constituyen un trabajo doctrinal. Por su parte, las leyes modelos corresponden a un cuerpo normativo que debe servir a los Estados al legislar.

En esta consecuencia, propuso al relator guardar el informe actual como referencia de la guía.

El doctor José Moreno clarificó que la Conferencia de La Haya no cuenta con guías, lo cual es el caso de UNICITRAL y UNIDROIT, y entre las peculiaridades de los productos de estas instituciones, se trataría de documentos extensos, complejos y explicativos. Existen variantes de guías, al respecto propuso seguir el ejemplo de la Guía de UNIDROIT en materia de inversión en tierras agrícolas. Cuenta con un índice, prefacio e incluye una explicación que contextualiza el tema sin sentar posiciones pero que presenta una opinión. Por su parte, UNICITRAL dispone de guías que sientan posiciones.

Manifestó su interés en redactar un documento de calidad que respete los criterios solicitados. Lo positivo de la guía es la flexibilidad para ampliar documentos e incluso proponer correcciones. En relación al tema del arbitraje e inversiones es algo que puede quedar diferido para más adelante.

Al finalizar, el Presidente instó a hacer una diferencia entre las guías que nacen de organizaciones no gubernamentales de las gubernamentales, y en este último caso los documentos del Comité deben contener soluciones prácticas. Al momento de agradecerle al relator, le invitó a tener en cuenta las observaciones para contar con una nueva versión en la próxima sesión.

El tema no fue discutido en el 92º período ordinario de sesiones, (Ciudad de México, México, 2018) ya que todavía quedaban dos meses de plazo para que los distintos organismos especializados y expertos en la materia presentaran sus observaciones al borrador de Guía sobre Contratos Internacionales en las Américas (documento CJI/doc.540/2017 corr.1) que había sido distribuido con la ayuda del Departamento del Derecho Internacional.

Durante el 93º período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2018), el relator del tema, doctor José Moreno, realizó una breve presentación sobre el contenido de su relatoría, agradeciendo en un inicio el trabajo del Departamento de Derecho Internacional. Explicó que en el siglo XIX el sueño era contar con un instrumento global que se materializa en el 2015, por medio de la adopción de un instrumento de derecho blando que refiere a principios de UNICITRAL, los cuales retoman varios de los desarrollos de la Convención de México de la OEA. El relator explicó haber recibido variadas respuestas a un cuestionario enviado a Estados y expertos para responder de la mejor manera a la decisión del pleno del Comité en dotarse de una guía jurídica que sirviera a legisladores, jueces y abogados. De las respuestas queda claro que el sistema es ineficiente para potenciar negocios internacionales predecibles. Por ende, el Departamento de Derecho Internacional preparó una sinopsis con la forma en que se debería trabajar incluyendo consideraciones muy puntuales. El texto que se presenta al Comité en agosto de 2017 fue remitido a expertos y académicos tanto a nivel regional como universal para sus comentarios. El Departamento incorporó todos los insumos recibidos en un texto base que el relator está trabajando para someterlo a la aprobación del Comité en la próxima sesión de trabajo en febrero de 2019.

El doctor Carlos Mata Prates agradeció al doctor José Moreno por su trabajo que busca presentar un aporte práctico para los operadores jurídicos que no repitiera lo que se hace a nivel universal o lo realizado en el sistema interamericano.

El doctor Duncan Hollis expresó su satisfacción por el proyecto que trabaja el doctor José Moreno, y le consultó si era muy tarde para someter nuevo comentario por parte de otros profesores de los Estados Unidos.

El relator del tema explicó que la intención de la guía es ir más allá que la Convención de México, y busca dotar el sistema de algo trabajado en base a los más recientes avances, incluyendo los Principios de la Haya sobre elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. En respuesta al doctor Duncan Hollis especificó que todavía hay espacios para presentar comentarios. Constató que el *American Bar Association* había expresado interés en enviar insumos también. Finalmente, UNCITRAL y la Conferencia de La Haya trabajan en un documento sobre contratos internacionales y ambas instituciones se comprometieron a remitir comentarios al texto de la Guía de la OEA, y que el trabajo de la Guía será referenciado, a pesar que normalmente no citan trabajos regionales.

La presidencia agradeció al doctor Moreno por su propuesta que presenta un documento al día, claro y que permite solucionar los conflictos, por lo tanto le impulsó y apoyó a dar continuidad al trabajo.

Durante el 94º período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2018), el relator del tema, doctor José Moreno, presentó la versión final de su informe, “Guía sobre Contratos Internacionales en las Américas”, documento CJI/doc.577/19 encaminada a la adopción de un documento Guía definitivo. Agradeció el continuo soporte recibido por parte del Departamento de Derecho Internacional. También se refirió al apoyo de las principales instituciones que trabajan en el ámbito del derecho internacional privado, tales como Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

Reconoció que la guía ha tenido en cuenta desarrollos normativos en la materia tanto universales como regionales, tales como el reglamento europeo conocido como Roma I, la Convención Interamericana sobre contratos comerciales de 1994 (Convención de México) y los Principios de La Haya de 2015, aprobados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

La guía busca promover la armonización regional en lo que respecta al derecho aplicable a los contratos comerciales sirviendo de orientación para aquellos países que no cuentan con legislaciones nacionales en la materia o a jueces y personas implicadas en contratos internacionales, pudiendo además tener alto valor pedagógico. Por ende se espera estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo en la región, dejando de lado la idea de elaborar un instrumento convencional.

De conformidad con el informe, la finalidad de la Guía obedece a varios objetivos, tales como:

- a. proponer una formulación actual del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales para las Américas con base en los principios fundamentales de la Convención de México y la incorporación de desarrollos subsiguientes en la materia a la fecha, especialmente según la codificación de los Principios de La Haya;
- b. promover una mayor comprensión de la Convención de México y de los principios en que se funda a fin de rectificar la falta de información y la información errónea relativas al instrumento, además de aclarar las incertidumbres y discrepancias presentes en las versiones en los distintos idiomas;
- c. ser un instrumento de ayuda para los Estados Miembros de la OEA que estén considerando ratificar la Convención de México;
- d. brindar apoyo a las iniciativas de los Estados Miembros de la OEA dirigidas a la modernización de sus legislaciones nacionales en materia de contratos comerciales internacionales de acuerdo con estándares internacionales;
- e. prestar asistencia a las partes contratantes en las Américas y a sus letrados en la redacción e interpretación de contratos comerciales internacionales;

- f. proporcionar orientación a los jueces en las Américas, quienes pueden considerar que esta Guía es útil para la interpretación y complementación de la legislación interna, en particular en cuestiones relativas a contratos comerciales internacionales que no se encuentren desarrolladas en las leyes nacionales; y
- g. orientar a los árbitros en el ejercicio de sus facultades particulares de aplicación, interpretación y complementación del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales.

El doctor Carlos Mata agradeció al relator y le solicitó una precisión sobre la referencia final así como el alcance de lo que se espera aprobar del documento presentado en su integridad. Ello a la luz de la complejidad del tema y la disposición en aceptar muchas de las fórmulas contenidas en el informe. Ante lo cual el relator aclaró que se busca aprobar todo el documento, incluyendo sus anexos. El doctor Mata manifestó su acuerdo en relación al aspecto normativo del documento y observó la existencia de una variedad de referencias a la doctrina algo que se debe tener en consideración al momento de adoptar la Guía. El relator explicó que los órganos codificadores a nivel universal, UNIDROIT y UNCITRAL, utilizan esta misma fórmula al momento de regular este derecho. Aludió el interés de la relatoría de representar los distintos sectores de pensamiento cuyos comentarios permitieron contar con un texto más equilibrado que la propuesta inicial que era bastante crítica respecto a los desarrollos de Montevideo de 1989. En este sentido, la Guía sigue claramente la línea de los establecidos en la Convención de México.

El doctor Miguel Espeche-Gil observó con preocupación la práctica actual de los bancos respecto y al distanciamiento de la autonomía de la voluntad del orden público, como las tasas usurarias como penalidad. Al respecto el relator expresó su acuerdo con lo dicho, aclarando que la Guía refiere a la trascendencia del contrato como un instrumento que se inserta en la ley, precisando el derecho que rige y aclarando el rol del Estado y del orden público.

La doctora Mariana Salazar se refirió a la difusión del documento una vez sea adoptado por el pleno. Si sería posible darle una mayor difusión temática, algo que aplica tanto en relación a este como a temas culminados.

El doctor Luis García Corrochano quien constató que este trabajo viene a suplir un vacío en la materia, en donde el importante volumen de comercio regional lo hace atractivo. Además viene a poner un cierto orden en el ámbito del comercio que se regulaba por acuerdos bilaterales. Finalmente, es un texto que se adapta a las necesidades de los nuevos tiempos y debería ser un texto obligado en las facultades de todos nuestros países.

El doctor Milenko Bertrand apoyó los esfuerzos de difusión de este tipo de documento que no es convencional, instando a los miembros a darle mayor visibilidad. Consultó además si existe alguna fórmula para unir esta Guía al documento que nos propondrá la Presidenta sobre laudos arbitrales. También aludió a la pertinencia de facilitar el acceso a la Guía a los tribunales ordinarios. Finalmente, consultó al relator si existiría algún espacio para proponer comentarios adicionales, sin ser su intención retardar su adopción.

El doctor Íñigo Salvador propuso elaborar una publicación para su difusión entre los Estados miembros, otorgando un espacio privilegiado al sector académico al contener un conjunto de directivas para los practicantes del derecho.

La Presidenta se unió a la evaluación concienzuda del informe realizado que ha contado con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, y expresó su apoyo en particular a las recomendaciones respecto de las normas claras y la autonomía de la voluntad.

El relator explicó la relevancia de la labor de la difusión apropiada del documento, el cual debe ir en sintonía de lo que se está haciendo (incluyendo lo que se viene en el ámbito tecnológico). Existe un compromiso de UNCITRAL y la Conferencia de La Haya de incluirlo en sus respectivas páginas web. Se espera que los miembros de ASADIP puedan dar difusión y cooperar con las autoridades nacionales respecto de la trascendencia de la Guía. Al interior de la OEA, podría también haber un *tweet* del Secretario General. Aclaró que se contó con la contribución de más de 40 personas que ya

han están conscientes y dispuestos a difundirlo. Agradeció además el interés de incluir la Guía en el ámbito académico. Indicó que la versión del inglés es la que se ha trabajado como referencial para la aprobación final, por lo tanto la versión en español requiere algunos ajustes e invitó al doctor Beltrand a participar en ello. Finalmente, agradeció el rol esencial del Departamento de Derecho Internacional en su elaboración.

El doctor Bandeira Galindo hizo una consulta sobre el tema de orden público citado en el párrafo 504, y que refiere a una sobre la resolución de la ONU sobre los Principios Rectores, instrumento que no es vinculante, instando al relator a dejar claro que los jueces no está obligado a ello. En segundo lugar, consultó sobre la referencia a la obligatoriedad de las normas y principios de derechos humanos. Finalmente, solicitó aclarar si las normas internacionalmente reconocidas lo son por el Estado o por la comunidad internacional. Al respecto, el relator del tema explicó que este párrafo fue propuesto por algún comentarista. En su experiencia, lo que se desea es dar una orientación sobre la importancia de los instrumentos internacionalmente relevantes que se podrían aplicar. Invitó al doctor Galindo a revisar el párrafo, dejando claro que el uso del tiempo verbal no debe ser obligatorio. De hecho, comprobó inmediatamente que la versión en inglés utilizaba un tiempo verbal que no es obligatorio.

El doctor Carlos Mata invitó a subrayar la naturaleza jurídica del documento, una Guía, lo cual deja un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades, y permite salvar la redacción de algunos artículos.

El doctor Milenko Betrand explicó no tener ninguna observación de fondo, sino en particular su interés en precisar ciertas distinciones en el caso de Chile, que le permitan validar lo indicado a la luz de decientes decisiones. Al respecto el relator solicitó hacer los ajustes de una manera que sea lo más neutral y genere menos controversias posibles, considerando que desde Chile se recibieron comentarios muy divergentes.

La doctora Ruth Correa en su calidad de Presidenta del Comité solicitó hacer los ajustes mínimos en un grupo pequeño de trabajo, dando por aprobado el informe, sujeto a los ajustes realizados y la aprobación de la resolución. Culminó agradeciendo al relator y al Departamento de Derecho Internacional por su apoyo al trabajo del relator.

Al momento de revisar el proyecto de resolución que aprueba la Guía la Secretaría subrayó como una novedad la solicitud que se hace al relator con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional de elaborar una propuesta que permita su más amplia promoción entre los diversos actores interesados.

Por su parte, el relator aclaró que las recomendaciones originalmente insertadas en el Anexo A aparecen en la primera parte del texto, y luego se presenta el resto de la Guía. Concordó también con la propuesta del doctor Mata de suprimir la parte del texto del párrafo resolutivo tercero. Finalmente, en respuesta a la consulta del doctor Galindo explicó su posición a favor del uso de “armonizar” en lugar de “uniformizar” considerando el interés de la guía de proponer soluciones a casos particulares, a pesar de no indicar un camino único. En cuanto a la iniciativa de promoción del resolutivo tercero estimó pertinente elaborar una publicación y participar en conferencias Algo que podría ser replicado en junio en ocasión de tres eventos que tendrán lugar en sudamerica en materia de arbitraje (Santiago, Montevideo, y Asunción), un viaje que tiene previsto para Washington, D.C., y culminar con un evento en Río de Janeiro al margen de la sesión del Comité en agosto. Finalmente, se refirió a la intención de la Conferencia de La Haya, UNCITRAL y UNIDROIT de citar la Guía en la publicación que están trabajando, y los acercamientos con ASADIP, que abren buenas opciones de difusión.

El doctor Miguel Angel-Espeche manifestó su intención de presentar la Guía en el próximo encuentro del Instituto Hispano-luso Americano de Derecho Internacional que se reunirá en 2020.

La guía fue aprobada por unanimidad por medio de la resolución “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas”, CJI/RES. 249 (XCIV-O/19). A continuación se incluye dicha resolución junto al informe del Comité Jurídico en la materia.

CJI/RES. 249 (XCIV-O/19)

GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TOMANDO EN CONSIDERACIÓN que el Comité Jurídico Interamericano tiene la finalidad de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y estudiar la posibilidad de armonizar las legislaciones de los países del Continente en cuanto parezca conveniente;

RECORDANDO que en 1994 la OEA aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y que en 2015 la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tuvo en cuenta dicha Convención al elaborar los Principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Comerciales Internacionales;

TENIENDO EN CUENTA que, sin embargo, aún existen disparidades en el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en los países de las Américas;

RECONOCIENDO la importancia de contar con una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas con el propósito de impulsar aspectos importantes en esta materia, a fin de promover su armonización jurídica en la región y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo en el Continente,

RESUELVE:

1. Aprobar la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas (CJI/doc.577/19 rev.1 corr.2), anexa a la presente resolución.
2. Agradecer al relator del tema, doctor José Antonio Moreno Rodríguez, por la importante labor realizada en el desarrollo de este tema y la preparación de la Guía.
3. Solicitar al relator del tema que, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, elabore una propuesta para darle la más amplia difusión a la Guía entre los diversos actores interesados.
4. Transmitir la presente resolución y la Guía anexa a los Órganos políticos de la Organización, para su debido conocimiento y consideración.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 21 de febrero de 2019, por los siguientes miembros: doctores Mariana Salazar Albornoz, Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil e Íñigo Salvador Crespo.

* * *

CJI/doc. 577/19 rev.1 corr.2**INFORME DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. LA GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS**

En culminación de un proceso iniciado en el año 2015, en febrero de 2019 se presenta a la sesión del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) – en adelante CJI – el segundo borrador de la “Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas”, cuya relatoría estuvo a cargo del Prof. Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, miembro del referido organismo.

Este borrador culmina intensas actividades de investigación, consultas y redacción, en línea con directrices que se vino recibiendo del CJI en sucesivas sesiones. Al respecto, el relator trabajó todo este tiempo en estrecha colaboración con el Departamento de Derecho Internacional de la OEA – en adelante DDI – encabezado por el jurista Dante Negro, y con una dedicación de tiempo muy importante asignada al proyecto y una participación y aportes importantes de la también jurista Jeannette Tramhel, que ha contado también con la asistencia de pasantes dentro de esa dependencia.

Este segundo borrador de la Guía se benefició con importantes aportes de los juristas Diego Fernández Arroyo (Argentina, Sciences Po-Paris) y Geneviève Saumier (Canadá, U. de Mc Gill-Montreal), además de Anna Veneziano y Neale Bergman (ambos integran la Secretaría del Instituto de Roma o UNIDROIT) y Luca Castellani (integra la Secretaría de la CNUDMI o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). También se recibieron valiosos comentarios de la sección de Derecho Internacional de la American Bar Association, y de Valerie Simard por el Departamento de Justicia de Canadá; además de aportes de Gustavo Moser (Brasil, Consejero de la London Court of Arbitration), Anayansy Rojas (Costa Rica) y José Manuel Canelas (Bolivia). Además, el proyecto se ha beneficiado con una segunda vuelta de comentarios remitidos por Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguay), Frederico Glitz (Brasil) y Nádía de Araujo (Brasil), quienes ya habían aportado también para el primer borrador.

Dicho primer borrador había sido presentado por la relatoría en la sesión de agosto de 2017 del Comité Jurídico Interamericano.

Ese borrador fue sometido luego a consideración de la CNUDMI, de UNIDROIT y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, además de a prestigiosos juristas de la región y el mundo. Se recibieron numerosas respuestas, con diversos aportes y en general comentarios sumamente positivos del documento, entre los que se destacan los de Hans Van Loon (Ex Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado), Daniel Girsberger (U. de Lucerna, Presidente del Grupo de Trabajo que elaboró los Principios de La Haya), Marta Pertegás (España, U. de Antwerp, integrante de la Secretaría que trabajó estrechamente para elaboración de los Principios de La Haya), Luca Castellani (CNUDMI), Anna Veneziano (UNIDROIT) y Joachim Bonell (UNIDROIT-retirado).

Remitieron además valiosos aportes Jürgen Samtleben (Alemana, Ex Director del Max Planck Institute), Alejandro Garro (Argentina, Universidad Columbia de Nueva York), Paula All (Argentina, U. del Litoral y Vicepresidenta de la ASADIP), Brooke Marshall (Australia, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, colaboradora para la elaboración de los Principios de La Haya), María Blanca Noodt Taquela (Argentina, U. de Buenos Aires), Nádía de Araújo (Brasil, PUC-Rio de Janeiro), Cristian Giménez Corte (Argentina), Laura Gama (Brasil), Frederico Glitz (Brasil), Valerie Simard (Canadá, Departamento de Justicia), Jaime Gallegos (Chile, U. de Chile), Ignacio García (Chile), Francisco Grob D. (Chile – Secretaría del CIADI), Antonio Agustín Aljure Salame (Colombia), Lenin Navarro Moreno (Ecuador), Elizabeth Villalta (El Salvador, Ex Miembro del Comité Jurídico), Pedro Mendoza (Guatemala), Nuria González (España, UNAM-México y Stanford-USA), Mercedes Albornoz (Argentina, CIDE - México), Jan L. Neels (Sudáfrica, Universidad de Johannesburgo), David Stewart (Georgetown, Estados Unidos, Ex Miembro del Comité Jurídico Interamericano), Antonio F. Perez (Estados

Unidos, Ex Miembro del Comité Jurídico Interamericano), Soterios Loizou (King's College de Londres), Cecilia Fresnedo (Uruguay), Claudia Madrid Martes (Venezuela) y Eugenio Hernández Bretón (Venezuela - Baker McKenzie).

Varios de los citados son también connotados árbitros o académicos relacionados al mundo del arbitraje. Además, comentaron también el documento los siguientes reconocidos exponentes del mundo arbitral: Felipe Ossa (Chile), Francisco González de Cossío (México), Alfred Bullard (Perú), Fernando Cantuarias Salaverry (Perú), Roger Rubio (Perú) y Dyalá Jiménez Figueres (Costa Rica, actualmente Ministra de Comercio).

Varios de los juristas arriba mencionados son además autoridades y miembros de la prestigiosa Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), que aglutina a máximos especialistas de la materia en la región. Pues bien, por Declaración fechada el 10 de enero de 2019, la ASADIP expresó apoyo al Borrador de la Guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas, según Mandato de la Asamblea General de la ASADIP de fecha 9 de noviembre de 2018. La declaración apoya los esfuerzos para la aprobación del documento definitivo de la Guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas. Además, la ASADIP se compromete a trabajar para establecer canales de cooperación con las autoridades nacionales, a fin de persuadirlas acerca de la importancia de la labor del Comité Jurídico Interamericano en la materia y de la enorme trascendencia que tendrá la Guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas, no solo para aquellos países que aún no cuentan con una regulación específica sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, sino también para aquellos Estados que están promoviendo reformas legislativas a fin de adecuar sus normas a las más modernas soluciones en la materia. Así también, la ASADIP declaró que le dará la mayor difusión posible al documento definitivo de la Guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas en el ámbito académico y jurídico.

Debe tenerse presente que en su tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017, la propia asamblea general de la OEA había encomendado “al Departamento de Derecho Internacional que promueva una mayor difusión del derecho internacional privado entre los Estados Miembros, en colaboración con los organismos y asociaciones que trabajan en este ámbito, entre otros, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)” (AG/RES. 2909 (XLVII-O/17)). Las distintas colaboraciones recibidas de estas organizaciones o sus integrantes se enmarca, pues, dentro del espíritu del mandato asambleario arriba referido.

La presente Guía encuentra, a su vez, antecedentes en numerosos trabajos. En el año 2015, ante la iniciativa de la Dra. Elizabeth Villalta aprobada por el CJI cuya membresía integraba, el DDI procedió a enviar un cuestionario a los gobiernos de las Américas con respecto al tema de contratación internacional (“Cuestionario referente a la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado”, documento CJI/doc.481/15).

Estas respuestas han derivado a que el CJI y el DDI elaboraran un informe sobre el estado de la cuestión (informe titulado “La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales y el avance de sus principios en las Américas”, documento OEA/SG, DDI/doc.3/16; ver también el documento “El derecho aplicable a los contratos internacionales”, documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.487/15 rev. 1).

El CJI decidió finalmente avanzar en la elaboración de una guía sobre el tema, a cuyo efecto el Departamento de Derecho Internacional elaboró una sinopsis bien completa incluyendo diversas cuestiones a ser tratadas (“Fomentación del derecho contractual internacional en las Américas – Un guía a los principios jurídicos”, documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.510/16), incluyéndose allí información relevada de varios juristas de la región que gentilmente comprometieron su apoyo con respecto a sus derechos nacionales.

Así también, la Dra. Elizabeth Villalta elaboró un comparativo entre la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya, ambos sobre contratos internacionales, lo cual también resultó muy útil como material preparatorio (“El derecho aplicable a los contratos internacionales”, documento CJI/doc.464/14 rev.1).

Contando con el apoyo de todos estos insumos, y con el permanente acompañamiento del DDI, bajo la relatoría del Dr. José A. Moreno Rodríguez se ha procedido a redactar el primer borrador en español, ya referido más arriba. Nuevamente con el eficiente apoyo del DDI, dicho material fue traducido al inglés por el equipo de traducción de la OEA para ser considerado en la sesión de agosto de 2017 del Comité Jurídico Interamericano.

La cuestión de la eventual guía en materia de contratación internacional vino siendo tratada en sesiones del Comité Jurídico de marzo de 2016 en Washington, y octubre de 2016 y marzo de 2017 en Río de Janeiro. El Comité ya fue teniendo a la vista en estas sesiones los distintos materiales preparatorios que constan en los anexos, entre ellos la sinopsis enriquecida preparada por el Departamento de Derecho Internacional.

Este trabajo ya lleva un buen tiempo y se ha elaborado con insumos brindados por los Estados, por diversos académicos, por el Departamento de Derecho Internacional y por miembros del CJI. Se espera que este documento final represente un aporte efectivo para una mejoría del régimen jurídico aplicable a la contratación internacional en las Américas.

El Comité ha debatido acerca del trabajo presentado, y formulado observaciones sobre la labor realizada. Particularmente, se solicitó que la Guía fuera bien explícita sobre las cuestiones en las que existe mayormente consenso y sobre aquéllas a cuyo respecto se plantean soluciones divergentes, fijándose en este último caso posiciones o recomendaciones bien concretas en la Guía.

El borrador de guía ahora presentado cuenta con menos páginas que las inicialmente pensadas (considerándose la extensión del tema, y también que muchas guías aprobadas por organismos codificadores universales cuentan con bastante mayor extensión). Ha sido orientación dada por el Comité Jurídico de que el documento no fuera muy extenso y resulte lo más sencillo posible.

Tal objetivo ha sido perseguido para la elaboración del borrador que, por lo demás, evita en lo posible tecnicismos exagerados o continuas remisiones o incluso notas al pie, salvo las consideradas estrictamente necesarias.

La Guía también tiene presente en todo momento los principales instrumentos existentes en el tema como el reglamento europeo conocido como Roma I, y particularmente la Convención de México de 1994 dictada en el seno de la OEA y los Principios de La Haya de 2015, aprobados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Las disposiciones de estos instrumentos, e incluso algunos comentarios de los Principios de La Haya, se hallan muchas veces copiados literalmente en el texto de la Guía a fin de no perderse fidelidad a los mismos.

La Guía contiene un listado de abreviaciones, otro listado de términos en latín y otros lenguajes utilizados en el documento, y luego una introducción explicativa de los objetivos perseguidos (parte primera), seguida por su contexto y antecedentes (parte segunda), donde se explican los principales métodos del Derecho Internacional Privado y se relatan los antecedentes codificadores en las Américas y el mundo, entre los que resaltan en materia contractual los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código Bustamante de 1928, el Convenio de Roma de 1980, la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya de 2015.

La parte tercera describe los avances recientes del llamado método uniforme, sobre todo a partir de la labor homogeneizadora encaradas por el Instituto de Roma o UNIDROIT y la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), además de esfuerzos del sector privado y de otros desarrollos del mundo arbitral.

La parte cuarta describe el método de interpretación uniforme tratándose de textos internacionales, tanto en materia de conflicto de leyes como de derecho uniforme.

La parte quinta se relaciona con el alcance de la Guía, a contratos comerciales internacionales con su correspondiente encasillamiento, y a temas que se encuentran excluidos, como los relacionados a capacidad, relaciones familiares y sucesorias, insolvencia y otras.

La parte sexta aborda la compleja problemática del derecho no estatal y diversas terminologías alusivas, como la de usos, costumbres y prácticas, principios y *lex mercatoria*.

La parte siete aborda el problema de la autonomía de la voluntad en materia de contratación internacional; la octava sobre la elección expresa o tácita del derecho; la novena sobre la validez formal de la selección del derecho; la décima sobre el derecho aplicable a la cláusula de selección del derecho; la undécima sobre la separabilidad de la cláusula arbitral; y la duodécima sobre otros problemas de derecho aplicable en materia de contratación internacional, como la modificación del derecho elegido, el reenvío y otras.

La parte decimotercera trata de la ausencia de selección del derecho por las partes; la decimocuarta sobre el fraccionamiento del derecho; la decimoquinta sobre la flexibilidad para interpretar los contratos internacionales, la decimosexta sobre el alcance del derecho aplicable; la decimoséptima sobre el orden público; y la decimooctava sobre otras cuestiones, como las relacionadas a la existencia de otras convenciones, o a Estados con más de un sistema jurídico o unidades territoriales.

Certeramente, algunos juristas consultados propusieron que la Guía incluyera también de manera sumaria recomendaciones concretas que pudieran ser dirigidas a legisladores, juzgadores y las partes y sus asesores en contratos internacionales. Esta inclusión en la Guía constituye también un aporte que puede resultar de suma valía e interés práctico.

También se siguen sugerencias de incluir una tabla comparativa entre la Convención de México y los Principios de La Haya, como, además, una reconciliación entre los textos oficiales en español, inglés y francés en los que se encuentra formulada la Convención de México. Por último, el documento contiene anexos con tabla de legislaciones, tabla de casos y un listado de bases de datos y otras fuentes electrónicas, utilizadas para la elaboración de diversas partes de la Guía.

RECOMENDACIONES RESUMIDAS

1.0 El propósito y los objetivos de esta Guía deberían ser considerados por los Estados Miembros de la OEA, en particular por los legisladores que consideren reformar el régimen jurídico interno en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, así como por los órganos jurisdiccionales que diriman controversias relativas a dichos contratos, y por las partes contratantes y sus asesores.

2.0 Se alienta a los Estados Miembros de la OEA, independientemente de que hayan ratificado o no o que tengan o no la intención de ratificar la Convención de México, a que consideren sus soluciones para sus propios derechos nacionales, ya sea mediante una incorporación material, por referencia o por otros mecanismos que sean de aplicación en sus regímenes jurídicos internos propios, teniendo en cuenta los desarrollos subsiguientes del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales consagrados en los Principios de La Haya y descritos en la presente Guía.

3.0 Se alienta a los legisladores a que en todo proceso de revisión de sus regímenes jurídicos nacionales en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y de normas conflictualistas en general, consideren los avances efectuados en el método de derecho uniforme y la utilización de los instrumentos de derecho uniforme, junto con las normas sobre conflicto de leyes, como elementos suplementarios y complementarios en la aplicación e interpretación del derecho internacional privado.

4.1 Se alienta a los legisladores a que en todo proceso de revisión de sus regímenes jurídicos nacionales en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y de normas conflictualistas en general, consideren el objetivo general de unificación y armonización del derecho en el marco del proceso de integración regional.

4.2 Se alienta a los juzgadores, tanto del ámbito público del poder judicial como en el privado del arbitraje, a que consideren las ventajas de la interpretación uniforme en los instrumentos jurídicos internacionales utilizados en el arreglo de controversias relativas a contratos comerciales internacionales, y a que tengan en cuenta el desarrollo y difusión de la jurisprudencia internacional en este sentido.

4.3 Las partes contratantes y sus asesores deberían mantenerse informados de los avances en materia de interpretación uniforme que puedan ser aplicables a sus contratos internacionales.

4.4 Las partes contratantes y sus asesores deberían tener en cuenta que los instrumentos aplicables a su caso específico pueden ofrecer una solución distinta a la recomendada en la presente Guía, y que es posible que en algunas jurisdicciones los juzgadores no se atengan a la interpretación liberal sugerida.

5.1 Al régimen jurídico interno relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en lo que respecta a su ámbito de aplicación y la determinación de internacionalidad, se deberían incorporar soluciones que concuerden con la Convención de México, los Principios de La Haya y los Principios UNIDROIT, excluyéndose así a los contratos laborales y de consumo, y a la par adoptándose un concepto amplio de internacionalidad, y se podría estipular también que un contrato pueda internacionalizarse por mera voluntad de las partes, pero que prevalezca el orden público interno si no hay ningún otro elemento internacional.

5.2 En la legislación interna también se podrían incorporar las disposiciones del artículo 1:107 de los PECL y aplicarlos por analogía a los acuerdos de modificación o extinción de contratos, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y conductas que demuestren intención en un contexto comercial.

5.3 El régimen jurídico interno del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales puede excluir expresamente de su ámbito de aplicación:

- las relaciones familiares y las sucesiones, los acuerdos de arbitraje y elección de foro, y las cuestiones de derecho societario, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de México y los Principios de La Haya;
- títulos de crédito y títulos comercializados en mercados de valores, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de México;

cuestiones de capacidad, insolvencia, derechos reales y mandato, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Principios de La Haya.

6.1 En el régimen jurídico interno relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales se debería aclarar y reconocer la elección del derecho no estatal.

6.2 En relación con el derecho no estatal, se insta a los legisladores, a los juzgadores y a las partes contratantes a que lean la Convención de México a la luz de los criterios ofrecidos en los Principios de La Haya y el comentario relativo a tales principios, y a que reconozcan la diferencia entre la elección del derecho no estatal y el uso del derecho no estatal como instrumento para facilitar la interpretación.

7.0 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería afirmar una clara adhesión al principio de la autonomía de la voluntad internacionalmente reconocido como lo reiteran la Convención de México y en los Principios de La Haya y otros instrumentos internacionales.

8.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debe estipular que la elección del derecho, expresa o tácita, ha de ser evidente o resultar claramente de las disposiciones del contrato y de sus circunstancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de México y el artículo 4 de los Principios de La Haya.

8.2 Se exhorta a jueces y árbitros y a las partes contratantes y sus asesores letrados a que tengan en cuenta estas disposiciones al interpretar y redactar los contratos comerciales internacionales.

9.1 El régimen jurídico interno sobre la legislación aplicable a los contratos comerciales internacionales, en relación con la validez formal de la elección del derecho, no debería contener ningún requisito sobre forma a menos que las partes acuerden lo contrario, en consonancia con las disposiciones del artículo 5 de los Principios de La Haya.

9.2 Los jueces y árbitros, al determinar la validez formal de una elección del derecho, no deberían imponer ningún requisito en cuanto a forma, a menos que las partes acuerden lo contrario o que las normas obligatorias aplicables lo exijan.

9.3 Las partes contractuales y sus abogados deberían tener en cuenta toda regla obligatoria que sea aplicable en cuanto a forma.

10.1 El régimen interno sobre la legislación aplicable a los contratos comerciales internacionales debería disponer que la cuestión de si las partes acordaron efectuar la elección del derecho ha de ser determinada por la legislación presuntamente acordada por dichas partes, de conformidad con el artículo 6 de los Principios de La Haya y el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México.

10.2 Los jueces y árbitros, al determinar si las partes acordaron efectuar la elección del derecho, deberían tener en cuenta el artículo 6 de los Principios de La Haya y el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México.

11.1 El régimen jurídico interno debería confirmar que la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales no se puede impugnar solamente partiendo del argumento de que el contrato al cual se aplica no es válido, de conformidad con el artículo 7 de los Principios de La Haya.

11.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a seguir esta solución.

12.1. El régimen jurídico nacional relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería:

- estipular que la elección de un derecho se puede modificar en cualquier momento y que dicha modificación es sin perjuicio de su validez formal y de los derechos de terceros, de conformidad con el artículo 8 de la Convención de México y el artículo 2.3 de los Principios de La Haya;
- estipular que no se requiere ninguna conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción, de conformidad con el artículo 2.4 de los Principios de La Haya;
- excluir el principio del reenvío para brindar mayor certeza jurídica en cuanto al derecho aplicable, de conformidad con el artículo 17 de la Convención de México y el artículo 8 de los Principios de La Haya;
- en relación con la cesión de créditos, favorecer en la mayor medida posible la autonomía de la voluntad, de conformidad con el artículo 10 de los Principios de La Haya.

12.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a ceñirse a las soluciones antedichas.

13.1 El régimen jurídico interno acerca del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en cuanto a la ausencia de una elección efectiva del derecho, debería incluir el criterio flexible de los “vínculos más estrechos”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de México.

13.2 Los jueces y árbitros deberían aplicar el criterio flexible de los “vínculos más estrechos” partiendo de un enfoque de interpretación liberal.

14.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería admitir el “fraccionamiento” del derecho (*dépeçage*), en consonancia con las disposiciones de los artículos 7 y 9 de la Convención de México y del artículo 2.2 de los Principios de La Haya.

14.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a admitir el dépeçage.

15.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería reconocer la necesidad de una interpretación flexible, congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

15.2 Cuando las circunstancias lo requieren en la resolución de un caso concreto, y de estar autorizados, los jueces y árbitros deberían aplicar las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad de manera congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

16.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en relación con el alcance del derecho aplicable, debería abordar la interpretación del contrato, los derechos y las obligaciones que de ahí se derivan, su ejecución y su incumplimiento, incluidas la evaluación de daños, la prescripción y sus efectos, las consecuencias de la nulidad, la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales, en línea con las disposiciones del artículo 14 de la Convención de México y el artículo 9 de los Principios de La Haya. Para mayor seguridad, sería preferible hacerlo por medio de disposiciones explícitas.

16.2 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería establecer tanto que el derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos, de manera congruente con las disposiciones del artículo 16 de la Convención de México, como que las normas de otros acuerdos internacionales que pudieran ser aplicables específicamente a un contrato comercial internacional deben prevalecer, en línea con el artículo 6 de la Convención de México.

17.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería establecer que ni un derecho elegido ni la determinación del derecho aplicable en ausencia de una elección efectiva:

- impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas preeminentes del foro ni las de otros foros, pero que esas disposiciones de carácter imperativo prevalecerán solamente en la medida de la incongruencia, o
- conducirá a la aplicación de una ley que sería manifiestamente incompatible con el orden público del foro, en línea con el artículo 18 de la Convención de México y el artículo 11 de los Principios de La Haya.

17.2 Los jueces y árbitros y los abogados deben tomar en cuenta las disposiciones imperativas preeminentes y el orden público según se les requiera o cuando tengan la facultad de hacerlo, en línea con el artículo 11 de los Principios de La Haya.

18.0 Podría convenir que los Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales consideraran las disposiciones del artículo 22 de la Convención de México y del artículo 1.2 de los Principios de La Haya y establecer, en el régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, que cualquier referencia al derecho del Estado puede interpretarse como una referencia al derecho vigente en la unidad territorial, según sea aplicable.

GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS

Índice

Introducción

Abreviaturas

Términos en latín y en otros idiomas

Parte primera. Introducción

- I. Justificativo
- II. Propósito y objetivos de la Guía

Parte segunda. Antecedentes contextuales

- I. Introducción
- II. Derecho internacional privado: el conflicto de leyes frente al derecho uniforme
- III. Iniciativas históricas para la codificación del conflicto de leyes en los contratos comerciales internacionales
 - A. Tratados de Montevideo
 - B. Código Bustamante
 - C. Convenio de Roma y Reglamento Roma I
- IV. Convención de México
- V. Principios de La Haya
- VI. Legislación reciente en las Américas en materia de conflictos de leyes en los contratos comerciales internacionales

Parte tercera. Avances en el método de derecho uniforme en las últimas décadas

- I. Nuevo panorama a favor del método de derecho uniforme
- II. Herramientas utilizadas para la unificación y la armonización
- III. Instrumentos internacionales pertinentes de derecho uniforme en materia de contratos comerciales internacionales
 - A. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
 - B. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales
 - C. Unificación del derecho de los contratos en el marco del proceso de integración regional
 - D. Iniciativas de armonización en el sector privado
 - E. Textos arbitrales y derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales

Parte cuarta. Interpretación uniforme

- I. Textos conflictualistas y de derecho uniforme
- II. Legislación nacional

Parte quinta. Ámbito de aplicación de la Guía

- I. Derecho aplicable
- II. El “contrato” en el derecho comparado
- III. Contrato “comercial” internacional
- IV. Contrato comercial “internacional”
 - A. Antecedentes
 - B. Convención de México
 - 1. “Residencia habitual”
 - 2. “Establecimiento”
 - 3. “Contactos objetivos” y “conexión más cercana”
 - C. Principios de La Haya
 - D. Importancia de la elección efectuada por las partes para la internacionalidad
 - E. La internacionalidad en la legislación nacional
 - F. La internacionalidad en el arbitraje comercial
 - G. Tendencia a favor de una interpretación amplia de internacionalidad

V. Exclusiones

- A. Capacidad
- B. Relaciones de familia y cuestiones sucesorias
- C. Títulos de crédito y títulos comercializados en los mercados de valores
- D. Acuerdos de arbitraje y selección de foro
- E. Cuestiones de derecho societario
- F. Insolvencia
- G. Derechos reales
- H. Mandato

Parte sexta. El derecho no estatal en los contratos comerciales internacionales

I. Las expresiones “derecho no estatal” y “normas de derecho”

II. Tipos de derecho no estatal

- A. Costumbres, usos y prácticas
- B. Principios
- C. *Lex mercatoria*

III. El derecho no estatal en la Convención de México y en los Principios de La Haya

- A. Antecedentes: el Convenio de Roma
- B. Convención de México
- C. Principios de La Haya
 - 1. Terminología
 - 2. Criterios para determinar la legitimidad del derecho no estatal
 - a. Conjunto de normas neutras y equilibradas
 - b. Conjunto de normas generalmente aceptadas
 - 3. Elección del derecho no estatal e integración de lagunas

IV. El derecho no estatal en las legislaciones nacionales

V. El derecho no estatal en el arbitraje

Parte séptima. Autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales

I. Generalidades

II. Evolución del principio de autonomía de la voluntad

III. Autonomía de la voluntad en la Convención de México y en los Principios de La Haya

A. Contrato principal, elección del derecho y elección de foro

B. Elección del derecho no estatal

C. Los Principios de La Haya como herramienta interpretativa de la Convención de México para la elección del derecho no estatal

IV. Autonomía de la voluntad en las legislaciones nacionales

V. Autonomía de la voluntad en el arbitraje

Parte octava. Elección del derecho: expresa o tácita

I. Elección expresa del derecho

II. Elección tácita del derecho

- A. Fórmulas en el derecho comparado
- B. Elección tácita en la Convención de México
- C. Elección tácita en los Principios de La Haya

- III. Elección de foro y elección tácita del derecho
- IV. Elección tácita del derecho y legislación nacional
- V. Arbitraje y elección tácita del derecho

Parte novena. Validez formal de la elección del derecho

Parte décima. Derecho aplicable al acuerdo de elección del derecho

- I. El problema
- II. Soluciones alternativas
- III. El problema de la “batalla de formularios”
- IV. En las legislaciones nacionales

Parte undécima. Separabilidad de la cláusula de elección del derecho

Parte duodécima. Otros problemas relacionados con la elección del derecho en los contratos comerciales internacionales

- I. Cambio del derecho elegido
- II. Conexión del derecho elegido con el contrato
- III. *Reenvío*
- IV. Cesión de créditos

Parte décima tercera. Ausencia de elección del derecho por las partes

- I. El problema
- II. Las soluciones de los Tratados de Montevideo y del Código Bustamante
- III. Enfoques en Europa y Estados Unidos
- IV. Ausencia de elección en la Convención de México
 - A. Principio de proximidad
 - B. Elementos objetivos y subjetivos
 - C. Principios de organismos internacionales
- V. Ausencia de elección en los Principios de La Haya
- VI. Ausencia de elección en las legislaciones nacionales
- VII. Ausencia de elección en el arbitraje
 - A. Textos convencionales en materia de arbitraje
 - B. Ley Modelo de la CNUDMI
 - C. Enfoques para la aplicación de las normas de conflicto de leyes
 - 1. Normas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje
 - 2. Normas de conflicto de leyes de otras jurisdicciones
 - 3. Aplicación acumulativa de las normas de conflicto de todos los Estados que tienen una conexión
 - D. Aplicación de principios generales o de derecho no estatal
 - E. Uso de la vía directa

Parte décima cuarta. *Dépeçage* o “fraccionamiento” del derecho

- I. Noción de *dépeçage*
- II. El *dépeçage* en la Convención de México y en los Principios de La Haya
- III. El *dépeçage* y las legislaciones nacionales
- IV. *Dépeçage* y arbitraje

Parte décima quinta. La interpretación flexible en los contratos comerciales internacionales

- I. Justificativo

- II. Facultad para las interpretaciones flexibles en las operaciones internacionales
- III. Flexibilidad en la aplicación de las “costumbres” y los “usos”
- IV. Flexibilidad en la aplicación de los “principios”
- V. Rol pionero de la OEA a favor de la flexibilidad
- VI. La fórmula flexible de la Convención de México
- VII. La fórmula flexible en las legislaciones nacionales
- VIII. La fórmula flexible en el arbitraje

Parte décima sexta. Alcance del derecho aplicable

- I. Generalidades
- II. Aspectos específicos
 - A. Interpretación
 - B. Derechos y obligaciones de las partes
 - C. Ejecución y consecuencias del incumplimiento
 - D. Extinción de las obligaciones contractuales
 - E. Consecuencias de la nulidad o invalidez
 - F. Registro de los contratos
 - G. Otros aspectos

Parte décima séptima. Orden público

- I. El concepto de orden público
- II. Normas internacionalmente imperativas (leyes de policía)
 - A. Interpretación
 - B. Normas imperativas en la Convención de México, en los Principios de La Haya y en el Reglamento Roma I
 - C. Aplicación de leyes imperativas extranjeras
- III. Incompatibilidad manifiesta
 - A. Interpretación
 - B. La incompatibilidad manifiesta en la Convención de México y en los Principios de La Haya
- IV. El orden público en instancias regionales
- V. Las normas imperativas y el orden público en los derechos nacionales
- VI. Orden público y arbitraje

Parte décima octava. Otras normas

- I. Prevalencia de otros acuerdos internacionales
- II. Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales
 - A. Convenciones internacionales
 - B. Legislaciones nacionales

Apéndices

- A. Cuadro comparativo de la Convención de México y de los Principios de La Haya
- B. Conciliación de los textos en español, inglés y francés de la Convención de México
- C. Cuadro de legislaciones
- D. Cuadro de casos
- E. Bases de datos y fuentes electrónicas

* * *

ABREVIATURAS

AAA/ICDR: Reglas de Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association

ABA: American Bar Association

ALI: American Law Institute

ASADIP: Asociación Americana de Derecho Internacional Privado

CCQ: Código Civil de Quebec

CENTRAL: Center for Transnational Law

CIDIP: Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado

CIM: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

CJI: Comité Jurídico Interamericano

CIF: costo, seguro y flete

CLOUT: Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI

PMCR: proyecto de marco común de referencia

TEJ: Tribunal Europeo de Justicia

EGPIL/GEDIP: Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado

UE: Unión Europea

Convenio Europeo: Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional

FIDIC: Federación Internacional de Ingenieros Consultores

Contrato FIDIC: Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction

FOB: franco a bordo

GAFTA: Asociación de Comercio de Granos y Piensos

Convención sobre Normas Generales de DIP: Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

Guía: Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas

Convenio de La Haya sobre Contratos de Intermediarios: Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación

Principios de La Haya: Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales

Convenio de La Haya sobre Compraventa: Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Conferencia de La Haya: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Comentario relativo a los Principios de La Haya: Comentario relativo a los Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales

CIAC: Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

Reglamento de la CIAC: Reglamento de Procedimientos de la CIAC

IBA: International Bar Association

CCI: Cámara de Comercio Internacional

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

- Convenio CIADI:** Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965)
- IDI:** Instituto de Derecho Internacional
- INCOTERMS:** Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales
- LINDB:** Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño
- MERCOSUR:** Mercado Común del Sur
- Convención de México:** Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales
- Convención de Montevideo:** Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros
- Convención de Nueva York de 1958:** Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
- OEA:** Organización de los Estados Americanos
- Convención de Panamá:** Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional
- PECL:** Principios de Derecho Contractual Europeo
- DIP:** derecho internacional privado
- Convenio de Roma:** Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales
- Reglamento Roma I:** Reglamento (del Parlamento Europeo y del Consejo) sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales
- TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TJSP:** Tribunal de Justicia de São Paulo
- Transjus:** Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia
- TST:** Tribunal Superior del Trabajo
- Proyecto de Tucson:** Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales
- CCU:** Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos
- RUU:** Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios
- UIA:** Unión Internacional de Abogados
- CNUDMI:** Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- Ley Modelo de la CNUDMI:** Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional
- UNCTAD:** Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo
- UNIDROIT:** Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
- Principios UNIDROIT:** Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales
- UPICC:** sigla inglesa utilizada en ocasiones para referirse a los Principios UNIDROIT
- UNILEX:** Base de datos "inteligente" de jurisprudencia y bibliografía internacionales relativas a los Principios UNIDROIT y la CIM
- OMC:** Organización Mundial del Comercio

* * *

TÉRMINOS EN LATÍN Y EN OTROS IDIOMAS

animus

de facto

de jure
dépeçage
electio juris
ex officio
favor negotii
lex arbitri
lex causae
lex fori
lex mercatoria
lingua franca
ley de policía
ius commune
orden público
pactum de lege utenda
reenvío
vía directa

* * *

GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS

PARTE PRIMERA

INTRODUCCIÓN

I. Justificativo

1. Diversos estudios realizados por el Comité Jurídico Interamericano (“CJI”) de la Organización de los Estados Americanos (“OEA”) y por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA demuestran que en las Américas existen importantes lagunas y disparidades en el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales¹.
2. En 1994 la OEA aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (“Convención de México”)². Fue ratificada por dos países, México y Venezuela, y sus soluciones fueron incorporadas a las legislaciones interna de Venezuela y de Paraguay³.
3. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (“Conferencia de La Haya”) tuvo en cuenta la Convención de México al elaborar los Principios sobre la Elección del

¹ La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas. OEA/SG/DDI/doc. 3/16, 15 de marzo de 2016 (“Informe sobre contratos de 2016”).

² Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Suscrita en Ciudad de México, México, el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado; entró en vigor el 15 de diciembre de 1996. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.

³ Estado de firmas y ratificaciones disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>.

Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales (“Principios de La Haya”), aprobados en 2015⁴.

4. Han pasado más de veinte años desde la adopción de la Convención de México y, dado que los Principios de La Haya incorporaron desarrollos subsiguientes que allanaron el camino para aclarar ciertas cuestiones e introducir soluciones novedosas, podrían considerarse las siguientes interrogantes: ¿qué sigue para las Américas? ¿Deberían hacerse llamamientos exclusivamente a fin de lograr mayores ratificaciones de la Convención de México? ¿Debería ser modificada la Convención, tomando en consideración los nuevos desarrollos? ¿Se debería preparar una ley modelo o una guía para redactarla?
5. El CJI analizó todas estas alternativas junto con las respuestas a un cuestionario que se hizo circular entre los Estados Miembros de la OEA⁵ y reconocidos especialistas del derecho internacional privado⁶. Las respuestas reflejan la percepción de que, evidentemente, los Principios de La Haya han llegado más lejos que la Convención de México y que las disposiciones de dichos principios podrían servir para enmendar el instrumento interamericano.
6. Cabe preguntarse si un proceso de revisión de la Convención de México valdría el esfuerzo. Por un lado, un documento mejorado podría ser mejor recibido por la comunidad jurídica dentro de las Américas y, además, daría la oportunidad de corregir las discrepancias actuales entre las cuatro versiones en los idiomas oficiales (inglés, francés, español y portugués), que fueron duramente criticadas en su momento, en particular por juristas angloparlantes. Por otra parte, la negociación y aprobación de una convención es un proceso muy complicado y costoso que exige voluntad política y recursos considerables. Otros tipos de instrumentos, como las leyes modelo o las guías legislativas han demostrado ser medios igualmente aptos para impulsar la armonización del derecho internacional privado.
7. En última instancia, la CIJ concluyó que en esta etapa sería mucho más efectivo para los Estados de las Américas adoptar o revisar leyes nacionales a fin de ajustarlas a los lineamientos respaldados por la OEA basados en normas internacionales y en mejores prácticas reconocidas por la Conferencia de La Haya y por otros órganos internacionales pertinentes, en lugar de promover la ratificación de tratados, como la Convención de México, o impulsar iniciativas para su eventual modificación.

II. Propósito y objetivos de la Guía

8. El propósito de esta Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas (“Guía”) es impulsar aspectos importantes del derecho aplicable a dichos contratos en esa región a fin de promover la armonización regional en la materia y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo.
9. Para la consecución de dicha finalidad la Guía presenta varios objetivos, a saber:
 - a. proponer una formulación actual del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales para las Américas con base en los principios fundamentales de la Convención de México y la incorporación de desarrollos subsiguientes en la materia a la fecha, especialmente según los Principios de La Haya;

⁴ Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales. Aprobados el 19 de marzo de 2015. Texto disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>.

⁵ En aras de la uniformidad en la presente Guía, las expresiones “Estados Miembros” y “Estados” se escribirán con mayúsculas iniciales.

⁶ En 2015 se distribuyó un cuestionario en el que se solicitaba a los Estados Miembros que presentaran sus respuestas a la Parte A y a los académicos de dichos Estados que respondiesen la Parte B. Véase, Informe sobre contratos de 2016, nota 1 *supra*. Apéndice A. Las respuestas se analizan más adelante en la presente Guía.

- b. promover una mayor comprensión de la Convención de México y de los principios en que se funda a fin de rectificar la falta de información y la información errónea relativa al instrumento, además de aclarar las incertidumbres y discrepancias presentes en las versiones en los distintos idiomas;
 - c. ser un instrumento de ayuda para los Estados Miembros de la OEA que estén considerando ratificar la Convención de México;
 - d. brindar apoyo a las iniciativas de los Estados Miembros de la OEA dirigidas a la modernización de sus legislaciones nacionales en materia de contratos comerciales internacionales de acuerdo con estándares internacionales;
 - e. prestar asistencia a las partes contratantes en las Américas y a sus asesores en la redacción e interpretación de contratos comerciales internacionales;
 - f. proporcionar orientación a los jueces en las Américas, quienes pueden considerar que esta Guía es útil para la interpretación y complementación de la legislación interna, en particular en cuestiones relativas a contratos comerciales internacionales que no se encuentren desarrolladas en las leyes nacionales; y
 - g. orientar a los árbitros en el ejercicio de sus facultades particulares de aplicación, interpretación y complementación del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales.
10. La explicación de las normas actuales aceptadas internacionalmente en materia de contratos comerciales internacionales pertinentes a las Américas no es una cuestión nimia. Uno de los motivos por los cuales la Convención de México se ha enfrentado a una fuerte resistencia es la falta de información sobre su contenido e implicancias. Esta Guía puede contribuir a superar dicho obstáculo.
 11. Esta no es una guía de la Convención de México, sino más bien una *guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*. No obstante, visto que la Convención de México, como un instrumento de gran calidad impulsado por la OEA, sirve como importante punto de partida, y dada la estrecha relación con los Principios de La Haya y la pertinencia de éstos, se harán numerosas referencias a ambos en este documento.
 12. Esta Guía se limita a los contratos comerciales internacionales. No incluye los contratos laborales y de consumo, que presentan retos particulares más allá de su alcance. La parte quinta presenta una lista y una explicación de otros elementos que se encuentran excluidos.

1.0 El propósito y los objetivos de esta Guía deberían ser considerados por los Estados Miembros de la OEA, en particular por los legisladores que consideren reformar el régimen jurídico interno en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, así como por los órganos jurisdiccionales que diriman controversias relativas a dichos contratos, y por las partes contratantes y sus asesores.

PARTE SEGUNDA

ANTECEDENTES CONTEXTUALES

I. Introducción

13. Esta parte segunda proporciona los antecedentes contextuales que han suscitado muchas de las cuestiones jurídicas relativas a los contratos comerciales internacionales que se abordan en esta Guía. Comienza con una perspectiva general del derecho internacional privado y de los enfoques complementarios en materia de conflictos de leyes y de derecho uniforme. Seguidamente se presenta un examen de las principales iniciativas históricas en Europa y América dirigidas a la codificación de las normas sobre conflictos de leyes en el ámbito de

los contratos comerciales internacionales, desde los Tratados de Montevideo de 1889 hasta los instrumentos aprobados más recientemente. Resulta importante contar con un entendimiento básico de estos desarrollos debido a la influencia que ha ejercido cada uno de dichos instrumentos respecto del otro con el correr del tiempo, según se ilustra en la presente Guía. Asimismo, estos instrumentos han tenido una importante influencia en la elaboración de legislación nacional, conforme lo demuestran los ejemplos que constan en la última sección de la parte segunda y en otras secciones de la Guía. En consecuencia, y dado que la jurisprudencia de ambos lados del Atlántico también resulta pertinente para la interpretación de los diversos instrumentos internacionales y de la legislación interna, en el análisis de las decisiones jurisdiccionales americanas se incluirán referencias a casos importantes de Europa y de otros lugares.

II. Derecho internacional privado: el conflicto de leyes frente al derecho uniforme

14. Los contratos internacionales plantean interrogantes, como cuál debería ser el derecho que rige las obligaciones contractuales y si las partes cuentan con la libertad o la “autonomía” como para determinarlo por sí mismas. En el enfoque tradicional del derecho internacional privado, conocido como *conflictual*, prevalece la técnica de recurrir a *normas* de conflicto de leyes o a reglas indirectas a fin de determinar “cuál” de los derechos debe aplicarse (es decir que se trata de una elección entre los derechos nacionales de diferentes Estados). Las normas de conflicto de leyes deben contrastarse con el derecho *sustantivo* aplicable a una determinada vinculación jurídica.
15. La unificación del derecho privado, también llamada *método de derecho uniforme*⁷, procura hallar una solución para la armonización de las normas jurídicas sustantivas (a fin de que, al menos en teoría, se aplique la misma norma en todos los Estados que implementan el derecho uniforme), en tanto que generalmente el método conflictual tiene que ver con localizar un negocio jurídico internacional en un determinado marco jurídico nacional. Un derecho uniforme eliminaría la necesidad de contar con normas conflictuales, al menos en el caso de aquellos Estados y controversias abarcadas por él.
16. No obstante, resulta imposible escapar a los problemas de conflictos de leyes en un mundo jurídicamente parcelado de naciones-Estados que continuará como tal por algún tiempo. En consecuencia, el enfoque de conflicto de leyes y de derecho uniforme no debería percibirse como relativo a métodos antagónicos, sino complementarios. Aunque la necesidad de un derecho sustantivo universal que rija las relaciones internacionales ha logrado un importante reconocimiento, la historia ha demostrado lo difícil que resulta lograr ese objetivo. Es poco probable que las normas de derecho uniforme abarquen todos los posibles problemas de un contrato internacional. La presente Guía aborda principalmente cuestiones de conflictos de leyes en los contratos comerciales internacionales, es decir, el derecho que debería aplicarse a estos últimos: el nacional o el internacional. Si bien la Guía menciona iniciativas sobre derecho uniforme, no hace referencia a las soluciones sustantivas allí contenidas en materia de formación y terminación del contrato, y derechos y obligaciones de los contratantes, para dar algunos ejemplos.

III. Iniciativas históricas para la codificación del conflicto de leyes en los contratos comerciales internacionales

17. Los movimientos nacionalistas de Europa y América frenaron el desarrollo de la idea de un derecho uniforme o universal civil y comercial (*ius commune* y *lex mercatoria*) que había adquirido particular fuerza en la Edad Media. Las naciones estados de tradición civilista sancionaron códigos civiles y comerciales, mientras que las de tradición anglosajona consolidaron su derecho en base a precedentes jurisprudenciales. Esta situación dio un peculiar impulso a las normas de conflicto de leyes para la solución de problemas de derecho internacional privado en cuanto al derecho que debía aplicarse a las relaciones internacionales del ámbito privado. Hacia mediados del siglo XIX se debatían en Europa

⁷ En la presente Guía se utiliza la expresión “método de derecho uniforme” para expresar en forma abreviada este proceso de unificación del derecho privado. En el análisis que se realiza más adelante se mencionarán las principales organizaciones conocidas por realizar esa tarea.

mecanismos para la aplicación de soluciones unificadas mediante un tratado internacional, aunque las Américas tomaron la delantera.

A. Tratados de Montevideo

18. El 1889 se firmaron en Montevideo nueve tratados de derecho internacional privado⁸. Uno de ellos, específicamente el Tratado de Derecho Civil Internacional (“Tratado de Montevideo de 1889”) aborda el tema de la determinación del derecho aplicable a la contratación internacional. No obstante, sus disposiciones en materia de derecho aplicable resultaron controversiales, además de guardar silencio en cuanto a la autonomía de la voluntad, que resulta hoy día un principio ampliamente aceptado en el derecho internacional privado.
19. Estos antiguos Tratados de Montevideo siguen siendo aplicables en Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. En 1940, se suscribieron nuevos tratados en Montevideo (“Tratados de Montevideo de 1940”), ratificados solo por Argentina, Paraguay y Uruguay⁹. Estos instrumentos reafirmaron las antiguas soluciones con respecto al derecho aplicable. Prevén asimismo que cada Estado debe determinar la aceptación, o no, del principio de autonomía de las partes, una cuestión que, ante la ausencia de disposiciones claras a ese efecto en legislaciones nacionales, durante décadas se tornó muy controvertida en Paraguay y Uruguay.

B. Código Bustamante

20. Otros Estados en el continente, como Brasil, Chile y Venezuela, no han incorporado los Tratados de Montevideo. En cambio, ratificaron en La Habana en 1928 la Convención de Derecho Internacional Privado, que anexaba el Código de Derecho Internacional Privado¹⁰. Conocido como “Código Bustamante”, regula varias cuestiones del derecho internacional privado, entre ellas el derecho aplicable a la contratación internacional, además de ofrecer una solución distinta a la de los Tratados de Montevideo en lo relativo al derecho aplicable

⁸ (1) Tratado de Derecho Civil Internacional, 12 de febrero de 1889; (2) Tratado de Derecho Comercial Internacional, 12 de febrero de 1889; (3) Tratado de Derecho Penal Internacional, 23 de enero de 1889; (4) Tratado de Derecho Procesal Internacional, 11 de enero de 1889; (5) Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales, 4 de febrero de 1889; (6) Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, 11 de enero de 1889; (7) Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica, 16 de enero de 1889; (8) Tratado de Patentes de Invención, 13 de febrero de 1889; (9) Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, 13 de febrero de 1889.

Disponibles en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-ext-arg-bol-per.html.

⁹ (1) Tratado sobre Asilo y Refugio Político, 4 de agosto de 1939; (2) Tratado sobre Propiedad Intelectual, 4 de agosto de 1939; (3) Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales, 4 de agosto de 1939; (4) Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, 9 de marzo de 1940; (5) Tratado de Derecho Procesal Internacional, 19 de marzo de 1940; (6) Tratado de Derecho Penal Internacional, 19 de marzo de 1940; (7) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, 19 de marzo de 1940; (8) Tratado de Derecho Civil Internacional, 19 de marzo de 1940; (9) Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado, 19 de marzo de 1940.

Disponibles en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-ext-arg-bol-per.html.

¹⁰ Convención de Derecho Internacional Privado, que anexó el Código de Derecho Internacional Privado. La convención fue aprobada el 20 de febrero de 1928 en el Sexto Congreso Panamericano celebrado en La Habana, Cuba; entró en vigor el 25 de noviembre de 1928. 86 LNTS 111. Disponible en:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Código_Bustamante_firmas.asp.

a los contratos internacionales. Asimismo, el instrumento ha planteado muchas interrogantes con relación a si consagra o no la autonomía de la voluntad. El Código Bustamante se halla ratificado por varios Estados americanos, aunque con amplias reservas¹¹.

C. Convenio de Roma y Reglamento Roma I

21. En 1980, casi un siglo después de los Tratados de Montevideo de 1889, se firmó en Europa un tratado para regular el conflicto de leyes en los contratos internacionales. El Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, conocido como “Convenio de Roma”, acompañado de un informe oficial para facilitar su interpretación, entró en vigor en 1991¹². A partir de 2008, tras la transferencia de determinadas facultades legislativas a la Unión Europea y algunos cambios y agregados, el Convenio de Roma fue reemplazado por el Reglamento (del Parlamento Europeo y del Consejo) sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, conocido como “Reglamento Roma I”¹³. Dicho reglamento prevé cuestiones de derecho aplicable a los contratos internacionales y delinea el principio de autonomía de la voluntad y sus límites, además de fijar criterios para determinar el derecho aplicable cuando las partes no lo hayan elegido.
22. Estos dos instrumentos resultan de importancia no solo debido a su adopción por el bloque de la UE¹⁴, sino también debido a su influencia en las Américas (de la primera formulación como Convenio de Roma) en la elaboración de la Convención de México y, más recientemente, en la preparación de un instrumento a escala mundial, como lo son los Principios de La Haya.

IV. Convención de México

23. En las Américas, hacia mediados del siglo XX había controversias respecto de los Tratados de Montevideo y del Código Bustamante. Estos instrumentos contenían disposiciones divergentes entre ellos, además de presentar cuestionamientos, por ejemplo, en cuanto a temas relacionados con la autonomía de la voluntad y con la ausencia de elección del derecho. Además, algunos Estados americanos, incluidos todos los de tradición anglosajona, no habían ratificado ninguno de estos tratados.
24. El establecimiento de la OEA en 1948 generó fuertes esperanzas de que la situación fuese finalmente resuelta. Tras cuidadosas evaluaciones, los Estados Miembros de la OEA se

¹¹ Si bien Brasil ha ratificado este código, los académicos de dicho país señalan que prácticamente no se lo tiene en cuenta y raramente se lo menciona en decisiones judiciales. El artículo 2 del Tratado al que se encuentra anexo el Código dispone que únicamente se permiten reservas determinadas o especiales. En consecuencia, la interpretación generalmente aceptada por doctrinarios en Venezuela, basada en el derecho de los tratados, es que el Código solo se aplica a aquellos Estados que lo han ratificado sin reservas (Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú) y a los que lo han hecho solamente con ciertas reservas limitadas (Venezuela, Brasil, República Dominicana, Haití y Bahamas). Es por ello que no sería de aplicación en Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador, ya que estos Estados ratificaron el Código Bustamante con reservas de índole genérica, “siempre que no contradiga la legislación interna”, lo que equivale a una ausencia de ratificación (aunque algunos tribunales, por ejemplo en Costa Rica, han aplicado el Código). En Venezuela no se aplica el Código Bustamante respecto de esos Estados. Durante los años que siguieron algunos Estados de la región hicieron esfuerzos para incluir en su derecho interno un reconocimiento expreso del principio de autonomía de la voluntad como ocurrió, por ejemplo, con las normas de derecho internacional privado del Código Civil peruano de 1984 (artículo 2095).

¹² Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, Roma, 19 de junio de 1980. 19 ILM 1492; [1980] OJ L266/1.

¹³ Reglamento (del Parlamento Europeo y del Consejo) sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 17 de junio de 2008. 593/2008/EC; [2008] OJ L177/6. El Reglamento Roma I es vinculante para todos los Estados Miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca, en donde sigue siendo aplicable el Convenio de Roma.

¹⁴ *Id.*, véase la nota relativa a Dinamarca *supra*.

- decidieron en contra de la idea de elaborar un código general como el Código Bustamante y, en su lugar, optaron por trabajar hacia la codificación gradual de temas particulares en el ámbito del derecho internacional privado.
25. Esta intención empezó a convertirse en realidad en 1975 cuando los Estados Miembros de la OEA tomaron medidas para armonizar y codificar normas de derecho sustantivo y de elección de derecho en diversos temas de derecho internacional privado.
 26. Ello se logró principalmente mediante las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (“CIDIP”), que son reuniones diplomáticas organizadas con arreglo al artículo 122 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Hasta la fecha se han celebrado siete CIDIP, las que han dado como resultado la adopción de veintiséis instrumentos internacionales (tales como convenciones, protocolos, documentos uniformes y una ley modelo) sobre diversos temas. Los instrumentos fueron diseñados para crear un marco jurídico eficaz para la cooperación judicial entre los Estados de las Américas y para agregar seguridad jurídica a las vinculaciones transfronterizas en materia civil, procesal, comercial y de familia. La más reciente de estas conferencias fue la CIDIP-VII, que se celebró en 2009.
 27. En los últimos años el CJI ha abordado varios temas en el campo del derecho internacional privado. El CJI, a su vez, ha remitido las propuestas de instrumentos para que sean consideradas por el Consejo Permanente y por su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, así como para su eventual consideración y aprobación por la Asamblea General de la OEA. Mediante esta metodología, que evita el costoso mecanismo de una conferencia diplomática específica en forma de CIDIP, el instrumento final recibe igualmente el respaldo de los Estados Miembros mediante un proceso político¹⁵.
 28. La Convención de México se aprobó formalmente en 1994 en la CIDIP-V en los cuatro idiomas oficiales de la OEA (inglés, español, francés y portugués), cuyos textos son igualmente auténticos. Fue suscrita por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, y ratificada por Venezuela y México¹⁶. Entró en vigor el 15 de diciembre de 1996 y a la fecha no se registra reserva ni declaración alguna.
 29. El tema de la contratación internacional había sido considerado por primera vez en 1979 en la CIDIP-II. Seguidamente se incluyó en el temario de la CIDIP-IV de 1989 y fue asignado a la Comisión II, que consideró un estudio preparado por el jurista argentino Antonio Boggiano y un proyecto de convención elaborado por la Delegación de México¹⁷. Como no se logró un consenso general sobre un instrumento formal, los delegados aprobaron un conjunto de principios para futuras deliberaciones y recomendaron que la Asamblea General de la OEA convocara una reunión de expertos. Estos principios sirvieron de base para un proyecto de convención y un informe, elaborados por el jurista mexicano José Luis Siqueiros y aprobados por el CJI en 1991¹⁸.

¹⁵ Puede citarse a modo de ejemplo que en 2011 el CJI incorporó a su programa de trabajo el tema de las sociedades por acciones simplificada, y que en 2012 aprobó, mediante una resolución, un proyecto de Ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada, que se remitió al Consejo Permanente. Informe Anual del [CJI] al Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, OEA/Ser. G/CP/doc.4826/13, 20 de febrero de 2013. Finalmente, en 2017 la Asamblea General de la OEA tomó nota y aprobó la resolución AG/RES. 2906 (XLVII-O/17), Ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada.

¹⁶ Estado de firmas, nota 3 *supra*.

¹⁷ Informe del Relator de la Comisión II referente al tema de contratación internacional. CIDIP-IV, Volumen I, Actas y documentos CIDIP-IV. Secretaría General, OEA, Washington, D. C. 1991, pág. 447.

¹⁸ Tema 1: Contratación internacional proyecto de convención interamericana sobre ley aplicable en materia de contratación internacional – Comité Jurídico Interamericano. CIDIP-V, OEA/Ser. K/XXI.5 – CIDIP-V/12/93, 28 de diciembre de 1993.

30. Este proyecto de convención y el informe fueron examinados en una reunión de expertos que se celebró en Tucson, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993¹⁹. En esta reunión se aprobó una nueva versión revisada del Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (“Proyecto de Tucson”) que fue la base para las deliberaciones de la CIDIP-V, que tuvo lugar del 14 al 18 de marzo de 1994 en Ciudad de México. Los trabajos preparatorios incluyeron la distribución de un cuestionario a los Estados Miembros de la OEA, así como un examen exhaustivo de otros instrumentos pertinentes en la materia²⁰. Dado que a la CIDIP-V asistieron diecisiete países latinoamericanos, además de Estados Unidos y Canadá, se dice que el texto resultante representa el consenso de un considerable número de Estados de las tradiciones del derecho civil y de “common law”.
31. La Convención de México se aprobó con 30 artículos que prevén cuestiones como la autonomía de la voluntad para seleccionar el derecho aplicable y sus límites, los criterios a seguirse en ausencia de elección, así como temas de orden público, entre otros. Con el Convenio de Roma de 1980 como fuente de inspiración, la Convención de México fue más allá en aspectos como la admisión del derecho no estatal y la apertura al derecho de un Estado no contratante.
32. Aunque el reducido número de ratificaciones (solamente lo hicieron México y Venezuela) no es de por sí una indicación de su éxito, se consideró valioso analizar las posibles razones. En consecuencia, cuando se planteó el interrogante a Estados y académicos en una encuesta realizada por el CJI en 2015, se registraron varias respuestas que indicaron los siguientes motivos:
- resultan problemáticas las discrepancias lingüísticas entre los textos oficiales, en particular en español e inglés;
 - los innovadores y controvertidos principios en materia de conflicto de leyes resultaron problemáticos para la época: el primero de ellos, el de la autonomía de la voluntad, al menos en 1994, representaba un cambio radical del enfoque tradicional conflictualista que predominaba en varios estados de derecho civil;
 - la figura de la “conexión más cercana” o “principio de proximidad” constituía un concepto desconocido, sin directrices claras para su aplicación;
 - las referencias a los “principios generales de derecho comercial internacional” y a la *lex mercatoria* eran problemáticas dado que el lenguaje era considerado demasiado amplio y su alcance poco claro;
 - había una ausencia de propulsores locales o de voluntad política; y
 - se percibía que entre los Estados existía una falta de conocimiento de la Convención de México y de sus posibles beneficios²¹.
- Se ha sugerido asimismo que tal vez la Convención de México haya intentado realizar de manera un tanto forzada una síntesis entre el derecho civil y el “*common law*”, lo cual no arrojó un resultado satisfactorio.
33. Independientemente de la poca cantidad de ratificaciones, estas respuestas de los Estados Miembros de la OEA y de los académicos de la región confirman que la Convención de México ha efectuado valiosos aportes al desarrollo del derecho de los contratos internacionales en el Hemisferio. En los más de veinte años que han transcurrido desde su aprobación, muchos de sus principios, en particular el de autonomía de la voluntad, han logrado aceptación regional y han quedado consagrados en las legislaciones internas de

¹⁹ Tema 1: Contratación internacional. Informe de la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional. CIDIP-V, OEA/Ser. K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93, 30 de diciembre de 1993 (“Informe de la Reunión de Expertos”).

²⁰ Informe del Relator de la Comisión II referente al tema de contratación internacional; véase, nota 17 *supra*.

²¹ Véase, Informe sobre contratos de 2016, nota 1 *supra*.

varios Estados Miembros de la OEA. Esto se ha conseguido mediante diversos mecanismos, cuya consideración se analizará en la presente Guía a fin de coadyuvar a la toma de decisiones en cuanto al camino a seguir a futuro.

V. Principios de La Haya

34. La Conferencia de La Haya nació de una primera reunión diplomática que tuvo lugar en 1893. En líneas generales, su historia puede dividirse en dos períodos. En el inicial, de 1893 hasta la Segunda Guerra Mundial, la conferencia se celebró en seis ocasiones. En la séptima sesión, que se realizó en 1951, quedó establecida por estatuto como una organización intergubernamental. A partir de entonces dicha conferencia generalmente se ha reunido cada cuatro años en sesiones diplomáticas, y en ocasionales sesiones extraordinarias. Pese a que su nombre parece indicar lo contrario, la Conferencia de La Haya se ha transformado en una organización permanente. Su finalidad es “la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado”, que logra principalmente mediante la negociación y seguimiento de tratados multilaterales sobre temas de competencia de tribunales y autoridades, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, y cooperación judicial y administrativa internacional. Está conformada por 82 Estados y la UE, e incluye a 14 Estados Miembros de la OEA²². Asimismo, varios otros Estados de las Américas se han adherido a uno o a varios de los Convenios de La Haya.
35. Sus trabajos se diferencian de los de otros organismos como Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) en que, en lugar de avanzar en la unificación substantiva, la Conferencia de La Haya elabora textos de derecho internacional privado conforme al tradicional sistema *conflictualista*, considerándose la como el organismo mundial de mayor preponderancia a este respecto. La Conferencia de La Haya se dedica a cuestiones tan variadas como protección internacional de menores, derecho de familia, derechos de propiedad, cooperación jurídica internacional y litigios internacionales, y derecho comercial y financiero internacional.
36. En la Conferencia de La Haya de 1972 la Delegación de Estados Unidos planteó por primera vez la sugerencia de elaboración de un instrumento sobre derecho aplicable a la contratación internacional. El Convenio de La Haya sobre las Ventas de 1955, el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986 (conocidos estos dos como “Convenios de La Haya sobre Compraventa”)²³ y el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación (“Convenio de La Haya sobre Contratos de Intermediarios”)²⁴ de 1978 tuvieron un éxito limitado teniendo en cuenta la cantidad de ratificaciones logradas. Sin embargo, su incidencia respecto de otros instrumentos —por ejemplo, mediante la aceptación de la libertad que tienen las partes para elegir el derecho aplicable (autonomía de la voluntad)— ha resultado significativa en instrumentos como el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I.
37. Entre 2005 y 2009 se realizaron estudios de viabilidad que indicaron que un tipo de instrumento diferente tal vez podría resultar exitoso. En consecuencia, se decidió elaborar

²² Argentina (1972), Brasil (2001), Canadá (1968), Chile (1986), Costa Rica (2011), Ecuador (2007), México (1986), Panamá (2002), Paraguay (2005), Perú (2001), Suriname (1977), Estados Unidos (1964), Uruguay (1983) y Venezuela (1979). La lista actualizada de miembros de la Conferencia de La Haya puede consultarse en <https://www.hcch.net/es/states/hcch-members/> (Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018).

²³ Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, aprobado el 15 de junio de 1955; entró en vigor el 1 de septiembre de 1964. 510 UNTS 147. Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado el 22 de diciembre de 1986, aún no ha entrado en vigor. (1985) 24 ILM 1575.

²⁴ Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, adoptado el 14 de marzo de 1978, entró en vigor el 1 de mayo de 1992. (1977) 16 ILM 775.

un documento no vinculante, es decir, de “soft law”²⁵, que tuviera como objetivo fundamental promover la autonomía de la voluntad como criterio para la elección del derecho aplicable.

38. A efectos de preparar dicho documento se constituyó en 2009 un grupo de trabajo conformado por quince expertos y observadores de instituciones internacionales públicas y privadas, incluidas la CNUDMI, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”) y la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”)²⁶. Entre los integrantes del grupo de trabajo se encontraban seis juristas de las Américas o que trabajaban en la región. En 2012 el Consejo sobre Asuntos Generales y Política creó una comisión para examinar las propuestas del grupo de trabajo y formular recomendaciones. Reunida en noviembre de 2012, la Comisión Especial, una conferencia con más de cien expertos nacionales, presentó una propuesta de proyecto para los Principios de La Haya, difiriendo al grupo de trabajo la responsabilidad de formular los comentarios y los ejemplos.
39. La versión final de los Principios de La Haya quedó formalmente aprobada en marzo de 2015. Se trata del primer instrumento jurídico a nivel mundial sobre la elección del derecho en los contratos internacionales. La particular importancia de los Principios de La Haya radica en que dentro de un instrumento mundial se establece el principio de autonomía de la voluntad de manera amplia, dándole además carta de ciudadanía al derecho no estatal en un texto conflictualista. Como se señaló anteriormente, la Conferencia de La Haya incluye entre sus miembros a catorce Estados Miembros de la OEA, muchos de ellos representados en la reunión de la Comisión Especial²⁷, en tanto que el grupo de trabajo incluyó representantes de la región. En consecuencia, puede decirse que los Principios de La Haya reflejan la incorporación de las posiciones de muchos Estados de las Américas. Los Principios de La Haya han recibido el respaldo de la CNUDMI²⁸ y de organizaciones no gubernamentales como la CCI²⁹.
40. Los Principios de La Haya se aplican únicamente a la elección de derecho en los contratos comerciales internacionales; no abarcan casos en los que no se ha efectuado dicha elección. El preámbulo describe y explica el espíritu del instrumento, al que le siguen doce principios, o normas vinculantes, cada una de las cuales está acompañada de comentarios explicativos con las ilustraciones del caso. Estos doce principios son relativos al ámbito de aplicación, a la autonomía de la voluntad para la elección (expresa o tácita) del derecho (ya sea que se trate, o no, del derecho del Estado de las partes contratantes o el de un tercer Estado), a la validez formal de dicha elección y al orden público como límite a la autonomía de la voluntad, entre otras cuestiones.

²⁵ En el párrafo 57 del presente se examina la cuestión del “soft law”.

²⁶ La CCI es una red mundial con más de seis millones de miembros en más de cien países. Entre sus miembros se encuentran muchas de las empresas más grandes del mundo, así como pequeñas y medianas empresas, asociaciones empresariales, bancos, bufetes de abogados y cámaras de comercio locales. Su objetivo es promover el comercio internacional, la conducta empresarial responsable y un enfoque mundial a la regulación. <https://iccwbo.org/about-us/> (Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018).

²⁷ La primera reunión de la Comisión Especial sobre Elección de Derecho en Contratos Internacionales se celebró el 16 de noviembre de 2012. Su informe se encuentra disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/735cb368-c681-4338-ae8c-8c911ba7ad0c.pdf>.

²⁸ Apoyo a los textos de otras organizaciones: Principios sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, en Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 48.º período de sesiones, del 29 de junio al 16 de julio de 2015, A/70/17, pág. 49. Véase también: UNCITRAL Endorses The Hague Principles. <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=414> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

²⁹ <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-appeals-to-authorities-to-strengthen-legal-certainty-for-international-contracts-by-implementing-the-newly-approved-hague-principles/> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

41. Dadas las dificultades que implica la redacción de una convención internacional, los Principios de La Haya siguen el mismo enfoque de “soft law” y técnicas de elaboración normativa de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (“Principios UNIDROIT”)³⁰. Al igual que sucede con dicho instrumento, la intención de los Principios de La Haya es servir de modelo para los legisladores y redactores de contratos, y de guía en la interpretación tanto en la esfera judicial como arbitral. Se trata, eso sí, de instrumentos complementarios: mientras que los Principios UNIDROIT se ocupan de cuestiones sustantivas del derecho contractual, (como la formación, la interpretación, los efectos y la terminación del contrato), los de La Haya versan sobre cuestiones de elección de derecho (como el de uno o varios Estados, o incluso la selección de un derecho no estatal).

VI. Legislación reciente en las Américas en materia de conflictos de leyes en los contratos comerciales internacionales

42. La presente Guía no versa sobre los diversos modos en los que el derecho internacional se incorpora a un régimen nacional, dado que ello varía significativamente de un Estado a otro. Además, algunos Estados, como Venezuela, no incorporan (o “implementan”) el derecho internacional a su derecho nacional. No obstante, en términos generales, los Estados que deseen armonizar su legislación interna con la Convención de México y con los Principios de La Haya podrán incorporar estas disposiciones en leyes generales de derecho internacional privado o en leyes que se dicten específicamente para regular el derecho aplicable a los contratos internacionales.
43. Una opción es apelar a la “incorporación material”, que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno, como se hizo en Paraguay. Su Ley N.º 5393 sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, de 2015, cuenta con 19 artículos. En los artículos del 1 al 10 y 13 y 14, relativos a la elección del derecho, básicamente se reproducen los Principios de La Haya con modificaciones menores. Los artículos 11, 12, 15 y 16 tratan principalmente de situaciones de ausencia de elección del derecho, reproduciendo casi literalmente las correspondientes disposiciones de la Convención de México. Finalmente, el artículo 17, que se ocupa del orden público, se encuentra en línea con la solución de los Principios de La Haya, y el artículo 18 trata de las derogaciones producidas con esta ley.
44. Otra opción es recurrir a la “incorporación por referencia” legislativa, como lo hizo Uruguay cuando en una ley interna adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo³¹.
45. Venezuela, que ratificó la Convención de México³², adoptó una tercera opción: en 1998 sancionó su Ley de Derecho Internacional Privado, vigente desde el 6 de febrero de 1999³³. Dicha ley incluye tres artículos (del 29 al 31) que reproducen los principales contenidos de la Convención de México y disponen que las posibles lagunas podrán suplementarse con sus principios.

³⁰ Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016. Texto disponible en: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/spanish-black-letter>. Véase un análisis del tema en la Parte tercera del presente (sección III.B) en relación con el desarrollo progresivo de estos principios.

³¹ En lo relativo a ese tratado en particular había existido consenso entre académicos y parlamentarios en cuanto a los beneficios de sus disposiciones. En cambio, en lo tocante a la Convención de México, la situación en Uruguay es distinta dado que no existe un consenso similar, lo que llevó a que la aprobación parlamentaria del instrumento fuera rechazada dos veces. Además, el proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado no logró obtener aprobación parlamentaria, principalmente debido a su incorporación de la autonomía de la voluntad en seguimiento a la Convención de México.

³² Publicada en la Gaceta Oficial (Extraordinaria) N.º 4.974 del 22 de septiembre de 1995.

³³ Gaceta Oficial (Ordinaria) N.º 36.511 del 6 de agosto de 1998.

46. México ha ratificado la Convención de México, que se considera parte de su normativa interna de derecho internacional privado que rige los contratos internacionales con Estados que no son partes de dicha convención, si bien no hay ninguna indicación legislativa o jurisprudencial en este sentido. Venezuela adoptó un enfoque diferente e incorporó el contenido de la Convención de México directamente a su normativa interna en materia de derecho internacional privado.
47. Argentina, República Dominicana y Panamá modificaron muy recientemente sus leyes rectoras de la contratación internacional. Argentina reemplazó su Código Civil y de Comercio por un nuevo Código Civil y Comercial (“CCC”) que incluye todo un capítulo de derecho internacional privado con varias disposiciones sobre contratos internacionales³⁴. En noviembre de 2018 una comisión creada por el gobierno presentó ante el Ministerio de Justicia un proyecto de propuesta de reforma del CCC³⁵. Resulta significativo que el proyecto propone sustituir el texto actual del artículo 2651(d) por el siguiente: “la elección puede recaer en normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. La nueva ley de derecho internacional

2.0 Se alienta a los Estados Miembros de la OEA, independientemente de que hayan ratificado o no o que tengan o no la intención de ratificar la Convención de México, a que consideren sus soluciones para sus propios derechos nacionales, ya sea mediante una incorporación material, por referencia o por otros mecanismos que sean de aplicación en sus regímenes jurídicos internos propios, teniendo en cuenta los desarrollos subsiguientes del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales consagrados en los Principios de La Haya y descritos en la presente Guía.

privado de la República Dominicana contiene disposiciones en materia de contratos internacionales³⁶. El nuevo Código de Derecho Internacional Privado de Panamá también contiene disposiciones en la materia³⁷. De estos textos, el de la República Dominicana parece ser el más influenciado por la Convención de México, aunque se aleja de aspectos fundamentales como la determinación del derecho aplicable cuando las partes contratantes no lo hayan seleccionado.

PARTE TERCERA

AVANCES EN EL MÉTODO DE DERECHO UNIFORME EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS

³⁴ El Código fue aprobado por Ley N.º 26.994 del 7 de octubre de 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de 2015.

³⁵ La propuesta sigue debatiéndose. El texto de la propuesta se encuentra disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/11/Legislacion3875.pdf> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2019).

³⁶ Ley N.º 544 de 2014.

³⁷ Código de Derecho Internacional Privado, Ley N.º 61 del 7 de octubre de 2015 (que sustituyó a la Ley 7 de 2014). Gaceta Oficial del 8 de octubre de 2015, N.º 27885-A.

I. Nuevo panorama a favor del método de derecho uniforme

48. Si bien hasta no hace mucho tiempo se registraba una enorme prevalencia de los instrumentos de conflictos de leyes en el ámbito del derecho de los contratos comerciales internacionales, en la actualidad la metodología del derecho uniforme está ganando terreno. Existen muchos factores que contribuyen a esta tendencia. Por ejemplo, la autonomía de la voluntad, o la facultad de las partes de elegir el derecho que regirá su vinculación ante una controversia, está consolidándose como principio del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales. Esto lleva a que frecuentemente las partes apunten a evitar el mecanismo de conflicto de leyes mediante estipulaciones detalladas en sus acuerdos o selecciones claras del régimen jurídico que los regirá, incluso en situaciones en las que estas leyes no son parte del derecho interno; con frecuencia se trata de referencias a instrumentos de derecho uniforme.
49. Varias iniciativas actuales a nivel mundial, regional y local en los ámbitos público y privado han generado una red de instrumentos en constante expansión, todos ellos con el propósito compartido de desarrollar derecho uniforme. Este fenómeno no se encuentra limitado a las reglas normativas, sino que también se están realizando esfuerzos para generar uniformidad entre las técnicas interpretativas y conciliar los entendimientos de la operación técnica de diferentes sistemas jurídicos.
50. Asimismo, el arbitraje se está consolidando como un método aceptado para la resolución de controversias comerciales que le proporciona a los árbitros las herramientas adecuadas para lograr soluciones apropiadas a problemas transnacionales, más allá de una mera preocupación por la aplicación mecánica del derecho interno de conformidad con un sistema conflictualista.

II. Herramientas utilizadas para la unificación y la armonización

51. Suelen ser utilizados indistintamente los términos “unificación” y “armonización”. Sin embargo, en puridad, “unificación” implica la adopción de normas jurídicas comunes en más de un Estado o región, en tanto que la “armonización” denota mayor flexibilidad, pues no alude necesariamente a textos uniformes, sino a la aproximación de criterios jurídicos apoyándose en bases comunes, leyes modelos o principios uniformes. Tanto las normas conflictualistas como las sustantivas pueden ser objeto de unificación y armonización.
52. El “tratado internacional” o “convención” es el instrumento tradicionalmente utilizado por los Estados para adoptar normas comunes con el objetivo de la unificación, basándose en soluciones existentes o creando soluciones nuevas³⁸. En efecto, han existido numerosos tratados exitosos, varios de los cuales se examinarán en la presente Guía. No obstante, uno de los inconvenientes del formato que revisten los tratados radica en la dificultad de asegurar su ratificación. Las negociaciones difíciles entre Estados con diferentes tradiciones jurídicas o con objetivos normativos divergentes suelen exigir avenencias y concesiones que desembocan en un texto final poco apto o incluso inutilizable que, en última instancia, las partes insatisfechas rehusarán a ratificar. Con el ánimo de obtener ratificaciones se suele recurrir a mecanismos como las “reservas”, que promueven una ilusión de unidad aunque finalmente atentan contra la unificación. También los redactores suelen excluir aquellos temas que no cuentan con consenso. Aunque los tratados siguen proliferando, tienen sus limitaciones.
53. El tratado internacional puede presentar limitaciones debido a la relativa inflexibilidad de ese formato para dar respuesta a los cambios en las prácticas comerciales, que suelen evolucionar con bastante rapidez, o a que su redacción no ha dado cuenta de dichos cambios.

³⁸ Un ejemplo de ello es la expresión “autonomía de la voluntad” que se encuentra en el Convenio de La Haya sobre las Ventas de 1955 y que a partir de allí fue utilizada considerablemente, tal es así que se transformó en un término común para expresar el principio en muchos instrumentos subsiguientes.

54. Sucede con frecuencia que las convenciones en materia de derecho mercantil buscan cristalizar normativamente ciertos usos, costumbres o prácticas del comercio. Pero cuando las convenciones son redactadas por los gobiernos de los Estados, y no por los miembros de la comunidad cuyas prácticas son supuestamente recogidas, no resulta poco común que las convenciones fallen en ganar aceptación precisamente porque *no* reflejan las prácticas o percepciones de la comunidad. Sin embargo, al mismo tiempo el Estado también debe cumplir su función de salvaguardar los intereses y derechos de quienes no tienen la voz cantante en la comunidad mercantil.
55. Se diseñó otro mecanismo de leyes uniformes, siempre dentro del contexto de los tratados internacionales, tales como el Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés (Ginebra, 1930) y el Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Cheques (Ginebra, 1931)³⁹. Estos dos convenios establecieron leyes uniformes que los Estados contratantes acordaron incorporar en sus legislaciones. En la actualidad este mecanismo ha quedado mayormente descartado, ya que una ley uniforme diseñada para ser incorporada en su totalidad al derecho nacional se percibe como que afecta la potestad soberana de legislar del Estado.
56. Para paliar este inconveniente se concibió la figura de la “ley modelo”, un instrumento redactado por un organismo de prestigio que ulteriormente procede a recomendarla. A modo de ejemplo puede citarse la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo de la CNUDMI”)⁴⁰. No obstante, este mecanismo tampoco logra una unificación significativa, puesto que los legisladores pueden corregir, adaptar e incluso descartar disposiciones de una ley modelo. Cuanto más general es la materia tratada, mayor es la probabilidad de que esto ocurra.
57. Existen diversos métodos de “soft law” que apuntan a la armonización. La expresión “soft law” hace referencia a una gran variedad de materiales que, a diferencia de los textos de “derecho duro”, no necesariamente se espera que los Estados adopten formalmente mediante ratificaciones de tratados o legislación, aunque de cualquier modo pueden ejercer una gran influencia en la práctica y el desarrollo del derecho. Podría hacerse referencia a uno de dichos métodos como un tipo de “formulación de la ley” (statement of the law), también conocido como “principios”. El “soft law” también incluye *guías legislativas* que ofrecen ejemplos de textos en forma de normas y reglamentos, además de incluir otros tipos de *guías* e instrumentos similares.
58. En resumen, el derecho de los contratos comerciales internacionales puede derivarse del derecho estatal o no estatal y, dentro de esta última categoría, la fuente puede incluir distintos tipos de instrumentos de “soft law”. De acuerdo con el régimen interno de cada Estado individual para la implementación o aplicación del derecho internacional, el derecho estatal (o “nacional”) puede incluir instrumentos de “soft law” o hacer referencia a ellos.

III. Instrumentos internacionales pertinentes de derecho uniforme en materia de contratos comerciales internacionales

59. En esta sección se examinarán dos de los principales instrumentos internacionales de derecho uniforme relativos a los contratos comerciales transnacionales: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CIM”)⁴¹ y los Principios UNIDROIT, además de las acciones regionales para la elaboración de legislación uniforme en la materia, las iniciativas del sector privado y las influencias del ámbito de los instrumentos arbitrales.

³⁹ Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés, 7 de junio de 1930, Ginebra. 143 UNTS 257; Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Cheques, 1 de enero de 1934, Ginebra. 143 UNTS 355. Disponible solamente en inglés y francés.

⁴⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aprobada el 21 de junio de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Texto disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

⁴¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada el 11 de abril de 1980, entró en vigor el 1 de enero de 1988. 1489 UNTS 3.

A. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

60. Conocida ampliamente por el acrónimo en inglés UNCITRAL, la CNUDMI (como se le conoce en español) fue concebida en 1966 con el objeto de “promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional”. Cuenta con el mandato general de reducir y eliminar las barreras creadas por las disparidades en las legislaciones nacionales que rigen el comercio internacional.
61. La CIM, uno de sus productos más conocidos, se aprobó en 1980 y entró en vigor en 1988. Esta convención unifica el derecho sustantivo de sus Estados contratantes en materia de compraventa internacional de mercaderías, además de abarcar aspectos relativos a la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías, derechos sustantivos del comprador y vendedor y cuestiones relacionadas al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones contractuales. Muchas de estas cuestiones son comunes a los contratos en general; en efecto, un gran número de disposiciones aplicables a los contratos regulados por los códigos civiles de varios Estados se han tomado de las consagradas en la CIM.
62. La CIM se encuentra ampliamente aceptada. A la fecha ha sido ratificada por 89 Estados de todo el mundo. Está en vigor en gran parte de los países de América Latina, salvo en Bolivia, Belize, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Suriname y Venezuela. En el Caribe se halla en vigor en Cuba y en la República Dominicana⁴².
63. A pesar de la amplia aceptación de la CIM, las partes del contrato pueden excluir su aplicación o, con sujeción a ciertas limitaciones, derogar o variar el efecto de sus disposiciones (artículo 6)⁴³. Debido a que la CIM reconoce el principio de autonomía de la voluntad de las partes, dicha derogación o variación se puede lograr al seleccionar el derecho de un Estado no contratante o el derecho sustantivo interno de un Estado contratante (por ejemplo, su Código Civil y Comercial).
64. Por otro lado, aunque no haya sido ratificada por el Estado de las partes contratantes involucradas en una controversia, la CIM puede aplicarse como una expresión del derecho no estatal cuando los juzgadores están facultados para aplicar en derecho uniforme⁴⁴. Este, sin embargo, es un tema que es objeto de debate.

⁴² Situación actual de la CIM:

https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁴³ Algunos comentaristas han señalado que las partes contratantes suelen excluir la aplicación de la CIM. El índice de partes que optan por la no aplicación de la CIM ha sido objeto de varias investigaciones con diversos resultados obtenidos a la luz de diferentes metodologías. Hay estudios integrales recientes realizados por Gustavo Moser. (Véase: Moser, Luiz Gustavo Meira. *Inside contracting parties' minds: the decision-making processes in cross-border sales*. (2017) *J. Int. Disp. Settlement* 8(2) 250-279; *Parties' preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law*. (2015) *20 Uniform L. Rev.* 19-55, <https://academic.oup.com/ulr/article/20/1/19/1617663#>; *Rethinking choice of law in cross border sales*, *International Commerce and Arbitration*, Vol. 27, Ingeborg Schwenzer (ed.), Eleven International Publishing, La Haya 2018, p. 25 a 32). Moser manifiesta que si bien no puede hacerse caso omiso al índice de exclusiones de la CIM, cuestión que es preciso examinar e investigar, un notable elemento común a todos estos estudios es que dicho índice parece estar vinculado a una “falta de familiarización” con la CIM y, tal vez, con un “temor a lo desconocido”. No obstante, la alegación de que existe un “alto nivel de exclusión” de la CIM no se halla respaldada por pruebas empíricas. (pág. 31; se omitieron las notas al pie). Existen datos anecdóticos que indican que la exclusión suele estar relacionada con patrones de dependencia, sin plena consideración de los motivos subyacentes. La tendencia general actual parece dirigirse hacia un mayor uso de la CIM y a un menor nivel de exclusión de su aplicación.

⁴⁴ Puede aplicarse la CIM como expresión de los “principios generales del comercio internacional” (véase, por ejemplo, el caso de las barras de acero (Steel Bars Case), causa arbitral N.º 6653 de la CCI del 26 de marzo de 1993; disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>

65. Además de su amplia aprobación como convención internacional vinculante y fuente de derecho no estatal, la CIM ha inspirado iniciativas legislativas para fomentar el desarrollo del derecho contractual a nivel de nación Estado. En las Américas, la Argentina constituye un claro ejemplo de ello⁴⁵. Asimismo, en algunos Estados como Brasil⁴⁶ y El Salvador⁴⁷, los jueces han recurrido a la CIM como fuente de interpretación del derecho interno.
66. Las interpretaciones judiciales y arbitrales de la CIM también sirven para impulsar su influencia. La página web de la CNUDMI pone a disposición del lector cientos de casos, entre los que se encuentran decisiones judiciales y laudos arbitrales⁴⁸.

B. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales

67. Conocido también como el “Instituto de Roma”, el UNIDROIT se creó en 1926 bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. Apunta a modernizar y homogeneizar el marco normativo del derecho privado, concentrándose principalmente en el derecho comercial. En la actualidad el UNIDROIT cuenta con sesenta y tres Estados Miembros, trece de los cuales pertenecen a la OEA⁴⁹.
68. La labor del UNIDROIT se dirige a soluciones sustantivas, es decir, se encamina a la búsqueda de un *derecho sustantivo uniforme* y solo excepcionalmente a temas de *normas de conflicto de leyes*. En sus más de 90 años de existencia, el UNIDROIT ha generado más de sesenta textos, entre los que se encuentran convenciones y proyectos de leyes modelo o guías resultantes de “estudios”, según se los llama oficialmente, relativos a una amplia gama de temas.
69. Entre estos trabajos los Principios UNIDROIT constituyen uno de sus logros más significativos. Se publicaron por primera vez en 1994, aunque las labores en la materia se iniciaron en la década de 1970. La edición de 1994 está compuesta de un preámbulo y reglas (o artículos) relativos a disposiciones contractuales generales, formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento del contrato. Dichas reglas están acompañadas por comentarios detallados, incluidas ejemplificaciones, que forman parte integral de los Principios. Dado que los mismos trece Estados Miembros de la OEA eran parte del UNIDROIT al momento de la adopción de los Principios en 1994, puede suponerse que los trabajos reflejaron el consenso logrado con la participación directa o indirecta de esos Estados.

(8.4.2013). También puede utilizarse como expresión de las “normas y estándares generales de los contratos internacionales” (véase, por ejemplo, el caso de la impresión de papel moneda (Printed Banknotes Case), causa arbitral N.º 9474 de la CCI de febrero de 1999; disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999474i1.html> (8.4.2013). La CIM también puede aplicarse como expresión de los “usos comerciales” (véase, por ejemplo, el caso de los cueros vacunos (Cowhides Case), causa arbitral de 1994 N.º 7331 de la CCI; disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html> (8.4.2013), así como el caso de los materiales hoteleros (Hotel Materials Case), causa arbitral de 1992 N.º 7331 de la CCI; disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html> (8.4.2013).

⁴⁵http://www.sbm.com.ar/assets/pdf/prensa/nuevo_codigo/final_the_new_CCiv_com_Argentina_and_the_cisg4.pdf (Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2018).

⁴⁶ Véase: Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (DJE), Tribunal de Apelaciones del Estado de Rio Grande do Sul, caso N.º 70072362940, Duodécima Cámara, 16 de febrero de 2017.

⁴⁷ Véase: Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, REF. PC-29-12, 28 de febrero de 2013.

<http://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2013/08/ElSalvador28feb2013.pdf>

⁴⁸ Véase un análisis del tema en la Parte cuarta del presente, Interpretación uniforme, y en el Apéndice, Bases de datos y fuentes electrónicas.

⁴⁹ Argentina (1972), Bolivia (1940), Brasil (1940), Canadá (1968), Chile (1951), Colombia (1940), Cuba (1940), México (1940), Nicaragua (1940), Paraguay (1940), Estados Unidos (1964), Uruguay (1940) y Venezuela (1940). Miembros del UNIDROIT: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership> (Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018).

70. En 2004 se publicó una versión revisada y ampliada de los Principios, agregándose cinco capítulos relativos a representación, estipulación a favor de terceros, compensación, cesión de derechos, transmisión de obligaciones, cesión de contratos y prescripción. La edición de 2010 abordó nuevos temas relativos a obligaciones solidarias y a la invalidez de los contratos derivados de la ilegalidad o inmoralidad. La versión más reciente es la edición de 2016 que profundiza temas relativos a contratos de larga duración que pueden ser relevantes tanto en contratos comerciales internacionales como en contratos regidos por el derecho de las inversiones.
71. Para respaldar la utilización de sus Principios, en 2013 el UNIDROIT aprobó las Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Se “basan principalmente en el uso que se hace de los Principios UNIDROIT en la práctica contractual transnacional y de resolución de conflictos, de manera que reflejan las diferentes formas en que los Principios UNIDROIT están siendo efectivamente previstos por las partes o aplicados por los jueces y los árbitros”, y se presentan como cláusulas modelo para las partes que deseen hacer referencia a dichos Principios en diferentes contextos tales como derecho aplicable al contrato, términos incorporados al contrato, herramientas de interpretación y complementación de la CIM cuando esta última es escogida por las partes, y como elemento de interpretación y complementación del derecho nacional aplicable, lo que incluye cualquier instrumento internacional de derecho uniforme incorporado en ese ordenamiento jurídico⁵⁰.
72. Las interpretaciones arbitrales y judiciales de los Principios UNIDROIT también sirven para promover su influencia. Muchas de esas decisiones judiciales y laudos arbitrales se encuentran recopiladas en la base de datos UNILEX⁵¹.
73. La técnica de redacción de los Principios UNIDROIT se vio influenciada por los “Restatements” elaborados por el American Law Institute (“ALI”), una organización de destacados juristas de Estados Unidos de América que organiza, reseña y reformula (restate, en inglés) las tendencias jurisprudenciales preponderantes en distintas áreas del derecho interno. Aunque revisten una apariencia similar a las normas de los códigos de las jurisdicciones el derecho civilista, en Estados Unidos estos Restatements no gozan de la misma condición jurídica⁵².
74. En lugar de la palabra “restatement”, o reformulación según su traducción al español, se adoptó el término “principios”, pretendiendo con ello connotar el carácter no estatal del instrumento. Es evidente que los redactores de los Principios UNIDROIT quisieron inmunizarlos de posibles connotaciones semánticas que los aproximaran a los sistemas preponderantes en el mundo del derecho civilista y del “common law”. Así, no lo refirieron como Código o Code, que denota sanción legislativa, ni como Restatement. Al utilizar la palabra “principios” hubo, pues, un evidente aprovechamiento de la vaguedad del término. Sin embargo, en puridad, la mayor parte de sus normas jurídicas son técnicamente reglas precisas, y no principios en un sentido más amplio y general.
75. Los Principios UNIDROIT procuran desempeñar una función fundamental en diversos contextos. Los legisladores pueden encontrar en ellos fuente de inspiración para reformas en materia contractual. De hecho, los Principios UNIDROIT han sido tenidos en cuenta en las tareas de revisión del Código Civil y Comercial argentino, de ley de obligaciones de Alemania, y del derecho de contratos en la República Popular de China y en países africanos, entre otros⁵³.

⁵⁰ Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. <https://www.unidroit.org/other-languages-e/spanish>.

⁵¹ Véase un análisis del tema en la Parte cuarta del presente, Interpretación uniforme, y en el Apéndice, Bases de datos y fuentes electrónicas.

⁵² No obstante, aunque el propósito es describir normas adoptadas por órganos jurisdiccionales, en ocasiones presentan sugerencias que equivaldrían a cambios en la legislación.

⁵³ Véase: Estrella Faria, J.A., The influence of the UNIDROIT principles of international commercial contracts on national laws. (2016) 21 Uniform L. Rev. 238.

76. Las partes contratantes que pertenecen a diferentes regímenes jurídicos o hablan distintos idiomas pueden utilizar los Principios UNIDROIT como guía para la redacción de sus contratos, recurriendo a un cuerpo normativo neutral (algo así como una *lingua franca*). Esto puede hacerse de diversas formas. Así, los Principios pueden servir como fuente de terminología. Por ejemplo, en los sistemas de derecho civil se usan los términos “deudor” y “acreedor”, en tanto que en el “common law” se emplean las palabras “obligor” y “obligee”, utilizándose “debtor” y “creditor” solo cuando se trata de pagos de sumas de dinero. Con el propósito de subsanar ese desfase, el texto en inglés de los Principios UNIDROIT utiliza los términos “obligor” y “obligee” “con el fin de lograr una mejor identificación de la parte que cumple y la parte que recibe el cumplimiento de una obligación, independientemente de que se trate de obligaciones dinerarias o no dinerarias”⁵⁴. Además, los Principios UNIDROIT pueden servir como lista de verificación para que las partes se aseguren de haber incluido en sus contratos internacionales todas las disposiciones que pudieren ser relevantes.
77. Asimismo, las partes de contratos internacionales pueden recurrir directamente a los Principios de UNIDROIT como derecho aplicable. Puede combinarse la elección de los Principios UNIDROIT con la opción de un derecho nacional que cubra cuestiones complementarias, teniendo en cuenta que es posible que los Principios por sí solos no sean suficientes en todas las instancias y que puede ser preciso complementarlos con un régimen más amplio, como lo es generalmente el proporcionado por el derecho nacional. Pero también puede ocurrir a la inversa: los Principios pueden servir como “medio para interpretar y complementar el derecho nacional”. Los juzgadores, de contar con la facultad de hacerlo, podrían aplicar los Principios cuando las partes no hayan efectuado una elección del derecho aplicable en lugar de recurrir al mecanismo de conflicto de leyes.
78. Algunos doctrinarios sostienen que los Principios UNIDROIT constituyen un eje del debate sobre la *lex mercatoria*. Otros los consideran como una codificación de los principios generales y la *lex mercatoria*. Tal ha sido, en efecto, uno de los usos pretendidos por sus redactores, que concibieron a los Principios también para ser empleados cuando los jueces o árbitros son llamados a decidir de acuerdo a indefinidos “usos o costumbres internacionales” o “principios generales del comercio internacional”⁵⁵.
79. Los Principios UNIDROIT pueden proporcionar a los tribunales judiciales y arbitrales los criterios necesarios para interpretar y complementar instrumentos internacionales existentes, como la CIM, así como leyes internas tanto en el contexto nacional como internacional.

C. Unificación del derecho de los contratos en el marco del proceso de integración regional

80. Aproximadamente en la misma época, un grupo de académicos conocido como Comisión Internacional del Derecho Contractual Europeo, muchos de los cuales participaban también en la redacción de los Principios UNIDROIT, comenzó a trabajar en la elaboración de un instrumento de derecho uniforme. Si bien el grupo no tenía carácter gubernamental, incluía representantes de todos los Estados Miembros de la UE. Sus tareas generaron una obra que se conoce ampliamente con el nombre de Principios de Derecho Contractual Europeo (“PECL”, por sus siglas en inglés)⁵⁶. Diversas disposiciones de los PECL son idénticas o muy parecidas a las de los Principios UNIDROIT. Además de reglas, comentarios y ejemplos, los PECL contienen valiosas notas de derecho comparado europeo. Si bien en la

⁵⁴ Principios UNIDROIT, art. 1.11, comentario 3. <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/spanish-integral>.

⁵⁵ La Parte sexta del presente, que versa sobre el derecho no estatal, presenta un análisis de la *lex mercatoria* y de los principios generales.

⁵⁶ <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018); cf. Ole Lando y Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*. Kluwer Law International, 2000.

actualidad los PECL han sido invocados por numerosos tribunales judiciales y arbitrales, aún no cuentan con el reconocimiento formal de la UE⁵⁷.

81. El instrumento de “soft law” denominado Proyecto de Marco Común de Referencia (“PMCR”) también fue el resultado de una iniciativa académica. La técnica de redacción de este instrumento es muy similar a la utilizada en los PECL⁵⁸. En 2008 el Parlamento Europeo acogió con beneplácito la presentación del PMCR y, si bien reconoció no era “sino un documento académico” con dirección a ser “un ejercicio de carácter eminentemente político”, señaló que el documento podría “variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el derecho contractual europeo”⁵⁹.
82. Estas dos iniciativas, los PECL y el PMCR, pueden llevar a la futura elaboración de instrumentos adicionales, que podrían incluir la posibilidad de seleccionar los PECL como derecho aplicable, lo que no permite hoy día el Reglamento Roma I. El preámbulo del Reglamento Roma I reconoce la posibilidad de la incorporación por referencia y, si la [UE] aprobara normas de derecho sustantivo, la de seleccionar dichas normas⁶⁰.
83. Si efectuamos una comparación con las Américas, las acciones tendientes a un proceso de integración regional no han generado ninguna iniciativa de derecho uniforme, aunque se han realizado algunos trabajos⁶¹. Cabe mencionar el artículo 1 del Tratado de Asunción que dispone el establecimiento del Mercado Común del Sur (“MERCOSUR”), cuyo texto se enfoca en esta dirección, si bien a la fecha ese objetivo no se ha logrado⁶².

D. Iniciativas de armonización en el sector privado

84. La armonización no solo es impulsada por organismos de la esfera pública; existen muchas iniciativas del sector privado que contribuyen a ese fin.
85. También existe otro tipo de instrumento, conocido como *términos estandarizados*. Cabe notar que la CCI propone numerosos documentos normativos que pueden incorporarse a los

⁵⁷ Véase el análisis de la cuestión en, Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo, Bruselas, 11.07.201. COM(2001) 398 Final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52001DC0398> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁵⁸ Von Bar, Clive, Schulte-Nölke et al. (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2008.

⁵⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo. Diario Oficial de la Unión Europea, C 295 E/91. 4.12.2009.

⁶⁰ Párrafos preambulares 13 y 14, respectivamente. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD); disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635>.

⁶¹ Como ejemplos pueden citarse, entre otros, los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, una iniciativa en la que participan juristas de la región, alojada en la página web de la Universidad Externado de Colombia (véase: <http://pldc.uexternado.edu.co/>; fecha de consulta: 26 de agosto de 2018). Una de las recién llegadas al campo de la codificación es la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (“OHADAC”, por sus siglas en inglés), cuya labor en la elaboración de los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales podría contribuir a lograr el apoyo de los países caribeños (véase: <http://www.ohadac.com/>; fecha de consulta: 26 de agosto de 2018).

⁶² Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Mercado Común del Sur “MERCOSUR”), 2140 UNTS 257. El artículo 1 hace referencia al compromiso de los Estados Partes “de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

contratos por referencia⁶³. A modo de ejemplo pueden citarse, entre otros, las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales o INCOTERMS⁶⁴ y las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios o RUU⁶⁵. Si bien estos instrumentos son muchas veces satisfactorios, y lo suficientemente neutrales en cuanto a su forma y sustancia, solo ofrecen una solución parcial debido a su alcance limitado. Además, presuponen la existencia de un marco regulatorio contractual más general. No obstante, muchos consideran que los INCOTERMS y las RUU son sumamente exitosos, en parte debido a que se trata de instrumentos especializados con un enfoque muy específico, y en parte porque la organización que los promulga cuenta con la facultad de modificarlos ante cambios en las circunstancias comerciales.

86. El *contrato estándar* constituye otra herramienta aceptada dentro de determinados círculos económicos. A modo de ejemplo pueden señalarse la publicación *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* (1987) elaboradas bajo el auspicio de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (“FIDIC”, por sus siglas en inglés), conocida comúnmente como “Contrato FIDIC”⁶⁶. Otro ejemplo son los formularios estándar internacionales de la Asociación de Comercio de Granos y Piensos (“GAFTA”, por sus siglas en inglés) ampliamente utilizados en el comercio transnacional de productos agrícolas. En el ámbito financiero se destaca internacionalmente la utilización del contrato denominado *Global Master Repurchase Agreement*, publicado por la *International Capital Market Association*, al igual que el *ISDA Master Agreement for Derivative Contracts*, publicado por la *International Swaps and Derivatives Association*.
87. Las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales también elaboran contratos modelo, tales como el *Contrato Modelo para la Compraventa Comercial Internacional de Mercaderías* preparado por el Centro de Comercio Internacional⁶⁷.
88. Los contratos estándar pueden presentar problemas dentro de un marco general de derecho contractual. Puesto que se encuentran predominantemente elaborados por o dirigidos a entidades empresariales que operan en los más importantes centros comerciales mundo, pueden tener una utilidad limitada en otras aplicaciones. Asimismo, en la mayoría de los casos su contenido es de formulación y en beneficio unilateral, además de que su redacción se encuentra inevitablemente influenciada por conceptos jurídicos de los respectivos países de origen.
89. También se hallan disponibles diversos “códigos de conducta” formulados por entidades privadas o por organismos intergubernamentales, que constituyen recopilaciones de normas sobre temas y sectores industriales específicos. Se caracterizan por su flexibilidad, por el cumplimiento voluntario de sus postulados y por la autorregulación, al margen de las normativas estatales. Como ejemplo puede citarse el Código de Publicidad y de

⁶³ Para obtener información sobre la CCI, véase la nota 26, *supra*. <https://iccwbo.org/about-us/> (Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018).

⁶⁴ Para obtener información sobre INCOTERMS, véase: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>.

⁶⁵ Para obtener información sobre las RUU, véase: <http://store.iccwbo.org/icc-uniform-customs-and-practice-for-documentary-credits>.

⁶⁶ Véase: <http://fidic.org/> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁶⁷ Centro de Comercio Internacional, Ginebra, 2010. *Contratos Modelo para la Pequeña Empresa. Guía legal para hacer negocios internacionales. Capítulo 3. Compraventa comercial internacional de mercaderías*,

http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Exporters/Exporting_Better/Templates_of_contracts/Cap%C3%ADtulo%203%20-%20Compraventa%20Comercial%20Internacional%20de%20Mercader%C3%ADas.pdf (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

Comunicaciones de Mercadeo, también elaborado por la CCI⁶⁸. Un ejemplo de la organización Factors Chain International es su Code of International Factoring Customs⁶⁹.

90. Los gremios de abogados, como la International Bar Association (“IBA”), la American Bar Association (“ABA”) y la Unión Internacional de Abogados (“UIA”) también formulan “reglas privadas de ‘soft law’”. Como ejemplo pueden citarse las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, utilizadas mundialmente⁷⁰.
91. Otras organizaciones no gubernamentales, como el American Law Institute, el Instituto Europeo de Derecho, el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (“EGPIL/GEDIP”) y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (“ASADIP”), junto con la comunidad académica, han colaborado en diversos emprendimientos codificadores realizados por la CNUDMI, el UNIDROIT, la Conferencia de La Haya y la OEA. Algunos incluso han planteado sus propias propuestas de “soft law”, como los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (“Transjus”)⁷¹.

E. Textos arbitrales y derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales

92. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York de 1958”) se elaboró en el marco de las Naciones Unidas, y hoy día cuenta con ciento cincuenta y nueve Estados parte en los cinco continentes⁷². Aunque el instrumento precede a la creación de la CNUDMI, actualmente entra en la órbita de actuación del grupo que se encuentra trabajando cuestiones de arbitraje internacional dentro de dicha Comisión. Si bien la Convención de Nueva York de 1958 no trata directamente el tema del derecho aplicable a los contratos internacionales sometidos a arbitraje, reconoce la elección por las partes de las normas que rigen la validez de la cláusula arbitral, así como aquellas que regulan el procedimiento arbitral. Dispone asimismo que en ausencia de elección de derecho por las partes, el derecho de la sede del arbitraje constituirá el “derecho del arbitraje”.
93. Además, la CNUDMI ha publicado la Guía de la Secretaría relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (2016), así como una Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII [de dicha convención]⁷³. Estos instrumentos de “soft law” resultan de utilidad para la interpretación y complementación de la Convención de Nueva York de 1958.
94. La Ley Modelo de la CNUDMI (1985), con las enmiendas aprobadas en 2006, tuvo como inspiración la Convención de Nueva York de 1958. Establece un régimen regulatorio para

⁶⁸ Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la CCI. Edition 2018. Disponible en:

<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁶⁹ Sommer, H.J., Factoring, International Factoring Networks and the FCI Code of International Factoring, en (1998) 3 Uniform L. Rev. 685-691. <https://doi.org/10.1093/ulr/3.2-3.685>; <https://fci.nl/en/solutions/factoring/model-law-for-factoring>.

⁷⁰ International Bar Association, Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, edición 2010.

<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁷¹ Texto aprobado por la Asamblea de la ASADIP en Buenos Aires el 12 de noviembre de 2016. http://www.asadip.org/v2/?page_id=231.

⁷² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Suscrita el 10 de junio de 1958, entró en vigor el 7 de junio de 1959. 330 UNTS 3. Para información sobre su situación actual véase:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁷³ Para documentos arbitrales de la CNUDMI, véase:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html.

las distintas etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. En 2006 se le hicieron enmiendas para flexibilizar los requisitos formales del acuerdo arbitral en materia de medidas provisionales o cautelares. La nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI constituye una herramienta útil para la interpretación y complementación de la mencionada Ley Modelo.

95. A diferencia de la Convención de Nueva York de 1958, la Ley Modelo de la CNUDMI trata específicamente el tema del derecho sustantivo aplicable a los contratos sometidos a arbitraje. El artículo 28 respalda el principio de autonomía de la voluntad en cuanto a “las normas de derecho elegidas por las partes” incluida “toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado”. También aborda situaciones en las que no se ha seleccionado el derecho aplicable, además de incluir una declaración general relativa a la necesidad de que los árbitros apliquen las estipulaciones del contrato y tengan en cuenta, en todos los casos, los usos correspondientes.
96. La Convención de Nueva York de 1958 cuenta con la ratificación o adhesión de casi todos los Estados de las Américas⁷⁴, en tanto que la Ley modelo de la CNUDMI ha promovido la armonización al constituirse en fuente de inspiración de reformas legales en todo el continente⁷⁵. Mediante la creación de un marco jurídico común la CNUDMI ha alentado a varios Estados a incorporar estas disposiciones modelo a sus derechos nacionales, además de modernizar la práctica arbitral según estándares internacionales. Esta iniciativa ha contribuido significativamente al fomento de la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad en la región y al reconocimiento de la utilidad de los instrumentos transnacionales de derecho uniforme para los contratos comerciales internacionales.

3.0 Se alienta a los legisladores a que en todo proceso de revisión de sus regímenes jurídicos nacionales en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y de normas conflictualistas en general, consideren los avances efectuados en el método de derecho uniforme y la utilización de los instrumentos de derecho uniforme, junto con las normas sobre conflicto de leyes, como elementos suplementarios y complementarios en la aplicación e interpretación del derecho internacional privado.

PARTE CUARTA INTERPRETACIÓN UNIFORME

I. Textos conflictualistas y de derecho uniforme

97. Se necesita una gran cantidad de recursos y esfuerzos considerables para la elaboración de textos armonizados en materia de conflicto de leyes y derecho uniforme. Sin embargo, no

⁷⁴ Las excepciones son Belize, Granada, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Suriname.

⁷⁵ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Para información sobre la situación actual de la Ley Modelo, véase: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018). Según la página web, los siguientes Estados Miembros de la OEA han aprobado legislación basada en la Ley Modelo: Canadá (a nivel federal, así como en todas las provincias y territorios), Chile, Costa Rica, Estados Unidos (solamente en ciertos estados), Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela. Argentina también ha impulsado nueva legislación (Ley de Arbitraje Comercial Internacional, sancionada el 26 de julio de 2018). Aparentemente Uruguay también ha aprobado normas legales para adopción de la Ley Modelo. <http://ciarglobal.com/uruguay-aprobado-por-el-senado-el-proyecto-de-ley-de-arbitraje-comercial-internacional/> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

resulta suficiente que las disposiciones nacionales e internacionales sean similares. El objetivo de la armonización mediante instrumentos internacionales podría verse frustrado si las disposiciones no se interpretan desde una perspectiva comparativa, sino únicamente desde un ángulo nacional.

98. A fin de abordar este desafío, en los últimos años ha aumentado la práctica de insertar en instrumentos de derecho uniforme indicaciones para instar al juez a tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme. Tal es, por ejemplo, la fórmula que recoge el artículo 7.1 de la CIM, que dispone: “[e]n la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Esta norma inspiró, a su vez, el artículo 1.6 de los Principios UNIDROIT, que presenta un texto similar.
99. Diversos instrumentos de índole conflictual también aluden a la necesidad de que se tengan en cuenta su carácter internacional y el deseo de lograr su uniformidad interpretativa. Un ejemplo lo constituye el artículo 18 del Convenio de Roma. Aunque Reglamento Roma I no contiene tal disposición, puesto que se trata de un reglamento, su interpretación uniforme es obligatoria, conforme lo dispuesto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”). Esta es una diferencia importante respecto de la interpretación uniforme en otras regiones. En este sentido el Tribunal de Justicia de la UE contribuye a una interpretación uniforme del Reglamento Roma I mediante las denominadas “cuestiones prejudiciales” que se efectúan a pedido de un órgano judicial de un Estado Miembro de la UE.
100. Se expresa en el preámbulo de la Convención de México el deseo “de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado”, además de la “conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional” y que, atendiendo la necesidad de estimular la interdependencia económica y la integración regional, “es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico”.
101. Estos objetivos expresados en dichas declaraciones preambulares se pueden hacer realidad en los Estados de las Américas que decidan ratificar dicha convención o, en su defecto, que incorporen en su legislación interna las soluciones que ella propone. No obstante, no basta con estos actos formales de adopción. Es necesario, además, que exista una interpretación uniforme de las normas formalmente aprobadas. En ese sentido, y a modo de orientación, el texto del artículo 4 de la Convención de México, dispone lo siguiente: “Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”.
102. Debido a la característica de “soft law” de los Principios de La Haya, y aunque no contienen una norma análoga a la de la Convención de México, evidentemente subyace en todo el documento un objetivo armonizador, al contener normas que pueden ser adoptadas por las partes en distintos lugares del mundo en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por lo demás, los Principios de La Haya señalan en los párrafos 2, 3 y 4 de su preámbulo que “...pueden servir de modelo para elaborar instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales”, que “pueden utilizarse para interpretar, complementar y elaborar normas de derecho internacional privado” y que “pueden ser aplicados tribunales judiciales y por tribunales arbitrales”. Se prevé que el uso generalizado de dichos Principios conducirá a la uniformidad en la interpretación de acuerdo con sus reglas. Puesto que la palabra “elaborar” usada en los Principios de La Haya no se encuentra en otros textos, como en la CIM (artículo 7.1), la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 2.A.1) o en la Convención de México (artículo 4), su uso sugiere un posible impacto de los Principios de La Haya respecto de normas nacionales arcaicas e imprevisibles de derecho internacional privado, afirmación ésta que podría considerarse “revolucionaria”.

103. La recopilación y difusión de decisiones judiciales y arbitrales también facilita la interpretación uniforme de textos internacionales⁷⁶.

II. Legislación nacional

104. En general, la cuestión de la interpretación uniforme no se aborda expresamente en las legislaciones nacionales de derecho internacional privado. No obstante, en Venezuela se reconoce el artículo 4 de la Convención de México como un principio de derecho internacional privado generalmente aceptado, lo que también ha sido reproducido en la legislación interna de dicho país en materia de derecho internacional privado. En Argentina, el artículo 2595 del nuevo Código Civil y Comercial hace referencia al “diálogo entre fuentes”, lo que implica un esfuerzo en derecho comparado.
105. Los legisladores pueden reconocer e impulsar el objetivo de la armonización, ya sea mediante la inclusión de textos preambulares o con la aprobación de una norma expresa a esos efectos. La ley paraguaya constituye un ejemplo del primer método, puesto que en su “Exposición de motivos” indica expresamente que el texto final de los Principios de La Haya “fue reproducido casi en su totalidad por la ley”. Un ejemplo del segundo método sería la introducción de textos consonantes con el artículo 4 de la Convención de México, como una disposición similar al artículo 2A de la Ley Modelo de la CNUDMI, con las enmiendas aprobadas en 2006, que prevé lo siguiente: “1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley”.

4.1 Se alienta a los legisladores a que en todo proceso de revisión de sus regímenes jurídicos nacionales en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y de normas conflictualistas en general, consideren el objetivo general de unificación y armonización del derecho en el marco del proceso de integración regional.

4.2 Se alienta a los juzgadores, tanto del ámbito público del poder judicial como en el privado del arbitraje, a que consideren las ventajas de la interpretación uniforme en los instrumentos jurídicos internacionales utilizados en el arreglo de controversias relativas a contratos comerciales internacionales, y a que tengan en cuenta el desarrollo y difusión de la jurisprudencia internacional en este sentido.

4.3 Las partes contratantes y sus asesores deberían mantenerse informados de los avances en materia de interpretación uniforme que puedan ser aplicables a sus contratos internacionales.

4.4 Las partes contratantes y sus asesores deberían tener en cuenta que los instrumentos aplicables a su caso específico pueden ofrecer una solución distinta a la recomendada en la presente Guía, y que es posible que en algunas jurisdicciones los juzgadores no se atengan a la interpretación liberal sugerida.

PARTE QUINTA

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA GUÍA

I. Derecho aplicable⁷⁷

⁷⁶ En el apéndice Bases de datos y fuentes electrónicas se presenta un análisis de las bases de datos en línea.

⁷⁷ En la versión en español de la Convención de México se usa la expresión “derecho aplicable”, en vez de “ley aplicable”, que es una traducción literal de la expresión en inglés “applicable law”. En inglés, “law” es un término más amplio que “ley”, ya que, además de leyes, abarca los

106. Uno de los temas centrales en toda transacción privada transfronteriza es el derecho de fondo o sustantivo que se le aplicará. El ámbito de aplicación de esta Guía se extiende tanto a los contratos comerciales internacionales en los cuales las partes han elegido el derecho aplicable como a aquellos en los cuales no lo han hecho (o su elección ha resultado ineficaz). Eso concuerda con el ámbito de aplicación de la Convención de México, donde se abordan ambas situaciones, a diferencia de los Principios de La Haya, donde el ámbito de aplicación se limita a los casos en que se ha elegido el derecho aplicable.
107. La elección de foro (o la “cláusula de elección de foro”), que es diferente de la selección del derecho aplicable al contrato, no está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Guía. En la esfera del arbitraje, la elección de foro se aborda en la Convención de Nueva York. En controversias que se resuelven por la vía judicial, el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro⁷⁸ de La Haya puede proporcionar orientación.

II. El “contrato” en el derecho comparado

108. La noción de “contrato” no es uniforme en todo el mundo. Sin embargo, pese a las diferencias conceptuales entre distintos tipos de derecho sustantivo, en el contexto de las normas de conflicto de leyes se usa siempre el concepto de “contrato” (u “obligaciones contractuales”), que por lo general se refiere a un arreglo voluntario entre dos o más partes cuyo cumplimiento puede exigirse por ley por tratarse de un acuerdo jurídico vinculante (o una obligación jurídica vinculante).
109. Ciertas relaciones que generarían responsabilidades contractuales en algunos regímenes jurídicos caerían en la órbita extracontractual en otros. Eso es lo que sucede, por ejemplo, con el transporte gratuito de personas. En algunos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad del conductor por la seguridad de los pasajeros es un deber extracontractual, mientras que en otros constituye una obligación contractual. Otro ejemplo es el de los instrumentos de uso común en el comercio exterior, como las letras de cambio y las promesas unilaterales, que se consideran de carácter contractual en algunos Estados, como Estados Unidos, pero no en otros. Asimismo, en algunos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad en ciertas cuestiones como estas puede ser contractual y extracontractual al mismo tiempo.
110. El concepto de “contrato” es una cuestión no solo académica, sino eminentemente práctica, ya que de ella depende la determinación de los supuestos comprendidos o no en las disposiciones jurídicas relativas a los contratos internacionales. Este problema puede abordarse de dos formas. Con el método conflictualista tradicional, la solución se encuentra en el derecho interno aplicable. Sin embargo, este método presenta inconvenientes insalvables cuando el resultado es incompatible.
111. El otro método consiste en buscar una solución en el derecho uniforme. Aunque los Principios UNIDROIT no proporcionan una guía al respecto, en el artículo 1:107 de los PECL se señala que estos principios se aplican por analogía a los acuerdos de modificación o extinción de contratos, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y actos que demuestren intención. Ni el Convenio de Roma ni el Reglamento Roma I resultan claros al respecto⁷⁹.

precedentes judiciales, la costumbre y otras manifestaciones del derecho. Cuando se trató este tema en la Secretaría de la Conferencia de La Haya y se propuso una traducción extraoficial de los Principios de La Haya, se llegó a la conclusión de que la expresión “ley aplicable” estaba más difundida en España, mientras que en la mayoría de los demás países hispanohablantes era más común la expresión “derecho aplicable”.

⁷⁸ Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (30 de junio de 2005). Texto disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/4ddb0a2b-327d-47c3-89f1-bc15679ffc99.pdf>.

⁷⁹ Por ejemplo, ambos instrumentos excluyen las letras de cambio, los cheques y los pagarés. También excluyen los instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones emanadas de ellos deriven de su carácter negociable, lo cual se determina según el derecho del foro. Sin embargo, pueden tomarse en consideración al interpretar la voluntad tácita o implícita de las partes

112. Eso se debe en parte a que las donaciones se consideran como contratos en los Estados de derecho civil, pero no en los países del “common law”. No obstante, en el derecho estadounidense, una promesa puede generar obligaciones si se ha confiado en la promesa de donación en ciertas circunstancias y con consecuencias excepcionales⁸⁰. El Convenio de Roma incluye a las donaciones que no se den dentro del ámbito del derecho de familia, según se lee en su comentario oficial.
113. Durante las negociaciones de la Convención de México se acordó que el término “contratos internacionales” incorporaba el concepto de “declaraciones unilaterales de voluntad”⁸¹. Sin embargo, en el artículo 5 del texto final no están incluidos los actos unilaterales, como los títulos de crédito. Tampoco se incluyen los contratos que no sean comerciales, como las donaciones, puesto que en el texto interamericano se abordan solamente los de índole comercial⁸².

III. Contrato “comercial” internacional

114. El ámbito de aplicación de esta Guía se limita a los contratos “comerciales” internacionales. Aunque en algunos ordenamientos jurídicos se hace una distinción entre actividades “civiles” y “comerciales”, la intención de esta Guía no es esa, sino excluir los “contratos de consumo”, que suelen estar supeditados a normas imperativas en el ámbito de las leyes de protección de los consumidores, y los “contratos de empleo”, que generalmente se encuadran en normas especiales de las leyes laborales.

IV. Contrato comercial “internacional”

A. Antecedentes

115. Las dificultades para determinar si un contrato es internacional se han abordado de distintas maneras. (1) Un enfoque toma en cuenta si las partes contratantes residen habitualmente o están domiciliadas o establecidas en Estados diferentes⁸³. (2) Otro se centra en el traslado

a fin de determinar el derecho aplicable (artículo 1(2)(d) del Reglamento Roma I y artículo 1(2)(c) del Convenio de Roma). El comentario oficial señala también que están cubiertos por el Convenio de Roma la oferta, aceptación, promesa de contrato, notificación de fin de contrato, cancelación de deuda, denuncia y declaración de terminación. No ocurre lo mismo con el compromiso unilateral que no está relacionado con un contrato, como el reconocimiento de deuda extracontractual o el acto unilateral de constitución, transferencia o extinción de derecho real. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha señalado que “el concepto de ‘materia contractual’, que figura en el artículo 5, número 1, del Convenio, no puede entenderse referido a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otras” (en lo que concierne al criterio de jurisdicción en materias contractuales enunciado en el Reg. 44/2001); *Frahuil SA contra Assitalia SpA*, TJUE, 5 de febrero de 2004, Asunto C-265/02, en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0265&from=ES>). Asimismo, el TJUE ha señalado que hay “una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra” (*Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, TJUE, 20 de enero de 2005, Asunto C-27/02, en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CJ0027:ES:HTML>).

La relación subyacente con la promesa en una letra de cambio puede ser de origen contractual, pero no debe confundirse el derecho aplicable a un instrumento negociable con el derecho aplicable al contrato subyacente. La distinción entre los aspectos contractuales y negociables de una relación jurídica se usa para ilustrar la exclusión efectuada en el artículo 1(2)(b) del Reglamento Roma I con el fin de reconocer la diferencia entre los aspectos negociables de las obligaciones plasmadas en una letra de cambio, un cheque o un pagaré (que no se rigen por el Reglamento Roma I) y los aspectos contractuales (que sí se rigen por dicho reglamento).

⁸⁰ Doctrina conocida como *promissory estoppel* (doctrina de los actos propios), que se explica en la sección 90 de Restatement (Second) of Contracts (segunda recopilación de leyes contractuales comentadas).

⁸¹ Informe de la Reunión de Expertos, nota 19 *supra*.

⁸² Estas exclusiones, entre otras, se analizan en el apartado V.

⁸³ Artículo 4, Reglamento Roma I, nota 13 *supra*.

de mercaderías de un Estado a otro en los casos en que la oferta y la aceptación se efectúan en dos Estados diferentes o en que el contrato se celebra en un Estado y se ejecuta en otro. (3) Una postura más amplia considera que la existencia de cualquier elemento extranjero internacionaliza el contrato. También hay criterios mixtos, como los que se siguen en la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías⁸⁴.

116. En instrumentos normativos recientes tanto en materia de contratos comerciales internacionales como de arbitraje internacional, la palabra “internacional” se usa en un sentido muy amplio. En general, basta que las partes estén establecidas o tengan su residencia en jurisdicciones diferentes o que el lugar de cumplimiento o el objeto del contrato esté situado fuera del Estado donde las partes estén asentadas (pero véase más adelante el análisis de la palabra “establecimiento”). Solo suelen excluirse de la categoría de internacional, aquellas vinculaciones en que todos los elementos relevantes estén conectados con un solo Estado. En los Principios de La Haya se adopta un enfoque similar, que se expone más adelante.
117. Este tema no se aborda ni en los Tratados de Montevideo ni en el Código Bustamante. Tampoco se aborda de manera directa en el Convenio de Roma ni en el Reglamento Roma I; en ambos instrumentos, en el artículo 1(1), se hace referencia simplemente a obligaciones contractuales en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

B. Convención de México

118. El instrumento interamericano señala expresamente que un “contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte” (artículo 1, párrafo 2). La Convención de México ofrece, pues, dos enfoques alternativos: uno relativo al lugar de residencia o establecimiento de las “partes” y otro centrado en el “contrato” en sí y sus “contactos objetivos” con más de un Estado. Dado que esas dos posibilidades están ligadas por la conjunción disyuntiva “o”, se considera que el contrato es “internacional” si puede satisfacerse cualquiera de las condiciones. La definición incluye tres expresiones que se examinan en los párrafos siguientes.

1. “Residencia habitual”

119. En la Convención de México se usa la expresión “residencia habitual” en vez de otras expresiones que han suscitado controversias en materia de contratación internacional. Uno de los términos problemáticos es “domicilio”, que en algunos sistemas requiere un *animus* o intención de establecerse en el lugar además de la habitualidad de la residencia.
120. En la Convención de México no se abordan situaciones particulares, como otra residencia en un Estado diferente o el cambio de residencia después de la celebración de un contrato⁸⁵. Los Principios de La Haya aluden expresamente a este tema; el artículo 12 dispone que el establecimiento relevante “es aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración”.

2. “Establecimiento”

121. Para las personas jurídicas, en la Convención de México se usa la palabra “establecimiento”, pero no se aclara si se refiere al establecimiento “principal”. La traducción al inglés del artículo 1 es criticada porque se usa *establishment*, un calco de

⁸⁴ Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías. Celebrada el 1 de julio de 1964; entró en vigor el 18 de agosto de 1972. 834 UNTS 107. Disponible en: <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>. Disponible solamente en inglés y francés.

⁸⁵ Sin embargo, estos asuntos pueden resolverse recurriendo a otros instrumentos. Por ejemplo, en el Reglamento Roma I se usa la expresión “residencia habitual” tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas y se señala que lo importante es “el momento de la celebración del contrato” (artículo 19, párrafo 3). En cuanto a la residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional, es “el lugar del establecimiento principal de dicha persona” (artículo 19, párrafo 1).

“establecimiento”, en vez de “principal place of business”, el concepto conocido por lo general en el ordenamiento jurídico de los países anglohablantes, que se usa en el artículo 12.

122. La dificultad para encontrar un término apropiado surge de las diferencias entre las tradiciones jurídicas. Es un debate que se ha planteado en diferentes foros desde hace tiempo y durante la elaboración de diversos instrumentos internacionales. En algunos ordenamientos jurídicos, por razones particulares, como la optimización impositiva, podría elegirse el lugar donde está constituida una empresa. En esos casos, el lugar donde se haya constituido la empresa podría considerarse como el “establecimiento” comercial aunque no corresponda necesariamente al establecimiento “principal”.
123. Según el informe de la reunión de Tucson, que precedió a la CIDIP-V y a la adopción de la Convención de México, se solicitó que se hiciera referencia en el texto a las situaciones en las cuales una parte tuviera establecimientos comerciales en más de un Estado, en cuyo caso la internacionalización del contrato se determinaría sobre la base del establecimiento que tuviera una relación más estrecha con la obligación contractual cuyo derecho aplicable se buscaba determinar⁸⁶. Sin embargo, esta propuesta no se incorporó en el texto final.
124. Veinte años más tarde, la propuesta fue refrendada expresamente en el artículo 12 de los Principios de La Haya (véase el análisis más adelante) y podría servir de auxilio interpretativo o de modelo para los legisladores ante el silencio del instrumento interamericano sobre este punto.

3. “Contactos objetivos” y “conexión más cercana”

125. En la Convención de México se señala que un contrato es internacional “si [...] tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte” (artículo 1, párrafo 2). Aquí también se presentan problemas de lenguaje porque en inglés se usó “objective ties”, una traducción literal de la expresión “contactos objetivos”. Según se ha sugerido, debería haberse empleado la expresión “conexión más cercana” (closer/closest connection) para mantener la congruencia con la terminología utilizada en inglés en otros instrumentos internacionales (por ejemplo, el Convenio de Roma). Existen contactos objetivos cuando el contrato se celebra (se firma) en una jurisdicción y se cumple en otra o cuando las mercaderías están situadas en jurisdicciones diferentes.

C. Principios de La Haya

126. De acuerdo con este instrumento, “un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado” (artículo 1, párrafo 2).
127. Por consiguiente, en los Principios de La Haya se adopta el enfoque opuesto al de la Convención de México: se considera que un contrato es internacional *salvo* que se cumplan las disposiciones estipuladas, mientras que, de acuerdo con la Convención de México, el contrato es internacional *si* se cumplen las disposiciones estipuladas. Aunque las definiciones y el enfoque son opuestos, el resultado es el mismo (o debería serlo).
128. Aunque en los Principios de La Haya también se usa “establecimiento”, en el comentario 12.3 que le acompaña (“Comentario relativo a los Principios de La Haya”) se aclara que el término se refiere a toda ubicación “en la que la presencia de la parte no sea meramente efímera” y que comprende “centros principales y secundarios de actividad, sucursales, agencias u otros emplazamientos constantes o continuados. Para tener la consideración de establecimiento se requiere la presencia física de la parte, con un grado mínimo de organización económica y permanencia en el tiempo, por lo que el domicilio social de una empresa no entra, por sí, en este concepto”. En este mismo comentario (12.3) se aclara asimismo que tampoco se considerará que una parte con establecimiento principal en un Estado y actividades comerciales en otro desarrolladas exclusivamente por medio de Internet esté establecida también en este último lugar.

⁸⁶ Informe de la Reunión de Expertos, nota 19 *supra*.

129. Como se explica en el comentario 12.4, en los Principios de La Haya no se usa la expresión “residencia habitual” para referirse a personas físicas en su esfera de actividad, especialmente los consumidores y los empleados. En lo que concierne a las personas físicas que realizan actividades comerciales o profesionales, el criterio para fijar el establecimiento es el mismo que se aplica a las personas jurídicas.
130. Tal como fuera referido previamente, los Principios de La Haya disponen lo siguiente: “En el caso de que una parte tenga más de un establecimiento, el establecimiento relevante a los efectos de estos Principios es aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración” (artículo 12). Esta disposición se aplica tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas y concuerda con la solución del artículo 10(a) de la CIM.
131. Asimismo, una empresa se establece *en el momento de la celebración del contrato*. Según el Comentario relativo a los Principios de La Haya, esto respeta las expectativas legítimas de las partes y ofrece seguridad jurídica.

D. Importancia de la elección efectuada por las partes para la internacionalidad

132. Subsiste la incertidumbre con respecto al efecto de la elección del derecho por las partes en la determinación de la internacionalidad del contrato. En los trabajos preliminares para la Convención de México se descartó la idea de que tal elección pudiera por sí sola determinar la “internacionalidad”⁸⁷. Sin embargo, el texto final de la Convención de México ha suscitado dudas al respecto. Existen opiniones de expertos según las cuales la sola voluntad de partes basta para internacionalizar el contrato. Otros entienden que la alusión del artículo 1(2) a “contactos objetivos” con más de un Estado Parte fue hecha a fin de evitar que la sola voluntad de las partes pudiera volver “internacional” un acuerdo.
133. En el Comentario relativo a los Principios de La Haya se explica que la definición negativa del artículo 1(2) excluye solo las situaciones estrictamente nacionales, a fin de dar la interpretación más amplia posible al término “internacional”. Sin embargo, se agrega que “la elección que realicen las partes del Derecho aplicable no es un elemento relevante para determinar el carácter internacional” y que “las partes no pueden conferir carácter internacional al contrato simplemente eligiendo un derecho aplicable extranjero”. En cambio, en el Reglamento Roma I se permite la internacionalización de un contrato por la sola voluntad de las partes. Sin embargo, ello no podrá afectar la aplicación del orden público del país donde estén todos los elementos relevantes del contrato (artículo 3, párrafo 3). Esta solución tiene sentido porque respeta ambos principios: el de la autonomía de la voluntad y el del orden público, dando mayor peso al primero pero también reconociendo el límite impuesto por el último.
134. Un enfoque fundamental para determinar si un contrato es “internacional” consistiría en adoptar el criterio expuesto en el comentario 1 al preámbulo de los Principios UNIDROIT. Si bien no se define allí el término “internacional”, en el comentario se señala que debe interpretarse de la manera más amplia posible. Asimismo, esta interpretación debe efectuarse de manera tal que, en última instancia, excluya solamente las situaciones que no impliquen ningún elemento internacional, es decir, aquellas en las cuales todos los elementos pertinentes del contrato en cuestión estén conectados con un solo país. Este enfoque, que es compatible con el adoptado en los Principios de La Haya, parece estar difundándose, como se observa también en el análisis que figura más adelante de las leyes nacionales y los arbitrajes comerciales.
135. Cuando no hay ningún elemento internacional, no hay una justificación de la autonomía de la voluntad con respecto a contratos nacionales (porque no hay incertidumbre con respecto

⁸⁷ Informe de la Reunión de Expertos, nota 19 *supra*. La propuesta original seguía el enfoque europeo, según el cual todo contrato en el cual hubiera un conflicto de leyes era internacional, que fue rechazado en la reunión de expertos de Tucson: la elección del derecho aplicable no bastaba para internacionalizar un contrato, sino que debía tener “contactos objetivos” con más de un Estado. (Véase también CJI/SO/II/doc.6/91).

al derecho interno aplicable ni necesidad de un tercer derecho neutral). El enfoque del Reglamento Roma I (y de Quebec, por ejemplo) consiste en designar un derecho extranjero, pero básicamente solo para asuntos no obligatorios.

E. La internacionalidad en la legislación nacional

136. En el nuevo Código Civil y Comercial argentino, que está en vigor desde agosto de 2015, no se definen los contratos internacionales en las disposiciones de derecho internacional privado. En la jurisprudencia anterior al Código nuevo se consideraba que era un contrato internacional aquel “donde su sinalagma funcional [...] pone en contacto dos o más mercados nacionales o donde existe una conexión real de celebración o de cumplimiento en el extranjero”⁸⁸ y que “un contrato es nacional cuando todos sus elementos tienen contacto con un ordenamiento jurídico determinado, mientras que para nuestro derecho internacional privado de fuente interna, un contrato es internacional cuando el lugar de celebración y el lugar de cumplimiento se encuentran en Estados diferentes”⁸⁹.
137. Análogamente, en las leyes brasileñas pertinentes no hay una definición general de contratos internacionales, excepto por la CIM. La jurisprudencia sobre el tema es vacilante.
138. En la legislación chilena se adopta un criterio más restrictivo de internacionalidad. Una interpretación literal de los artículos 16 de su Código Civil y 113 de su Código de Comercio llevaría a que el contrato se considerara internacional [solo] cuando se hubiera celebrado en otro país y dispusiera que se cumpliera en Chile. Por analogía, un contrato celebrado en un país para ser ejecutado en otro también sería internacional, incluso en ausencia de una definición de internacionalidad en el contrato. Sin embargo, el Poder Judicial ha optado por una interpretación más amplia. Según las sentencias recientes de tribunales chilenos, un contrato también sería internacional si se celebrara entre partes que estuvieran domiciliadas o tuvieran establecimientos en distintos Estados⁹⁰ o “en el cual las partes son de distinta nacionalidad y la mercadería transitará entre dos Estados”⁹¹.
139. El nuevo Código Panameño de Derecho Internacional Privado (2015) recurre a criterios económicos para determinar la internacionalidad de un contrato.
140. Paraguay adoptó la fórmula de los Principios UNIDROIT. En el artículo 2 de su ley sobre contratos internacionales se prevé que “la aplicabilidad de esta ley a los contratos internacionales será interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedarán excluidos aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado”. En vista de la amplitud de este lenguaje, cabe preguntarse si la sola voluntad de las partes basta para “internacionalizar” el contrato. Aunque eso parecería estar permitido en la ley, de no existir otros elementos internacionales se usa el orden público para evaluar

⁸⁸ Aquí, el tribunal cita a Boggiano, autor de *Derecho Internacional Privado* (1978), pp. 471 y 517, en *Sagemüller, Francisco c. Sagemüller de Hinz, Liesse y otro*. Sala II de la Cámara 2a. en lo Civil y Comercial de Paraná (Entre Ríos), 10 de agosto de 1988, citado en *Fallos DIPr, Jurisprudencia Argentina de Derecho Internacional Privado*, 18 de mayo de 2007. <http://fallos.diprargentina.com/2007/05/sagemller-c-sagemller-de-hinz.html> (Fecha de consulta: 29 de enero de 2019). El caso se refería a la venta de acciones de una empresa constituida en Argentina sobre la base de un contrato de venta firmado en Alemania, con el pago efectuado en Suiza.

⁸⁹ Sala III de la Cámara Nacional Comercial, 27 de octubre de 2006.

⁹⁰ *Marlex c. European Industrial Engineering*, Corte Suprema, 28 de julio de 2008, rol 2026-2007; *Exequatur Cubix c. Markvision*, Corte Suprema, 20 de agosto de 2014, rol 10890-2014.

⁹¹ *Cruz Barriga c. Sociedad Logística Integral*, Corte Suprema, 25 de agosto de 2010, rol 1699-2009. En el Decreto Ley 2.349, en el cual se establecen normas sobre contratos internacionales para el sector público, se define la índole internacional de los contratos en relación con el centro principal de negocios de la contraparte contractual del Estado chileno y no se requiere que el contrato se haya celebrado en el exterior. La norma citada se refiere a “los contratos internacionales relativos a negocios y operaciones de carácter patrimonial que el Estado o sus organismos, instituciones y empresas celebran con organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, cuyo centro principal de negocios se encuentra en el exterior”.

eventuales límites a la voluntad, de modo que, en esos casos, se considera que el contrato es nacional.

141. La Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela establece en su artículo 1, además del sistema de fuentes, el ámbito de aplicación, el cual estará limitado a los “supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros”. La ley no califica el tipo de contactos que la relación pueda tener con sistemas foráneos, por lo que un sector doctrinario ha entendido que cualquier elemento de extranjería presente en la misma es suficiente para que se considere que un contrato es internacional, incluida la nacionalidad de las partes. También se ha aceptado un criterio económico: en una sentencia de 1997 de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia se señala que “el carácter internacional del acuerdo debe ser establecido en su sentido más amplio. De esta forma deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios)”⁹². La mayoría de los juristas venezolanos han descartado la posibilidad de que el contrato se vuelva internacional con la mera elección del derecho extranjero. Por el contrario, se ha entendido que la internacionalidad es un requisito para el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

F. La internacionalidad en el arbitraje comercial

142. El carácter internacional de un arbitraje puede llevar a la internacionalización de un contrato si se tienen en cuenta las amplias facultades de los árbitros con respecto al derecho aplicable al fondo de la controversia.
143. En el tercer párrafo del artículo primero, la Ley Modelo de la CNUDMI dispone que “[u]n arbitraje es internacional si: (a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o (b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: (i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; (ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o (c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.
144. Estas disposiciones combinan los criterios de la internacionalidad del contrato y la internacionalidad de las partes y agrega un tercero, por el cual otorga libertad a las partes para acordar entre ellas que la cuestión objeto del acuerdo del arbitraje es “internacional”. Por lo tanto, la Ley Modelo de la CNUDMI permite la internacionalización del arbitraje (y, en consecuencia, de la vinculación contractual subyacente) por voluntad de las partes. Sin embargo, este asunto parece ser más teórico que evidente en la práctica.
145. Ochenta y dos Estados han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI, entre ellos 13 Estados Miembros de la OEA⁹³. La mayoría de ellos han incorporado la definición contenida en el párrafo 3 del artículo 1.
146. Algunos Estados tienen lo que podría denominarse un “doble sistema de arbitraje”, con un conjunto de normas para el arbitraje nacional que son diferentes de las aplicables al arbitraje internacional. Hay que examinar ambos tipos de normas para ver si se pueden elegir las normas internacionales por acuerdo de las partes⁹⁴. Paraguay, Chile, Costa Rica⁹⁵

⁹² Embotelladoras Caracas *et al.* c. PepsiCola Panamericana, Cámara Política y Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 9 de octubre de 1997.

⁹³ Véase la nota 75 *supra*.

⁹⁴ En el artículo 1(3)(c) de la Ley Modelo de la CNUDMI se dispone que un arbitraje es internacional si “las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”. La primera cuestión que se plantea es si el Estado ha adoptado disposiciones similares, pero incluso en esos casos no se podría evadir la política pública con una declaración de ese tipo.

y Colombia son ejemplos de Estados con un doble régimen de ese tipo. Colombia no se ha limitado a los criterios de internacionalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI, sino que ha incorporado un criterio económico según el cual se entiende que el arbitraje es internacional cuando “[l]a controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional” (artículo 62(c) de la Ley 1563 de 2012). Este criterio no emana de la Ley Modelo de la CNUDMI, sino del código procesal del derecho civil francés (artículo 1504). Otros Estados, como Perú, no han excluido la posibilidad de que el carácter internacional pueda determinarse por mera voluntad de las partes (Decreto Legislativo No. 1071 de 2008).

G. Tendencia a favor de una interpretación amplia de internacionalidad

147. Tanto la Convención de México como los Principios de La Haya contienen criterios amplios para determinar la internacionalidad. Lo mismo ocurre con los Principios UNIDROIT. En consonancia con esta tendencia, muchos Estados de la región ya han promulgado leyes en materia de arbitraje con un concepto de internacionalidad similarmente amplio.

5.1 Al régimen jurídico interno relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en lo que respecta a su ámbito de aplicación y la determinación de internacionalidad, se deberían incorporar soluciones que concuerden con la Convención de México, los Principios de La Haya y los Principios UNIDROIT, excluyéndose así a los contratos laborales y de consumo, y a la par adoptándose un concepto amplio de internacionalidad, y se podría estipular también que un contrato pueda internacionalizarse por mera voluntad de las partes, pero que prevalezca el orden público interno si no hay ningún otro elemento internacional.

5.2 En la legislación interna también se podrían incorporar las disposiciones del artículo 1:107 de los PECL y aplicarlos por analogía a los acuerdos de modificación o extinción de contratos, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y conductas que demuestren intención en un contexto comercial.

V. Exclusiones

148. Los instrumentos internacionales relacionados con el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales varían mucho en lo que se refiere a los temas excluidos de su ámbito de aplicación. La Convención de México y los Principios de La Haya excluyen asuntos similares, pero lo hacen de maneras diferentes. La Convención de México excluye expresamente de su ámbito de aplicación los asuntos enumerados en el artículo 5⁹⁶. En cuanto los Principios de La Haya, tanto el título como el preámbulo y el artículo 1 los limitan a contratos comerciales internacionales. No se aplican a transacciones con consumidores ni a contratos de empleo.

A. Capacidad

149. En virtud del artículo 5(a), la Convención de México no determina el derecho aplicable a “las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes

⁹⁵ En la jurisprudencia arbitral reciente de Costa Rica se observa una tendencia a aplicar principios de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley 8937), basada en la Ley Modelo de la CNUDMI, supletoriamente cuando hay lagunas en la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727).

⁹⁶ Además, el artículo 6 de la Convención de México dispone expresamente que sus normas “no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención”.

o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes⁹⁷.

150. Los términos “estado” y “capacidad” plantean disparidades en el derecho comparado. En algunos sistemas se habla de “estado” y en otros de “capacidad de hecho”. Al respecto, en el derecho internacional privado suele aplicarse el derecho de las personas (según el domicilio o la nacionalidad) o el derecho del foro (*lex fori*).
151. También hay disparidad en lo que respecta a la “capacidad de derecho”. Esta frase, desconocida en algunos sistemas, se relaciona con lo que en otros regímenes jurídicos se denomina restricciones o prohibiciones para disponer de la propiedad, que dependen del régimen de la persona (nacionalidad, domicilio u otro atributo aplicable). El régimen establece restricciones por razones arbitrarias, discriminatorias o similares.
152. El artículo 1(3)(a) de los Principios de La Haya excluye cuestiones relacionadas con “la capacidad de las personas físicas”. En los comentarios (1.25) se explica que la exclusión supone que las disposiciones “no determinan ni el derecho aplicable a la capacidad de las personas físicas, ni los mecanismos jurídicos o judiciales de autorización, ni los efectos de la falta de capacidad sobre la validez del acuerdo de elección del derecho aplicable”.

B. Relaciones de familia y cuestiones sucesorias

153. El artículo 5(b) de la Convención de México excluye “las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia”.
154. Los Principios de La Haya no contienen una exclusión similar, ya que el instrumento se aplica exclusivamente a contratos comerciales internacionales. El título y el preámbulo limitan su ámbito de aplicación, y el artículo 1 limita su aplicación a “los contratos internacionales en que las partes actúen en el ejercicio de su oficio o profesión”.

C. Títulos de crédito y títulos comercializados en los mercados de valores

155. En el artículo 5, incisos c y d, de la Convención de México se excluyen las obligaciones provenientes de títulos de crédito y de su venta, transferencia o comercialización. En algunos ordenamientos jurídicos, pero no en todos, se considera que estas obligaciones son de índole contractual⁹⁸. Asimismo, hay convenciones interamericanas sobre títulos de crédito (letras de cambio, pagarés, cheques y facturas)⁹⁹. Los Principios de La Haya no incluyen una disposición similar¹⁰⁰.

D. Acuerdos de arbitraje y selección de foro

156. El artículo 5(e) de la Convención de México excluye “los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro”. Asimismo, hay convenciones interamericanas sobre arbitraje comercial internacional y sobre la validez de los laudos arbitrales¹⁰¹.

⁹⁷ Análogamente, el artículo 4(a) de la CIM dispone que la Convención no concierne “a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso”.

⁹⁸ Un examen del tratamiento que se da a este tema en otros ordenamientos jurídicos está fuera del alcance de esta Guía.

⁹⁹ Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, aprobada en la CIDIP-I en 1975; Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, aprobada en la CIDIP-I en 1975 y otra de igual título aprobada en la CIDIP-II en 1979. Véase el texto y el estado de firmas y ratificaciones de estas convenciones en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_conferencias.asp.

¹⁰⁰ El artículo 2(d) de la CIM excluye de su ámbito de aplicación las compraventas “de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero”.

¹⁰¹ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en la CIDIP-I en 1975; Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada en la CIDIP-II en 1979. Véanse el texto y el estado de firmas y ratificaciones de estas convenciones en el sitio web antedicho en la nota 99, *supra*.

157. Por su parte, en el artículo 1(3)(b) de los Principios de La Haya se señala que “[e]stos principios no se aplican al Derecho que rige... los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro”. En el comentario (1.26) se explica que esta excepción se refiere principalmente a la validez material o a aspectos contractuales de tales acuerdos, entre ellos cuestiones tales como el engaño o el error. Se agrega que “[e]n algunos Estados, estas cuestiones se consideran procedimentales y se rigen tanto por la *lex fori* o la *lex arbitri* [mientras que] [e]n otros Estado, se configuran como cuestiones sustantivas que se rigen por el Derecho aplicable al propio acuerdo de arbitraje o de elección de foro”.

E. Cuestiones de derecho societario

158. El artículo 5(f) de la Convención de México excluye de su ámbito de aplicación “las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general”. Hay una convención interamericana sobre este tema¹⁰².
159. A su vez, según el artículo 1(3)(c) de los Principios de La Haya, estos no se aplican al derecho que rige a “las sociedades u otras entidades colectivas y los *trusts*”. En el comentario (1.27) se explica que el término “entidades colectivas” se emplea “en sentido amplio para incluir a entidades con personalidad jurídica o sin ella, tales como las entidades asociativas de diversa índole (como por ejemplo los *partnerships* o las *associations* de *common law*)”. Y en el comentario (1.29) se recalca que la exclusión se circunscribe a asuntos internos (como organización, administración y disolución) y no se extiende a los contratos que estas entidades celebren con terceros ni a acuerdos entre accionistas.

F. Insolvencia

160. La Convención de México nada dispone al respecto. En el artículo 1(3)(d) de los Principios de La Haya se excluye expresamente su aplicación al derecho que rige los procedimientos de insolvencia. Según el Comentario relativo a los Principios de La Haya, este término se entiende en sentido amplio y comprende los procedimientos de liquidación, reorganización, reestructuración o administración. La exclusión se refiere a los efectos que el inicio de un procedimiento de insolvencia pueda tener en los contratos, como disposiciones específicas que invaliden ciertos contratos o que den potestades particulares al administrador del proceso colectivo¹⁰³.

G. Derechos reales

161. La Convención de México nada dispone al respecto. Del ámbito de aplicación de los Principios de La Haya se excluye el derecho que rige los efectos de los contratos sobre la propiedad. Como se explica en el Comentario 1.31 relativo a los Principios de La Haya, estos principios “solo determinan el Derecho aplicable a los derechos y obligaciones mutuos de las partes, pero no el aplicable a los derechos reales”, es decir, no abordan cuestiones tales como si la transmisión efectivamente confiere derechos de propiedad sin necesidad de actuaciones ulteriores o si el comprador adquiere la titularidad libre de derechos o pretensiones de terceros. Estos asuntos generalmente se rigen por las leyes internas aplicables específicamente a los traspasos¹⁰⁴.

H. Mandato

162. El artículo 1(3)(f) de los Principios de La Haya excluye “la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa”. Como se señala en Comentario 1.32 relativo a los Principios de La Haya, la exclusión “se refiere a los aspectos *externos* de la relación de representación, es decir, a cuestiones tales como si el

¹⁰² Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, aprobada en la CIDIP-II en 1979. Véanse el texto y el estado de firmas y ratificaciones de estas convenciones en el sitio web antedicho en la nota 99, *supra*.

¹⁰³ El tratamiento que se da a este tema en la Convención de México está fuera del alcance de esta Guía.

¹⁰⁴ Análogamente, el artículo 4(b) de la CIM dispone que la Convención no concierne “a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas”.

representado queda vinculado como consecuencia de una autorización implícita o aparente o por negligencia, o si el representado puede ratificar... un acto... del representante y en qué medida” [las cursivas son del autor]. Por lo tanto, los Principios de La Haya se aplican a los aspectos *internos* del mandato, es decir, “a la relación de representación o mandato entre el representado y el representante, si reúne por lo demás las condiciones para ser considerada un contrato comercial”.

163. La Convención de México deja este tema abierto a interpretación. Señala su artículo 15: “[l]o dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica”. Como se expone en la parte sexta, el artículo 10 de la Convención de México otorga gran flexibilidad para la interpretación en la búsqueda de soluciones justas al caso particular según los usos, las prácticas y los principios internacionalmente aceptados.

5.3 El régimen jurídico interno del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales puede excluir expresamente de su ámbito de aplicación:

- las relaciones familiares y las sucesiones, los acuerdos de arbitraje y elección de foro, y las cuestiones de derecho societario, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de México y los Principios de La Haya;
- títulos de crédito y títulos comercializados en mercados de valores, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de México;
- cuestiones de capacidad, insolvencia, derechos reales y mandato, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Principios de La Haya.

PARTE SEXTA

EL DERECHO NO ESTATAL EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

I. Las expresiones “derecho no estatal” y “normas de derecho”

164. La expresión “derecho no estatal” suele usarse en un sentido muy amplio para abarcar diversos principios y reglas, desde principios universales de derechos humanos y principios generales del derecho hasta costumbres, usos y prácticas, definiciones normalizadas de términos comerciales (por ejemplo, INCOTERMS), codificaciones o recopilaciones del derecho privado (por ejemplo, los Principios UNIDROIT) y la *lex mercatoria* (como quiera que se la defina), los cuales tienen poco o nada en común excepto que no emanan de ninguna fuente situada en el propio Estado para crear un derecho vinculante o “positivo” en su ámbito respectivo.
165. Lo más importante es que la mayoría de estos principios y normas, por su propia índole (como el derecho consuetudinario) o debido a su objeto (como los principios de derechos humanos) o a su ámbito de aplicación limitado (como los usos y prácticas), no pueden servir de derecho aplicable a un contrato (o *lex contractus*). Sin embargo, al analizar la posibilidad de elegir “normas de derecho” no estatales en lugar de normas nacionales como un derecho que rige a los contratos internacionales, parece preferible recurrir a la expresión “normas de derecho”,¹⁰⁵ que embarcaría menos y que tiene la ventaja de ser utilizada en un contexto similar en importantes instrumentos internacionales.
166. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965) (“Convenio CIADI”) es uno de los primeros

¹⁰⁵ Las normas de derecho no estatal, tal como se usan aquí, podrían considerarse como un “subconjunto” del derecho no estatal.

instrumentos que refiere a la expresión “normas de derecho.”¹⁰⁶ Este señala que el tribunal “decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes” (artículo 42). Varios Estados de la región son partes del Convenio CIADI y aceptan la jurisdicción del Centro. Posteriormente se fue incorporando la expresión “normas de derecho” en otras leyes y reglamentos de arbitraje, entre ellos el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 33 en la versión de 1976 y artículo 35 en la versión revisada de 2010)¹⁰⁷. La expresión se usa también en el artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI, que se ha adoptado o se ha utilizado como base de leyes sobre arbitraje en numerosos países de las Américas. Según el comentario de UNCITRAL a este artículo, la expresión “normas de derecho” se entiende en un sentido más amplio que “derecho” e incluye normas “elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional”¹⁰⁸.

II. Tipos de derecho no estatal

A. Costumbres, usos y prácticas

167. En el derecho comparado se usan también otras expresiones para aludir al derecho no estatal, como costumbres, usos, prácticas, principios y *lex mercatoria*, que distan mucho de ser homogéneas.
168. En la actualidad, la palabra “costumbres” se reserva por lo general para el campo del derecho internacional público a fin de evitar la confusión con la expresión del lenguaje jurídico “derecho internacional consuetudinario”, aunque en la Convención de México se incluyó “costumbres” en una enumeración junto con “usos” y de manera intercambiable con este último término (artículo 10). En muchos ordenamientos jurídicos de América Latina que siguen el enfoque francés, italiano y español se hace una distinción entre “costumbres” (que tienen fuerza normativa y constituyen una fuente supletoria de derechos en los casos en que hay lagunas del derecho) y “usos” (que sirven para interpretar o aclarar la voluntad de las partes y tienen fuerza normativa solo en algunos casos). La diferencia en esta nomenclatura es que no se necesita probar la fuerza normativa de los usos, como se requiere en el caso de las costumbres.
169. Los entendimientos comerciales que surgen de las prácticas contractuales, que antes por lo general se llamaban “costumbres”, ahora se llaman “usos” en algunos instrumentos recientes de derecho uniforme. Según esta nomenclatura emergente, las “costumbres” emanan de la práctica estatal, en tanto que los “usos” derivan de la acción privada. Sin embargo, algunas jurisdicciones mantienen el enfoque tradicional. Asimismo, el término “usos” es más amplio que “costumbres”, ya que comprende no solo las prácticas generalmente aceptadas en una industria o sector específicos, sino también las que las partes han tenido como supuestas expectativas¹⁰⁹.
170. En muchas jurisdicciones, mientras que “usos” se refiere a la conducta establecida por terceros y otras partes del comercio internacional, el término “prácticas” se limita a la

¹⁰⁶ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, Washington DC. 17 UST 1270; TIAS 6090; 575 UNTS 159.

¹⁰⁷ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976. UN Doc. A/RES/31/98; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de diciembre de 2010. UN Doc. A/RES/65/22. Textos disponibles en: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> (Fecha de consulta: 29 de enero de 2019).

¹⁰⁸ Como se indica en la fuente, no se trata de un comentario oficial; fue preparado por la Secretaría de la CNUDMI solamente a título informativo.

¹⁰⁹ Como no es necesario el elemento de obligación que se requiere en el derecho internacional público consuetudinario (conocido como *opinio juris*), las expectativas supuestas de las partes son suficientes para que nazcan “usos” y se los observe.

conducta pasada de las propias partes contratantes. En algunas jurisdicciones, estos términos se definen en la ley correspondiente¹¹⁰.

171. La palabra “uso” aparece en instrumentos de derecho uniforme, como la CIM (artículos 8(3) y 9) y los Principios UNIDROIT. Lo mismo ocurre con el término “prácticas”. Por ejemplo, en el artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT se dice que “[l]as partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”. Esta solución coincide con la de la CIM (artículo 9, párrafo 1) y con el enfoque subjetivo propuesto en su artículo 8(3).
172. Aunque los usos pueden ser probados, cuando son institucionalizados por una organización, sea gubernamental o de otro tipo, ayudan a establecer un entendimiento común de expresiones que se usan con frecuencia en los contratos comerciales internacionales. Un ejemplo muy conocido es el de la CCI, que ha institucionalizado estos usos en varios de sus instrumentos normativos. El que goza de mayor reconocimiento es INCOTERMS, conjunto de normas que abarca términos estándares usados en el comercio internacional, como las abreviaciones FOB y CIF¹¹¹. Muchos de los INCOTERMS ahora forman parte del lenguaje utilizado a diario en el comercio internacional y se incorporan regularmente en contratos internacionales.
173. A veces también se hace referencia a estos términos en otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el Tratado de Asunción, mediante el cual se creó el MERCOSUR, se usan los términos FOB y CIF (Régimen General de Origen, anexo 2, artículos 1 y 2). Aunque no se definen en el Tratado, su significado es suficientemente claro como términos usuales que la CCI ha institucionalizado. Con ello, este tratado internacional efectúa un reconocimiento formal de esta fuente no legislada.
174. Asimismo, en varias leyes nacionales se han incorporado INCOTERMS¹¹².

B. Principios

175. El uso es particular a la actividad concernida, pero una vez que ha adquirido aceptación general pasa a constituir ya un “principio general” o “principio”. Cuanto más generalizado sea el uso, mayor será su afinidad con los principios generales y menor la carga de probar que es generalmente conocido.
176. La idea de “principios generales del derecho” aparece en textos antiguos, como el Código Civil austríaco de 1811 y otros cuerpos legales de la codificación privada tanto europea como latinoamericana. Numerosos pronunciamientos contemporáneos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (“TJCE”), y ahora también del Tribunal de Justicia

¹¹⁰ Por ejemplo, en el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos, apartado 1-303, se hace una distinción entre “*course of performance*” (serie de actos mediante los cuales se cumple un contrato y un término que prevalece sobre los dos siguientes), “*course of dealing*” (prácticas anteriores entre las partes) y “*usage of trade*” (usos).

¹¹¹ FOB es la sigla de “Free on Board” (libre a bordo), que se refiere al momento en el cual el vendedor deja de ser responsable por las mercaderías (el comprador asume los riesgos de pérdida o daño de las mercaderías y el costo del transporte a partir del momento en que las mercaderías se colocan “a bordo del buque” INCOTERMS 2010). CIF es la sigla de “Cost, Insurance, Freight” (costo, seguro y flete), que significa que el vendedor debe pagar estos costos hasta que la mercancía llegue al puerto de destino.

¹¹² Por ejemplo, en el artículo 51 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 51 del proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, los artículos 852 y siguientes del Código de Comercio Boliviano (donde se hace referencia a INCOTERMS) y el artículo 1408 (donde se hace referencia a los créditos documentarios), y el artículo 3 de la resolución 112 de 2007 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia.

de la Unión Europea (“TJUE”), invocan los “principios generales del derecho *civil*” (las cursivas son del autor)¹¹³.

177. Desde luego, los principios se reconocen también como fuente de derecho internacional público en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), que emplea la expresión “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Esta expresión fue adoptada en contratos comerciales internacionales, como los relativos a inversiones en hidrocarburos y gas en el Oriente Medio, algunos de los cuales fueron el tema de arbitrajes históricos a lo largo del siglo pasado¹¹⁴.
178. En estos casos, y en otros resueltos en arbitraje, se emplearon también expresiones similares, como principios generales del derecho internacional privado, principios generalmente admitidos, principios generales del derecho y de la justicia, principios generales del derecho que deben regir las transacciones internacionales, principios generales ampliamente admitidos que rigen el derecho comercial internacional, principios generales del derecho aplicables a las relaciones económicas internacionales, principios generales del derecho que forman parte de la *lex mercatoria* y normas de derecho. A su vez, el Instituto de Derecho Internacional (“IDI”), en su sesión de Atenas de 1979, convocada para considerar el derecho contractual aplicable a los acuerdos entre un Estado y un particular extranjero, usó las expresiones “principios generales del derecho”, “principios comunes a los derechos internos”, “principios aplicables en las relaciones económicas internacionales” y “derecho internacional”, sin expresar preferencia por alguna de ellas¹¹⁵.
179. La expresión “principios generales” también se usa con ese sentido en algunos instrumentos de derecho uniforme. De acuerdo con el artículo 7(2) de la CIM, las cuestiones deben dirimirse “de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención”. A veces se emplea como sinónimo de reglas que no tienen fuerza de ley, tal como aparece en los Principios UNIDROIT.
180. El término “principios” puede referirse en general al derecho público, tanto al derecho público como al derecho privado y, específicamente, al derecho privado o civil. También se

¹¹³ Algunos ejemplos: Audiolux SA e.a. c. Groupe Bruxelles Lambert SA, TJUE, 15 de octubre de 2009, Asunto C-101/08; República Federal de Alemania c. Consejo de la Unión Europea, TJUE, 5 de octubre de 1994, Asunto C-280/93. En un otro caso, el Tribunal Europeo de Justicia (“TEJ”) utilizó un “principio general del derecho civil”, según el cual cada parte contratante está obligada a cumplir los términos del contrato y las obligaciones enunciadas en el mismo. Société thermale d’Eugénie-Les Bains, TEJ, 18 de julio de 2007, Asunto C-277/95. En Hamilton (2008) se señala, como uno de los principios generales del derecho civil, el principio de que “la ejecución completa de un contrato resulta, por regla general, de la realización de las prestaciones mutuas de las partes contratantes y de la finalidad de éste”. Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG, TEJ, 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06, párr. 42. En Messner (2009), el Tribunal invocó “los principios del derecho civil, como la buena fe y el enriquecimiento sin causa”. Pia Messner c. Firma Stefan Krüger, TEJ, 3 de septiembre de 2009, Asunto C-489/07, párr. 26. Textos disponibles en: <https://eur-lex.europa.eu>.

¹¹⁴ “Principios generales del derecho internacional privado” (Saudia Arabia c. Arabian American Oil Co. (ARAMCO), 1958); “principios generales del derecho” (Libia c. Texaco y Liamco, 1977; Aminoil c. Kuwait, 1982; Framatome c. Irán, 1982); “principios generalmente admitidos” (CCI, Asunto 2152/1972); “principios generales del derecho y la justicia” (CCI, Asunto 3380/1980); “principios generales del derecho que rigen las transacciones internacionales” (CCI, Asunto 2291/1975); “principios generales adoptados por la jurisprudencia arbitral internacional” (CCI, Asunto 3344/1981); “principios generales ampliamente admitidos que rigen el derecho comercial internacional” (CCI, Asunto 3267/1979); “principios generales del derecho aplicables a las relaciones económicas internacionales” (CIADI, 1983, Asia c. República de Indonesia); “principios generales del derecho comprendidos” (CCI Asunto 3327/1981); “normas de derecho” (CCI, Asunto 1641/1969).

¹¹⁵ Instituto de Derecho Internacional, Sesión de Atenas de 1979, The Proper Law of the Contract in Agreements between a State and a Foreign Private Person (11 de septiembre de 1979).

usa para aludir a conceptos de un carácter más general (como la libertad contractual o la buena fe) y a veces se le agrega el calificativo “fundamental”, que sugiere su relación con valores básicos abstractos, como los consagrados en las constituciones nacionales de diferentes Estados. A pesar de esta divergencia terminológica, “principios” es el término que más se usa en la actualidad en distintos contextos y con diferentes connotaciones.

C. *Lex mercatoria*

181. En el comercio internacional, los principios emanan de la generalización de los usos de los comerciantes. Después se institucionalizan cuando los recogen reglas elaboradas por organismos internacionales públicos y privados que terminan reconociéndose en diversas instancias estatales y arbitrales de resolución de conflictos. El producto, conocido como *lex mercatoria* o *nueva lex mercatoria*, emula el derecho mercantil que surgió en la Edad Media.
182. En una decisión histórica, la Cámara de los Lores del Reino Unido dispuso que la *lex mercatoria* (o la “nueva” *lex mercatoria* que se invoca aquí) representaba principios generales del derecho¹¹⁶. En la jurisprudencia reciente de las Américas cabe destacar una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Rio Grande do Sul que se refirió al derecho no estatal como *lex mercatoria*¹¹⁷ y una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela¹¹⁸. Sin embargo, prosigue el debate sobre la *lex mercatoria*, con grandes controversias con respecto a la terminología, sus fuentes y si se trata de un orden jurídico autónomo independiente del ordenamiento jurídico interno.

III. El derecho no estatal en la Convención de México y en los Principios de La Haya

A. Antecedentes: el Convenio de Roma

183. Había dudas con respecto a si, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad enunciado en el Convenio de Roma (artículo 3), las partes podían elegir el derecho no estatal. Por lo tanto, en el borrador de Reglamento Roma I presentado por la Comisión Europea, se propuso que se pudiera optar por un derecho no estatal. En particular, el texto propuesto tenía por objeto autorizar la elección de los Principios UNIDROIT, los PECL o un posible instrumento futuro sobre el tema¹¹⁹. No obstante, el legislador, previendo quizás un futuro instrumento europeo en la materia, decidió apartarse de la redacción propuesta. En cambio, el considerando 13 dispone que el Reglamento Roma I “no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional” (véase también el considerando 14). Eso significa que la elección, de permitirse, debe estar incorporada en el derecho estatal elegido. Por consiguiente, el Reglamento Roma I permite solamente la *incorporación por referencia* y no permite elegir un derecho no estatal. Eso se aplica por lo menos en los procedimientos ante tribunales estatales, en vista de que el arbitraje tiene sus propias reglas, que normalmente admiten el derecho no estatal.
184. La incorporación por referencia permite que las normas elegidas, en este caso el derecho no estatal, puedan ser consideradas, pero siempre teniendo como telón de fondo un derecho

¹¹⁶ Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH and Others c. Shell International Petroleum Company Limited (Cámara de los Lores, julio de 1988). 27 ILM 1032.

¹¹⁷ Procedimiento N.º 70072362940, Sentencia de febrero de 2017. En cuanto al derecho que regía el contrato, el Tribunal de Apelaciones observó que, de acuerdo con el artículo 9(2) de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, se aplicaría el derecho danés como derecho del lugar donde se había celebrado el contrato. Sin embargo, el Tribunal afirmó que, en los casos en que el contrato tuviera varias conexiones, como el caso de autos, no debía aplicarse la norma tradicional de *lex loci celebrationis rule*, sino un enfoque más flexible que llevara a la aplicación de la CIM y los Principios UNIDROIT como expresión de la llamada “nueva *lex mercatoria*”. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=2035&do=case>.

¹¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia, sobre la *lex mercatoria*, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML>.

¹¹⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) /* COM/2005/0650 final - COD 2005/0261.

nacional, que deberá ser determinado, en su caso, aplicándose las normas de conflicto de derecho internacional privado. Las normas de este derecho nacional, aunque sean solo de orden público interno, tendrán prevalencia cuando hay una mera incorporación por referencia.

B. Convención de México

185. La Convención de México fue más allá del Convenio de Roma. Muestra una apertura hacia el derecho no estatal que surge ya desde sus trabajos preparatorios¹²⁰. Aunque el instrumento no es explícito al respecto, José Luis Siqueiros, que preparó el primer borrador, escribió en un artículo posterior que el instrumento hablaba de “derecho aplicable”, en vez de “ley aplicable”, no porque fuera una expresión mejor, sino básicamente para dejar en claro que la intención era abarcar los usos internacionales, los principios del comercio internacional, la *lex mercatoria* y expresiones similares¹²¹. Otros juristas de renombre que participaron en las negociaciones de la Convención de México, entre ellos el delegado estadounidense Friedrich Juenger y el mexicano Leonel Pereznieta Castro, respaldaron la opinión de Siqueiros¹²².
186. Sin embargo, el instrumento interamericano no escapa al caos terminológico de la época en que se redactó. Su artículo 9 párrafo 2 alude a “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Por su parte, el artículo 10 del mismo instrumento hace referencia a “las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación”. El alcance de estos artículos se explica más adelante en esta Guía¹²³.
187. Varias de las expresiones utilizadas en esos artículos son problemáticas. No resulta claro a qué “organizaciones internacionales” se alude en el artículo 9 y si la intención es abarcar solamente organizaciones intergubernamentales, como CNUDMI o UNIDROIT, o también entidades no gubernamentales como la CCI. En el artículo 10 se usan otras expresiones, como costumbres, usos y prácticas, que tampoco se definen.

C. Principios de La Haya

1. Terminología

188. En el artículo 3 de los Principios de La Haya se usa la expresión “normas de derecho” para aludir al derecho no estatal. Esta decisión había sido adoptada por el Grupo de Trabajo que elaboró el instrumento, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se había producido en torno a esta expresión a partir de su adopción en el ámbito del arbitraje, como se ha descrito más arriba.
189. Sin embargo, en el texto final del artículo 3 se especifica que las normas de derecho que se elijan deben ser “generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”.
190. Eso se aparta de lo que había propuesto el Grupo de Trabajo, que había optado por no limitar el alcance de la expresión “normas de derecho” y dejarlo a discreción de las partes o, en su caso, del órgano que la interpretara. Se había acordado también que se debería dejar que las partes eligieran reglas de un sector específico, cuando las hubiera, que

¹²⁰ OEA/Ser. K/XXI.5, CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1, 18 de marzo de 1994, pág. 3; OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/14/93, 30 de diciembre de 1993, páginas 28 y 30.

¹²¹ José Luis 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, pág. 222.

¹²² Lista de participantes. OEA/Ser.K/XXI.5/ CIDIP-V/doc.31/94 rev. 1, 16 de marzo de 1994. Véase: Friedrich K. Juenger, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: Contratación Internacional, *id.*, al pág. 235, y Leonel Perenznieta Castro, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos, en Contratación Internacional, *id.*, al pág. 210-212.

¹²³ Véase un análisis en la Parte décima tercera y en otros lugares.

abarcaran las legítimas expectativas de las partes. Además, se había rechazado la sugerencia de que las reglas elegidas pasaran un “examen de legitimidad” para evaluar su naturaleza y características.

2. Criterios para determinar la legitimidad del derecho no estatal

191. En una decisión que no ha estado exenta de críticas, el artículo 3 quedó finalmente aprobado con cambios a la propuesta del Grupo de Trabajo y la introducción de criterios para determinar la legitimidad del derecho no estatal. En el Comentario relativo a los Principios de La Haya se señala que los criterios deben entenderse de manera conjunta e interrelacionada, según se explica a continuación.

a. Conjunto de normas neutras y equilibradas

192. Con lo de la exigencia de “normas neutras y equilibradas” se pretende responder a la inquietud de que el poder negociador desigual lleve a la aplicación de reglas injustas o inequitativas. Por ello, en el Comentario 3.11 relativo a los Principios de La Haya se señala que la fuente debe ser “reconocida de forma general como un órgano neutral e imparcial, es decir, un órgano que representa distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas”.
193. En el Comentario 3.10 relativo a los Principios de La Haya se aclara que debe tratarse de un conjunto de normas que permitan “resolver la resolución de problemas contractuales comunes en el contexto internacional” y no simplemente de un número reducido de disposiciones.
194. Las reglas elegidas de derecho no estatal deben distinguirse de las reglas establecidas por las partes. En el Comentario 3.4 relativo a los Principios de La Haya se explica que las partes no pueden efectuar una elección en materia de conflictos por mera referencia a un conjunto de normas contenidas en el propio contrato, a las cláusulas estándar elaboradas por las partes o a un conjunto de condiciones locales específicas de un sector. Por ejemplo, si varios bancos se ponen de acuerdo sobre determinadas condiciones generales que regirán determinados servicios que prestan, no podrán elegirse esas condiciones como normas de derecho aplicables. Teniendo en cuenta los atributos que deben poseer las normas de derecho (es decir, constituir un conjunto de normas neutras y equilibradas), un instrumento como los Principios UNIDROIT o la CIM podría ser elegido como derecho no estatal¹²⁴. En cambio, es obvio que las cláusulas o condiciones contractuales redactadas unilateralmente no pueden considerarse como derecho no estatal que pueda elegirse como derecho aplicable. Por ejemplo, el Contrato FIDIC o las normas de la GAFTA (explicados anteriormente) constituyen un derecho no estatal que recoge usos y principios de sectores comerciales particulares, pero que aun así no cumple el requisito de constituir un conjunto apropiado de normas que pueda elegirse como derecho aplicable mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

b. Conjunto de normas generalmente aceptadas

195. Lo del “conjunto de reglas generalmente aceptadas” busca disuadir a las partes de elegir categorías vagas o inciertas como normas de derecho. Algunos ejemplos de conjuntos de normas generalmente aceptadas son los Principios UNIDROIT y la CIM en los casos en que no han sido ratificados o no son aplicables de por sí. Entre los instrumentos regionales que se ciñen a los criterios establecidos en los Principios de La Haya en relación con un conjunto de normas cabe señalar los PECL. En las Américas han surgido iniciativas

¹²⁴ Esto podría dar lugar a una situación interesante, ya que podría surgir un conflicto entre la CIM y la Convención de México en los casos en que, aunque la jurisdicción pertinente haya excluido la aplicación de la primera en virtud de las normas de derecho internacional privado de acuerdo con sus artículos 1(1)(b) y 95, el artículo 9 de la Convención de México lleve a la aplicación de la CIM. En la edición de 2016 del Compendio de jurisprudencia relativa a la CIM se hace referencia a algunos posibles casos pertinentes en el artículo 95, aunque todavía no ha surgido una tendencia clara con respecto a su interpretación. Véase:

http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/_Digest_2016_s.pdf.

interesantes de académicos que, si reciben amplia aceptación, también podrían llegar a reunir los requisitos¹²⁵.

3. Elección del derecho no estatal e integración de lagunas

196. Podría surgir la necesidad de “integrar lagunas” cuando las partes hayan elegido un derecho o un conjunto de normas que no aborden un asunto particular. En el Comentario 3.15 relativo a los Principios de La Haya se indica claramente que, mientras que otros instrumentos tales como los Principios UNIDROIT y la CIM posiblemente aborden la integración de lagunas, los Principios de La Haya “no establecen normas supletorias”. Por lo tanto, en el Comentario relativo a los Principios de La Haya se advierte a las partes que, al elegir determinadas normas de derecho que rijan su contrato, “deben tener en cuenta la posible necesidad de integrar lagunas y pueden regular este aspecto al realizar dicha elección”. Por ejemplo, las partes podrían elegir los Principios UNIDROIT y, para todos los asuntos no previstos, la aplicación de un derecho nacional.

IV. El derecho no estatal en las legislaciones nacionales

197. En Brasil se han intentado varias reformas a lo largo de los años. La propuesta más reciente de modificación de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (“LINDB”) incluye un nuevo artículo 9, en el cual se reconoce la autonomía de la voluntad (que se analiza en la parte séptima) en el primer párrafo y el derecho no estatal en el segundo. El proyecto de ley 4.905 sigue atascado en el Congreso¹²⁶.
198. En Panamá se reconoce el derecho no estatal e incluso se hace referencia a los Principios UNIDROIT como fuente supletoria. El Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá establece lo siguiente: “Las partes podrán utilizar los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional” (artículos 79, 86 de la Ley No. 61 del 7 de octubre de 2015).
199. En Paraguay, la Ley sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales admite abiertamente la aplicación del derecho no estatal en la esfera judicial. Su artículo 5 (titulado “Normas de derecho”) se basa en el artículo 3 de los Principios de La Haya y dispone lo siguiente: “[e]n esta ley, la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. No se incluye la exigencia establecida en los Principios de La Haya de que las normas de derecho deban tener un nivel general de aceptación a nivel internacional, supranacional o regional para evitar las controversias sobre qué regulaciones cumplirían con este requisito. Su artículo 12 reitera el lenguaje del artículo 10 de la Convención de México y, por lo tanto, ofrece al tribunal amplios poderes de interpretación al respecto.

¹²⁵ Algunos ejemplos son los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos y los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales; nota 61 *supra*.

¹²⁶ Art. 9. Los contratos internacionales entre profesionales, hombres de negocios y comerciantes se rigen por el derecho elegido por las partes y el acuerdo entre estas para dicha elección debe ser expreso. 1. La elección debe aplicarse al contrato en su totalidad, pero no se requiere que haya una conexión entre el derecho elegido y las partes o la transacción.

2. En la oración introductoria, la referencia al derecho abarca también la indicación, según corresponda al contrato, de un conjunto de normas jurídicas internacionales, optativas o uniformes, internacionalmente aceptadas, supranacionales o regionales, neutrales y justas, entre ellas la *lex mercatoria*, siempre que no sean contrarias a la política pública [traducción no oficial del portugués].

200. En Uruguay, el proyecto de reformas en materia de derecho internacional privado se muestra abierto al derecho no estatal (artículos 13 y 51)¹²⁷. Estas disposiciones incorporarían un enfoque aceptado no solo en la doctrina, sino también en la práctica. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT son muy conocidos, se enseñan en las facultades de derecho, se usan en la negociación de contratos internacionales y de vez en cuando se mencionan en la jurisprudencia.
201. La Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 incorpora en los artículos 30 y 31 normas similares a los artículos 9 y 10 de la Convención de México. De acuerdo con la interpretación de estas disposiciones, se puede aplicar el derecho no estatal si las partes lo eligen o ante la falta de una elección. Sin embargo, eso ocurre solamente con controversias que se llevan ante los tribunales, ya que esta ley no se aplica al arbitraje. Un aspecto pertinente para las decisiones de los tribunales es la sentencia antedicha del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en la que se invoca expresamente la *lex mercatoria*¹²⁸. De una manera más general, en Venezuela se aplican los artículos 10 y 15 de la Convención de México como principios generalmente aceptados del derecho internacional privado.
202. Además, en otros Estados de las Américas se ha recurrido al derecho no estatal para la interpretación o reinterpretación de leyes nacionales. Por ejemplo, en importantes decisiones judiciales se han citado los Principios UNIDROIT con ese fin en Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y Venezuela, entre otros países¹²⁹.

V. El derecho no estatal en el arbitraje

203. En el mundo del arbitraje, acogen la expresión “normas de derecho” tanto la Ley Modelo de la CNUDMI en su artículo 28(1) como el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976. La frase se mantiene en el actual artículo 35 del Reglamento de 2010 y se usan expresiones similares en otras reglas en la materia. En las leyes internas sobre arbitraje de varios Estados de América Latina también se usa la expresión “normas de derecho”¹³⁰. En general, como consecuencia de estas disposiciones, si las partes contratantes eligen el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, pueden optar por las “normas de derecho”, que abarcan instrumentos de “soft law” tales como los

¹²⁷ El proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado fue aprobado por la Cámara de Representantes (956/2016) el 7 de octubre de 2016, pero todavía no ha sido aprobado por el Senado.

¹²⁸ Tribunal Supremo de Justicia, sobre la *lex mercatoria*, en:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML> (citado anteriormente).

¹²⁹ Véase la base de datos UNILEX (www.unilex.info). En el plano mundial, la Academia de Derecho Comparado abordó este tema en el Congreso de Fukuoka en 2018, en el cual se desempeñaron como relatores generales los profesores Alejandro Garro y José A. Moreno Rodríguez (*The UNIDROIT Principles as a common frame of reference for the uniform interpretation of national laws*, <https://aidc-iacl.org/general-congress>).

¹³⁰ Por ejemplo, véase lo siguiente: en *Brasil*, el artículo 2 de la Ley 9307/96, Ley de Arbitraje; en *Colombia*, el artículo 208.1 del Decreto Número 1818 de 1998, Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (posiblemente reemplazado por la Ley 1563 de 2012); en *Costa Rica*, el artículo 22 de la Ley 7.727 de 1997, Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, y el artículo 28 de la Ley 8.937 de 2011 sobre Arbitraje Comercial Internacional; en *Chile*, el artículo 28.4 de la Ley 19.971 de 2004 sobre Arbitraje Comercial Internacional; en *El Salvador*, los artículos 59 y 78 del Decreto Legislativo 914/02, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje; en *Guatemala*, el artículo 36.3 de la Ley 67-95, Ley de Arbitraje; en *Nicaragua*, el artículo 54 de la Ley 540 de 2005, Ley de Mediación y Arbitraje; en *Perú*, el artículo 57.2 del Decreto Legislativo No. 1071 de 2008, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje; en la *República Dominicana*, el artículo 33.4 de la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial; en *Paraguay*, el artículo 32 de la Ley 1.879/02 de Arbitraje y Mediación, y en *Venezuela*, la última parte del artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

Principios UNIDROIT. Por otro lado, excepto en Panamá, Paraguay y Venezuela, si las partes contratantes no han elegido el arbitraje y la controversia llega a los tribunales, la elección del derecho se limita al derecho nacional de los Estados y no puede incluir referencias a tales “normas de derecho” o al derecho no estatal.

204. Entre las legislaciones latinoamericanas cabe destacar la panameña, que no solo se muestra abierta al derecho no estatal, sino que dispone, además, que en los arbitrajes internacionales se deberán tener en cuenta “los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”)", legitimando de esa manera a este cuerpo de normas no estatales¹³¹.
205. Un aspecto singular del Decreto Legislativo que norma el arbitraje en Perú es la disposición según la cual, de haber lagunas en las normas, el tribunal arbitral puede recurrir, “según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral” (artículo 34, párrafo 3). La ley ofrece la posibilidad de aplicar el derecho no estatal incluso en cuestiones procesales.

6.1 En el régimen jurídico interno relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales se debería aclarar y reconocer la elección del derecho no estatal.

6.2 En relación con el derecho no estatal, se insta a los legisladores, a los juzgadores y a las partes contratantes a que lean la Convención de México a la luz de los criterios ofrecidos en los Principios de La Haya y el comentario relativo a tales principios, y a que reconozcan la diferencia entre la elección del derecho no estatal y el uso del derecho no estatal como instrumento para facilitar la interpretación.

206. En el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”), aprobada en la CIDIP I en la ciudad de Panamá en 1975¹³², se señala que, “[a] falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme al Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (“Reglamento de la CIAC”)¹³³. A su vez, en el artículo 30(3) de dicho Reglamento se dispone que “[e]n todos los casos, el tribunal arbitral [...] tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Por consiguiente, en lo que se refiere a los aspectos procesales del arbitraje, la aplicación de estas normas influye en la aplicación de normas sustantivas tales como las antedichas.
207. Además, el Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR de 1998, ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, reconoce en su artículo 10 la aplicabilidad del “derecho internacional privado y sus principios”, así como del “derecho del comercio internacional”¹³⁴. Los juristas entienden esta última expresión como una aceptación del derecho no estatal.

¹³¹ Ley No. 131/2013 de Arbitraje Nacional e Internacional de Panamá.

¹³² Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en la CIDIP I en la ciudad de Panamá, se firmó el 1 de enero 1975 y entró en vigor el 16 de junio de 1976.

¹³³ Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Modificado y vigente a partir del 1 de abril de 2002. Texto disponible en: <http://www.ciac-iacac.org/index.php/2017/10/27/reglamento-de-procedimiento/> (Fecha de consulta: 2 de enero de 2019).

¹³⁴ Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. Decisión del Consejo del MERCOSUR N.º 03/98 del 23 de julio de 1998. Texto disponible en: <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec0398.asp> (Fecha de consulta: 2 de enero de 2019).

208. Los casos en los cuales se ha invocado el derecho no estatal en arbitrajes en las Américas figuran en la base de datos UNILEX¹³⁵.

PARTE SÉPTIMA

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

I. Generalidades

209. El principio de la autonomía de las partes atribuye a estas en un contrato comercial internacional la libertad de elegir el derecho por el que se regirá el contrato. Esta Guía no trata del poder de las partes para elegir la jurisdicción arbitral o estatal que tendría competencia en caso de contienda, de acuerdo con otra aplicación del principio de autonomía de la voluntad (a nivel mundial, la materia está contemplada en la Convención de Nueva York de 1958 y en el Convenio de La Haya sobre los Acuerdos de Elección de Foro). Esta Guía se centra en los problemas del derecho aplicable.
210. La autonomía de la voluntad es uno de los pilares del derecho de la contratación moderna y goza de un gran nivel de aceptación en el derecho internacional privado. La base de este principio es que las partes de un contrato están en las mejores condiciones para determinar qué derecho es el que se adapta mejor para regir su transacción, en lugar de dejar dicha determinación al árbitro, en caso de contienda. Ello fortalece la certeza jurídica que se requiere para estimular las transacciones comerciales, a la vez que apunta a reducir las intervenciones del Estado, en favor de la iniciativa privada.
211. La autonomía de la voluntad incluye la elección del derecho sustantivo (autonomía material) y la elección de las normas que han de regir los conflictos de leyes (autonomía conflictual). En algunos sistemas el primero depende del derecho elegido; en otras palabras, la elección del derecho determina si las partes pueden (o no) ejercer autonomía material.
212. Aunque la autonomía de la voluntad tal vez sea el principio más ampliamente aceptado en el derecho internacional privado contemporáneo, todavía existe desacuerdo en cuanto a sus modalidades, parámetros y limitaciones. Entre estos se incluye, por ejemplo, en cuanto al método de elección —que puede ser explícito o tácito— si se exige una conexión entre el derecho elegido y el derecho interno del Estado de las partes en el contrato; si se puede incluir aspectos no contractuales en la elección del derecho; qué Estado, de haberlo, puede imponer limitaciones en cuanto a la elección, y si es posible elegir normas no estatales. A lo largo de esta Guía se abordan esas cuestiones.

II. Evolución del principio de autonomía de la voluntad

213. El principio de autonomía de la voluntad no estaba incluido expresamente en las normas de derecho internacional privado contenidas en los códigos europeos del siglo XIX. En Sudamérica, el Código Civil chileno de 1855 y el de Argentina de 1869 fueron de los primeros del mundo en incluir normas para el derecho internacional privado; ninguno de ellos toca la materia de la autonomía de las partes en los contratos internacionales¹³⁶, lo cual

¹³⁵ Véase la base de datos UNILEX (www.unilex.info).

¹³⁶ El artículo 1545 del Código Civil chileno acepta la autonomía de las partes en materias contractuales en general; no especifica si la aceptación se refiere a contratos internacionales. En los últimos años, las principales interpretaciones se inclinan en sentido afirmativo. Por otro lado, aunque el artículo 1462 dispone que “la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”, hace años la jurisprudencia determinó que el derecho se refiere solo a acuerdos sobre elección de foro y no a las propias leyes. En todo caso, solo excluiría la jurisdicción de Estados no reconocidos como tales por Chile y no a todos los Estados extranjeros. Ejemplos de ello son Exequátur State Street Bank and Trust Company, Corte Suprema, 14 de mayo de 2007, rol 2349-05 o Mauricio Hochschild S.A.C.I. con Ferrostaal A.G., Corte Suprema, 22 de enero de 2008, rol 3247-2006. El nuevo Código Civil y

es comprensible, dado que, a esa altura, no era todavía ampliamente aceptado. Los Tratados de Montevideo plantean una serie de cuestiones respecto de la autonomía de la voluntad. El Tratado de 1889 no menciona la cuestión, lo que llevó a una serie de comentaristas a sostener —muy cuestionablemente— sobre esa base que se aceptaba la autonomía de las partes. El principio está expresado en general en el artículo 166, aunque solo refiere al “derecho dispositivo” y no impide la aplicación de normas obligatorias. Pero el Tratado no reconoce el principio, como queda claro en los artículos 185 y 186, que se aplica “en ausencia de una elección expresa o implícita.”

214. En las negociaciones que antecedieron al Tratado de 1940 hubo choques entre la Delegación de Argentina, que respaldaba la admisión expresa de la autonomía de las partes, y la del Uruguay, que reclamaba su rechazo. El texto del Tratado de 1940 refleja una transacción: aunque finalmente no se incluyó la autonomía de las partes, el artículo 5 del protocolo adicional reza como sigue: “La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”. De manera que la solución del Tratado de 1940 es permitir que cada Estado, en ejercicio de su soberanía, determine en forma independiente la jurisdicción y el derecho aplicable a los contratos internacionales. Si el Estado cuyo derecho es aplicable reconoce la autonomía de las partes, ello será aceptado. De manera que, al otorgar a las partes el derecho a elegir la jurisdicción donde se ejecuta el contrato, se admite indirectamente que las partes elijan el derecho que rige.
215. Comparativamente, la autonomía de las partes no parece estar incorporada en los artículos del Código Bustamante, aunque su redactor afirmó, en un posterior trabajo doctrinario, que el Código reconocía el principio¹³⁷. El debate sobre esta cuestión sigue abierto.
216. Entretanto, el principio de autonomía de las partes se incorporó en varios otros tratados sobre derecho internacional privado. Como otra prueba de su reconocimiento internacional, el Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de 1991 celebrada en Basilea, aprobó una resolución en favor de la autonomía de las partes en cuestiones de derecho internacional privado¹³⁸. El artículo 2.1 de esa resolución dispone que las partes son libres de convenir el derecho aplicable a sus contratos, en tanto el artículo 3.1 establece que el derecho aplicable deriva del consentimiento de las partes. Dentro de la Unión Europea, la autonomía de las partes está consagrada en varios instrumentos, como el Convenio de Roma, posteriormente sustituido por “Roma I” (artículo 3.1).
217. También se ha considerado que el principio está contemplado en disposiciones de varias cartas estatutarias y declaraciones que establecen los derechos humanos fundamentales, como el artículo 17 y el artículo 29.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aunque esta posición no ha sido generalmente aceptada.

III. Autonomía de la voluntad en la Convención de México y en los Principios de La Haya

Comercial argentino reconoce expresamente la autonomía de las partes en los contratos internacionales (artículo 2651).

¹³⁷ Sánchez de Bustamante, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3a. ed., 1947, Tomo II, páginas 188 y 196-197. El Código Bustamante reconoce la posibilidad de elección de la ley en los contratos de adhesión y en la interpretación del contrato, tal reconocimiento en la elección se ha hecho de una manera “tímida e inexplicable”. Véase: Romero, Fabiola, *Derecho aplicable al contrato internacional*, en: *Liber amicorum*, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, Tomo I, páginas 203 y 243.

¹³⁸ Instituto de Derecho Internacional, *Período de Sesiones de Basilea, 1991. Autonomía de las partes en contratos internacionales entre particulares o entidades privadas*. Relator de la Séptima Comisión, Eric Jayme. Disponible en inglés aquí: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_02_en.pdf

218. A pesar de la reticencia que existía en esa época frente a este principio en algunos Estados de las Américas, la autonomía de las partes fue ampliamente refrendada en la Convención de México. En el inciso 1 de su artículo 7, se establece expresamente que “(e)l contrato se rige por el derecho elegido por las partes”, y en el artículo 2, que “El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte”.
219. Los Principios de La Haya también respaldan expresamente la autonomía de las partes; en su artículo 2.1 dispone que “Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes”. Ya en la labor preparatoria, la Conferencia de La Haya había determinado que el principal objetivo del documento era fomentar la difusión del principio de la autonomía de las partes en todo el mundo, algo que había sido definido como “una necesidad” por organizaciones como la CNUDMI y UNIDROIT. Como se indica en los Comentarios a los Principios sobre la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales (2.3), “El artículo 2 refleja el propósito principal de los Principios, que es el de establecer y definir la autonomía de la voluntad...”. El reconocimiento general del principio queda de manifiesto en las respuestas dadas al cuestionario distribuido por la Conferencia de la Haya en 2007, cuyos resultados también hicieron constar la existencia de anacronismos en algunas regiones de África y América Latina¹³⁹.

A. Contrato principal, elección del derecho y elección de foro

220. En el supuesto de la aceptación de la autonomía de las partes para elegir el derecho, surge la cuestión de “dónde” pueden ejercer esa opción. Las partes pueden elegir el derecho dentro del “contrato principal” o bien pueden suscribir un acuerdo separado a tal efecto.
221. En los Comentarios a los Principios sobre la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales (1.6) se emplea el término “contrato principal” para referirse al acuerdo contractual primario entre las partes. Ejemplos de él son los contratos de venta de bienes, prestación de servicios o de préstamo. Como se observa en el Comentario, el acuerdo de las partes sobre elección del derecho debe distinguirse del contrato principal.
222. El acuerdo sobre la “elección del derecho” debe distinguirse también del acuerdo de “elección de foro”. Como se indica en el Comentario (1.7), estos convenios incluyen cláusulas o acuerdos sobre jurisdicción, elección de foro, elección de juzgado o elección de órgano jurisdiccional, términos que son sinónimos para referirse al acuerdo de las partes sobre el foro (generalmente un órgano jurisdiccional) que debe resolver los conflictos que surjan del contrato principal.
223. Los acuerdos sobre “elección del derecho” y “elección de foro” deben también distinguirse de los acuerdos sobre arbitraje. Estos acuerdos son concertados entre las partes para someter sus conflictos a un tribunal arbitral. Como se indica en el Comentario 1.7, aunque esas cláusulas o acuerdos (en conjunto, conocidos como “acuerdos de resolución de conflictos”) se combinan a menudo en la práctica con los de elección del derecho aplicable, su finalidad es diferente.

B. Elección del derecho no estatal

224. En el supuesto de la aceptación de la autonomía de las partes para elegir el derecho, surge la cuestión de “qué” pueden elegir y si ello incluye el “derecho no estatal”. La Convención de México admite claramente la aplicación del derecho no estatal ante la ausencia de elección. En ausencia de una elección, o si ésta resultara ineficaz, según el artículo 9, el tribunal tomará en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por organismos internacionales”. Estos incluirían, por ejemplo, los Principios de UNIDROIT.
225. Sin embargo, la Convención de México no prevé que las partes puedan elegir un derecho no estatal. En ausencia de una disposición específica, una escuela de pensamiento considera que tal elección no sería viable. Esa posición se basa en el artículo 17, el cual establece: “Para los efectos de esta Convención se entenderá por ‘derecho’ el vigente en un Estado,

¹³⁹ El cuestionario se encuentra en: <https://assets.hcch.net/docs/20c08e8a-3055-472c-ab7d-1665551705c2.pdf>

con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. De acuerdo con esa interpretación, el derecho elegido debe ser el de un Estado, aunque no sea parte de la Convención de México, siempre que la elección sea el derecho de un Estado. Otra escuela de pensamiento, incluyendo a aquellos que se adhieren a las opiniones de los redactores Siqueiros and Juenger, sostiene que, según el artículo 7, las partes pueden elegir el derecho no estatal en base a los artículos 9 y 10¹⁴⁰.

226. Por su parte, los Principios de La Haya estipulan, en el artículo 3, que las partes pueden elegir el derecho no estatal si éste satisface ciertos requisitos.
227. En las deliberaciones del Grupo de Trabajo que preparó la versión preliminar de los Principios de La Haya, se consideraron tres opciones para la elección de normas no estatales: (1) reservarla para el tribunal arbitral, (2) admitir la elección de un derecho no estatal independientemente del mecanismo de solución de controversias, (3) omitir toda referencia a un derecho no estatal y dejarlo así abierto a la interpretación de jueces y árbitros. La primera opción habría sido equivalente a mantener el statu quo. De hecho, aunque las normas arbitrales más recientes admiten la opción de elegir un derecho no estatal como marco jurídico para un contrato internacional (por ejemplo, véase *supra* el planteamiento sobre derecho no estatal y arbitraje), por contraste, la mayoría de los tribunales no admiten la elección de un derecho no estatal. En otras palabras, a menos que las partes opten por incluir una cláusula de arbitraje en el contrato, estarán sujetas al derecho de un Estado específico. La tercera opción admitiría que una corte o tribunal arbitral del Estado lo determinara. Por una parte, podría argumentarse que esta opción es la más coherente con el principio de la autonomía de las partes. Sin embargo, ello significaría que la corte o el tribunal arbitral interpretaría los Principios de La Haya para determinar si la cláusula sobre la elección del derecho por las partes (o la elección de las normas de derecho) cumple con el artículo 3, un proceso interpretativo que no comportaría el recurso a la autonomía de las partes. Por otro lado, la falta de una respuesta concreta al problema, daría lugar a incertidumbre. Por último, el Grupo de Trabajo eligió la segunda opción. En otras palabras, los Principios de La Haya permiten la elección de un derecho no estatal, sin importar del método de solución del conflicto.

C. Los Principios de La Haya como herramienta interpretativa de la Convención de México para la elección del derecho no estatal

228. Como se indicó, la Convención de México acoge ampliamente el principio de la autonomía de las partes. También se ha señalado que la Convención de México admite claramente que un tribunal tome en cuenta el derecho no estatal en ausencia de una elección efectiva, pero no llega a disponer que una parte pueda elegir un derecho no estatal. Según lo antes señalado, una escuela de pensamiento sostiene que, por lo tanto, según el principio de autonomía de las partes, es posible elegir un derecho no estatal como derecho aplicable.
229. En tal sentido, los Principios de La Haya ofrecen una ayuda interpretativa sustancial para determinar lo que significa un derecho no estatal para que pueda elegirse como derecho aplicable. Como se explicó antes, el derecho debe ser un conjunto de normas, el conjunto debe ser neutral y equilibrado (por ejemplo, los Principios de UNIDROIT o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). Por otro lado, las cláusulas o condiciones contractuales redactadas unilateralmente obviamente no reúnen los requisitos necesarios (por ejemplo, los contratos de la FIDIC o las normas de la GAFTA, antes explicadas).
230. Ello no significa que no se puedan tener en cuenta los usos, prácticas y principios internacionales al interpretar o complementar el contrato. Pero este es un tema separado del

¹⁴⁰ Los que adhieren a la primera escuela cuestionan la veracidad de esa interpretación y sostienen que los artículos 9 y 10 no son aplicables a los casos en que ha habido elección, sino para asistir a los tribunales en la determinación del derecho aplicable en ausencia de una elección efectiva. También argumentan que el artículo 7 no comprende la elección del derecho no estatal entre las posibles opciones porque, conforme al artículo 17, “se entenderá por ‘derecho’ el vigente en un Estado”.

derecho aplicable que puede ser elegido en virtud del principio de autonomía de las partes. En otras palabras, una cosa es el ejercicio del derecho no estatal como herramienta interpretativa, y otra es la elección del derecho no estatal que regirá el contrato. En este último caso, los Principios de La Haya ofrecen criterios útiles sobre la elegibilidad.

IV. Autonomía de la voluntad en las legislaciones nacionales

231. En esta sección se incluye una breve reseña de la autonomía de las partes en las legislaciones nacionales de la región, no con miras a una interpretación, sino simplemente para informar sobre su estado actual. Actualmente, parecería que hay un solo Estado en el que se rechaza de plano el principio (Uruguay, aunque la materia no está libre de controversia) y otro en que su admisibilidad sigue siendo poco clara (Brasil). En cuanto a la inclusión de disposiciones específicas en la legislación nacional que permitan la elección del derecho no estatal por las partes, ello aparentemente sigue siendo la excepción; hasta la fecha parecería que solo México, Panamá y Paraguay han adoptado medidas en tal sentido.
232. En *Argentina*, el nuevo Código Civil y Comercial reconoce expresamente la autonomía de las partes en los contratos internacionales (artículo 2651). El inciso d) de este artículo admite la incorporación del derecho no estatal por referencia.
233. El Código Civil *boliviano* (artículo 454) consagra el principio de la libre elección. Este principio se acepta en Bolivia como lo confirma un dictamen reciente del Tribunal Constitucional de Bolivia¹⁴¹. Aunque el caso se refería a un contrato interno, el dictamen afirmó el derecho de las partes a elegir el derecho que mejor se ajustara a su relación jurídica en tanto no perturbara el orden público¹⁴². La interpretación que parecería emanar es que este derecho es aplicable también en el caso de los contratos internacionales, con ciertas excepciones, tales como los contratos con el Gobierno de Bolivia o los contratos suscritos por inversores internacionales¹⁴³.
234. En *Brasil*, la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileiro (“LINDB”) actualmente no contiene ninguna disposición expresa sobre esta materia. A lo largo de los años, ha habido intentos de introducir cambios; la última propuesta de enmienda a esta legislación, el proyecto de ley 4.905, se encuentra en suspenso en el Congreso. Este proyecto incorporaría un nuevo artículo 9 en cuyo primer inciso se reconocería la autonomía de las partes¹⁴⁴. Se admite en procesos de arbitraje o toda vez que se aplique la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CIM”), que fue ratificada y está vigente en Brasil. Los dictámenes judiciales

¹⁴¹ Sentencia constitucional 1834/2010-R, 25 de octubre de 2010.

¹⁴² El Tribunal cita el artículo 454 del Código Civil y el comentario sobre el mismo de Carlos Morales Guillén, reconocido comentarista del Código Civil boliviano, que a su vez cita a otros autores. Esta doctrina de los principios básicos de la autonomía de la voluntad puede resumirse en los postulados siguientes: “1) Las personas individuales son libres de contratar y discutir, en pie de igualdad, las condiciones del acuerdo; determinar el contenido de su objeto; combinar diferentes tipos de contratos previstos por la ley o crear otros completamente nuevos; 2) pueden optar por la legislación más conveniente u relación jurídica o desestimar la aplicación de cualquier ley de carácter supletorio; 3) se desconocen las formas rituales y las formas solemnes han de ser excepcionales; 4) los efectos del contrato son los que las partes hayan querido darle y las reglas de interpretación no le asignan al juzgador la facultad de hacer prevalecer su criterio por encima de la intención de las partes (*sic*)” (Morales Guillén, Carlos, Código Civil, 1997, citando a Planiol y Ripert y Pérez Vives).

¹⁴³ Informe sobre contratos de 2016, nota 1 *supra*, respuesta de Bolivia.

¹⁴⁴ Art. 9. Los contratos internacionales entre profesionales, hombres de negocios y comerciantes se rigen por el derecho elegido por las partes y el acuerdo de las partes para dicha elección debe ser expreso. 1. La elección debe referirse a todo el contrato, pero no se exige conexión entre el derecho elegido y las partes o la transacción.

son contradictorios, pues en algunos se acepta la autonomía de las partes y en otros se rechaza¹⁴⁵.

235. *Canadá* reconoce la autonomía de las partes. En la provincia de Quebec (la única jurisdicción de derecho civil del país), el principio está codificado en el artículo 3111 del Código Civil de Quebec (“CCQ”). El principio también está reconocido en las jurisdicciones del common law de Canadá. Existen limitaciones en relación con los derechos del consumidor y los contratos de trabajo en Quebec y en las jurisdicciones del common law¹⁴⁶.
236. En *Chile*, hay cierta incertidumbre en torno al reconocimiento de la autonomía de las partes, pero una lectura sistemática de algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio¹⁴⁷ ha dado lugar a una posición doctrinaria en el sentido de que se acepta el principio y así lo confirman las interpretaciones judiciales¹⁴⁸. Por otro lado, aunque el artículo 1462 establece que la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por la legislación chilena es nula debido al vicio del objeto, la colectividad judicial ha entendido que esta norma se refiere a la jurisdicción y no al derecho aplicable¹⁴⁹. La autonomía de las partes en la elección del derecho también ha sido validada en las normas que rigen los contratos internacionales en el sector público¹⁵⁰. Esta validación jurídica de la elección del derecho para el sector público, consecuentemente, ha consolidado su reconocimiento judicial con respecto a las entidades privadas, que se rigen por el principio de la autonomía de las partes.
237. En *Colombia*, en materia de arbitraje internacional, con excepción de los contratos que involucran al Estado (artículo 13 de la Ley 80 de 1993), las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable al fondo (artículo 101 de la Ley 1563 de 2012). Fuera de este ámbito, en los asuntos que se rigen por el derecho interno, las partes tienen la libertad de elegir el derecho extranjero en su relación contractual siempre que esto no sea contrario al orden público nacional. En casos de *exequatur*, las interpretaciones han sido más flexibles y los tribunales han concluido que las normas de conflicto de leyes no son “pautas obligatoriamente vinculantes”¹⁵¹.
238. En la *República Dominicana*, sus normas de derecho internacional privado recientemente aprobadas reconocen la autonomía de las partes en los artículos 58 a 60 (Ley 544 de 2014).
239. En *El Salvador*, el principio de la autonomía de las partes está reconocido por la judicatura y ha sido defendido por la Corte Suprema, en particular por su Sala Constitucional, sobre la base del artículo 23 de la Constitución, que garantiza la libertad de contratación¹⁵². Los

¹⁴⁵ Se ha aceptado, por ejemplo, en los siguientes procesos: TJSP, DJe 30 nov.2011, Apel. Cív. 9066155-90.2004.8.26.0000; TJSP, j. 06 jun.2008, Apel. Cív. 9202485-89.2007.8.26.0000; y fue rechazado en otros, por ejemplo: TJSP, j. 19 feb.2016, Apel. Cív. 2111792-03.2015.8.26.0000; TJSP, DJe 09 ene.2012, Apel. Cív. 0125708-85.2008.8.26.0000.

¹⁴⁶ Por ejemplo, Código Civil de Quebec, artículo 3117-18; Ley de Saskatchewan sobre Protección del Consumidor y Prácticas Comerciales, SS 2014, c. C-30.2, secciones 15 y 101(2); y Ley de Ontario sobre Normas de Empleo, 2000, SO 2000, c. 41, s. 5.

¹⁴⁷ Como el artículo 113 del Código de Comercio y el artículo 16 del Código Civil, junto con el artículo 1545 del Código Civil (“todo contrato celebrado legalmente es una ley para los contratantes ...”).

¹⁴⁸ Por ejemplo: Raimundo Serrano Mac Auliffe Corredores S.A, Corte Suprema, 30 de noviembre de 2004, role 868-2003; Exequatur Cubix c. Markvision, Corte Suprema, 20 de agosto de 2014, role 10890-2014.

¹⁴⁹ Por ejemplo: Exequatur State Street Bank and Trust Company; Mauricio Hochschild S.A.C.I. with Ferrostaal A.G., nota 136 *supra*.

¹⁵⁰ Artículo 1 del Decreto Ley No. 2.349 de 1978.

¹⁵¹ Suprema Corte de Justicia, Sala de lo Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 1996, Exp. 6130, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

¹⁵² Diario Oficial No. 50, Tomo 394, 13 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

tribunales también se han basado en disposiciones del Código Civil que afirman que “(t)odo contrato legalmente celebrado es obligatorio para las partes contratantes y solo cesan sus efectos entre las partes por consentimiento de éstas o por causas legales” (artículo 1416).

240. En *Guatemala*, el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial establece: “(l)os actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público”. Aunque esta disposición no especifica si ella se aplica a contratos nacionales o internacionales, al igual que en otros Estados latinoamericanos, en ausencia de normas especiales para los contratos internacionales, en ciertos casos se aplican las normas de los contratos nacionales. El uso del término “ley” utilizado, sugiere que se descarta la elección del derecho no estatal.
241. En *Jamaica* rige el common law heredado del Reino Unido. De acuerdo con la jurisprudencia, los contratos internacionales se rigen por el derecho que eligen las partes¹⁵³.
242. *México* firmó y ratificó la Convención de México; sin embargo, el principio de autonomía de la voluntad ya estaba consagrado en su legislación interna (artículo 13, sección V, del Código Civil Federal).
243. En *Panamá*, el nuevo Código de Derecho Internacional Privado (2015) dispone lo siguiente en su artículo 72: “La autonomía de la voluntad de las partes regula y reglamenta los contratos internacionales siendo su única limitación el orden público y el fraude a la ley aplicable”. Sin embargo, el derecho no estatal solo podría ser objeto de incorporación por referencia. Esto se debe a que el artículo 80 dispone lo siguiente: “Es válido entre las partes pactar dentro de los contratos de comercio los usos generales, las costumbres dentro de la actividad comercial y las prácticas reiterativas de carácter internacional conocidas por las partes en calidad de operadores del comercio o agentes económicos dentro de sus relaciones internacionales. El conjunto de usos, costumbres y prácticas comerciales internacionales es fuente de derecho y es vinculante desde que se pacta o se desprende de la actividad natural de comercio”. Análogamente, el artículo 79 dispone lo siguiente: “Las partes podrán utilizar los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional”.
244. En *Paraguay*, ante las deficiencias existentes entre los textos del Código Civil y los Tratados de Montevideo utilizados como fuente, existían dudas sobre la admisión del principio de la autonomía de la voluntad hasta el año 2013, en que la Corte Suprema de Justicia lo acogió de manera favorable¹⁵⁴. No obstante a fin de asegurar una mayor certeza, fue necesario promulgar una ley que zanjara definitivamente la cuestión. En consecuencia, la primera parte del artículo 4 de la nueva ley de Paraguay sobre contratos internacionales, que reproduce casi textualmente el artículo 2 de los Principios de La Haya y está en consonancia con el artículo 7 de la Convención de México, dispone que “un contrato se rige por el derecho elegido por las partes...”. (artículo 4.1). Además, el artículo 5, basado en el artículo 3 de los Principios de La Haya, reconoce expresamente el derecho no estatal.
245. En *Perú*, la norma más destacada tal vez sea el artículo 2095 del Código Civil, el cual establece que las obligaciones contractuales se rigen por el derecho expresamente elegido por las partes. De manera que, aun cuando se reconoce la autonomía de la voluntad por la cual las partes pueden elegir un derecho extranjero, no pueden elegir el derecho no estatal (véase también el artículo 2047).

¹⁵³ Vita Foods Products Inc. c. Unus Shipping Co. Ltd., [1939] 1 All E.R. 513; y DYC Fishing Limited c. Perla Del Caribe Inc., [2014] JMCA Civ. 26, §§ 42-44, que cita R. c. International Trustee for the Protection of Bondholders, [1937] 2 All E.R. 164 and Bonython c. Commonwealth of Australia, [1951] AC 201.

¹⁵⁴ Acuerdo y Sentencia No. 82 de 21 de marzo de 2013, en Reconstitución del Expte. Hans Werner Bentz v. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato.

246. En los *Estados Unidos*, el principio de autonomía de la voluntad fue inicialmente rechazado en el First Restatement of Conflict of Laws de 1934 (como ya se señaló, aunque el Restatement [reformulación] no es un “código”, se trata de un texto académico sumamente persuasivo), pese a la existencia de dictámenes judiciales en contrario. Fue incluido finalmente en el Second Restatement de 1971 (sección 187(2)). En la misma época, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció claramente el principio en el caso *Bremen v. Zapata*, aunque el mismo se refería a la elección de foro y no de derecho¹⁵⁵. No obstante, la condición del principio en todos los Estados Unidos no es tan simple como parecería. Las normas del First Restatement se siguen aplicando en diversos Estados de los Estados Unidos. Aun cuando, en aquellos en los que se han aprobado las normas sobre autonomía de la voluntad del Second Restatement, su aplicación precisa requiere comprender los métodos del First Restatement¹⁵⁶. Además, corresponde señalar que está en proceso un nuevo proyecto de Restatement of Conflict of Laws¹⁵⁷. Asimismo, en el caso de la venta de

¹⁵⁵ *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907 (1972). Como el caso ha tenido un “tratamiento negativo” por algunos, se ha cuestionado su autoridad.

¹⁵⁶ Se requiere un análisis más detallado que tal vez sobrepase el alcance de esta Guía; se necesitaría una descripción de las Secciones 187 y 188, dado que la 187 en muchos casos entraña una determinación previa del Estado cuyo derecho se elegiría al amparo de la 188. Esto se debe a que la sección 188 dispone que la jurisdicción cuyo derecho sea elegida se determina en base a un análisis de la jurisdicción que tenga la relación más significativa con la transacción y las partes, teniendo en cuenta los contactos de cada jurisdicción potencialmente pertinente (como el lugar de la negociación, el lugar de la contratación, el lugar de la ejecución, la ubicación de la materia del contrato y el lugar de constitución, domicilio, residencia o nacionalidad de las partes). Estos contactos deben evaluarse a la luz de un conjunto de factores que figuran en la Sección 6 del Second Restatement, que incluyen los intereses interestatales o internacionales, intereses gubernamentales individuales, expectativas justificadas de las partes, políticas básicas comunes del campo del derecho y aspectos procesales y otros de tipo administrativo de las partes y del tribunal. La determinación de la jurisdicción que tenga la relación más significativa cumple pues un papel en la evaluación de un acuerdo de elección del derecho. En particular, solo los intereses fundamentales del estado cuyo derecho sería de otro modo aplicable son capaces de invalidar la autonomía de las partes en base a lo que otras jurisdicciones pudieran considerar una política pública dominante. Además, la sección 187 apunta a limitar la autonomía de las partes en los casos en que el estado del derecho elegido no tenga ninguna relación sustancial con las partes o con la transacción.

El Second Restatement representa un cambio en la práctica de los Estados Unidos durante el período de 1960 a 1980. Los conceptos territoriales basados en donde “surgen los derechos adquiridos” dominaron el pensamiento en dicho país sobre la elección del derecho antes de 1960. Desde esos años, la mayoría de los estados han adoptado, para las acciones transitorias (por ejemplo, contratos y otros), metodologías multifactoriales centradas en los intereses estatales, en políticas de orden multilateral y en las expectativas justificadas de las personas, entre otras cosas. La complejidad de estos nuevos sistemas y sus resultados imprecisos, sumados a la atención directa que presta a las expectativas justificadas de las partes, tal vez haya suscitado apoyo al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en los Estados Unidos. Para entender cabalmente el derecho y la práctica estadounidenses se necesita una explicación más profunda del common law, de los Restatements (como se señaló), y de la trayectoria histórica de la supuesta “revolución de la elección del derecho” en los Estados Unidos. Cabe señalar también que, en los casos internacionales los principios del Restatement 3rd de la Ley de Relaciones Exteriores son asimismo pertinentes, aunque la Sección 6 del Restatement 2nd de Conflictos de Leyes expresamente se refiere a políticas de orden “internacional”, y por ende se entrecruza con el Restatement de la Ley de Relaciones Exteriores. De manera que los abogados extranjeros tendrían que ser conscientes también de este entrecruzamiento. Como estos dos Restatements están en vías de examen, los conceptos compendiados en estos documentos estadounidenses, de hace décadas, no son inmodificables.

¹⁵⁷ American Law Institute, Restatement of the Law Third Conflict of Laws (Anteproyecto No. 3), 3 de octubre de 2017.

mercancías no regida por la CIM, se aplicará el artículo 2 del Código Comercial Uniforme (“CCU”), complementado por su artículo 1. Conforme al CCU, las partes tienen libertad para elegir el estado de Estados Unidos o la nación soberana cuyas leyes regirán su transacción, siempre que la transacción tenga una relación razonable con el estado o país elegido. “Excepto disposición en contrario en esta sección, cuando una transacción tiene una relación razonable con este estado y también con otro estado o nación, las partes pueden acordar que el derecho de cualquiera de estos rija sus derechos y deberes”¹⁵⁸.

247. En *Uruguay*, el artículo 2399 del Apéndice al Código Civil dispone lo siguiente: “Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad por otra parte con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889”. En virtud de este artículo, el que se respete o no la autonomía de la voluntad, se determinará de conformidad con el derecho del lugar de ejecución del contrato internacional en cuestión. Asimismo, el artículo 2403 del mismo Apéndice dispone que “las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título no pueden ser modificadas por voluntad de las partes. Esto solo podrá ejercerse dentro del margen que le confiere la ley competente”.
248. En *Venezuela*, la Ley de Derecho Internacional Privado se limita a afirmar que un contrato estará sometido al derecho elegido por las partes, sin establecer la forma y tiempo de tal elección¹⁵⁹. Tal vacío es subsanado a través de las normas de la Convención de México, con lo cual, en el marco del sistema venezolano de derecho internacional privado, la autonomía de las partes goza de un amplio marco de aplicación.

V. Autonomía de la voluntad en el arbitraje

249. Como se indicó, esta Guía no aborda la autoridad de las partes para escoger la jurisdicción arbitral o estatal que tendría competencia en caso de conflicto (elección de foro); no obstante, esa es una materia distinta y no obstaculiza el tema de la elección por las partes del derecho aplicable a la sustancia de un contrato con una cláusula de arbitraje.
250. El principio de la autonomía de la voluntad fundamenta la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (“Convención de Montevideo”)¹⁶⁰. De los 35 Estados Miembros de la OEA, casi todos han adherido a la Convención de Nueva York o la han ratificado¹⁶¹, 19 han ratificado la Convención de Panamá¹⁶² y 10 han ratificado la Convención de Montevideo¹⁶³.
251. Aunque estos instrumentos no abordan directamente el problema del derecho aplicable, la autonomía de la voluntad está reconocida tanto en cuanto a la validez de la cláusula arbitral, como al propio proceso arbitral en sí y al reconocimiento del laudo, en particular dado que una de las causas de nulidad es que el arbitraje no se haya realizado conforme al acuerdo de las partes. Asimismo, queda entendido o puede inferirse que deben respetarse las cláusulas sobre elección del derecho aplicable al fondo de la cuestión.
252. Por contraste, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (el “Convenio Europeo”) sí prevé expresamente en su artículo VII que “las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar

¹⁵⁸ CCU § 1-301(a).

¹⁵⁹ Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

¹⁶⁰ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros aprobada en Montevideo en la CIDIP-II el 8 de mayo de 1979 y vigente a partir del 14 de junio de 1980.

¹⁶¹ Véase la nota 72 *supra*.

¹⁶² <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> (Fecha de consulta: el 28 de agosto de 2018).

¹⁶³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html> (Fecha de consulta: el 28 de agosto de 2018).

al fondo de la controversia”¹⁶⁴. Análogamente, el Acuerdo de Arbitraje del MERCOSUR de 1998, ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, dispone expresamente que “las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia”¹⁶⁵.

253. Cuando se trate de arbitraje en materia de inversiones, el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra reconocido en la Convención del CIADI, que ha sido ratificada por varios Estados de las Américas. Por las disposiciones de su artículo 42, las partes pueden acordar las “normas de derecho” que deseen, pero en ausencia de tal acuerdo, el tribunal arbitral aplicará el derecho del Estado y las normas de derecho internacional que considere aplicables.
254. Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI incluye el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 28(1)) y el comentario pertinente indica que esto es importante dado que varias legislaciones nacionales no reconocen clara o plenamente tal facultad. En forma congruente con esa recomendación, existen hoy en toda América Latina numerosas leyes arbitrales que estipulan la autonomía de la voluntad, tanto para la opción de recurrir al arbitraje internacional como para elegir el derecho que habrá de aplicarse para la solución de una controversia por ese mecanismo¹⁶⁶.

7.0 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería afirmar una clara adhesión al principio de la autonomía de la voluntad internacionalmente reconocido como lo reiteran la Convención de México y en los Principios de La Haya y otros instrumentos internacionales.

PARTE OCTAVA

ELECCIÓN DEL DERECHO: EXPRESA O TÁCITA

I. Elección expresa del derecho

255. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a sus contratos de manera expresa o tácita. La autonomía de la voluntad presupone que las partes han ejercido su deseo de efectuar tal elección.
256. La elección expresa surge claramente del acuerdo, y puede ser oral o escrita. A veces la elección expresa se hace por referencia a un factor externo, como la localización del establecimiento de una de las partes. El comentario al artículo 4 de los Principios de La Haya presenta un ejemplo en el que las partes pactan un contrato que “se regirá por el Derecho del Estado donde radique el establecimiento principal del vendedor.”

II. Elección tácita del derecho

A. Fórmulas en el derecho comparado

¹⁶⁴ Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, concluida el 21 de abril de 1961 y vigente desde el 7 de enero de 1964. Texto disponible en: https://www.arbitrationindia.com/geneva_convention_1961.html.

¹⁶⁵ Artículo 10, nota 134 *supra*.

¹⁶⁶ Esto es lo que sucede, por ejemplo, en *Chile* (artículo 28 de la Ley 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional); en *Colombia* (artículo 101 de la Ley 1.563 sobre arbitraje nacional e internacional); en *Guatemala* (artículo 36.1 de la Ley de Arbitraje); en *Panamá* (artículo 3 del Decreto Ley 5 de 1999, que establece el régimen general de arbitraje, conciliación y mediación, sustituido por la Ley 131 de 2013); en *Perú* (artículo 57 del Decreto 1071, que regula el arbitraje); en Perú, el arbitraje es obligatorio para los contratos con el Estado (artículo 45.1 de la Ley de Contratación con el Estado, Ley 30225); en *Brasil* (artículo 2 de la Ley 9.307 de 1996); en *Costa Rica* (artículo 28 de la Ley 8.937 sobre arbitraje comercial internacional); en *México* (artículo 1445 del Código de Comercio), y en *Paraguay* (artículo 32 de la Ley 1.879 de 2002, sobre arbitraje y mediación).

257. A veces, la elección del derecho puede no ser tan clara. La intención no es tratar de determinar la voluntad hipotética de las partes. Una interpretación restrictiva sugiere que el juzgador debe limitarse a comprobar la elección del derecho según se desprenda de las cláusulas contractuales, absteniéndose de indagar sobre cualquier otra circunstancia externa. Así es como se interpreta el artículo 2 (2) del Convenio de La Haya de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas¹⁶⁷.
258. Según una interpretación amplia, el juez examinará no solo los términos expresos del contrato, sino que también tomará en cuenta las circunstancias del caso o “la conducta de las partes”. Así lo prevé el Convenio de La Haya de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios (artículo 5 (2)) y el Convenio de La Haya de 1986 sobre Compraventa (artículo 7 (1))¹⁶⁸.
259. El Convenio de Roma sigue casi textualmente el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios al establecer en su artículo 3(1) que la elección “deberá ser expresa o resultar con una razonable certidumbre de las disposiciones del contrato y de las circunstancias del caso”. En su comentario oficial al Convenio de Roma, Giuliano y Lagarde señalaban que la voluntad tácita resulta cierta, por ejemplo, cuando las partes escogen un tipo de contrato regido por un sistema jurídico particular, cuando existe un contrato anterior que especifica las leyes o disposiciones de un país determinado, o cuando un contrato forma parte de una serie de transacciones y se ha elegido un sistema legal para el acuerdo sobre el cual reposan los demás¹⁶⁹.
260. Roma I sigue admitiendo la elección tácita (pese a algunas propuestas de eliminarla), siempre que esté “demostrada expresa y claramente en los términos del contrato o las circunstancias del caso” (artículo 3.1). El cambio terminológico con respecto al Convenio de Roma tiene que ver sobre todo con el fortalecimiento de la versión inglesa (así como la alemana) con el requisito de que una elección tácita debe estar “demostrada claramente” y no solo “demostrada con razonable certeza”. Esto no apunta a cambiar el espíritu de la norma anterior, sino simplemente armonizar las versiones inglesa y alemana con el texto francés del Convenio de Roma.

B. Elección tácita en la Convención de México

261. El artículo 7, inciso 1, del instrumento interamericano establece que “(e)l acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.” A tal efecto, deben considerarse todos los puntos de contacto del contrato, como el lugar de formación y ejecución, idioma, moneda y foro o lugar del arbitraje, para citar algunos ejemplos.
262. La cuestión de la elección del derecho aplicable fue materia de intenso debate en las deliberaciones que condujeron a la Convención de México. Está claro a partir de la redacción del artículo que la conducta de las partes y las cláusulas del contrato son indicadores que el tribunal debe considerar en forma acumulativa y facilitarle a éste llegar a la conclusión de que es “evidente”. De lo contrario, se aplicará el artículo 9 como si no hubiera existido elección. Es decir que la Convención de México no acepta una elección hipotética; se exige una intención clara y obvia de elegir el derecho aplicable. Por ejemplo, si las partes en el contrato se refieren a las normas específicas de un Estado en particular en la elección de la cláusula sobre el derecho y su conducta es coherente con el contenido de esa cláusula, el tribunal puede considerar que la elección del derecho de ese Estado es “evidente”.

¹⁶⁷ Nota 23 *supra*.

¹⁶⁸ Notas 24 y 23 *supra*.

¹⁶⁹ Informe relativo al Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Convenio de Roma) por Mario Giuliano, Profesor, Universidad de Milán, y Paul Lagarde, Profesor, Universidad de París I, disponible en inglés: http://aei.pitt.edu/1891/1/Obligations_report_Guiliano_OJ_C_282.pdf.

C. Elección tácita en los Principios de La Haya

263. Según el artículo 4 de los Principios de La Haya, “(l)a elección del Derecho aplicable [...] debe efectuarse de manera expresa, o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias”. Este instrumento admite, pues, que la elección del derecho puede ser expresa o tácita, en tanto lo sea de manera clara.
264. La cuestión fue objeto de intenso análisis también en las deliberaciones del Grupo de Trabajo de La Haya¹⁷⁰. Ante la falta de consenso en el derecho comparado, se pensó que debía alentarse a las partes a ser explícitas en la elección del derecho. Para mayor certeza, se decidió adoptar la fórmula de que la elección “debe efectuarse de manera expresa o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias”. La mayoría de los expertos expresaron su preocupación de que la norma de “intenciones manifiestamente claras” sería de un nivel sumamente alto, en particular para ciertos Estados que requieren estándares normativos de menor nivel para otros aspectos sustanciales del contrato. Por consiguiente, de no haber indicación expresa al respecto, la elección puede inferirse si resulta “claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias”.
265. El Comentario a los Principios de La Haya (“el Comentario a los PH”) (4.13) explica que las circunstancias específicas del caso pueden indicar la intención de las partes con respecto a la elección del derecho aplicable. Su comportamiento y otros factores relacionados con la celebración del contrato pueden ser particularmente pertinentes. Este principio puede resultar también aplicable en el caso de contratos conexos. Por tanto, si en sus tratos anteriores las partes han efectuado sistemáticamente una elección expresa del derecho de un determinado Estado para regir sus contratos, y las circunstancias no indican que tenían la intención de cambiar esta práctica en el contrato actual, el juzgador puede concluir que las partes tienen la intención clara de que el contrato en cuestión se rija por la legislación del mismo Estado, aunque dicha elección expresa no figure en él.
266. Añade el Comentario a los PH (4.14) que las elecciones tácitas deben resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias, por lo cual la elección debe ser evidente a partir de la existencia de pruebas concluyentes. En el aludido Comentario (4.9) se indica que es ampliamente aceptado que la utilización de un formulario modelo empleado generalmente en el contexto de un determinado sistema jurídico puede indicar la intención de las partes de que el contrato se rija por ese sistema, aunque no exista una declaración expresa al efecto. El ejemplo ofrecido es el de un contrato de seguro marítimo en la forma de una póliza de Lloyd’s. Dado que este modelo de contrato se basa en el derecho inglés, su uso por las partes puede indicar su intención de someter el contrato a dicho ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre cuando el contrato contiene una terminología característica de un sistema jurídico concreto o referencias a disposiciones nacionales que evidencian que las partes estaban pensando en dicho ordenamiento y deseaban someter el contrato al mismo (4.10).

III. Elección de foro y elección tácita del derecho

267. Según el artículo 7, inciso 2 de la Convención de México, “(l)a selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”. En las deliberaciones que condujeron a la Convención de México, la delegación estadounidense, cuya postura sobre este punto no prosperó, se manifestó a favor de que la elección del foro debía considerarse una elección tácita del derecho aplicable. Esta postura coincide con una solución históricamente consagrada en el *common law* y en la argumentación se puede decir que, aunque las normas digan lo contrario, existe una *tendencia interna* de los tribunales a aplicar su propia legislación. Obviamente, éste podría ser un elemento importante pero, en definitiva, la *elección* de foro no debe ser el factor determinante para decidir que deba aplicarse el *derecho* de ese foro.
268. La solución del instrumento interamericano coincide con la de la segunda cláusula del artículo 4 de los Principios de La Haya. De acuerdo con el Comentario a esta norma (4.11),

¹⁷⁰ Nota 27 *supra*.

“las partes pueden haber elegido un foro concreto debido a su neutralidad o especialización”. En este sentido dictaminó un tribunal judicial de Luxemburgo, en aplicación del artículo 3.1 del Convenio de Roma, que “la elección de tribunales luxemburgueses, a falta de cualquier otra conexión con este país, no es suficiente para deducir que se hace una referencia tácita al derecho luxemburgués”. Obviamente, el acuerdo de elección de foro de las partes para atribuir competencia a un determinado tribunal puede ser uno de los factores que se deban tener en cuenta para determinar si las partes deseaban que el contrato se rigiese por el derecho de ese foro, especialmente cuando se le haya otorgado jurisdicción exclusiva a tal foro. Por el contrario, sin duda debe asignarse menos preponderancia a las cláusulas de jurisdicción no exclusiva para determinar el derecho que las partes hayan elegido “tácitamente” para regir su contrato, porque sustanciar los procedimientos en un foro designado en una cláusula no exclusiva es meramente optativo. Si bien la cláusula 12 del Preámbulo de Roma I refiere a las cláusulas de jurisdicción exclusiva, los Principios de La Haya no lo hacen, dejando abierta la posibilidad de que se asigne una preponderancia desproporcionada a cláusulas no exclusivas en la determinación de una elección tácita del derecho.

IV. Elección tácita del derecho y legislación nacional

269. En *Argentina*, de acuerdo con el artículo 2651 del Código Civil y Comercial, la elección del derecho aplicable puede ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Es decir que, en el caso de elección tácita, se requiere la razonable certeza o “evidencia” de que tal elección es real, según las circunstancias del caso. El inciso g) de ese artículo dispone que “la elección de un determinado foro nacional no supone necesariamente la elección del derecho interno aplicable de ese país”, lo que coincide con las disposiciones de la Convención de México (artículo 7) y los Principios de La Haya (artículo 4) antes analizados.
270. En *Canada*, el Código Civil de la provincia de Quebec reconoce los términos del contrato como único indicador de una elección tácita. Se requiere la certeza, de modo tal que pueda determinarse que se ha efectuado una elección tácita pero verdadera (artículo 3111).
271. En *Chile*, el artículo 1560 del Código Civil reconoce la elección tácita en ausencia de una elección expresa y exige que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.
272. En *Paraguay*, el artículo 6 (elección expresa o tácita) de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales transcribe a este respecto el artículo 4 de los Principios de La Haya.

V. Arbitraje y elección tácita del derecho

273. El artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI dispone que “el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.” Las Normas de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 se refieren a las normas de derecho “que las partes hayan indicado” como aplicables al fondo de la controversia.
274. Se deriva de estos textos que no se requiere la designación expresa del derecho aplicable. Sin embargo, debido a que el nuevo reglamento utiliza la palabra “indicar” se espera que exista una elección inequívoca del derecho.
275. La mención de “las normas de derecho que las partes hayan indicado” antes del “acuerdo” sobre el derecho aplicable, es una invitación a que los tribunales arbitrales vean si existe cualquier indicación indirecta de las partes contratantes en cuanto a las reglas que los rigen. Por ejemplo, aunque las partes no hayan acordado expresamente el derecho aplicable a su contrato, puede haber menciones de varias disposiciones de un sistema jurídico, lo cual podría indicar que lo estaban eligiendo como derecho aplicable. En Perú, esta materia ha sido aclarada en el artículo 57 del Decreto Legislativo No. 1071, que ahonda en el significado del término “indicar” en los siguientes términos: “(...) Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”. De acuerdo con esta disposición, la indicación de las partes en su

contrato permite interpretar que ha habido un acuerdo tácito sobre la aplicación del derecho sustantivo del Estado de referencia. En tal caso, se aplicará la legislación de ese Estado sin referencia a sus normas sobre conflicto de leyes. Además, según la redacción de la cláusula, puede ser que no rija para los reclamos extracontractuales, en cuyo caso el tribunal deberá determinar el derecho aplicable.

276. Los Principios de La Haya también se ocupan del tema en el contexto del arbitraje. De acuerdo con la segunda frase del artículo 4, la elección de un tribunal arbitral no basta por sí sola como indicación de que las partes han elegido tácitamente el derecho aplicable. En el Comentario a los PH (4.11) se afirma que las partes pueden haber elegido un tribunal por su neutralidad o especialización. Sin embargo, un acuerdo de arbitraje que remita los conflictos a un foro claramente especificado puede ser uno de los factores que determine la existencia de una elección tácita del derecho aplicable.

8.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debe estipular que la elección del derecho, expresa o tácita, ha de ser evidente o resultar claramente de las disposiciones del contrato y de sus circunstancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de México y el artículo 4 de los Principios de La Haya.

8.2 Se exhorta a jueces y árbitros y a las partes contratantes y sus asesores letrados a que tengan en cuenta estas disposiciones al interpretar y redactar los contratos comerciales internacionales.

PARTE NOVENA

VALIDEZ FORMAL DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO

277. La elección del derecho aplicable puede ser efectuada por las partes dentro del contrato “principal” o en virtud de un convenio separado (ver más arriba, parte séptima, III.A.). De una forma u otra, según el artículo 5 de los Principios de La Haya, “[I]a elección del derecho aplicable no está sometida a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario”. Por lo tanto, no es necesario que la elección se efectúe por escrito, ante testigos ni mediante un texto específico, a menos que las partes hayan acordado lo contrario, cosa que podrán hacer, por ejemplo, en un memorando de entendimiento.
278. Señala el Comentario a los PH (5.3) que “el artículo 5 no es una norma de conflicto de leyes (que remite a un sistema jurídico nacional), sino más bien una norma sustantiva de derecho internacional privado que se justifica por varios motivos. En primer lugar, el principio de autonomía de la voluntad indica que, para facilitar el comercio internacional, la elección del derecho aplicable por las partes no debería verse restringida por requisitos formales. En segundo lugar, la mayor parte de los sistemas jurídicos no exigen una determinada forma para la mayoría de los contratos comerciales internacionales, incluidas las disposiciones de elección del Derecho aplicable (véase art. 11 de la CIM; art. 1(2) (primera frase) y 3.1.2 de los Principios de UNIDROIT). En tercer lugar, muchos códigos de derecho internacional privado emplean puntos de conexión alternativos orientados a resultados en lo que se refiere a la validez formal de los contratos (incluidas las disposiciones de elección del derecho aplicable), basándose en el principio subyacente de favorecer la validez de los contratos (*favor negotii*)”.
279. Si bien la Convención de México no contiene ninguna cláusula específica similar a la de los Principios de La Haya, su artículo 13 reconoce el principio de *favor negotii* (a favor de la validez de los contratos); por ende, en relación con este tema, cabe concluir que igual solución se desprende del instrumento interamericano. Esa misma interpretación se afirma en el Reglamento Roma I, cuyo artículo 11(1) contiene una cláusula similar a la del artículo 13 de la Convención de México.

280. El Comentario a los PH (5.4) también señala que “[E]l hecho de que los Principios estén diseñados únicamente para contratos comerciales hace innecesario someter la elección del derecho aplicable a requisitos formales u otras restricciones similares para la protección de las partes supuestamente más débiles, como los consumidores o los trabajadores”. Sin embargo, una parte más débil puede ser cualquier persona que carezca de poder de negociación, lo que igualmente puede comprender los comerciantes y las pequeñas empresas. Esto es especialmente cierto en el caso de los contratos de adhesión que contienen cláusulas predeterminadas en materia de elección del derecho, situación aún peor en el caso de una oferta monopólica en la cual no hay libertad para consentir en una cláusula sobre elección del derecho incluida por decisión de una parte.
281. El Comentario a los PH (5.5) deja en claro que su artículo 5 “solo se refiere a la validez formal de la elección del derecho aplicable. El resto del contrato (el contrato principal) debe cumplir los requisitos formales de, por lo menos, un ordenamiento cuya aplicación esté permitida por la norma de derecho internacional privado aplicable”. En consecuencia, si las partes celebran un contrato y convienen en que éste se regirá por las leyes de un Estado en virtud de las cuales el contrato principal tiene validez formal, dicho contrato será válido si las correspondientes cláusulas de derecho internacional privado reconocen el principio de autonomía de la voluntad de las partes.
282. Los Principios de La Haya constituyen una clara defensa en favor del cambio, lo cual es particularmente cierto en América Latina, donde muchas leyes nacionales contienen el requisito de hacer constar por escrito lo pactado. En general, no se establece ninguna distinción entre el requisito formal para el contrato principal y el correspondiente a la cláusula sobre elección del derecho. La legislación paraguaya sobre contratos internacionales es una excepción, pues su artículo 7 reproduce exactamente el artículo 5 de los Principios de La Haya.

9.1 El régimen jurídico interno sobre la legislación aplicable a los contratos comerciales internacionales, en relación con la validez formal de la elección del derecho, no debería contener ningún requisito sobre forma a menos que las partes acuerden lo contrario, en consonancia con las disposiciones del artículo 5 de los Principios de La Haya.

9.2 Los jueces y árbitros, al determinar la validez formal de una elección del derecho, no deberían imponer ningún requisito en cuanto a forma, a menos que las partes acuerden lo contrario o que las normas obligatorias aplicables lo exijan.

9.3 Las partes contractuales y sus abogados deberían tener en cuenta toda regla obligatoria que sea aplicable en cuanto a forma.

PARTE DÉCIMA

DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ELECCIÓN DEL DERECHO

I. El problema

283. En un contrato internacional se estipulan los derechos y las obligaciones de las partes. Estas pueden o no elegir un derecho, ya sea en el contrato principal o por separado. Cuando se escoge un derecho, la legislación que rige el contrato principal se deriva de la elección efectuada por las partes, pero surge el interrogante de qué derecho servirá de base para evaluar la validez y las consecuencias de dicho acuerdo de elección.

II. Soluciones alternativas

284. Se han propuesto varias opciones para abordar este tema. Una es la de aplicar la *lex fori* (legislación del lugar del litigio) a la cláusula sobre elección del derecho, lo cual, sin embargo, puede frustrar la intención de las partes. Otra opción es la de aplicar la legislación que hubiera regido a falta de tal elección; pero ésta conlleva las incertidumbres que las partes precisamente quisieron evitar al incluir en el contrato la cláusula sobre elección del

derecho. Una tercera opción es la de aplicar la legislación elegida en la cláusula de elección del derecho. Esta última es la solución propuesta por el artículo 10(1) del Convenio de La Haya sobre Compraventa y el artículo 116(2) de la Ley Suiza sobre el Derecho Internacional Privado¹⁷¹, por citar dos ejemplos. Sin embargo, esa solución genera problemas cuando la elección no se acuerda de manera adecuada.

285. El Reglamento Roma I dispone en su artículo 3.5 que el consentimiento se determina por el derecho que se aplicaría si dicho acuerdo hubiera existido (la tercera opción). Ello está en consonancia con el propósito de dar el mayor efecto posible a la intención de las partes; presuponer que ese acuerdo existe es coincidente con el respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Ver también la Convención de México, artículo 12, párrafo 1.
286. El artículo 6(1) de los Principios de La Haya adopta una postura similar, puesto que, como norma, acepta que “para determinar si las partes llegaron a un acuerdo respecto de la elección del derecho aplicable, se utiliza el derecho presuntamente elegido por las partes...”. Sin embargo, el artículo 6(2) dispone que “El derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte prestó su consentimiento sobre la elección del derecho aplicable si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según el derecho mencionado en [este artículo]”. Como se señala en el Comentario a los PH (6.4), eso se asemeja al párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México, que estipula que “...para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”. Ello se corresponde con el artículo 10.2 del Reglamento Roma I.
287. El Comentario a los PH (6.7) sobre esta última disposición subraya su carácter excepcional. La coacción, la falsedad, el error u otros vicios del consentimiento son algunos de los fundamentos que las partes pueden invocar para demostrar la ausencia de un “acuerdo”. Pero en el Comentario a los PH (6.28) se señala que para ello deben darse antes dos condiciones concurrentes: primero, si “en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según el derecho mencionado en el artículo 6.1”; y segundo, si “no puede determinarse que existe un pacto válido de elección del derecho aplicable conforme al derecho del Estado en el que la parte que alega esta disposición tiene su establecimiento”. Esto puede ocurrir en casos de coacción o falsedad, así como en situaciones de silencio en la formación del contrato. Para ilustrar esto último se presenta el ejemplo de una oferta que estipule que regirá el derecho de un país determinado. Si el silencio equivale a aceptación conforme al derecho de ese país, pero no conforme al del lugar donde la parte receptora de la oferta tiene su establecimiento, para esta parte no sería razonable quedar obligada a cumplir el contrato.

III. El problema de la “batalla de formularios”

288. Los Principios de La Haya constituyen el primer instrumento internacional que aborda el tema conocido como el “conflicto entre formularios” en relación con la elección del derecho (los artículos 2.1.19 a 2.1.22 de los Principios UNIDROIT lo hacen con respecto al derecho sustantivo). Es habitual que las partes en contratos internacionales utilicen formularios o condiciones generales estándar. No existen restricciones al respecto en los Principios de La Haya. Por el contrario, allí no se exige que el acuerdo de las partes sobre la elección del derecho se ciña a formalidad alguna en particular (véase *supra* la Parte novena).
289. Si los formularios modelo usados por ambas partes indican un derecho, o si solamente uno de esos formularios incluye una cláusula sobre elección del derecho, se puede utilizar el artículo 6.1(a) para determinar si, efectivamente, ha habido “acuerdo” sobre la cuestión.
290. Como señala el Comentario a los PH (6.10), ocurre con frecuencia que los formularios modelo utilizados por cada parte son distintos y también pueden diferir con respecto a la elección del derecho. Esa situación se conoce comúnmente como “conflicto entre

¹⁷¹ Código Federal Suizo sobre Derecho Internacional Privado, 18 de diciembre de 1987.

formularios” (*battle of forms*). En esos casos, los tribunales suelen evitar o eludir la cuestión, o aplican simplemente el derecho del foro (*lex fori*).

291. La cuestión recibe respuesta en el artículo 6.1(b) de los Principios de La Haya, que estipula lo siguiente: “[S]i las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos derechos diferentes y según ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna, no habrá elección del derecho aplicable”. Esta modalidad, conocida como “norma de la exclusión”, también se ve reflejada en los Principios UNIDROIT, en tanto que la CIM deja la interpretación acerca de la mejor manera de abordar un caso de conflicto entre formularios librada a la discreción de los jueces y árbitros (cosa que también hace el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos (“UCC”)).
292. De una forma u otra, siempre rige la excepción establecida en el artículo 6.2, en virtud de la cual el derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento prevalece si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según las normas antes mencionadas.

IV. En las legislaciones nacionales

293. El artículo 8 de la legislación de *Paraguay* reproduce las disposiciones de los Principios de La Haya. En general, los derechos nacionales de otros Estados no contienen cláusulas que aborden específicamente este tema.

10.1 El régimen interno sobre la legislación aplicable a los contratos comerciales internacionales debería disponer que la cuestión de si las partes acordaron efectuar la elección del derecho ha de ser determinada por la legislación presuntamente acordada por dichas partes, de conformidad con el artículo 6 de los Principios de La Haya y el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México.

10.2 Los jueces y árbitros, al determinar si las partes acordaron efectuar la elección del derecho, deberían tener en cuenta el artículo 6 de los Principios de La Haya y el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México.

PARTE UNDÉCIMA

SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DEL DERECHO

294. En el presente contexto, el término *separabilidad* se refiere al concepto en virtud del que la invalidez de un contrato internacional no incide necesariamente en el acuerdo de elección del derecho aplicable. Por ejemplo, si un contrato de compraventa es inválido, la cláusula de elección del derecho contenida en el mismo o acordada por separado no se ve afectada. Es más, la eficacia o invalidez (sea sustantiva o formal) del contrato debe evaluarse de conformidad con el derecho que fue elegido en el acuerdo. Cabe señalar que separabilidad no es lo mismo que *dépeçage*, concepto este último que se trata más adelante en la parte décima cuarta.
295. La separabilidad se puede interpretar de la manera que se desprende del párrafo 1 del artículo 12 de la Convención de México, que estipula lo siguiente: “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo”. Esa cláusula indica claramente que la validez de la elección del derecho aplicable se debería evaluar en función de lo estipulado en el Capítulo Segundo. Habida cuenta de que allí se consagra la autonomía de la voluntad, si hubo elección del derecho aplicable, ese será el derecho que rija todos los asuntos relacionados con la validez del consentimiento de las partes en cuanto a esa elección. Sin embargo, según el párrafo 2 del artículo 12, “...para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez

determinará cuál es el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

296. Los Principios de La Haya se refieren explícitamente a la separabilidad. Señala su artículo 7 que “[N]o se puede impugnar la elección del derecho aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido”. Por ende, si el acuerdo sobre elección del derecho aplicable no se ve afectado, la presunción de invalidez del contrato principal deberá analizarse de conformidad con el derecho elegido por las partes.
297. El Comentario a los PH (7.2) ofrece el ejemplo de un contrato invalidado por causa de error, lo cual no necesariamente invalida el acuerdo sobre elección del derecho aplicable, a menos que dicho acuerdo también adolezca del mismo vicio. Otro ejemplo es el de una sociedad que celebra un contrato que, según el derecho de sociedades de su país de origen, debería haberse sometido a la aprobación de los accionistas. Sin embargo, eso no invalidaría automáticamente el acuerdo sobre elección del derecho aplicable, que deberá considerarse por separado. Para la aplicación de esta norma, no importa si la cláusula se hizo constar en el contrato principal o en un acuerdo por separado. Si se alega que las partes no celebraron un contrato, el principio de separabilidad solo surte efecto si se demuestra que hubo un acuerdo válido de elección del derecho aplicable.
298. El Comentario a los PH (7.8) también indica que la invalidez formal o material del contrato principal no implica automáticamente la nulidad del acuerdo de elección del derecho aplicable, que solo puede declararse nulo por razones que le afecten específicamente. La nulidad del contrato principal puede o no afectar la elección de las partes en cuanto al derecho aplicable, pero ello dependerá de las circunstancias específicas. Por ejemplo, los argumentos centrados en la invalidación del consentimiento de las partes en el contrato principal no presumen impugnar su consentimiento respecto al acuerdo de elección del derecho aplicable, a menos que haya circunstancias que demuestren la falta de consentimiento en ambos acuerdos.
299. En el Comentario a los PH (7.9) se presenta el ejemplo de un contrato que contiene un acuerdo regido por una legislación en virtud de la cual dicho contrato se considera inválido por falta de consentimiento. Esa falta de consentimiento no puede considerarse como extensiva al acuerdo de elección del derecho. “Por todo ello, se aplica ese derecho para determinar las consecuencias de la nulidad, en particular, el derecho de restitución si el contrato ya se ha cumplido total o parcialmente”.
300. Distinto es el caso cuando el vicio afecta tanto al contrato principal como al acuerdo de elección del derecho aplicable. Los ejemplos del Comentario a los PH (7.10) son los de invalidez del contrato por soborno o por carencia de capacidad de obrar de una de las partes. Ello invalidaría ambos acuerdos.
301. Un ejemplo de las Américas en cuanto a una cláusula explícita sobre separabilidad es el del artículo 9 de la ley paraguaya sobre contratos internacionales, que se basa en el artículo 7 de los Principios de La Haya.
302. La separabilidad se originó en el ámbito del arbitraje, en el cual constituye un principio ampliamente aceptado que contribuyó a la elaboración de este mecanismo de solución de controversias; está consagrado en la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 16(1)). Por la aplicación de ese principio, la nulidad del contrato principal no invalida necesariamente la cláusula sobre arbitraje. Si bien esa solución inspiró la regla de separabilidad que obra en los Principios de La Haya, cabe señalar que la separabilidad de la cláusula de arbitraje surte efectos distintos de los de la separabilidad de una cláusula sobre elección del derecho aplicable. El principio de separabilidad se ha consagrado en las legislaciones nacionales que rigen el arbitraje comercial internacional en muchos Estados de las Américas¹⁷².

¹⁷² Entre ellas, cabe señalar las siguientes: *Perú* (artículo 41.2 del Decreto Legislativo 1071), *Bolivia* (artículo 44.I de la Ley 708), *Brasil* (artículo 8 de la Ley 9307), *Chile* (artículo 16.1 de la Ley 19.971), *Colombia* (artículo 79.2 de la Ley 1563), *Costa Rica* (artículo 16.1 de la Ley 8937), *Cuba* (artículo 13 del Decreto-Ley 250), *Ecuador* (artículo 5 de la Ley 000.RO/145), *El Salvador*

11.1 El régimen jurídico interno debería confirmar que la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales no se puede impugnar solamente partiendo del argumento de que el contrato al cual se aplica no es válido, de conformidad con el artículo 7 de los Principios de La Haya.

11.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a seguir esta solución.

PARTE DUODÉCIMA

OTROS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ELECCIÓN DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

I. Cambio del derecho elegido

303. La Convención de México en su artículo 8 dispone lo siguiente: “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.
304. Una disposición expresa como esa es importante. En una decisión anterior de un tribunal europeo se sostuvo que la elección de las partes en cuanto al derecho aplicable no es admisible si se efectuó con posterioridad a la celebración del contrato¹⁷³. El resultado de ese fallo sumamente cuestionable fue modificado por el Convenio de Roma; asimismo, en el artículo 3.2 del Reglamento Roma I se incorporaron disposiciones parecidas en términos similares a los del artículo 8 del instrumento interamericano, mencionado *supra*.
305. En consonancia con la Convención de México, los Principios de La Haya señalan lo siguiente en su artículo 2.3: “La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad a la celebración del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”.
306. Según se señala en el Comentario a los PH (2.10), la norma es consecuencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, y en el Comentario (2.12) se aclara que no se pueden afectar negativamente los derechos de terceros. En el ejemplo proporcionado, si un tercero otorga una garantía y luego se modifica la elección del derecho a fin de imponer una mayor responsabilidad a una de las partes contractuales, si bien la modificación tiene efectividad entre dichas partes, no afectará la responsabilidad del garante. En aras de una mayor certidumbre, sería preferible expresar eso claramente en el instrumento, en lugar de hacerlo implícitamente por deferencia a la legislación nacional.
307. En el Comentario a los PH (2.13) relativo a los Principios de La Haya también se deja en claro que dado que dichos principios “no buscan de manera general resolver lo que habitualmente se consideran cuestiones procesales... si la elección del derecho aplicable o su modificación se produce durante el procedimiento de resolución de conflictos, sus efectos dependerán de la *lex fori* o de las normas reguladoras del procedimiento arbitral”.

(artículo 30 del Decreto 914), *Guatemala* (artículo 21.1 del Decreto 67-95), *Honduras* (artículo 39 del Decreto 161-2000), *México* (artículo 1432 del Código de Comercio), *Nicaragua* (artículo 42 de la Ley 540), *Panamá* (artículo 30 del Decreto-Ley 5), *Paraguay* (artículo 19 de la Ley 1879), *República Dominicana* (artículo 11 de la Ley 489-08) y *Venezuela* (artículo 7 de la Ley sobre Arbitraje Comercial).

¹⁷³ Assael Nissim c. Crespi. Suprema Corte (Italia). Sentencia del 28 de junio de 1966, No. 1680. En su momento dicho fallo fue cuestionado por académicos italianos, según se señala en el comentario sobre el artículo 3 en el Informe Oficial de Giuliano y Lagarde sobre el Convenio de Roma, nota 169 *supra*.

308. Soluciones similares a las de la Convención de México, el Reglamento Roma I y los Principios de La Haya con respecto a la modificación de la elección del derecho también obran en leyes internas sancionadas recientemente en varios Estados¹⁷⁴. En *Argentina*, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial dispone que “[las partes]... (a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros”. Esta norma es congruente con el criterio del artículo 8 de la Convención de México, si bien el código argentino dispone que la modificación no puede afectar la “validez del contrato original”, en tanto que la Convención de México y los Principios de La Haya se refieren a la “validez formal del contrato original”. Ambos instrumentos salvaguardan “los derechos de terceros”. A su vez, el artículo 4.3 de la ley *paraguaya* sobre contratos internacionales reproduce la solución estipulada en los Principios de La Haya.

II. Conexión del derecho elegido con el contrato

309. Anteriormente se consideraba que el derecho elegido por las partes debía tener una conexión con dichas partes o con la transacción. Esto pudo haberse originado bajo la influencia de doctrinas como la de *localización* en el siglo XIX. Incluso actualmente, en algunos sistemas jurídicos nacionales, como se indicará más adelante, el derecho elegido debe estar relacionado de manera sustancial con las partes o con la transacción, o debe existir alguna otra causa razonable que justifique la elección de las partes en cuanto al derecho aplicable.
310. La Convención de México no aborda expresamente este punto, a pesar de que se han propuesto interpretaciones en el sentido de que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes allí consagrado, se puede elegir libremente la aplicación de un derecho “neutral”.
311. Por contraste, el tema se aborda de manera expresa en los Principios de La Haya, cuyo artículo 2.4 estipula lo siguiente: “No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su operación”. En el Comentario a los PH (2.14) se señala que “[E]sta solución se adecúa a la creciente deslocalización de las operaciones comerciales” y luego se agrega que “[L]as partes pueden elegir un determinado ordenamiento porque es neutral respecto de la relación entre ellas o porque está muy desarrollado en lo que respecta al tipo de operación de que se trata (p. ej., un ordenamiento estatal renombrado por su regulación del transporte marítimo o de las operaciones bancarias internacionales)”.
312. El Reglamento Roma I guarda silencio en cuanto al requisito de la conexión (artículo 3), salvo para dos tipos de contratos: transporte de pasajeros (artículo 5.2) y seguros contra riesgos pequeños (artículo 7.3). Ese silencio se interpreta como que en general la conexión no es necesaria, salvo para los dos tipos de contratos mencionados.
313. Tampoco dicen nada sobre ese tema las legislaciones de *Argentina* (artículo 2651, Código Civil y Comercial), *Cuba* (artículo 17, Código Civil), *México* (artículo 13, V, Código Civil Federal) y *Venezuela* (artículo 29, Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado). En dichas jurisdicciones se tiende a interpretar que no se requeriría ninguna conexión.
314. La legislación *chilena* también guarda silencio en cuanto a la necesidad de una conexión con el derecho escogido. A pesar de nutridas deliberaciones, la doctrina prevaleciente parece ir por la vía de aceptar la plena autonomía en lo conflictual y en lo sustantivo, sobre la base del texto literal del artículo 1545 del Código Civil, que no establece ningún tipo de requisito para dicha autonomía, por lo menos para los contratos celebrados en Chile. Los únicos requisitos reconocidos son que dicha elección se haya efectuado de buena fe, sin falsedad y sin contravención de las normas de política pública y orden público en el país ni las normas de aplicación exclusiva del derecho nacional.

¹⁷⁴ Por ejemplo, el artículo 9 del Código sobre Derecho Internacional Privado de 2006, de Japón, y el artículo 1210(3) del Código Civil de Rusia.

315. En *Canadá*, en el marco de la aplicación amplia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, se entiende que no se requiere ninguna conexión con la elección del derecho. Ese es el estado actual de la ley en dicho país sobre la base de una decisión judicial clave¹⁷⁵ y, en Quebec, sobre la base del artículo 3111 del Código Civil.
316. En *Paraguay*, el artículo 4.4 de la ley sobre contratos internacionales, que refleja los Principios de La Haya, es explícito al indicar que “no se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción”.
317. En *Panamá*, en una versión anterior de la Ley sobre el Código de Derecho Internacional Privado se exigía de manera expresa una conexión entre el derecho escogido y la economía de la transacción (artículo 75 *in fine*), pero esa disposición ha desaparecido del nuevo código promulgado en 2015 (artículo 69) (ver el párrafo 364 más adelante).
318. En los *Estados Unidos*, el requisito de una conexión entre el derecho escogido y las partes o el contrato se determina a nivel de cada Estado y varía según el Estado. En los que se ciñen al Segundo *Restatement* (reformulación) se sigue exigiendo que el derecho escogido tenga una relación sustancial con las partes o la transacción, o bien que exista otra causa razonable que justifique la elección de las partes en cuanto al derecho aplicable¹⁷⁶. Sin embargo, algunos estados han flexibilizado ese requisito por ley¹⁷⁷. Y en el contexto de los contratos comerciales internacionales, algunos tribunales han reconocido que puede haber un criterio distinto que no exija una conexión¹⁷⁸.
319. En materia arbitral, este tema no se aclara en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI ni en su Ley Modelo. Se han dictado laudos arbitrales que, bajo una interpretación amplia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, admitirían que éstas eligieran cualquier derecho para regir su contrato, incluso si no guarda relación obvia con la controversia¹⁷⁹. No obstante, los árbitros deben ser muy cautelosos al respecto, pues la falta de reconocimiento de las cuestiones de orden público relacionadas con el caso podría constituir la base para anular un laudo o impedir su aplicación, en virtud del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Ese requisito emana del deber general de los árbitros de emitir laudos que sean susceptibles de ejecución.

III. Reenvío

320. La doctrina del reenvío se relaciona con la siguiente pregunta: ¿Incluye la aplicación de un determinado derecho nacional también sus normas atinentes al derecho internacional privado? De ser así, esas normas pueden remitir el tema a otro derecho, y así sucesivamente.
321. El artículo 17 de la Convención de México estipula lo siguiente: “Para los efectos de esta Convención se entenderá por ‘derecho’ el que esté vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. Eso concuerda con el artículo 20 del Reglamento Roma I y podría considerarse como la posición absolutamente prevaleciente en la doctrina del derecho internacional privado sobre el tema del reenvío.
322. De modo similar, pero con una ligera variación, el artículo 8 de los Principios de La Haya estipula lo siguiente: “La elección del derecho aplicable no incluye las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”. El Comentario a los PH (8.2) explica que eso “evita la posibilidad de reenvío

¹⁷⁵ Vita Food Products c. Unus Shipping, nota 153 *supra*.

¹⁷⁶ Segundo Restatement de la Ley sobre Conflicto de Leyes, artículo 187(2)(a). Cabe señalar que actualmente se está elaborando un Tercer Restatement, como se señala más arriba (véase nota 157 *supra*).

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, NY Gen. Oblig. Law § 5-1401(1).

¹⁷⁸ Véase, por ejemplo, M/S Bremen c. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1, 15, 92 S. Ct. 1907, 1916 (1972) (donde se da precedencia a una cláusula de elección de foro para elegir una jurisdicción donde no existía conexión alguna (Inglaterra) partiendo del supuesto de que el tribunal inglés aplicaría la legislación de dicho país).

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, CCI Asunto No. 4145 de 1984.

no intencional y, por tanto, se ajusta a la intención aparente de las partes”. Tras ello, indica que, no obstante, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el artículo en cuestión autoriza que éstas, a título excepcional, incluyan “las normas de derecho internacional privado del ordenamiento elegido, siempre que lo hagan de forma expresa”.

323. En *Argentina*, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial señala que “elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho nacional de ese país con exclusión de sus normas de conflicto de leyes, excepto pacto en contrario”. En consecuencia, las partes pueden convenir que su referencia a un derecho determinado incluye sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no lo acuerdan así, se entiende que el derecho elegido es el derecho nacional de ese Estado¹⁸⁰.
324. En *Brasil*, la solución es parecida a la de la Convención de México. El artículo 16 de la LINDB dispone que, en la determinación del derecho aplicable, no se tendrá en cuenta la “remisión que ella hiciera a otra ley”. De igual modo, en general el reenvío no se acepta en dicho país en otros temas atinentes al derecho internacional privado.
325. En *Canadá*, concretamente en Quebec, el Código Civil prohíbe el reenvío indicando que “en los casos en que, en virtud de las cláusulas de este Código, se aplique la legislación de un Estado extranjero, la legislación en cuestión será el derecho interno de ese Estado, pero no sus normas que rigen los conflictos entre leyes” (artículo 3080) [traducción no oficial].
326. En *Chile*, el argumento hasta 1989 era que la legislación admitía el reenvío y la doctrina se había aceptado en una sentencia de la Corte Suprema¹⁸¹. Si bien la legislación ha sido enmendada, no dio como resultado la plena eliminación del reenvío.
327. En *Paraguay*, el artículo 10 de la ley sobre contratos internacionales reproduce el artículo 8 de los Principios de La Haya.
328. En *Perú*, la legislación incluye una norma que evita el reenvío (artículo 2048, Código Civil de 1984).
329. En *Venezuela*, en lo relativo al reenvío, el artículo 4 de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado dispone cuanto sigue: “Cuando el derecho extranjero competente declare aplicable el derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el derecho nacional de este tercer Estado. Cuando el derecho extranjero competente declare aplicable el derecho venezolano, deberá aplicarse este derecho. En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el derecho nacional del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto”. Esta norma es considerada útil, de acuerdo con la exposición de motivos de la ley, “...en aras a promover el principio de seguridad jurídica”. Dicha exposición señala que el artículo 4 permite el reenvío “...cuando propende a unificar la solución nacional y la solución del derecho extranjero o cuando, como ocurre frecuentemente en el reenvío simple, ambas son inevitablemente divergentes”.
330. Si bien el artículo 4 de la ley venezolana es la regla general y, aparentemente, no tiene excepciones, los académicos lo han interpretado en el sentido de que, en materia de contratos comerciales internacionales, prevalece en Venezuela la solución de la Convención de México que excluye el reenvío. Las normas que reglamentan los contratos, de conformidad con la exposición de motivos de la ley, procuran incorporar las directrices más pertinentes de la Convención Interamericana. Por ende, se considera que las disposiciones

¹⁸⁰ Además, el artículo 2596 establece, con respecto al reenvío, lo siguiente: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica, también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho nacional argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho nacional de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

¹⁸¹ Asunto Tschumi. Suprema Corte, Revista de Derecho y Jurisprudencia, XLII, parte 2, sección 1, pág. 331.

de la ley están sujetas a una interpretación que sea acorde con la Convención de México y, en consecuencia, se ha de entender que el reenvío está excluido en relación con las obligaciones contractuales. Para justificar esa exclusión también se utiliza el artículo 2 de la ley venezolana, que es una norma que admite la aplicación del derecho extranjero de conformidad con los principios del mismo y, a su vez, cumplir el propósito de las reglas venezolanas sobre conflictos. En cuestiones contractuales, esos principios representan el respeto por la autonomía de la voluntad y, en ausencia de una elección, por la aplicación del derecho conectado más directamente con el contrato.

331. En materia de arbitraje, la Ley Modelo de la CNUDMI también contiene una presunción contra el reenvío (artículo 28.1).

IV. Cesión de créditos

332. La Convención de México no aborda los temas susceptibles de plantearse en relación con la elección del derecho en el contexto de la cesión de créditos.
333. Esta materia se trata en los Principios de La Haya, que en su artículo 10 señalan lo siguiente: “En el caso de una cesión contractual de los derechos que le competen al acreedor frente a su deudor en virtud de un contrato que los vincula: (a) si las partes del contrato de cesión de crédito han elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido rige los derechos y obligaciones del acreedor y del cesionario derivados de su contrato; (b) si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor han elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido rige (i) la oponibilidad de la cesión al deudor; (ii) los derechos del cesionario frente al deudor, y (iii) el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor”. Esto es congruente con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001) (artículos 28 y 29) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016) (artículos 84 y 96)¹⁸².
334. Según se explica en el Comentario a los PH, esa disposición tiene por objeto dar la mayor efectividad posible a la intención de las partes en cuanto a la elección del derecho cuando ésta se expresa en un contrato de cesión de créditos. No obstante, vista la complejidad de las situaciones que se presentan en las operaciones de esa índole, la disposición responde a la necesidad de esclarecer qué derecho se aplica cuando hay dos o más contratos coexistentes (por ejemplo, uno entre el acreedor y el deudor y otro entre el acreedor y el cesionario), en los que las partes en cada uno hayan elegido derechos aplicables diferentes.
335. Si bien la cesión voluntaria y la subrogación contractual tienen el mismo efecto, es decir, el reemplazo del acreedor antiguo por uno nuevo en virtud de un acuerdo, los Principios de La Haya no contemplan otras situaciones tales como la subrogación legal y convencional o la cesión (“*set-off*”). En tanto que esos temas se abordan en el Reglamento Roma I (artículos 14 y 15, y artículo 17, respectivamente), los Principios de La Haya se centran más bien en la cesión, que resulta muy común en la práctica comercial internacional.
336. Aunque por lo general ese tema no se aborda en el derecho nacional, Paraguay presenta una excepción al respecto, ya que el artículo 14 de su correspondiente ley reproduce el artículo 10 de los Principios de La Haya.

12.1. El régimen jurídico nacional relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería:

- estipular que la elección de un derecho se puede modificar en cualquier momento y que dicha modificación es sin perjuicio de su validez formal y de los derechos de terceros, de conformidad con el artículo 8 de la Convención de México y el artículo 2.3 de los Principios de

¹⁸²Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, aprobada el 12 de diciembre de 2001 y todavía sin entrar en vigor. Su texto aparece en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias. Su texto aparece en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html

La Haya;

- estipular que no se requiere ninguna conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción, de conformidad con el artículo 2.4 de los Principios de La Haya;
- excluir el principio del reenvío para brindar mayor certeza jurídica en cuanto al derecho aplicable, de conformidad con el artículo 17 de la Convención de México y el artículo 8 de los Principios de La Haya;
- en relación con la cesión de créditos, favorecer en la mayor medida posible la autonomía de la voluntad, de conformidad con el artículo 10 de los Principios de La Haya.

12.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a ceñirse a las soluciones antedichas.

PARTE DÉCIMA TERCERA

AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO POR LAS PARTES

I. El problema

337. En ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden elegir el derecho aplicable a su contrato. Sin embargo, a menudo no lo hacen, por razones que van desde el simple descuido hasta el hecho de no haberlo considerado necesario o incluso de haberlo discutido pero sin llegar a un acuerdo. También puede ser que las partes hayan evitado deliberadamente tratar la cuestión por saber que sería difícil llegar a un acuerdo o por temor a que esas deliberaciones impidieran la celebración del contrato. Surge una cuestión similar cuando las partes ejercen su autonomía y eligen un derecho aplicable pero posteriormente esa elección resulta ineficaz.
338. A falta de una elección efectiva del derecho por las partes, se plantea la cuestión de qué derecho aplicar, cuestión que puede surgir durante la ejecución del contrato o en instancias de litigio. La claridad al respecto puede ayudar a prevenir conflictos y, en caso de procesos legales, también puede ayudar a orientar a las partes a aseverar sus posiciones y brindar una guía al juez o árbitro a la hora de emitir su fallo.
339. Si el contrato no contiene una cláusula de elección del derecho aplicable, tanto en las Américas como en Europa, el derecho aplicable se determina en las actuaciones judiciales en función de criterios objetivos enunciados en las normas de conflicto de leyes. En los siguientes párrafos se ofrece una sinopsis de los distintos factores de conexión en virtud de varios instrumentos internacionales y adoptados por los Estados.

II. Las soluciones de los Tratados de Montevideo y del Código Bustamante

340. El análisis de las soluciones presentadas por estos instrumentos de anterior data ofrece un cierto contexto para el planteamiento actual en ausencia de una elección del derecho. En el artículo 37 del Tratado de Montevideo de 1940 se utiliza como factor de conexión el *lugar de ejecución* del contrato para regir las cuestiones relativas a su exigencia, naturaleza, caracterización, validez, efectos, consecuencias y ejecución. Esta disposición se originó en el artículo 33 del Tratado de Montevideo de 1889.
341. Este planteamiento suscita inconvenientes cuando el lugar de ejecución se encuentra en más de un Estado. Además, dicho lugar puede no conocerse al momento de la celebración del contrato o bien puede cambiar con posterioridad. Estos y otros problemas debían resolverse por medio de las *presunciones* establecidas en el artículo 38 del Tratado de Montevideo de 1940, en relación con contratos “sobre cosas ciertas e individualizadas”, “sobre cosas determinadas por su género” y “referentes a cosas fungibles” y contratos “de prestación de servicios”. A su vez, el artículo 40 de dicho tratado dispone que el derecho del *lugar de celebración* del contrato será el de aplicación para los contratos cuyo lugar de cumplimiento no pueda determinarse al momento de su celebración.
342. No obstante, esas soluciones han sido objeto de más cuestionamientos. Debido a que los contratos internacionales y las obligaciones de ellos emanadas suelen tener más de un lugar

de cumplimiento, se hace imposible determinar qué derecho se ha de aplicar, a menos que se elijan una *prestación determinada* o “*característica*” y su correspondiente lugar de cumplimiento. Sin embargo, esta solución también crea discrepancias en su aplicación práctica. Por ejemplo, ¿se refiere al lugar físico de cumplimiento o al domicilio, residencia habitual o establecimiento del prestador de la prestación característica? Además, la determinación de la prestación característica puede tornarse incierta en los casos de contratos de permuta, de distribución y, en general, de relaciones contractuales complejas, pues los contratos internacionales tienden a ser complejos. Peor aún, la solución tiende a favorecer la aplicación del derecho de las partes que son dominantes en la provisión de bienes y servicios en las transacciones internacionales.

343. Por ello, el procedimiento previsto en los Tratados de Montevideo para los casos de ausencia de elección ha sido controvertido, aun si este procedimiento sigue siendo defendido por respetados académicos provenientes de la región. Los críticos dicen que no se concede flexibilidad al juzgador para determinar si existen conexiones más estrechas que las presentadas de antemano por el legislador y que tampoco se presentan claramente las soluciones ofrecidas por estos tratados. Esta crítica ha sido considerada controvertida por quienes sostienen que la flexibilidad puede derivarse de los Protocolos Adicionales a los Tratados de 1889 y 1940 y, posteriormente, de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en particular en su artículo 9¹⁸³.
344. Tampoco son satisfactorias las soluciones que ofrece el Código Bustamante para los casos de ausencia de elección. Dicho instrumento dispone que los contratos se regirán por la ley que, cuando corresponda, sea de aplicación común a las partes en cuanto a la determinación de su capacidad y, en su defecto, la del lugar de celebración (artículo 186). Sin embargo, es poco probable que exista una ley común a las partes para que determinen su capacidad, puesto que, en los contratos comerciales internacionales, el “domicilio” de una parte – criterio que en América Latina a veces prevalece sobre el de “nacionalidad” – casi siempre difiere para cada parte. Por lo tanto, como rara vez se cumple el criterio de una *ley común a las partes para la determinación de su capacidad*, el que resulta de uso ampliamente generalizado es el del *lugar de celebración*, con las concomitantes impugnaciones ya señaladas. En cuanto a los requisitos de formalidad, se aplican acumulativamente las leyes del lugar de celebración y del lugar de ejecución del contrato (artículo 180), lo cual también es una solución cuestionable.

III. Enfoques en Europa y Estados Unidos

345. El Convenio de Roma adoptó, en ausencia de la elección del derecho, la fórmula de la *conexión más estrecha*; posteriormente se emitió una serie de directrices para llegar a un entendimiento sobre *prestación característica* que coincidiera con esa fórmula, lo cual dio lugar a considerables críticas y disparidades.
346. Las reformas que dieron lugar al Reglamento Roma I condujeron a reglas más bien rígidas en cuanto al derecho que corresponda aplicar en distintos supuestos para determinar la prestación característica (artículo 4). Sin embargo, las soluciones son complicadas y para resolver las cuestiones de interpretación hay que remitirse a las cláusulas preambulares de dicho reglamento. Esas normas detalladas disminuyen el valor de las fórmulas amplias o flexibles. Dada la gran variedad de la vida comercial, es poco probable que una regla mecánica adecuada para un tipo de contrato lo sea para otro. Por ello, la adjudicación de los contratos debería caracterizarse por su flexibilidad.
347. Esa flexibilidad existía en el derecho inglés hasta 1991 (año en que el Convenio de Roma entró en vigor en Inglaterra) con la fórmula de la *proper law of the contract* (ley que rige el contrato), que es similar al concepto de la prueba de la conexión más estrecha antes que al de la búsqueda de una prestación característica. En ese mismo sentido, en los Estados Unidos, si bien es necesario adoptar un criterio diferente en función del estado de que se

¹⁸³ **Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado**, aprobada en Montevideo en la CIDIP-II, suscrita el 8 de mayo de 1979 y entrada en vigor el 10 de junio de 1981.

trate para el análisis de los conflictos de leyes, los estados que se ciñen al Segundo *Restatement* han adoptado, para los contratos no destinados a la compraventa de bienes, la fórmula flexible de la conexión más estrecha o de la *most significant relationship* (relación más importante)¹⁸⁴.

348. Contra el trasfondo de esta sinopsis, a continuación se presentan ejemplos específicos de este enfoque tomados de distintas leyes nacionales.

IV. Ausencia de elección en la Convención de México

A. Principio de proximidad

349. La Convención de México procura ante todo reconocer y promover el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, ante la ausencia o ineficacia de una elección, debe haber una manera de determinar el derecho aplicable. En ese sentido, en el párrafo 1 del artículo 9 se estipula lo siguiente: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”. Eso se conoce como “principio de proximidad”.

B. Elementos objetivos y subjetivos

350. Para efectuar esta determinación, “[E]l tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos...” (artículo 9, párrafo 2, primera oración). Esta disposición es congruente con el artículo 11 donde éste se refiere al “... Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.
351. También se ha planteado otra interpretación en el sentido de que la determinación de la “conexión más estrecha” también debe evaluar todas las circunstancias posibles, así como las circunstancias territoriales relativas a la celebración, ejecución, domicilio o establecimiento, cláusula de resolución de controversias, moneda, tratativas previas y otras. Esas son las conexiones *objetivas* que se deberán tener en cuenta junto con las *subjetivas* que surgen de distintas cláusulas y circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a la celebración del contrato y que indican las expectativas legítimas de las partes.

C. Principios de organismos internacionales

352. Al efectuar su determinación, un tribunal también deberá tomar en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (artículo 9, párrafo 2, segunda oración).
353. Durante el proceso de redacción del instrumento interamericano, la delegación de los Estados Unidos propuso la fórmula de *la conexión más estrecha*, con la intención de que ello condujera a un derecho transnacional, no estatal, en lugar de un derecho nacional¹⁸⁵. En esa misma época estaban saliendo a la luz los Principios UNIDROIT, unos dos decenios después de su concepción y elaboración. Friedrich Juenger, miembro de la delegación

¹⁸⁴ Segundo Restatement de la Ley sobre Conflicto de Leyes de 1971 (secciones 145, 188). Para la compraventa de bienes no regida por la CIM, la sección 1-301(b) del Código de Comercio Uniforme (“CCU”) dispone que cuando las partes no hayan hecho una elección efectiva, el CCU (según su codificación en dicho estado) “se aplica a las transacciones que tengan una correcta relación con este estado”.

¹⁸⁵ “Si las partes no han elegido el derecho aplicable, o si esa elección resulta ser ineficaz, los contratos se regirán por los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” [traducción no oficial]. Juenger, Friedrich K., *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*, en: *The American Journal of Comparative Law*, Volumen 42, Número 2, primavera de 1994, 381 pág. 391.

estadounidense, era de opinión de que la mención de “principios generales” debería conducir claramente a los Principios UNIDROIT¹⁸⁶.

354. Tras intensas deliberaciones en la CIDIP-V se llegó a una solución de avenencia¹⁸⁷. En cuanto a la regla que en última instancia se aprobó, una interpretación es que la función de la *lex mercatoria* o ley no estatal se redujo a la de elemento auxiliar que, junto con los elementos objetivos y subjetivos del contrato, ayuda al juez o árbitro a determinar el derecho del Estado que tiene la conexión más estrecha con el contrato. Otra interpretación acorde con lo propugnado por Juenger favorece la aplicación del derecho no estatal a falta de una elección¹⁸⁸. Posteriormente, Juenger llegó a afirmar literalmente lo siguiente: “...incluso en los países que no ratifiquen la Convención, sus cláusulas se podrán considerar como expresión de una norma interamericana que los jueces deberían tomar en cuenta al emitir sus fallos. Una vez que los tribunales y los árbitros empiecen a basarse en ellas, los Principios podrán brindar la infraestructura jurídica necesaria para la creciente integración económica y jurídica de este continente”¹⁸⁹ [traducción no oficial].

V. Ausencia de elección en los Principios de La Haya

355. Los Principios de La Haya se aplican solamente cuando las partes han elegido un derecho; la aplicación de un derecho frente a una elección inexistente o ineficaz escapa a su alcance. Sin embargo, cabe destacar que dichos principios, en su artículo 12, utilizan el término *relación más estrecha* al determinar el establecimiento pertinente.

VI. Ausencia de elección en las legislaciones nacionales

356. Según ya se expuso, la Convención de México establece que si las partes de un contrato no eligen el derecho aplicable (o hacen una elección ineficaz), se aplicará el derecho que tenga la relación más estrecha con el contrato. En la encuesta antes mencionada realizada en 2015, se les preguntó a los Estados Miembros de la OEA si sus legislaciones nacionales eran congruentes con esa disposición. De los 11 Estados que respondieron, siete lo hicieron en forma afirmativa¹⁹⁰. Si bien muchos Estados todavía siguen el enfoque tradicional, según se desprende de la sinopsis que sigue, hay cambios en marcha y las nuevas reformas, sumadas a la jurisprudencia reciente, denotan un nuevo rumbo para el conflicto de leyes en las Américas. Eso también concuerda con una tendencia similar que se desprende de las resoluciones judiciales recientes emitidas en Europa¹⁹¹.
357. Una excepción al respecto es *Argentina*, cuyo nuevo Código Civil y Comercial, a diferencia de la Convención de México, sigue la fórmula del lugar de cumplimiento (artículo 2652). Si

¹⁸⁶ *Íd.* Véase también: Juenger, Friedrich K., Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: The *Lex Mercatoria* and Private International Law, 60 La. L. Rev. 1133 (2000), pág. 1148. La relevancia de esta opinión es resaltada por José Siqueiros, redactor original de la Convención de México, teniendo en cuenta que Juenger fue quien propuso la solución de compromiso. Siqueiros, J.L., 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, pág. 223.

¹⁸⁷ Juenger, nota 185 *supra*.

¹⁸⁸ En los trabajos preparatorios también se deliberó acerca de que el término *organismos internacionales* incorpora todos los elementos de la *lex mercatoria*. Informe del Relator de la Comisión I relativo al Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev.1. Eso fue anterior al desarrollo de esta idea en época más reciente.

¹⁸⁹ Juenger, nota 185 *supra*, pág. 236.

¹⁹⁰ Argentina, Bolivia con salvedades, Canadá, Jamaica, México, Panamá y Paraguay. El artículo 804 del Código de Comercio de Bolivia establece que los contratos suscritos en otro Estado y ejecutados en Bolivia se rigen por el derecho boliviano. Véase: Informe sobre contratos de 2016, Apéndice A, nota 1 *supra*.

¹⁹¹ Véase los dictámenes emitidos por el Tribunal de Casación de Bélgica en 2009 y los dos dictámenes franceses emitidos por el Tribunal de Apelaciones de Reims en 2012 y el Tribunal de Casación en 2015, todos los cuales obran en la base de datos UNILEX.

eso no se puede determinar, el derecho aplicable será el del domicilio del deudor de la prestación más característica y, en su defecto, el del lugar de su celebración. Se trata del mismo criterio que los tribunales argentinos venían utilizando anteriormente. Sin embargo, como la fórmula se inclina por el domicilio “actual”, la cláusula dejó abierta la posibilidad de que el derecho aplicable pueda modificarse de manera unilateral. Una solución análoga contenida en el Convenio de Roma suscitó tanta controversia que el Reglamento Roma I la relegó a un nivel secundario, tras establecer una serie de reglas estrictas sobre derecho aplicable.

358. En *Brasil*, el artículo 9 de la LINDB dispone que para calificar y regir las obligaciones se aplica el derecho del Estado en el que éstas se contraen, es decir, el lugar de firma del contrato. Según el párrafo 2 del mismo artículo, se considera que la obligación emanada del contrato se ha establecido en el lugar donde reside el proponente. Sin embargo, en una reciente decisión judicial, los tradicionales factores de conexión aparentemente fueron desestimados en favor del principio de proximidad, que es más flexible¹⁹². Como la jurisprudencia laboral brasileña utiliza criterios distintos, el valor de esta decisión como elemento influyente es cuestionable; sin embargo, dos decisiones más recientes también invocan el principio de proximidad y rechazan el factor de conexión tradicional del lugar de celebración del contrato. En ambos casos, el tribunal aplicó la CIM junto con los Principios UNIDROIT como expresión de la “nueva *lex mercatoria*”. Las decisiones consideraron lo inadecuado de los resultados de la regla tradicional sobre conflicto de leyes en cuanto al lugar de celebración del contrato y lo adecuado de contar con reglas jurídicas uniformes para regir una relación multijurisdiccional¹⁹³.
359. En *Canadá*, en la provincia de Quebec, que es de derecho civil, el Código Civil de Quebec dispone que “si en ese acto no se designa ningún derecho o si el derecho designado invalida el acto jurídico, los tribunales aplican el derecho del Estado con el que el acto está más estrechamente conectado en vista de su naturaleza y sus circunstancias conexas”¹⁹⁴ [traducción no oficial]. Según la jurisprudencia aplicable en las jurisdicciones canadienses de *common law*, en ausencia de una elección del derecho expresa o implícita por las partes de un contrato, los tribunales aplican el derecho que tiene la conexión más estrecha y sustancial con el contrato¹⁹⁵.
360. En *Chile*, el Código Civil y el Código de Comercio no tienen ninguna cláusula específica sobre el tema. En función del enfoque territorial prevaleciente, a falta de una elección por las partes (e incluso en contra de su acuerdo expreso), los jueces aplican el derecho local si los bienes objeto del contrato están ubicados en dicho país. Por el contrario (si dichos bienes no están en Chile), de conformidad con el artículo 16 del Código Civil, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración (doctrina prevaleciente) o por el del lugar de ejecución. Sin embargo, en temas comerciales, el artículo 113 del Código de Comercio contiene una regla similar a la del ya mencionado artículo 16 del Código Civil, pero establece una excepción para el caso en que “los contratantes hubieren acordado algo distinto”, clara alusión a la autonomía de la voluntad al no haberse establecido ningún requisito adicional.
361. En los *Estados Unidos*, en ausencia de una elección efectiva del derecho, el tribunal en un estado que sigue el Segundo *Restatement* examinará la relación más importante para

¹⁹² TST, DEJT 15 out.2010, RR nº 186000-18.2004.5.01.0034.

¹⁹³ Noridane Foods S.A. c. Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda. Tribunal de Apelaciones de Rio Grande do Sul, 14 de febrero y 30 de marzo de 2017. <http://www.unilex.info>. Para casos más recientes de Brasil, véase también arriba.

¹⁹⁴ Código Civil de Quebec, artículo 3112. Considérese también el artículo 3113, según el que “se presume que un acto jurídico está conectado más estrechamente con el derecho del Estado en el que la parte que vaya a efectuar la prestación característica del acto tenga su residencia o, si el acto se realiza en el transcurso normal de las operaciones de una empresa, en el que tenga su establecimiento” [traducción no oficial].

¹⁹⁵ Imperial Life Assurance Co. of Canada c. Colmenares, [1967] S.C.R. 443.

determinar el derecho aplicable. Se considerarán puntos de contacto específicos, que se han de evaluar en función de su importancia relativa con respecto a un determinado tema¹⁹⁶. Para la compraventa de bienes no regida por la CIM, el tribunal aplicará el Código Comercial Uniforme según esté codificado en ese estado si la transacción tiene una relación adecuada con éste.

362. *Guatemala* sigue el principio de la *lex loci executionis* (artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial). En consecuencia, si la transacción o acto jurídico debe ejecutarse en un lugar diferente de aquel en el que se celebró el acuerdo, todas las cuestiones relativas a su ejecución se rigen por el derecho del lugar de ejecución.
363. En *México*, que es parte signataria de la Convención de México, si las partes contractuales no eligen el derecho aplicable o si su elección es ineficaz, se aplica el derecho que tenga la conexión más estrecha con el contrato. Sin embargo, en principio, el tratado se aplica solo a los casos entre México y Venezuela. Para otros casos, el Código Civil Federal dispone en la sección V del artículo 13 que “[S]alvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”.
364. En *Panamá*, el Código de Derecho Internacional Privado establece que, en ausencia de elección de un derecho, “el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación y, cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional y, en su defecto, la ley del foro” (artículo 69 de la Ley No. 61 del 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley No. 7 de 2014). Aquí entra el principio de proximidad como uno de los componentes de las normas sobre conflicto de leyes que contiene puntos de conexión *en cascada*; por ejemplo, en primera instancia, se trataría del lugar de cumplimiento y solo si este no se puede determinar se aplicaría, en segunda instancia, el derecho del Estado con la conexión más estrecha.
365. En la *República Dominicana*, en ausencia de elección del derecho, la nueva Ley de Derecho Internacional Privado estipula que el derecho aplicable es aquel con el que el contrato tenga la conexión más estrecha, lo cual está en consonancia con la formulación idéntica del artículo 9 de la Convención de México (Ley 544 de 2014, artículo 60). La nueva ley estipula que, al determinarlo, “... [el tribunal] tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar la ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos; y los principios generales del derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales” (artículo 61).
366. En *Paraguay*, el artículo 11.1 de la ley sobre contratos internacionales reproduce el artículo 9 de la Convención de México, que adopta la fórmula flexible del “vínculo más estrecho o importante” y excluye otros métodos controvertidos y restrictivos, como el del lugar de cumplimiento de la obligación. Cabe destacar que la ley paraguaya no reproduce las disposiciones de la Convención de México en virtud de las cuales un tribunal también tomará en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (artículo 9, segundo párrafo). Ese texto se excluye porque ya queda claro (artículo 3) que la referencia a derecho que se hace allí puede entenderse como relacionada también con el derecho no estatal, lo que significa que, si los jueces y árbitros entienden que el caso tiene una conexión más estrecha con el derecho transnacional que con un derecho nacional, lo aplicarán directamente, provenga o no de un organismo internacional (como UNIDROIT).
367. El Código Civil *peruano* dispone que, en ausencia de elección del derecho, la ley aplicable para las obligaciones contractuales será la ley del lugar de su cumplimiento, y si las obligaciones deben cumplirse en diferentes Estados, será la ley de la obligación principal y, en caso de no poder determinarse ésta, se aplicará la ley del lugar de celebración del contrato (artículo 2095).

¹⁹⁶ Segundo Restatement de la Ley sobre Conflicto de leyes, secciones 6, 187 y 188. Véase explicación en la nota 156 *supra*.

368. En *Venezuela*, la ley sobre derecho internacional privado adopta textualmente en su artículo 30 las disposiciones del artículo 9 de la Convención de México; por ende, en ausencia de elección del derecho o si la elección resultara ineficaz, se aplicará el derecho con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos, para lo cual se tomarán en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del contrato y también los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. La Corte Suprema dictaminó que la fórmula del vínculo más estrecho lleva a tomar en cuenta la *lex mercatoria*, compuesta por las costumbres y prácticas comerciales¹⁹⁷.

VII. Ausencia de elección en el arbitraje

369. Los árbitros están en una posición diferente de la de los jueces, pues las leyes sobre arbitraje suelen conferir a los primeros una discreción más amplia.

A. Textos convencionales en materia de arbitraje

370. La Convención de Nueva York no aborda el tema del derecho aplicable en ausencia de una elección por las partes.
371. En las Américas, la Convención de Panamá ofrece una solución al remitirse al Reglamento de la CIAC, específicamente su artículo 30, que estipula lo siguiente: “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”. La regla es idéntica a la de la Ley Modelo de la CNUDMI, que se trata más abajo, y similar al enfoque adoptado por la Convención Europea.
372. El Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR de 1998 otorga a los árbitros una potestad igual a la de las partes. Su artículo 10 estipula lo siguiente: “Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”¹⁹⁸. El instrumento admite la elección de un derecho uniforme haciendo referencia al “derecho del comercio internacional” y, asimismo, haciendo referencia al derecho internacional privado “y sus principios”, con lo cual no se limita a las normas de conflicto de leyes, sino que además incluye la ley uniforme.

B. Ley Modelo de la CNUDMI

373. En comparación, la Ley Modelo de la CNUDMI contiene disposiciones para abordar el tema. En los casos en que las partes no eligen el derecho sustantivo, “...Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables” (artículo 28(2)).
374. El comentario extraoficial de la CNUDMI indica que aquí las atribuciones del tribunal arbitral se ajustan a las pautas tradicionales. Ello obedece a que (por lo menos en principio) los árbitros están obligados a aplicar las normas del derecho internacional privado¹⁹⁹. Ello suscita incertidumbres debido a la falta de un foro nacional de árbitros. Las disposiciones del artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI no han sido incluidas por todos los Estados en su legislación nacional y, en cambio, se incluyen disposiciones que dejan a los

¹⁹⁷ Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal CA, 2 de diciembre de 2014. El Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que, de conformidad con la Ley Venezolana sobre Derecho Internacional Privado (artículos 29, 30 y 31), si las partes de un contrato internacional no han elegido de manera expresa el derecho aplicable, los jueces podrán aplicar el criterio de la “conexión más estrecha”. Para ello, los jueces deben tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos del contrato para determinar el derecho con el cual éste tiene los vínculos más estrechos, así como los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por organismos internacionales. Según sostuvo la Corte Suprema, ello incluye la *lex mercatoria*, compuesta por las costumbres y prácticas comerciales (véase en www.unilex.info).

¹⁹⁸ Nota 134 *supra*.

¹⁹⁹ Véase también el análisis sobre vía directa.

árbitros en libertad de escoger el derecho que consideren adecuado (ver, por ejemplo, el artículo 57(2) de la ley peruana sobre arbitraje).

375. La Ley Modelo de la CNUDMI (y las leyes nacionales que le siguen) se atiene a criterios más tradicionales sobre el particular. Sin embargo, dichos instrumentos se pueden interpretar en términos amplios, tanto en teoría como en la práctica del arbitraje, en una manera que no derive en perspectivas “nacionales”. La disposición del artículo 28(2) aparentemente restringe al árbitro, a quien no deja en libertad de elegir el derecho aplicable, y supuestamente le impide aplicar el derecho no estatal. Sin embargo, se ha sostenido que un árbitro que hace caso omiso de esa disposición no pone en riesgo su laudo, debido a la ausencia, en la Ley Modelo de la CNUDMI, de cláusulas de supervisión, por los tribunales del Estado, del razonamiento que llevó a la determinación del derecho aplicable. No obstante, si bien es cierto que no hay control judicial al respecto ni en el recurso de anulación ni en la Convención de Nueva York, este aspecto debe considerarse dentro de las disposiciones atinentes al orden público, tema que se analiza en detalle más adelante en la parte décima séptima.

C. Enfoques para la aplicación de las normas de conflicto de leyes

376. Hay grandes diferencias acerca del enfoque que debería utilizarse en un marco arbitral para determinar el derecho aplicable en ausencia de una elección efectiva por las partes. Las cláusulas de la Convención de México pueden servir de guía eficaz también para los arbitrajes internacionales establecidos en jurisdicciones dentro de las Américas. Algunos Estados han optado por la vía directa y omitido toda referencia a las normas de conflicto de leyes. Esto es también lo que han hecho las reglas de arbitraje de muchas instituciones, lo cual sirve de base para los árbitros que aplican la Convención de México en uso efectivo de esas potestades. En ausencia de disposiciones de esa índole, se han utilizado los enfoques indicados a continuación en el derecho comparativo.

1. Normas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje

377. Originalmente, la tendencia manifestada en los laudos emitidos era la de otorgar prevalencia a las normas de conflicto de leyes respecto del lugar del arbitraje. De hecho, en una antigua resolución del IDI adoptada en 1959 se indicó lo siguiente: “Las normas de elección del derecho vigentes en el Estado donde se encuentra la sede del tribunal arbitral deberán ser aplicadas para determinar el derecho aplicable al fondo de la disputa”²⁰⁰. Este enfoque recibió un apoyo tácito por mucho tiempo, especialmente en las jurisdicciones de *common law*. De hecho, el Segundo Restatement de la Ley estadounidense sobre Conflicto de Leyes señala que la selección de la sede del arbitraje presume una “demostración de la intención de que el derecho local del país rija la totalidad del contrato” (§ 218, comentario b) [traducción no oficial].
378. Sin embargo, la determinación de la sede es con frecuencia fortuita, especialmente cuando la decisión no la toman las partes sino el tribunal arbitral o una institución de arbitraje. Otras veces, las partes eligen la sede por razones distintas de las de sus normas de conflicto de leyes, como por ejemplo la neutralidad política del país, su cercanía o los servicios logísticos que ofrece. Por lo tanto, según se desprende de laudos recientes, parece irse perfilando la tendencia de que al determinar el derecho aplicable al fondo del caso, el árbitro deja de lado las normas de conflicto de leyes del foro²⁰¹.

²⁰⁰ Artículo 11.

²⁰¹ Tribunal Arbitral Ad Hoc, laudo del 10 de octubre de 1973, V Yearbook Comm. Arb. (1980), 143 (148); laudo CCI 2637 de 1975, en: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 13 (15); laudo CCI 1422 de 1966, en: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 185 (186). Laudo en: Sapphire International Petroleum Ltd. c. The National Iranian Oil Company (1964), 13 ICLQ 1011. Laudo CCI 3540 de 1980, VII Yearbook Comm. Arb. (1982), 124 (127). Centro Regional de El Cairo de Arbitraje Comercial Internacional, laudo parcial, 23 de junio de 2000, número 120/1998, en: Eldin (ed.), Laudo arbitral del Centro Regional de El Cairo de Arbitraje Comercial Internacional (2000), 25 (28). Laudo CCI 3540 de 1980, VII Yearbook Comm. Arb. (1982), 124

2. Normas de conflicto de leyes de otras jurisdicciones

379. Una postura es la de propugnar la aplicación del derecho del Estado del árbitro, sobre la base de que éste conoce mejor sus propias leyes. Sin embargo, se trata de una postura poco convincente, pues insinúa que los árbitros son incapaces de aplicar normas de conflicto diferentes de las suyas propias, postulado éste que se ha desestimado hace tiempo. Además, puede que el Estado del árbitro no tenga relación alguna con la controversia, al margen de ser su país de origen, lo cual crearía una relación aún más débil que la de la sede del arbitraje. Este enfoque también plantea el problema práctico de la determinación del país de origen del árbitro, es decir, si el factor determinante debería ser el de la nacionalidad, ciudadanía, domicilio o residencia del árbitro. Además, en la práctica, un tribunal arbitral tiende a estar constituido por árbitros de distintos países.
380. Otra postura sería la de dar efecto al derecho del Estado cuyos tribunales hubieran tenido jurisdicción de no haberse pactado un arbitraje. Este criterio no ha prevalecido, sea porque un arbitraje no es comparable al mecanismo de resolución de controversias de un Estado, o bien porque en algunos casos pueden presentarse conflictos de jurisdicción debido a diferencias entre las normas respectivas de los Estados.
381. También se ha sugerido aplicar el derecho del Estado donde se ejecutará el laudo, lo cual sin embargo no resulta práctico por ser ello imprevisible, además de que el laudo podría tener ejecución en más de un país. Sea como fuere, los laudos a menudo reflejan soluciones a las que los árbitros llegan sobre la base de los argumentos esgrimidos por las partes, a fin de no sorprenderlas demasiado con sus decisiones.

3. Aplicación acumulativa de las normas de conflicto de todos los Estados que tienen una conexión

382. Según este enfoque, los árbitros deberían llevar a cabo un proceso comparativo para determinar si hay algún conflicto entre los sistemas jurídicos vinculados con el caso. Ello presenta la ventaja de ser congruente con el carácter transnacional del arbitraje comercial internacional, además de ser más acorde con las expectativas de las partes y de reducir la posibilidad de impugnaciones que aleguen que se utilizó un derecho incorrecto, en las raras instancias en las que una impugnación es posible.
383. No obstante, este mecanismo, que es bastante costoso, solo resulta útil cuando las reglas son similares o convergentes, o por lo menos apuntan al mismo resultado, a menos, por supuesto, que se determine que es suficiente “adoptar el derecho que se revela con más frecuencia como la ley aplicable”. Esto significa que el valor persuasivo de este enfoque es inversamente proporcional al número de derechos aplicables que surgen de la aplicación de los distintos conjuntos de normas de conflicto de leyes. Además, deja amplia discreción a los árbitros para decidir qué normas de conflicto de leyes presentan un vínculo con la controversia y, por lo tanto, se deben tener en cuenta.

D. Aplicación de principios generales o de derecho no estatal

384. Una alternativa al enfoque de las normas de conflicto de leyes es la aplicación de “principios generales” del derecho internacional privado, alternativa que también supone un criterio comparativo, pero prestando menos atención a la conexión entre esas normas y la relación contractual en disputa. Para ello se tiende a recurrir a convenios internacionales en busca de orientación acerca de esos principios generales, especialmente al Convenio de Roma y ahora el Reglamento Roma I, sin perjuicio de si las partes están sujetas o no a dichas reglamentaciones.
385. A este enfoque se le ha dado un uso limitado pues aumenta la incertidumbre del análisis sobre conflictos de leyes al requerir un análisis en dos partes, pero sin arrojar ningún beneficio palpable. El criterio requiere primero identificar cual es el Estado que tiene las “conexiones más estrechas” con una controversia. Luego se deben identificar las normas de conflicto de leyes de ese Estado. En definitiva, se deben aplicar esas normas de conflicto de

(128). Laudo CCI 4434 de 1983, en: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 458, 459; laudo CCI 2730 de 1982, en: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 490 (491).

leyes para escoger el derecho sustantivo, lo cual a su vez implica realizar otro análisis potencialmente complejo.

386. Sin embargo, de aplicarse las disposiciones de la Convención de México partiendo de una interpretación liberal, la conexión más estrecha tal vez no conduzca necesariamente a un derecho nacional sino a la *lex mercatoria* u otras formas de derecho no estatal. Podría ser preferible aplicar instrumentos de derecho uniforme, como los Principios UNIDROIT, en lugar del criterio del conflicto de leyes, cuyas complejidades acaban de enunciarse.
387. El hecho de aplicar un derecho no estatal antes que el derecho nacional puede ser útil bajo distintos supuestos. Por ejemplo, puede ser que el derecho local potencialmente aplicable no ofrezca una solución viable para el asunto. Un ejemplo de ello sería el de los intereses pagaderos con respecto a un préstamo, cuestión que a menudo no se aborda en el derecho islámico. Otro ejemplo podría ser el de la falta de marco jurídico para los contratos celebrados por Internet. Otras veces, las leyes de las partes proponen soluciones opuestas y el empleo de las normas de conflicto de leyes por sí solas no determinaría el resultado. En esos casos, la aplicación de un derecho no estatal ofrece una vía neutral para resolver la controversia, sin vulnerar las susceptibilidades de quien resulte “perdedor”. Así también, si el derecho de ambas partes o ambos Estados con los que el contrato está conectado y el derecho no estatal ofrece una solución idéntica, el juez o árbitro podrá basarse directamente en el derecho no estatal sin necesidad de declarar un “ganador”. A veces también un tribunal arbitral puede considerar insatisfactorio un enfoque que conduzca a la elección de un derecho nacional, pues llevaría a aplicar, a una transacción internacional, un derecho nacional diseñado para el comercio interno. Sin embargo, en cualquier actuación de esa índole, antes de tomar una decisión es necesario escuchar la postura de las partes.
388. Este tema se ha abordado en la legislación nacional de algunos Estados. Por ejemplo, en *Francia* el nuevo Código de Procedimiento Civil dispone que el tribunal arbitral podrá dirimir controversias de conformidad con las normas del derecho elegido por las partes o, en su defecto, de conformidad con las que considere adecuadas, tomando en cuenta en todos los casos las prácticas del comercio²⁰². El informe explicativo sobre ese nuevo Código recalca que los artículos pertinentes establecen la existencia de un orden jurídico autónomo para el arbitraje internacional²⁰³. Otros Estados han adoptado iniciativas similares²⁰⁴. En *México*, el artículo 1445 del Código de Comercio señala que, si las partes no indicaren la ley [que debe regir el fondo de litigio], el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable. En *Perú*, la legislación no solamente contempla la *vía directa*, sino que además autoriza expresamente a los árbitros a aplicar las “normas de derecho” que consideren adecuadas (véase *infra* el análisis sobre la *vía directa*).
389. Contrariamente a la muy difundida pero desacertada preocupación de que el método de las normas trasnacionales, que entraña aplicar o tener en cuenta el derecho no estatal, se traducirá en mayor incertidumbre, la previsibilidad del resultado queda más asegurada mediante este método que por el método clásico del conflicto de leyes. Las partes que no hayan tomado la precaución de elegir el derecho aplicable a su contrato podrían verse más sorprendidas por la aplicación de un derecho nacional desconocido que por la de un conjunto de normas no estatales que sea reflejo de un amplio consenso.
390. Como se ha señalado líneas arriba, si bien tradicionalmente los árbitros han recurrido a las normas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje o del Estado del árbitro, más recientemente se ha venido perfilando la tendencia de aplicar las normas de conflicto de leyes de todos los Estados que tengan conexión con el caso que se está ventilando o, como alternativa, las normas de conflicto de leyes que los propios árbitros consideran pertinentes en cada caso, o incluso permitir que éstos desestimen todas las normas sobre conflictos y

²⁰² Con sus enmiendas en virtud del Decreto 2011-48 de 2011, artículo 1511.

²⁰³ *Íd.*

²⁰⁴ La autonomía de los árbitros también está consagrada en los Códigos de Procedimiento Civil *belga* (artículo 1700), *neerlandés* (artículo 1054) e *italiano* (artículo 834).

determinen el derecho sustantivo aplicable que consideren adecuado “directamente” o *en vía directa*, tema que se expone a continuación.

E. Uso de la *vía directa*

391. La expresión *voie directe* (término francés que significa *vía directa*) o “método directo” es muy conocida en la jerga arbitral. Este método permite que los árbitros elijan el derecho sin necesidad de remitirse a ninguna norma de conflicto de leyes. Al aplicarlo, el árbitro probablemente considere también principios del derecho internacional privado, por lo menos en su razonamiento interno, pero sin obligación de dar una explicación o fundamento jurídico. Ello, a pesar de que, según la mayoría de las normas de arbitraje, en ausencia de un acuerdo diferente por las partes, el laudo deberá “contener las razones en las que se fundamenta”.
392. El método directo no debería considerarse arbitrario y, sea como sea, pueden tomarse como puntos de referencia conceptos que forman parte del enfoque de conflicto de leyes, como la “conexión más estrecha” o el “lugar de cumplimiento”. En particular, cuando el resultado del caso difiere en función del derecho aplicado, los árbitros no escogerían el derecho aplicable a la controversia según el resultado previsto. En consecuencia, el resultado previsto no siempre llevará a los árbitros a elegir el mismo método. El método que parece ser el de fundamento más sólido variará en función de las circunstancias de cada caso.
393. El método directo, ahora incorporado en el Reglamento de Arbitraje de 2010 de la CNUDMI (artículo 35), es considerado como uno de los grandes avances con respecto al reglamento anterior de 1976, y también representa un avance con respecto a la Ley Modelo de la CNUDMI, que en su artículo 28(2) no lo contemplaba.
394. Cuando se deliberó acerca de las enmiendas al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se manifestaron distintos puntos de vista acerca de si un tribunal arbitral tenía o no discreción para designar “normas de derecho” cuando las partes no hubieran elegido un derecho aplicable. La decisión fue que las normas debían ser congruentes con el artículo 28(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI, relativo a que el tribunal arbitral aplique el “derecho” en lugar de las “normas del derecho” que se haya determinado que son aplicables²⁰⁵.
395. Es necesario abordar de manera expresa el tema de la relación existente entre este último método “directo” y el uso del derecho no estatal como el aplicable al fondo de la controversia. Incluso cuando utilizan el método “directo”, los tribunales arbitrales suelen aplicar un determinado derecho sustantivo nacional. Sin embargo, a título excepcional también pueden recurrir al derecho no estatal, cosa que de hecho hacen más frecuentemente. Esto es lo que ocurre especialmente en los casos de la denominada “elección negativa implícita”, es decir, cuando de las circunstancias se puede inferir que las partes tuvieron la intención de excluir la aplicación de algún derecho nacional (por ejemplo, si una de las partes es un Estado o un organismo gubernamental y, durante largas negociaciones, ambas partes han dejado en claro que ninguna de ellas aceptaría la aplicación del derecho nacional de la otra o de un tercer Estado; o bien cuando las partes escogen de manera expresa como derecho aplicable, sin ninguna definición ulterior, los “principios generales del derecho comercial internacional”, los “principios de justicia natural”, la “*lex mercatoria*” o normas similares; o bien cuando las partes se remiten a “derechos” inexistentes como el “derecho europeo”, el “derecho latinoamericano” o los “Principios y Reglas de la CCI”; o bien, por último, cuando las partes escogen como derecho rector de sus contratos los INCOTERMS, las RUU, etc.). Sin embargo, con frecuencia se logra el mismo resultado también en los denominados casos de conexiones múltiples, es decir, cuando el contrato no dice nada en cuanto al derecho aplicable, pero presenta factores de vinculación con una multiplicidad de Estados, ninguno de los cuales es suficientemente predominante como para justificar la aplicación del derecho nacional respectivo con exclusión de todos los demás. Según lo demuestran los numerosos laudos arbitrales que obran en la base de datos UNILEX, en casos como aquellos los tribunales

²⁰⁵ Véase el párrafo 39 en la página 36 de la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.

arbitrales de todo el mundo, mayormente, han dejado de insistir en la aplicación de un determinado derecho nacional como el aplicable al fondo de la controversia, sino que prefieren recurrir a un conjunto de normas equilibrado, integral y reconocido internacionalmente, como los Principios UNIDROIT.

396. Vale la pena contrastar la solución de la Ley Modelo de la CNUDMI (*vía indirecta*) con la solución más innovadora adoptada en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su artículo 35(1) (*vía directa*). En tanto que la primera autoriza a los árbitros a elegir las normas del derecho internacional privado que consideren más convenientes para determinar el derecho aplicable al contrato, la segunda los autoriza a escoger, de manera directa, el derecho aplicable a dicho contrato. Esta última solución ha sido adoptada en las normas de la mayoría de los institutos de arbitraje (como las de la CCI y las de la *American Arbitration Association* (“AAA”), entre otras). En consecuencia, cuando las partes deciden que el arbitraje se lleve a cabo de conformidad con determinadas reglas de arbitraje, adoptan la segunda solución (*vía directa*), no la primera (*vía indirecta*). Dependiendo de si el Estado en el que se lleva a cabo el arbitraje ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI o bien si ha enmendado su derecho nacional en tal sentido, es dable prever que la segunda solución (*vía directa*) tenga una mayor aplicación práctica.
397. El método de la *vía directa* se ha incorporado en las leyes de arbitraje modernas de varios Estados²⁰⁶, incluidos muchos de las Américas²⁰⁷.

13.1 El régimen jurídico interno acerca del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en cuanto a la ausencia de una elección efectiva del derecho, debería incluir el criterio flexible de los “vínculos más estrechos”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de México.

13.2 Los jueces y árbitros deberían aplicar el criterio flexible de los “vínculos más estrechos” partiendo de un enfoque de interpretación liberal.

PARTE DÉCIMA CUARTA

DÉPEÇAGE O “FRACCIONAMIENTO” DEL DERECHO

I. Noción de *dépeçage*

398. En el derecho internacional privado, el término francés *dépeçage*, o “fraccionamiento” del derecho, alude a la división del contrato, a fin de que diferentes partes del mismo puedan regirse por distintos derechos. Las partes contractuales pueden querer optar por esta vía por distintas razones. Por ejemplo, en un contrato de compraventa internacional, la mayoría de las obligaciones emanadas del mismo pueden regirse por el derecho de un solo Estado, aun

²⁰⁶ Se lo reconoce, por ejemplo, en las legislaciones de *Francia* (artículo 1511 del Código de Procedimiento Civil, enmendado en 2011), de los *Países Bajos* (artículo 1054(2) del Código de Procedimiento Civil), de *España* (Ley de Arbitraje, artículo 34(2)), de *Austria* (artículo 603(2) del Código de Procedimiento Civil, RGBl. No. 113/1895 con sus modificaciones en virtud de la Enmienda de 2013 a la Ley de Arbitraje, BGBl. No. 118/2013) y de *Eslovenia* (artículo 32(2) de la Ley de Arbitraje del 28 de abril de 2008).

²⁰⁷ En América Latina, la *vía directa* está consagrada en las leyes de *Colombia* (artículo 10 del Estatuto sobre Arbitraje Nacional e Internacional de 2012), *México* (artículos 1445 del Código de Comercio y 628 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *ad contrario*) y *Perú* (artículo 57 del Decreto Legislativo 1071 de 2008). En Perú, la legislación no solamente contempla la *vía directa*, sino que también autoriza expresamente a los árbitros a aplicar las “normas jurídicas” que consideren adecuadas, sin tener que fundamentarlo ni aplicar normas de conflicto de leyes. Los principales centros de arbitraje peruanos también aplican este enfoque. Véanse los artículos 21 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y 7 del Reglamento de Arbitraje de Amcham, Perú.

cuando sería preferible que las condiciones bajo las que el vendedor debe obtener certificados de inspección se rigieran por el derecho del o de los Estados de destino final de los bienes, o que el plazo límite para que el adquirente notifique de cualquier defecto en los bienes transferidos se rigiera por el derecho del lugar de entrega. Otro ejemplo es el de una cláusula que disponga el pago del capital e intereses, a opción del acreedor, en uno o más Estados, en la moneda de un determinado Estado, caso en el cual las partes suelen acordar que el derecho del Estado en el que se haya de efectuar el pago sea el que rija los temas relativos a la suma por pagar y la forma de pago.

399. El *dépeçage* es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes; no se encuadra dentro de las doctrinas decimonónicas de la localización, y de hecho Ronald Herbert, uno de los negociadores uruguayos de la Convención de México, dijo que su admisión dentro de ese instrumento podría estar profundamente reñida con los Tratados de Montevideo²⁰⁸.
400. Las opiniones de los académicos que se oponen al *dépeçage* se amparan en argumentos como los de su ventaja mínima ante los riesgos que éste supone debido a los problemas técnicos que podrían emanar de las discrepancias en cuanto al conocimiento y la aplicación de los distintos derechos elegidos. También se considera que constituye un arma en manos de la parte más fuerte en detrimento de la más débil, por poder manipularse aspectos del derecho aplicable que sean favorables a la más fuerte.
401. No obstante, incluso quienes se oponen al *dépeçage* deben admitir que determinados temas, como los relativos a la forma del contrato y a la capacidad de las partes, pueden regirse de manera más adecuada por distintos derechos y por las normas obligatorias del foro. Pueden, además, admitir que este tema se relaciona con el criterio de clasificar correctamente cada tema (forma del contrato y capacidad de las partes) en la única categoría que le corresponde.
402. Quienes abogan a favor del *dépeçage* señalan que la autonomía de la voluntad es un elemento que las partes tienen a su disposición para una mejor regulación de sus intereses, si lo estimasen procedente. Así pues, el principio sustenta la intención de las partes, y se dispone de normas obligatorias o reglas de orden público que impiden que la parte más fuerte lo utilice en contra de la más débil. Las normas obligatorias preeminentes y el *orden público internacional* limitan el riesgo de abuso por la parte más fuerte a través del *dépeçage*, si bien, obviamente, dicha parte puede utilizarlo en ventaja propia para evitar el uso de normas obligatorias y reglas de orden público simples que normalmente serían de aplicación como parte del derecho elegido.
403. Hay dos situaciones posibles respecto al uso del *dépeçage*. En la primera, la legislación dispone específicamente que las partes pueden elegir más de un derecho para regir el contrato, según lo contemplan determinadas codificaciones nacionales (véase *infra*, Sección III). En la segunda, se puede hacer una elección parcial del derecho aplicable y dejar que el resto de las obligaciones contractuales se determine de manera objetiva. El Reglamento Roma I permite expresamente esa elección parcial y especifica que las partes pueden elegir el derecho aplicable solo a parte del contrato (artículo 3.1). La Convención de México sigue el mismo criterio. Puede suscitarse una tercera situación si el derecho que eligen las partes no cubre todas las cuestiones que pudieran surgir. Por ejemplo, si un contrato se rige por la CIM, hay cuestiones que ésta excluye bajo su artículo 4, tales como la validez del contrato y sus efectos sobre la propiedad de los bienes vendidos. Según su artículo 7(2), “[L]as cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales...”, pero los temas no abordados por la misma deberán regirse por la ley suplementaria que

²⁰⁸ Según Herbert, el *dépeçage* podría parecer una herejía para el sistema de los Tratados de Montevideo. Herbert, Ronald, La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, RUDIP, Año 1 - N° 1, pág. 91.

hayan elegido las partes y, en su defecto, será necesario determinar el derecho aplicable, en cuyo caso el contrato podrá regirse por dos derechos diferentes²⁰⁹.

II. El *dépeçage* en la Convención de México y en los Principios de La Haya

404. La Convención de México señala en su artículo 7 que la elección del derecho "...podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo". Así pues, esta convención consagra el fraccionamiento voluntario. A su vez, el fraccionamiento involuntario está previsto en el artículo 9 de dicha convención, cuyo párrafo 3 estipula lo siguiente: "No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato", cosa que podría ocurrir, por ejemplo, si un juez o árbitro decidiera aplicar las reglas de un tercer Estado relacionado con el contrato, o bien normas o disposiciones obligatorias.
405. Los Principios de La Haya, en su artículo 2.2, disponen lo siguiente: "Las partes pueden elegir (a) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (b) diferentes derechos para diferentes partes del contrato". Como dichos principios incluyen el derecho no estatal dentro del significado de "derecho" estipulado en su artículo 3, también pueden elegirse fuentes no estatales.
406. En el Comentario a los PH (2.6) se tratan las razones de la multiplicidad de elecciones (por ejemplo, que una cláusula sobre el tipo de cambio esté sujeta a otro régimen jurídico) y los riesgos correspondientes (contradicción e incongruencia en la determinación de los derechos y obligaciones de las partes). En caso de efectuarse una elección parcial, sin indicarse qué derecho regirá el resto de la relación contractual, "el derecho aplicable al resto del contrato será determinado por el órgano jurisdiccional o tribunal arbitral conforme a las reglas aplicables en defecto de elección" (2.7). El Comentario (2.9) también indica que "[E]n la práctica, las elecciones parciales o múltiples [del derecho] pueden referirse, por ejemplo, a la denominación de la divisa del contrato, a cláusulas específicas relativas al cumplimiento de determinadas obligaciones, como la obtención de autorizaciones gubernamentales, o a cláusulas de indemnización".

III. El *dépeçage* y las legislaciones nacionales

407. *Argentina* permite un fraccionamiento voluntario total o parcial, sea expreso o tácito, al estipular que la elección del derecho "puede referirse a la totalidad o a partes del contrato" (Código Civil y Comercial, artículo 2651, primer párrafo *in fine*).
408. *Brasil* contempla el fraccionamiento en el artículo 9, párrafo 1 de su ley respectiva (LINDB).
409. En *Canadá*, en la provincia de Quebec, el Código Civil dispone específicamente que las partes podrán escoger más de un derecho para que rija su contrato (artículo 3111(3)).
410. En *Chile*, la doctrina trata la aceptación del *dépeçage* a tenor de lo estipulado en el tercer párrafo del artículo 16, que establece que "los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas". Si bien la postura tradicional da sustento a la doctrina del *dépeçage*, otra interpretación es que el significado correcto de las disposiciones citadas del artículo 16 es que si el contrato se ha de cumplir en Chile, estará regido en todo lo demás por las leyes chilenas. Por ende, si las consecuencias jurídicas (los "efectos") se determinan con arreglo a las leyes chilenas, importa que sean esas leyes y no otras las que determinen los requisitos o condiciones sustantivas que las acciones deberán cumplir.
411. En *Colombia*, sin autorizarlo expresamente, la legislación no prohíbe el *dépeçage*, que se acepta por interpretación dentro de un contexto determinado, según se desprende del

²⁰⁹ El Código Bustamante utiliza el *dépeçage* para reglamentar por separado los distintos temas de la relación contractual (por ejemplo, artículos 169-172, 176, 181 y 183).

artículo 13 de la Ley 80 de 1993 sobre Contratación Pública y el artículo 20 del Código Civil.

412. En *Panamá*, el artículo 70 de la Ley 61 de 2015 permite específicamente el *dépeçage* al establecer que “las partes en una relación contractual pueden sumeter el contrato a dos o más leyes siempre que lo permita la naturaleza del negocio jurídico internacional y la divisibilidad del derecho aplicable regule una determinada obligación o situación del negocio jurídico”. Sin embargo, este mismo artículo establece que no se puede permitir el despacho “si esta impide la ejecución del negocio objeto del contrato o es en fraude o perjuicio de una de las partes”.
413. En *Paraguay*, la nueva ley sobre contratos internacionales reproduce en su artículo 4.2 las disposiciones del artículo 2.2 de los Principios de La Haya.
414. En la *República Dominicana*, se puede hacer referencia a la Ley 544 de 2014, artículo 58, párrafo 2, el cual establece que “la elección de la ley aplicable podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.
415. En *Venezuela*, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o para una parte solamente, pues se permite el *dépeçage* voluntario. Si bien el artículo 29 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado no menciona expresamente la posibilidad de un fraccionamiento, ésta puede inferirse de la mención en dicha ley del derecho aplicable a las “obligaciones convencionales” y no simplemente a los “contratos internacionales”, con lo cual se ajusta a la Convención de México, ratificada por Venezuela. Por lo tanto, dado que el contrato es fuente de “obligaciones”, cada una de las obligaciones emanadas de un contrato puede estar sometida, por voluntad de las partes, a un derecho diferente. Esta interpretación se ve reforzada por la aplicación de los principios consagrados en la Convención de México para la interpretación de las normas del derecho y la integración de sus lagunas.

IV. Dépeçage y arbitraje

416. El foro del arbitraje tiene sus particularidades y la CNUDMI no aborda expresamente el tema del *dépeçage* ni en su Ley Modelo ni en su Reglamento de Arbitraje. Según la doctrina académica, el *dépeçage* es aceptado ampliamente de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que claramente prevalece en este contexto.
417. Mediante el *dépeçage*, las partes podrían obviar las normas de orden público, en tanto no se vean afectadas por las respectivas leyes del Estado del potencial foro que tenga potestad para desestimar o hacer cumplir el laudo. Véase *infra*, en la parte décima séptima, el análisis sobre orden público.
418. Otro tema distinto es el del derecho aplicable a la cláusula sobre arbitraje. Dicha cláusula se considera como un contrato en sí misma y se han manifestado diferentes posturas en cuanto al derecho que debería serle de aplicación, tal como el de la sede del arbitraje, el del contrato principal o el que favorece la validez de aquella cláusula.

14.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería admitir el “fraccionamiento” del derecho (*dépeçage*), en consonancia con las disposiciones de los artículos 7 y 9 de la Convención de México y del artículo 2.2 de los Principios de La Haya.

14.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a admitir el *dépeçage*.

PARTE DÉCIMA QUINTA

LA INTERPRETACIÓN FLEXIBLE EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

I. Justificativo

419. Las disposiciones sobre soluciones “flexibles” facultan al juez o árbitro a mitigar el rigor de la aplicación estricta de la ley. En materia de contratos internacionales, estas fórmulas pueden ser especialmente útiles para identificar una solución adecuada para el caso. Ello se debe en parte a que muchos sistemas jurídicos nacionales no están preparados para regular las transacciones internacionales. Por ejemplo, la negativa de un comprador a aceptar los bienes normalmente resulta mucho más gravosa en una compraventa internacional. En tal circunstancia, sería deseable que, aun reconociéndole este derecho al comprador, le sean impuestas ciertas obligaciones, como el resguardo o la reventa de los bienes.
420. Las transacciones internacionales comúnmente incluyen otros factores que complican la situación, que pueden incluir, entre otros, la gran distancia entre el comprador y el vendedor; requisitos adicionales, como licencias de importación y exportación cuya expedición depende de varias autoridades; o prohibiciones respecto de las transferencias de divisas. En estos casos, el juez o árbitro no puede actuar de manera servil o mecánica y aplicar ciegamente, en la resolución de una controversia internacional, disposiciones concebidas principalmente para situaciones internas.
421. Por lo demás, los jueces por lo general no se encuentran bien preparados para aplicar leyes nacionales y extranjeras. No es realista pretender que el poder judicial local esté igualmente capacitado en la aplicación del derecho nacional y el internacional.
422. En consecuencia, a menudo es imposible que los asesores jurídicos emitan una opinión con respecto a la interpretación y la aplicación del derecho nacional en relación con una cuestión compleja en un asunto transfronterizo o predecir cómo fallará un tribunal local. Algunos códigos o leyes nacionales pueden ser tan antiguos, o haber sufrido tantas enmiendas, que resulta imposible saber si está uno trabajando con un texto correcto. El problema se agrava incluso más en los países marcados por la corrupción judicial, la cual dificulta la predicción de los resultados sobre la base de la jurisprudencia o los precedentes de dudoso origen.
423. Los jueces y árbitros frecuentemente recurren a cláusulas de escape en busca de justicia en un caso individual, y a nociones de derecho internacional privado tales como la calificación, el reenvío, el orden público y otras, o incluso la invocación de derechos constitucionales o derechos humanos y hacerlo directamente (sin optar por la excepción en la política pública). Algunas decisiones de tribunales europeos son ilustrativas en este sentido²¹⁰.
424. Cuando las partes contratantes eligen el derecho de un tercer país, lo hacen principalmente apuntando a encontrar una solución neutral, a pesar de contar rara vez con un conocimiento profundo de esa legislación. Las sutilezas de las reglas sintetizadas por la jurisprudencia pueden representar una sorpresa para una parte extranjera. Esta cuestión fue abordada en un conocido laudo arbitral provisional en el que el tribunal decidió no aplicar una interpretación peculiar que la jurisprudencia daba al texto de una ley nacional, pues las partes eran empresarios internacionales experimentados y proceder en sentido opuesto “sería contrario a la realidad comercial”²¹¹.
425. Toda esta cuestión, por supuesto, merece un atento análisis. Es esencial efectuar un escrutinio caso por caso concentrándose en el legítimo interés de las partes. Si una de las partes desea la aplicación estricta de la ley a un caso específico, debe expresarlo y evitar así la posibilidad de que el juez o árbitro considere otras legislaciones o el derecho no estatal.

²¹⁰ Por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Alemana dictó un fallo histórico en este sentido en 1971, invocando los derechos constitucionales en la reinterpretación de su derecho internacional privado. *Spanierentscheidung*, mayo de 1971, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. En varias oportunidades, el Tribunal Europeo de Justicia ha basado sus decisiones en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; ha dictaminado que el alcance de la excepción de orden público al deber de reconocer los fallos civiles de otros Estados Miembros debe interpretarse de manera acorde con dicho convenio (*Krombach c. Bamberski*, Asunto C-7/98, (2000) ECR I-1935).

²¹¹ Arbitraje CCI No. 10279, enero de 2001.

De lo contrario, el juez o árbitro debería tener la suficiente discreción para llegar a una decisión apropiada teniendo en cuenta las circunstancias del contrato y el contexto internacional en el cual se ha desarrollado la relación.

II. Facultad para las interpretaciones flexibles en las operaciones internacionales

426. Por los motivos arriba descritos, las jurisdicciones internas deberían interpretarse de preferencia desde una perspectiva amplia o flexible, para encontrar la solución apropiada en casos que involucren transacciones transfronterizas. La facultad para hacerlo se deriva de diversas fuentes.
427. En primer lugar, debe tomarse en cuenta el hecho de que las jurisdicciones internas contienen ya lo que podrían considerarse disposiciones “flexibles”, que pueden derivarse de principios contenidos, por ejemplo, en las constituciones nacionales o en tratados de derechos humanos. Los tribunales nacionales tienen tanto el deber como la autoridad de aplicar estos principios.
428. En segundo lugar, muchos sistemas jurídicos tienen los mismos principios generales en común que los jueces o árbitros pueden interpretar de manera amplia, aunque congruente. Algunos ejemplos incluyen principios tales como *buena fe*, *fuerza mayor* y *trato injusto*. A este respecto, el derecho comparado ha demostrado ser muy eficaz como herramienta de auxilio interpretativo. Las jurisdicciones internas que incluyen principios como el de la buena fe pueden interpretarse en primer lugar a la luz de las soluciones internacionales, como las de los Principios UNIDROIT²¹².
429. La construcción comparativa adquiere aún más valor en un contexto internacional. Una razón es que es imposible disociar al derecho del lenguaje de su expresión. Términos como *cure*, *reliance*, *consideration*, *misrepresentation* o *frustration* [rectificación, confianza, consideración, falsa declaración o frustración] exigen una interpretación amplia, particularmente cuando una de las partes no proviene de la tradición del common law. Lo propio puede decirse de los términos causa, conversión u obligaciones de medios y resultados, que no han sido desarrollados en el sistema del common law.
430. La flexibilidad descrita en esta sección se relaciona con el uso de flexibilidad en la aplicación de los principios del derecho nacional que no son adecuados para las transacciones internacionales y no incluye el derecho del juez o árbitro de hacer caso omiso a los términos del acuerdo real de las partes. Mientras que un enfoque flexible a menudo sirve como fundamento al derecho de los Estados que está basado en códigos y en los que la flexibilidad y la buena fe adoptan un papel central por cuenta de la realidad de un sistema basado en códigos, en el sistema del common law, aunque los resultados tal vez no sean distintos, los principios subyacentes sí lo son²¹³.

III. Flexibilidad en la aplicación de las “costumbres” y los “usos”

431. En las operaciones regidas por las jurisdicciones nacionales, las partes pueden incluir “costumbres” o “usos” (véase *supra* el análisis en la parte sexta, II.A). Pueden hacerlo expresamente mediante el uso de la incorporación por referencia, como cuando adoptan las reglas INCOTERMS de la CCI. En muchos sistemas también pueden hacerlo de manera implícita. Así sucedería con una costumbre que, no siendo específica de las partes, es ampliamente conocida y aceptada, y que debería interpretarse como incluida en las intenciones de las partes. En este sentido, los usos de comercio pueden reputarse internalizados dentro del contrato como una expresión de la voluntad de las partes. De esta

²¹² Se puede observar una comparación de su interpretación por otros tribunales, por ejemplo, en la base de datos UNILEX, que recoge casos al respecto (www.unilex.info).

²¹³ Estados Unidos, por ejemplo, tiene el principio de *stare decisis* [atenerse a lo decidido], y con frecuencia se aplican los principios de “flexibilidad”, como la teoría del estoppel [impedimento legal] a través de la jurisprudencia. Los tribunales estadounidenses también han implicado el deber de la buena fe en el cumplimiento de contratos fuera del CCU, pero la buena fe se limita a los deberes específicos establecidos en el contrato. Se debe considerar cuidadosamente la diferencia entre los sistemas basados en códigos y el sistema de common law, particularmente cuando se trata de Estados Unidos, donde los principios de “flexibilidad” desempeñan un papel secundario frente a las reglas aplicables de interpretación.

manera, las “costumbres” prevalecen por sobre las disposiciones supletorias de las jurisdicciones internas.

432. También es deseable contar con esto en los contratos comerciales internacionales. Las costumbres que se han incorporado implícitamente deberían prevalecer sobre una disposición supletoria en contrario que figure en el derecho elegido o aplicado por los jueces o árbitros en la medida en que éste contradiga la práctica usual en el comercio internacional. Al respecto, la CIM (artículo 9(2)) y los Principios UNIDROIT (artículo 1.9) disponen que las costumbres son aplicables aun cuando las partes no hayan sabido de su existencia, en tanto sean ampliamente conocidas y regularmente observadas en el comercio en cuestión y las partes hayan debido conocerlas.

IV. Flexibilidad en la aplicación de los “principios”

433. Con frecuencia, las partes de un contrato comercial internacional incluyen una referencia a los principios generales, ya sean como supletorios al derecho nacional elegido o directamente aplicables a cualquier posible controversia. Adicionalmente, los principios suministran herramientas para la interpretación flexible, tanto en el orden nacional como en el internacional. Muchos sistemas nacionales aceptan principios como la buena fe o la equidad en la interpretación de disposiciones legales específicas a fin de arribar a resultados justos. Lo propio ocurre en los contratos comerciales internacionales cuando los jueces y árbitros se valen de estos principios para lograr resultados acertados.

V. Rol pionero de la OEA a favor de la flexibilidad

434. Instituido hace décadas, el artículo 9 de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado dispone que: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”²¹⁴.
435. Esta disposición introduce un elemento de flexibilidad en relación con los problemas que emanan de la aplicación simultánea de varias leyes en un caso específico. El artículo 9 prevé dos criterios: aplicar las políticas legislativas que subyacen a cada una de las normas y lograr la equidad en un caso específico. Esto debe interpretarse en un sentido amplio. Si se considera solamente dentro de sus estrechos términos literales, la norma operará solamente en casos de *dépeçage*. Pero si se interpreta ampliamente, la norma adquiere pertinencia en casi cualquier caso en que se apliquen varias leyes a distintos aspectos, relaciones y categorías jurídicas.
436. La Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado ha sido ratificada por varios Estados de la región (Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela). Ningún Estado de la tradición del common law la ha ratificado, a pesar de que la solución que esta Convención ofrece se derivó de fórmulas que habían sido propuestas por juristas de ese sistema.

VI. La fórmula flexible de la Convención de México

437. La Convención de México también contiene una fórmula flexible que puede utilizarse en la determinación del derecho aplicable. En su artículo 10 establece que “(a)demás de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Aun cuando la redacción análoga del antes citado artículo 9 había sido sugerido por el sistema del common law, el artículo 10 de la Convención de México fue propuesto por Gonzalo Parra

²¹⁴ Nota 183 *supra*.

Aranguren, Presidente de la delegación venezolana, quien provenía de la tradición del derecho civil²¹⁵.

438. Se han planteado debates sobre si el artículo 10 tiene un rol meramente supletorio. Sin embargo, el texto indica claramente su aplicabilidad cuando la justicia lo requiere. Más aún, la Convención de México dispone que, para interpretarla y aplicarla, “se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”. Esto introduce un antecedente claro de autoridad en cuanto a que la interpretación debe hacerse dentro de esta perspectiva ampliada.
439. El entendimiento en las deliberaciones sostenidas previas a la adopción de la Convención de México era que este artículo 10 conduce a la *lex mercatoria*²¹⁶. Sin embargo, a la fecha persisten dudas sobre la interpretación de esa expresión (véase *supra* el análisis en la parte sexta, II.C) en el sentido de que ese es un tema distinto al valor de la fórmula correctiva.

VII. La fórmula flexible en las legislaciones nacionales

440. Solamente unos cuantos Estados disponen de legislación con disposiciones semejantes a las del artículo 10 de la Convención de México. En *Canadá, Chile, Colombia y Guatemala* no existe una disposición equivalente, aunque estos países sí cuentan con leyes que incluyen normas flexibles aplicables a cuestiones arbitrales.
441. En *Argentina* se han incluido disposiciones en este sentido en el nuevo Código Civil y Comercial. El artículo 2653 dispone que, excepcionalmente, a pedido de parte y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso. Esta regla reitera, con referencia concreta a los contratos, la disposición general contenida en el artículo 2597.
442. En *Paraguay*, el artículo 12 de la ley de contratos internacionales reproduce textualmente la disposición del artículo 10 de la Convención de México.
443. El Código Civil de *Perú* alude a la aplicación de los principios y criterios consagrados por la doctrina del derecho internacional privado (artículo 2047).
444. En la *República Dominicana*, la nueva Ley del Derecho Internacional Privado estipula que: “Además de lo dispuesto en este artículo, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de aceptación general” (Ley 544 de 2014, artículo 61, párrafo II).
445. En *Venezuela*, el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado reproduce el artículo 10 de la Convención de México.

VIII. La fórmula flexible en el arbitraje

446. El artículo 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI prevé que: “En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.” Esta fórmula había estado incluida originalmente en el Convenio Europeo (artículo VII) y en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (artículo 33) y todavía se conserva en el Reglamento actual de 2010 (artículo 35(3)).
447. En las deliberaciones del grupo de trabajo que elaboró el artículo 28 de la Ley Modelo de CNUDMI se dejó en claro que el tribunal tenía que tomarlos en cuenta *en todos los casos*

²¹⁵ Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales, documento OEA/Ser.K/XXI.5 (17 de marzo de 1994). Véase también: La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), México, 1994), en: Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, páginas 219 y 220.

²¹⁶ Informe de la Reunión de Expertos, nota 19 *supra*.

[énfasis agregado]. Se otorga así un amplio margen de decisión al tribunal arbitral en la resolución de los casos en particular, “divorciándolo” de un sistema nacional específico²¹⁷.

448. Estas disposiciones rescatan el espíritu de los orígenes históricos del arbitraje y apuntan a situarlo en el contexto internacional en que se desarrolla. La aplicación de una regla como esta lleva a un enfoque cosmopolita, lo cual ha sido reconocido, por ejemplo, por un tribunal arbitral con asiento en Costa Rica²¹⁸. En un arbitraje con sede en Argentina, a pesar de que ambas partes designaron la ley argentina como aplicable, el tribunal arbitral recurrió a los Principios UNIDROIT como usos y prácticas comerciales internacionales que reflejan las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la práctica contractual internacional, diciendo que, como tales, de acuerdo al artículo 28(4) de la Ley Modelo de CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, deben prevalecer sobre cualquier derecho nacional²¹⁹.
449. ¿Están los árbitros operando *contra legem* en estos casos? La respuesta es claramente que no. Cuando una parte elige un derecho substantivo aplicable y una jurisdicción que haya adoptado la Ley Modelo de CNUDMI, también está eligiendo el artículo 28(4) con su fórmula flexible. Además, el artículo 2 de la reforma del 2006 enfatiza su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. Puede alegarse

²¹⁷ CNUDMI (1975). Informe del Secretario General sobre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Volumen VII [en línea]. Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en inglés en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1976-e/vol7-p157-166-e.pdf> (acceso del 28 de enero de 2019).

²¹⁸ Arbitraje Ad Hoc en Costa Rica, 30.04.2001, UNILEX, en el que se citan otros laudos de la CCI en este sentido. “Los estatutos y la jurisprudencia nacionales no solamente son aplicables a este caso, sino también los reglamentos sobre el comercio internacional que están conformados esencialmente por los principios y usos admitidos en general en el comercio sobre los que hayan acordado las partes en la cláusula décima de la carta de intención que señala que actuarían, entre sí, con base en la buena fe y las buenas costumbres y con respecto a la mayoría de los términos y prácticas empresariales más sólidos y amigables.” Esta afirmación le permite al tribunal utilizar estas reglas como lo ha hecho la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en casos similares (Cf. Laudos 8908 de 1996 y 8873 de 1997; Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje, vol. 10/2-Fall-1999, páginas 78 ss.).

²¹⁹ Laudo Arbitral Ad Hoc de 10.12.1997 / UNILEX. A pesar de que ambas partes habían basado sus alegatos en disposiciones específicas del derecho argentino, el Tribunal Arbitral decidió aplicar los Principios UNIDROIT. Sostuvo que los Principios UNIDROIT constituían usos del comercio internacional que reflejaban las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la práctica contractual internacional y, como tales, de acuerdo con el artículo 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, debían prevalecer sobre cualquier derecho nacional. En los méritos del caso, el Tribunal rechazó el argumento propuesto por el demandado según el cual el contrato se incumplió por un error y sostuvo que la comunicación del demandado a los demandantes en la que se informaba el descubrimiento de las deudas ocultas no podría ser considerada aviso apropiado de invalidación según el artículo 3.14 de los Principios UNIDROIT, pues no solamente no se indicaba la intención de no cumplir el contrato, sino que su intención era persuadir a los demandantes de que su propósito era continuar con el contrato, solo que en una versión modificada. Además, el Tribunal sostuvo que la conducta subsecuente del demandado (en particular su propuesta de terminar el contrato por acuerdo, el pago de otra parte del precio y el haber entrado en negociaciones con vista a modificar el contrato) llevó a una confirmación del contrato según el artículo 3.12 de los Principios de UNIDROIT (en este punto el Tribunal también se refirió expresamente al Comentario al artículo 3.12). Acerca de la demanda de reducción del precio, el Tribunal concedió una reducción de solo el 65% de las deudas ocultas. Un motivo para esta decisión fue que el contrato había sido redactado por el comprador, por lo que sus disposiciones, incluida la que contenía la garantía del vendedor con respecto a deudas ocultas, de acuerdo con el artículo 4.6 de los Principios UNIDROIT, tenía que interpretarse en un sentido más favorable para los vendedores.

que una disposición como esta impone un mandato legal a los árbitros en favor de una interpretación desde una óptica ampliada.

450. Asimismo, debe considerarse que, incluso en el arbitraje, las partes frecuentemente eligen derechos nacionales en lugar de un derecho no estatal, para minimizar el riesgo de impugnación en la sede de la actuación judicial o en el eventual lugar de ejecución. Se ha argumentado que los árbitros pueden atenuar las consecuencias injustas de esto haciendo referencia o recurriendo a la fórmula flexible.
451. Sin embargo, el árbitro debe ser también extremadamente cuidadoso cuando las partes han fundamentado sus argumentos exclusivamente en un derecho que ellas mismas han elegido, para no comprometer el debido proceso. El buen árbitro debe cerciorarse de que las partes hayan tenido, en su caso, la oportunidad de discutir acerca del posible alcance y la pertinencia de los usos internacionales y los principios que resultarían aplicables al caso en atención a lo que expresa el contrato o pueda derivarse implícitamente de él.
452. También debe considerarse cualquier requisito legal para que los árbitros basen sus decisiones en la ley, a fin de evitar posibles alegatos de arbitrariedad. Si los árbitros hacen caso omiso de la elección de derecho hecha por las partes, esto podría considerarse como un exceso de poderes.
453. Las legislaciones arbitrales de varios Estados latinoamericanos contienen textos análogos a la de la Ley Modelo de la CNUDMI²²⁰. Además del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, diversos reglamentos arbitrales contemplan una fórmula flexible. El reglamento de arbitraje de la CCI de 2012 dispone que “el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes”, una disposición que se mantuvo en la nueva edición de 2017²²¹. Las Reglas de Arbitraje Internacional de 2009 de la American Arbitration Association contienen una disposición similar²²². En Latinoamérica, la misma fórmula se consigna en los reglamentos de varios centros de arbitraje²²³.

²²⁰ Un mandato de atender en todos los casos las estipulaciones contractuales y los usos mercantiles pertinentes puede encontrarse en *Bolivia* (artículos 54 y 73 de la Ley 1770); *Costa Rica* (artículo 22 del Decreto Ley 7727 de 1997); *Chile* (artículo 28.4 de la Ley 19.971 de 2004); *Guatemala* (artículo 36.3 del Decreto Ley 67-95); *México* (artículo 1445 del Código de Comercio); *Nicaragua* (artículo 54 de la Ley 540 de 2005); *Panamá* (Decreto Ley No. 5, del 8 de julio de 1999, sustituida ahora parcialmente por la Ley de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional, Ley No. 131/2013); *Perú* (artículo 57.4 del Decreto Legislativo 1071 de 2008); *Paraguay* (artículo 32 de la Ley 1879 de 2002); *República Dominicana* (artículo 33.4 de la Ley 489-08); y *Venezuela* (artículo 8 de la Ley sobre Arbitraje Comercial de 1998). En *Brasil* la Ley de Arbitraje estatuye que son las partes las que pueden facultar a los árbitros a tomar en consideración los principios generales del derecho, los usos y las costumbres y las reglas internacionales del comercio (*Lei de Arbitragem*, Ley 9307/96, artículo 2(2)). En *Ecuador*, la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 no hace referencia a los “usos mercantiles”, pero sí establece que, en los arbitrajes de derecho, los árbitros deben atender a los principios universales del derecho, lo cual de hecho podría, en su caso, englobar los principios del derecho comercial internacional.

²²¹ Reglamento de arbitraje de la CCI de 2012, artículo 21, edición 2017.

²²² Reglas de Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association de 2009, artículo 28.2

²²³ Por ejemplo, las Reglas del Centro de Arbitraje de México (2009); de la Cámara de Comercio de Santiago (2012); de la Cámara de Comercio de Caracas (2012); artículo 35 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay (2010); y artículo 21.2 de la Cámara de Comercio de Lima (2017).

15.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería reconocer la necesidad de una interpretación flexible, congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

15.2 Cuando las circunstancias lo requieren en la resolución de un caso concreto, y de estar autorizados, los jueces y árbitros deberían aplicar las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad de manera congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

PARTE DÉCIMA SEXTA

ALCANCE DEL DERECHO APLICABLE

I. Generalidades

454. El alcance del derecho aplicable debe distinguirse del alcance de los instrumentos. Esto último se discutió arriba en la parte quinta, con respecto a la Convención de México y los Principios de La Haya, y se refiere a asuntos cubiertos por estos instrumentos, ya sea por inclusión o por exclusión. En contraste, en esta parte décima sexta se considera el alcance del derecho aplicable, ya sea que la decisión sobre el derecho aplicable se haya tomado mediante elección efectiva del derecho por las partes o de alguna otra manera, y los aspectos que regirá ese derecho aplicable.
455. Todos estos instrumentos internacionales hacen referencia expresamente al alcance del derecho aplicable: la Convención de México, los Principios de La Haya y el Reglamento Roma I expresan todos, con una redacción ligeramente distinta, que el derecho aplicable al contrato regirá su interpretación y enuncian los derechos y obligaciones de las partes (no incluidos en Roma I), la ejecución y las consecuencias por falta de ejecución del contrato y las consecuencias de la nulidad o invalidez. Los Principios de La Haya agregan dos cuestiones adicionales: la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales.
456. La lista no es exhaustiva, pues los textos indican que el derecho aplicable “regulará *principalmente*” (artículo 14, primera oración, de la Convención de México), “*en particular*” (artículo 12.1 de Roma I) y “*rige todos los aspectos* del contrato entre las partes, *en particular...*” (Principios de La Haya, artículo 9.1) [énfasis agregado].
457. Como se señala en el Comentario a los PH (9.4), estos elementos se cuentan entre los más importantes de cualquier contrato. El concepto que comparten estos tres instrumentos es que el derecho elegido debe regir los aspectos principales del contrato. Como se señala en el Comentario a los PH (9.2): “Se trata de un planteamiento que garantiza la seguridad jurídica y la uniformidad de resultados y, de esta forma, reduce el incentivo de búsqueda del foro de conveniencia.” El derecho aplicable a cualquier aspecto de la relación contractual será el elegido por las partes, con independencia del tribunal judicial o arbitral que resuelva la controversia.
458. En virtud de su inclusión en las listas, estos aspectos deben ser considerados “contractuales”, cosa que no ocurre con todos ellos en todos los sistemas jurídicos. La especificación de que son estos aspectos los que deben regir el derecho aplicable al contrato reduce la probabilidad de que, de no ser así, tales aspectos sean clasificados como no contractuales y con ello se aliente la uniformidad de resultados.
459. Esto no impide, por supuesto, que las partes elijan distintos ordenamientos para regir diferentes partes del contrato (*dépeçage*), o incluso opten por uno de ellos únicamente para uno o más de los puntos mencionados en el artículo 9.1, por ejemplo, para la interpretación del contrato (véase *supra* un análisis sobre el *dépeçage*, en la parte décima cuarta).

II. Aspectos específicos

A. Interpretación

460. La interpretación del contrato está incluida en la lista de los tres instrumentos (Convención de México, artículo 14(a); Principios de La Haya, artículo 9(1)(a); y Roma I, artículo 12.1(a)). El ordenamiento apropiado o elegido, como se explica en el Comentario a los PH (9.5), “determina el significado que se atribuye a los términos empleados en el contrato... empleando los criterios de interpretación de [ese] derecho”.

B. Derechos y obligaciones de las partes

461. Si bien, en la Convención de México el alcance del derecho aplicable se extiende a “los derechos y las obligaciones *de las partes*” (artículo 14(b)), en el texto de los Principios de La Haya se hacen extensivos a “los derechos y obligaciones *derivados del contrato*” (artículo 9(1)(b)). Como se explica en el Comentario a los PH (9.5), el alcance debe extenderse solamente a los derechos y obligaciones contractuales. Es concebible que puedan surgir también derechos y obligaciones no contractuales entre las partes contratantes, que no estarían regidos por el derecho elegido para regir el contrato. Este aspecto no está incluido entre los enumerados en Roma I.

C. Ejecución y consecuencias del incumplimiento

462. Según la Convención de México, el alcance del derecho aplicable se extiende a “la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria” (artículo 14(c)). Roma I incluye entre su lista en el artículo 12.1, inciso (b), “cumplimiento”, mientras que el inciso (c) extiende su aplicación “dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal” a “las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas”. Sin embargo, el artículo 12.2 señala que: “En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.
463. En el mismo sentido, los Principios de La Haya estipulan “la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluso la valoración de los daños y perjuicios” (artículo 9(1)(c)).
464. En la Convención de México, la traducción al inglés del término español “daño” se debería interpretar como *loss* o *damage* en lugar de *injury* en el contexto en que se encuentra.
465. El Comentario a los PH (9.6) explica que el derecho elegido se extiende a regir asuntos como el nivel de diligencia, el lugar y el momento del cumplimiento o hasta qué punto puede cumplir la obligación una persona que no sea una de las partes. Asimismo, quedan sujetas al derecho elegido por las partes las cuestiones relativas al incumplimiento, como, por ejemplo, la indemnización y su cálculo, la orden judicial de cumplimiento, la restitución, la reducción por no mitigación de pérdida o la validez de las cláusulas penales.

D. Extinción de las obligaciones contractuales

466. Según la Convención de México, el alcance del derecho aplicable se extiende a “los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones” (artículo 14(d)). Una redacción similar en Roma I establece “los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones” (artículo 12.1(d)) y en los Principios de La Haya se disponen “los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad” (artículo 9(1)(d)). Como ya se ha señalado varias veces, la redacción tanto en la Convención de México como en la de Roma I se basa en el Convenio de Roma.
467. En la Convención de México, la traducción del término “extinción” se tradujo imprecisamente al inglés como *performed* (en español “cumplido”), siendo que la palabra correcta sería *satisfied*. En los informes preparativos del instrumento interamericano consta

la observación de que la Comisión aprobó el inciso (d) “disponiendo que las obligaciones, en la versión inglesa, debían ser *satisfied* y no *performed*”²²⁴.

468. Como se explicó sobre el derecho elegido por las partes en el Comentario a los PH (9.8) “sus normas determinan el inicio, el cómputo y la extensión de los plazos de prescripción y caducidad, amén de sus efectos, esto es, si suponen un argumento en favor del deudor o si extinguen los derechos y acciones del acreedor. El Derecho elegido por las partes rige estas cuestiones con independencia de su calificación jurídica conforme [al derecho del foro], lo que garantiza la armonía de resultados y la seguridad jurídica”.

E. Consecuencias de la nulidad o invalidez

469. Según la Convención de México, el alcance del derecho elegido se extiende a “las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato” (artículo 14(e)). El Reglamento Roma I hace referencia a “las consecuencias de la nulidad del contrato” (artículo 12.1(e)), mientras los Principios de La Haya hacen referencia a “la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato” (artículo 9(1)(e)).
470. La validez del contrato se trata, en la Convención de México, en las disposiciones contenidas en los artículos 12 y 13 del Capítulo III, que se expusieron ya en las partes novena y undécima. En contraste, en los Principios de La Haya este punto está incluido en esta disposición, que extiende el alcance de la aplicación del derecho elegido por las partes también a la validez del contrato. El Comentario a los PH (9.9) no distingue entre los términos “nulo” o “inválido”. Según esa interpretación, pero solamente en cuanto se refiere a las consecuencias, el alcance del derecho elegido en los tres instrumentos sería el mismo.
471. El Comentario a los PH también señala que “puede ocurrir que la cláusula de elección del Derecho aplicable sea válida, mientras que el contrato al que se aplica no lo sea” y observa que “en tal caso, las consecuencias de la nulidad del contrato siguen rigiéndose por el Derecho elegido por las partes”.

F. Registro de los contratos

472. La Convención de México dispone que: “El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos” (artículo 16). Debe resaltarse que la traducción del término en español “publicidad” al inglés debería ser *filing* o *notice* en vez de *publicity*.

G. Otros aspectos

473. Los Principios de La Haya también extienden el alcance del derecho elegido expresamente a “la carga de la prueba y las presunciones legales” (artículo 9(1), inciso f) y a “las obligaciones precontractuales” (inciso g). Estos asuntos son delicados debido a las divergencias existentes en las distintas legislaciones y en su consideración ya sea como de carácter procesal o sustantivo. Ante la dificultad para abogar por un cambio de régimen jurídico, en ocasiones puede ser más eficaz identificar las divergencias que haya entre derecho procesal y derecho sustantivo y recomendar estrategias para abordarlas o mitigarlas. Por ejemplo, cuando está permitido, las partes contratantes pueden acordar que ciertas presunciones rijan sus contratos y definir normas procesales que regulen sus derechos contractuales y cualquier controversia que surja de esos derechos.
474. El Comentario a los PH (9.11) explica que “las presunciones legales y las normas que determinan la carga de la prueba contribuyen a clarificar las obligaciones de las partes y están intrínsecamente ligadas al Derecho que rige el contrato. La consideración uniforme de estas cuestiones garantiza resultados armoniosos, brindando así seguridad jurídica.” Así

²²⁴ Informe del Relator de la Comisión I relativo al derecho aplicable a la contratación internacional OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1. Una evaluación completa de la importancia de la distinción entre estos dos términos en los sistemas jurídicos ingleses escapa al alcance de la Guía; en resumen, “satisfied” es más amplio que “performed” y puede incluir obligaciones de pago de acuerdo con el contrato, mientras que el segundo término puede ser limitado para que se refiera a obligaciones que no incluyan las de pago.

pues, son distintas de otros asuntos procesales²²⁵ que generalmente están excluidos del alcance del derecho elegido. La solución es congruente con el artículo 12(g) del Convenio de La Haya sobre Compraventa de 1986 y el artículo 18.1 de Roma I.

475. Con respecto a las negociaciones anteriores, el Comentario a los PH (9.12) señala que “una vez que las partes concluyen un contrato, las obligaciones nacidas de las negociaciones previas al mismo quedan también sujetas al Derecho aplicable al contrato. No obstante, incluso antes de que se suscriba el contrato, las partes pueden elegir el Derecho aplicable a las negociaciones contractuales y, por ende, a la responsabilidad precontractual derivada, por ejemplo, de una ruptura inesperada de las mismas.” Se ha observado que este caso es bastante teórico.

16.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en relación con el alcance del derecho aplicable, debería abordar la interpretación del contrato, los derechos y las obligaciones que de ahí se derivan, su ejecución y su incumplimiento, incluidas la evaluación de daños, la prescripción y sus efectos, las consecuencias de la nulidad, la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales, en línea con las disposiciones del artículo 14 de la Convención de México y el artículo 9 de los Principios de La Haya. Para mayor seguridad, sería preferible hacerlo por medio de disposiciones explícitas.

16.2 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería establecer tanto que el derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos, de manera congruente con las disposiciones del artículo 16 de la Convención de México, como que las normas de otros acuerdos internacionales que pudieran ser aplicables específicamente a un contrato comercial internacional deben prevalecer, en línea con el artículo 6 de la Convención de México.

PARTE DÉCIMA SÉPTIMA ORDEN PÚBLICO

I. El concepto de orden público

476. La noción de la política pública, también denominada “orden público” (*ordre public*) es una de las más controvertidas del derecho comparado. La confusión obedece en parte a la disparidad terminológica entre los distintos sistemas del derecho civil y el common law, con sus nomenclaturas propias. Además, se discrepa con respecto a la delimitación del contenido del principio y a los criterios que han de determinar su aplicación a un caso dado.
477. El orden público sirve como mecanismo que impide la posibilidad de que existan contratos que entren en conflicto con los valores básicos de una comunidad. El orden público procura salvaguardar los intereses fundamentales del Estado, como en lo relativo a las instituciones políticas o las reglamentaciones monetarias de los Estados. También puede tender a resguardar el bienestar de los habitantes y el correcto funcionamiento de la economía, por ejemplo, mediante leyes que garanticen la libre competencia. Puede asimismo tender a proteger a las partes que se encuentren en situación de debilidad en las relaciones contractuales, tales como los trabajadores y consumidores. Los valores fundamentales que procura proteger el orden público pueden derivarse no solamente del derecho nacional, sino también del derecho internacional aplicable en el foro, como ciertas disposiciones sobre derechos humanos de los tratados universales o regionales. Por otro lado, si se lleva a un extremo, el orden público podría socavar potencialmente las normas sobre la autonomía de

²²⁵ Algunos académicos no consideran que aspectos como la carga de la prueba sean estrictamente “procesales”. Por ejemplo, en *Venezuela*, la carga de la prueba está supeditada a la *lex causae* (artículo 38 de la LDIP).

la voluntad de las partes y la elección del derecho, con los riesgos conexos de incertidumbre e inestabilidad en relación con las transacciones internacionales. Así pues, se requiere un equilibrio.

478. En el derecho internacional privado, el orden público tiene dos facetas. Una comprende las *normas internacionalmente imperativas* del foro, que deben aplicarse independientemente del derecho indicado por la norma de conflicto de leyes. La otra impide la aplicación del derecho indicado por la norma de conflicto de leyes si el resultado sería *manifestamente incompatible* con el orden público del foro. En su *primer* aspecto, el orden público se manifiesta a través de normas *imperativas* que se aplican directamente al caso internacional, sin que siquiera puedan entrar en consideración las normas de conflicto que pudieran indicar una solución distinta. Muchos países tienen este tipo de disposiciones que, funcionando como una *espada*, se aplican directamente a cuestiones transfronterizas, haciendo caso omiso de la voluntad de las partes o de cualquier otra norma de conflicto. En su *segundo* aspecto, el orden público opera como una *barrera* o *escudo* que impide la aplicación de una ley que, de otra manera, sería aplicable según la norma de conflicto de leyes.
479. Ambos aspectos del orden público son aplicables, ya sea o no que las partes hayan elegido efectivamente un derecho. Aunque la norma de conflicto de leyes puede autorizar la autonomía de la voluntad de las partes, la elección del derecho que éstas hagan no podrá contrariar el orden público del foro. De modo similar, si no hubiera elección, y si la norma de conflicto lleva al juez o árbitro a la aplicación de un derecho contrario al orden público, éste prevalecerá. En los siguientes párrafos se expone el uso de ambos aspectos del orden público y como se estipulan en los instrumentos de derecho internacional privado.

II. Normas internacionalmente imperativas (leyes de policía)

A. Interpretación

480. Las normas imperativas nacionales o internacionales se aplican directamente en los casos internacionales, con prescindencia del derecho aplicable según la elección del derecho por las partes o las normas de conflicto de leyes. Estas son normas que limitan la autonomía de la voluntad. En otras palabras, las partes no pueden eludirlas mediante acuerdo contractual.
481. Las normas imperativas no necesariamente adoptan una forma determinada y pueden encontrarse en numerosos instrumentos. Estas normas están comprendidas en la legislación de derecho público o económico o en instrumentos destinados a resguardar a las partes más débiles en las relaciones contractuales.
482. Podría ser útil, para los fines de facilitar el comercio internacional y para una mayor certidumbre con respecto a los contratos comerciales internacionales, que las normas imperativas se codificaran o se legislara respecto de ellas. Esto ayudaría a no sorprender a las partes de los contratos internacionales con una norma imperativa que no existe por escrito ni es bien conocida. Las normas imperativas se aplican directamente, mientras que el uso de excepciones al orden público para negar la aplicación del derecho elegido por las partes o determinado por las normas de conflicto tiene en general un sentido defensivo; el orden público generalmente tiene una función correctiva.
483. Diversos instrumentos modernos de derecho internacional privado, incluidos todos los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre temas relacionados con la elección del derecho en las últimas décadas, contienen esta distinción entre orden público y normas imperativas (por ejemplo, los artículos 16 y 17 del Convenio de La Haya sobre Contratos de Intermediarios de 1978, los artículos 17 y 18 del Convenio de La Haya sobre Compraventa de 1986 y el artículo 11 del Convenio sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario²²⁶).

²²⁶ Convenio sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, aprobado el 5 de julio de 2006, y con entrada en vigor el 1 de abril de 2017. Texto disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=72>.

484. También existe una diferencia de terminología con respecto a las normas imperativas. Por ejemplo, en el derecho francés se habla de *lois de police* o de *règles de droit impératives*. La noción de las “leyes de aplicación inmediata” es cercana a la de normas imperativas, en el sentido de que se refiere a reglas materiales o sustantivas cuyo propósito principal consiste en que se apliquen directamente a las transacciones internacionales. La diferencia entre ellas sería que las “leyes de aplicación inmediata” no son originalmente normas locales que en casos específicos requieren aplicación extraterritorial, sino reglas destinadas a regir directamente en casos internacionales. En el derecho comparado también existen otros términos relacionados con las normas imperativas, como las “cláusulas autolimitativas” en las leyes (*norme autolimitate*), “reglas internas espacialmente condicionadas”, “leyes localizadas” y *norme di applicazione necessaria*, todos los cuales se corresponden con este aspecto positivo del orden público, equivalente a las normas imperativas.
485. En la tradición del common law, la expresión *mandatory rules* se introdujo hace relativamente poco en Inglaterra con la promulgación de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 y la *Sale of Goods Act* de 1979, pues durante siglos se habló de ilegalidad o *public policy*. El término *mandatory rule* comprende tanto leyes imperativas en la esfera doméstica como leyes de seguridad pública, que son absolutamente vinculantes internacionalmente.
486. El Convenio de Roma utiliza la expresión “leyes de policía” (artículo 7), aunque el Reglamento Roma I habla también de “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” (artículo 8.1). Sin embargo, esta segunda expresión de Roma I se relaciona con los contratos de trabajo individuales, mientras que la que se emplea en el Convenio de Roma se relaciona con la *lois de police*. La cláusula preambulatoria 37 de Roma I distingue entre “leyes de policía” y “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” y sugiere que las primeras deben interpretarse de manera más restrictiva.

B. Normas imperativas en la Convención de México, en los Principios de La Haya y en el Reglamento Roma I

487. La Convención de México se refiere expresamente a este tema en su artículo 11, párrafo 1, al señalar que “...se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo”.
488. Lo propio hacen los Principios de La Haya, acogiendo la terminología de leyes de policía. Los Principios disponen en su artículo 11.1 que: “Estos principios no impiden a un tribunal nacional aplicar las leyes de policía del foro al que se ha acudido, independientemente del Derecho elegido por las partes.”
489. Este tema también fue muy debatido en las reuniones del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; sus miembros manifestaron ciertas preocupaciones en lo referente a la definición detallada de “*leyes de policía*”, o términos equivalentes, adoptada por los instrumentos internacionales preexistentes. En consecuencia, se descartó la propuesta de incluir una definición.
490. Como se explicó en el Comentario a los PH (11.17), no es necesario que una ley de policía revista una forma concreta, no es imprescindible que sea una disposición de un instrumento constitucional o ley y no es obligatorio que se indique expresamente su carácter imperativo y prevalente. Sin embargo, el Comentario a los PH (11.16) describe dos criterios forzosos que contribuyen “a recalcar la importancia de la disposición en el ordenamiento jurídico correspondiente y reducir la categoría”. El primero es su *carácter imperativo*, en el sentido de que las partes no tienen libertad para eximirse de su cumplimiento, y el segundo es que *prevalece*, en el sentido de que los tribunales deben aplicarla.
491. El Comentario a los PH (11.18) deja en claro que los efectos de la ley de policía son limitados; la aplicación del derecho que, de otro modo, se aplicaría se controla solamente en la medida de la incompatibilidad. Esta norma no invalida el resto del derecho aplicable, que “debe aplicarse en consonancia con la ley de policía”.

C. Aplicación de leyes imperativas extranjeras

492. Algunos cuerpos normativos modernos facultan al juez o árbitro a tomar en cuenta las leyes de policía de otro sistema jurídico, no señalado por las normas de conflicto. Esta facultad se confiere en el Convenio de La Haya sobre Intermediarios de 1978 (artículo 16), que inspiró el Convenio de Roma y Roma I, cuyo artículo 9.3 estipula que: “También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.”
493. Esta disposición puede tener su origen en la adjudicación. En una decisión de 1966 de los Países Bajos se señaló que “aunque el derecho aplicable a los contratos de carácter internacional puede ser, por principio, solamente el que hayan elegido las partes mismas, puede ser que, para un Estado extranjero, la observancia de algunas de sus normas, incluso fuera de su propio territorio, sea de tal importancia que los tribunales deben tomarlas en cuenta y aplicarlas con prelación al derecho de otro Estado que las partes puedan haber elegido para regir su contrato”²²⁷. Sin embargo, la jurisprudencia europea al respecto es muy limitada. Más recientemente, en 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) dictaminó que el artículo 9.3 de Roma I no impide que el tribunal de un Estado Miembro tome en cuenta las leyes de policía del derecho de otro Estado Miembro (excepto el lugar de prestación) como efectos de hecho (es decir, indirectamente)²²⁸. En el contexto arbitral, se resolvió, en un conocido caso, que el orden público de un tercer país, sede de los negocios o de constitución de una sociedad, debe tenerse en cuenta en lo relativo a la incapacidad o autoridad para concertar un acuerdo. Ello debido a que la falta de capacidad es motivo para denegar la ejecución de un laudo²²⁹.
494. La Convención de México también deja a discreción del foro “decidir cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos” (artículo 11).
495. Asimismo, los Principios de La Haya (artículo 11.2) prevén que: “El Derecho del foro determina los casos en que el tribunal nacional puede o debe aplicar o tomar en consideración las leyes de policía de otro Derecho.” Este enfoque flexible y abierto deja que el foro al que se ha acudido determine si es posible aplicar las normas imperativas de un tercer país. En la actualidad, la práctica y las opiniones de los Estados respecto a la utilidad de las disposiciones de este tipo varían enormemente. Como lo señala el Comentario a los PH (11.19), los Principios pretenden reflejar esta diversidad al regular la cuestión, trasladándole el asunto al derecho internacional privado del foro.

III. Incompatibilidad manifiesta

A. Interpretación

496. Aunque las normas del orden público se aplican directamente dentro de un Estado a una operación nacional, la doctrina del “orden público” en el derecho internacional privado impide la aplicación de derechos extranjeros en una transacción internacional si los resultados serían manifiestamente incompatibles con el orden público del foro.
497. De modo que el orden público, en el contexto de una relación contractual internacional, es un mecanismo de defensa, de tal manera que no se requiere que el juez o árbitro aplique el derecho foráneo que de otra forma sería aplicable de acuerdo con las normas de conflicto de leyes. Asimismo, no se requiere que el juez o árbitro ejecute una sentencia extranjera

²²⁷ Alnati, Corte Suprema de los Países Bajos, 13 de mayo de 1966. (1967) 56 Rev. cri. dr. irinternat. priv. 522 (Annot. A.C.M. Struycken).

²²⁸ República Helénica v. Nikiforidis, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 19 de octubre de 2016. C-135/15; ECLI: EU: C: 2016:774.

²²⁹ Videocon Power Limited, Rep. c. Tamil Nadu Electricity Board. Corte Superior de Madrás, diciembre de 2004. 2005 (3) ARBLR 399 Madras, 2004 (5) CTC 668.

cuando ello contravendría el orden público. Por consiguiente, el mecanismo del orden público tiene una función correctiva. Sin embargo, no todas las disposiciones imperativas del derecho del foro, que deben respetar las partes en un contexto puramente nacional, se aplican necesariamente en un contexto internacional.

498. Es por esta razón que algunas legislaciones lo denominan orden público *internacional* en el derecho internacional privado²³⁰.
499. Por su parte, todas las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado posteriores a la Segunda Guerra Mundial incluyen el orden público como un obstáculo para la aplicación del derecho, como lo indican las normas de conflicto de leyes de la convención respectiva. Si bien el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Ventas de La Haya de 1955 mencionaba el “orden público” (artículo 6), ulteriores convenciones de La Haya incorporan la palabra “manifiesta” (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente acogen la terminología de “orden público internacional”. El término “manifiesta” se incorpora también en los convenios interamericanos, incluidos la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (artículo 2.h), la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (artículo 17), la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (artículo 5) y la Convención de México (artículo 18). En el ámbito del MERCOSUR, se ha incorporado el término en el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (artículo 20.f) y el Protocolo de Medidas Cautelares (artículo 17)²³¹.
500. Es preferible utilizar esta terminología establecida de incompatibilidad “manifiesta” antes que otras que son demasiado amplias y no lo suficientemente descriptivas, como “orden público internacional” u “orden público verdaderamente internacional”, como se propugnó en algunas obras académicas. Este enfoque también sería compatible con el Convenio de La Haya y con los instrumentos interamericanos.
501. El orden público internacional puede reflejar también la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos fundamentalmente reconocidos, como los que se derivan, por ejemplo, de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas²³². Las normas nacionales también pueden tener en cuenta los principios de los derechos humanos; sin embargo, las cortes y los tribunales arbitrales deben tener presentes las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas que pueden fundamentar el orden público o las normas imperativas.

²³⁰ Por ejemplo, *Perú* (artículo 2049 del Código Civil y artículos 63(1)(f) y 75(3)(b) de la Ley de Arbitraje); *Panamá* (artículo 7 de la Ley 61 de 2015); *República Dominicana* (artículo 7, No. 3 de la Ley 544-14); *Francia* (artículos 1514 y 1520 (5) del Código de Procedimiento Civil, reformado por el artículo 2 del Decreto 2011-48 de 2011); *Portugal* (artículo 1096(f) del Código de Procedimiento Civil de 1986); así como las legislaciones arbitrales de *Paraguay* (artículos 40(b) y 46(b)) y las de *Argelia* y *Libano*. En *Rumania* y *Túnez* la legislación alude al “orden público como se lo entiende en el Derecho internacional privado”, en tanto que en *Canadá*, el Código Civil de Québec prevé el “orden público según resulta entendido en relaciones internacionales” (artículo 3081).

²³¹ Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR, 27 de mayo de 1992, Las Leñas, disponible en: https://iberred.org/sites/default/files/mercosurprotocololasleas3_0.pdf; y Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR, 1 de diciembre de 1994, Ouro Preto, disponible en: https://iberred.org/sites/default/files/mercosurprotolomedcaut_0.pdf.

²³² CDHNU. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”. A/HRC/17/31, aprobada por la CDHNU, resolución 17/4 del 16 de junio de 2011.

B. La incompatibilidad manifiesta en la Convención de México y en los Principios de La Haya

502. La Convención de México señala que “(e)l derecho designado por esta Convención solo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro” (artículo 18). Esta disposición se basó en el Convenio de Roma, según el cual los Estados Miembros de la Unión Europea pueden negarse a aplicar un derecho foráneo “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro. Esta disposición del Convenio de Roma se conserva en Roma I en su artículo 21.
503. Así también, los Principios de La Haya disponen que: “Un tribunal puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con conceptos fundamentales del orden público (*ordre public*) del foro” (artículo 11.3).
504. El Comentario a los PH (11.23) enuncia tres requisitos para que se aplique esta disposición. En primer lugar, el orden público del foro “debe revestir suficiente importancia como para justificar su aplicación *al caso en cuestión*” [énfasis agregado]. En segundo lugar, “el Derecho elegido debe ser manifiestamente incompatible con dicha normativa”. Y, en tercer lugar, “la incompatibilidad manifiesta debe presentarse al aplicar el Derecho elegido al conflicto sustanciado ante el tribunal”. El Comentario a los PH (11.25) explica además “la necesidad de resolver a favor de la aplicación del Derecho elegido en caso de duda sobre la incompatibilidad de su aplicación con las disposiciones fundamentales del foro”.
505. Según lo indicado en el Comentario a los PH (11.26 y véase la frase enfatizada arriba), “debe valorarse la compatibilidad con el orden público que resulta de aplicar el Derecho elegido en un caso concreto y no en abstracto”. La evaluación debe realizarse en cada situación concreta sobre la existencia de una contravención manifiesta. Sin embargo, el Comentario a los PH (11.26) también aclara que el tribunal no está restringido a considerar los resultados de la controversia entre las partes, “sino que puede tener en cuenta consideraciones más amplias de interés general”. Al respecto, ofrece el siguiente ejemplo: “un tribunal puede negarse, por razones de orden público, a exigir el cumplimiento de un contrato basándose en la conclusión de que, con ello, pretendían eludirse las sanciones impuestas por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aun cuando ello benefició económicamente a la persona a quien iban dirigidas dichas sanciones e incluso si la otra parte no participó en la evasión”.

IV. El orden público en instancias regionales

506. El orden público regional refleja los valores fundamentales compartidos de los Estados en zonas de integración. Si la potestad normativa no radica exclusivamente en los Estados nacionales, sino que se reparte en diversos niveles, como el regional y el nacional, surge la pregunta sobre si las reglas de conflicto de leyes deberían siempre referirse al derecho privado de un Estado y si las nociones fundamentales del orden público deberían limitarse a ser extraídas de los derechos de los Estados nacionales.
507. En la Unión Europea, los jueces están obligados a tener en cuenta la Convención Europea de Derechos Humanos²³³, que constituye una de las bases del orden público dentro de dicha Unión. Así lo ha entendido el TJUE en el muy citado caso *Krombach* del año 2000²³⁴.
508. Por lo demás, la UE constituye una organización supranacional, cuyo derecho comunitario resulta directamente vinculante para sus Estados Miembros. En cada uno de estos Estados, el derecho de la UE se aplica directamente dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. De existir conflicto, prevalece el derecho europeo sobre el nacional. Los principios básicos del derecho comunitario europeo, como el libre movimiento de bienes y personas o la libre competencia, han sido incorporados al orden público de sus Estados Miembros. A este respecto, en un dictamen histórico, el TJUE declaró que la “defensa de la

²³³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Consejo de Europa) 213 UNTS 222, ETS No. 5, UN Reg. No. I-2889.

²³⁴ *Krombach c. Bamberski*, nota 210 *supra*.

competencia” consagrada en el Tratado de Roma constituye una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado libre de la Unión Europea. El Tribunal determinó que “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral cuando tal recurso esté basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en [el artículo 85] del Tratado”²³⁵.

509. En otro caso, el mismo Tribunal sostuvo que ciertas disposiciones específicas del derecho comunitario pueden también denotar un carácter imperativo. En consecuencia, las disposiciones de protección mínima prescritas en una directiva del Consejo deben considerarse de orden público europeo y, por tanto, prevalecerán por sobre un resultado en contrario resultante de las normas de conflicto de leyes. Con ello, la Unión Europea continúa ampliando el alcance de las reglas imperativas en aras de una armonización del orden jurídico y particularmente del mercado interno²³⁶.
510. El Reglamento Roma I se ocupa expresamente de este tema en su artículo 3.4, que señala que: “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.
511. No existe una disposición análoga que aborde el orden público en la Convención de México, en los Principios de La Haya ni en ningún texto normativo vigente en las Américas. Tal vez la razón sea que no existe un derecho supranacional similar al de la UE. El derecho intergubernamental que emana de los órganos del MERCOSUR debe incorporarse en los ordenamientos jurídicos de sus Estados Miembros, al igual que el de cualquier otro tratado. Esto plantea la interrogante de si el asunto es esencialmente de orden público “nacional”. En 1998 la Corte Suprema austriaca concluyó en dos casos que el derecho comunitario europeo directamente aplicable a los Estados Miembros es, dada su supremacía, automáticamente parte de orden público nacional austriaco (aunque habrá quien considere este punto de vista como minoritario)²³⁷.
512. Esto guarda consonancia con la opinión expresada por la mayoría de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que declaró que las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses objeto de protección: Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con los reglamentos relativos a la moneda o la defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y, por otro lado, el llamado orden público de protección, que cada Estado establece y regula normalmente para salvaguardar los derechos de las partes más débiles en las relaciones contractuales, como, por ejemplo, los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento de que hay supuestos en que la relación contractual no es fruto de la libre voluntad, sino de otros factores. Así pues, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad. El Tribunal afirmó finalmente que, en su caso, los abusos o las infracciones en concreto a normas o principios de carácter imperativo serán objeto de juzgamiento por parte del juzgador nacional interviniente²³⁸.

²³⁵ Eco Swiss China Time Limited c. Benetton International NV, TJUE, 1 de junio de 1999 (resolución, petición de decisión prejudicial). Asunto C-126/97; [1999] ECR I-3055; [1999] 2 All ER (Comm) 44; [2000] 5 CMLR 816; (1999) XXIV YB Com Arb 629; EuZW 1999, 565.

²³⁶ Ingmar GB Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc., TJUE, 2000. Asunto C-381/98; 2000 ECR I-9305.

²³⁷ Informe provisional de la Asociación de Derecho Internacional (2000), casos citados en la pág. 20.

²³⁸ Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Opinión Consultiva No. 1 de 2007.

V. Las normas imperativas y el orden público en los derechos nacionales

513. En *Argentina*, el nuevo Código Civil y Comercial acoge la distinción entre orden público como una barrera y como normas internacionalmente imperativas. El artículo 2651 señala que: “Los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso.” El primer límite está constituido por los principios de orden público que fundamentan el ordenamiento jurídico argentino, a los que las partes están sujetas inexcusablemente cuando se resuelve el caso contractual ante un tribunal nacional. El segundo límite son las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho argentino, ya que son excluyentes de toda otra norma de interpretación restrictiva (ya que en caso de duda no se las aplica). Por ende, “las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino” se aplican a la relación jurídica, sea cual fuere la ley que rija el contrato. Asimismo, las normas internacionalmente imperativas del derecho elegido actúan como límite a la autonomía.
514. La legislación de *Brasil* dispone que las leyes, actos y sentencias de otro Estado, o cualquier declaración autónoma, no surtirán efecto en Brasil si contravienen la soberanía nacional, el orden público y la moralidad (LINDB, artículo 17).
515. En *Canadá* se acepta en general la preeminencia de las normas imperativas del foro (*lex fori*). En la provincia de derecho civil de Québec, el artículo 3081 del Código Civil de Québec estipula que: “Las disposiciones del derecho de un país extranjero no se aplican si su aplicación sería manifiestamente incompatible con el orden público como se lo entiende en las relaciones internacionales.” En las provincias del common law también puede invocarse el orden público para limitar el efecto del derecho elegido por las partes o el que correspondería según la aplicación de las normas de conflicto de leyes. Los tribunales canadienses han interpretado en sentido restrictivo la excepción del orden público y rara vez se ha invocado con éxito²³⁹.
516. En *Chile* no hay una norma expresa que se ocupe del tema, aunque la inclinación natural de los tribunales es aplicar las normas chilenas, aun cuando muchas de ellas no tengan carácter imperativo en sentido estricto. Dada la interpretación territorialista que se hace en Chile, no se exige que la contradicción sea “manifiesta” para excluir el derecho foráneo, dada la preponderancia que los tribunales le han atribuido al artículo 16 del Código Civil, que se orienta en este sentido. En principio, cualquier contradicción (aunque sea aparente) lleva a los jueces y árbitros chilenos a dar preeminencia al derecho nacional. Sin embargo, en algunas decisiones que han emanado del poder judicial hay indicios de cierta evolución en este sentido.
517. En *Costa Rica*, el nuevo Código Procesal Civil, Ley 9342, establece en su artículo 3.1 que las normas procesales son de *orden público* y de aplicación inmediata y en su artículo 3.5 dispone que estas normas son irrenunciables²⁴⁰.
518. En *Colombia* existen importantes decisiones judiciales que proveen orientación para la determinación del orden público y que marcan una diferencia clara en su aplicación entre los contextos nacional e internacional²⁴¹.

²³⁹ Block Bros. Realty Ltd. c. Mollard. [1981] B.C.J. No. 4; 122 D.L.R. (3d) 323 (C.A.); Canadian Acceptance Corporation Ltd. c. Matte and Matte. [1957] S.J. No. 41. (Sask. C.A.).

²⁴⁰ Código Procesal Civil, Ley 9342. Artículo 3.1: “Orden público y aplicación en el tiempo. Las normas procesales son de orden público y de aplicación inmediata.” Artículo 3.5 *ibidem*: “Las normas procesales son indisponibles e irrenunciables”.

²⁴¹ Véanse, por ejemplo, (i) García Fernandes *Importação e Exportação AS v. Prodeco -Productos de Colombia*, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 6 de agosto de 2004, Providencia No. 77 (solicitud de ejecución de un fallo portugués); (ii) Corte Constitucional de Colombia, 26 de mayo de 2005, Providencia No. T-557; (iii) *Industria y Distribuidora Indistri SA v. SAP Andina y Del Caribe CA*, Tribunal Superior del Distrito de

519. En *Guatemala*, además de rechazarse la aplicación de un derecho incompatible con el orden público del foro, el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial contiene una cláusula adicional para el caso en que el contrato sea contrario a leyes prohibitivas expresas. El artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, aunque no es una norma de derecho internacional privado, contiene una disposición general aplicable a todos los contratos. Este artículo establece que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.
520. En *Paraguay*, el artículo 17 de la ley de contratos internacionales adapta el artículo 11 de los Principios de La Haya. Reza la norma: “Leyes de policía y orden público. 1. La elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero. 2. El juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación. 3. El juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público”.
521. En *Panamá* se puede hacer referencia a la Ley No. 61 de 2015, artículo 7.
522. En la *República Dominicana*, se puede hacer referencia a la Ley No.544-14, artículo 7.
523. En *Perú*, el Código Civil estipula que la ley aplicable a los contratos internacionales determinará las normas imperativas y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. El artículo 2049 del Código Civil peruano establece que las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas de derecho internacional privado serán excluidas si su aplicación es incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.
524. En *Uruguay*, el artículo 2404 de la Ley No. 16.603 de 1994 es congruente con una declaración hecha por dicho país en 1979 con respecto al artículo 5 de la Convención sobre Normas Generales, que señala que: “... los preceptos de la ley extranjera [no son aplicables] cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”²⁴².
525. En *Venezuela*, a pesar de que el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965) establecía la consideración de las normas imperativas de terceros Estados al ordenar al juez que, en materia contractual, aplicase “...en todo caso, las disposiciones de la Ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones económicas y sociales de interés general” (artículo 32), la ley venezolana es silente al respecto. Tal silencio plantea la interrogante de si existe la posibilidad de considerar las normas de aplicación necesaria de terceros Estados cuando se está fuera del ámbito de aplicación de la Convención de México. Al respecto, el juez podría recurrir, en la aplicación del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al principio de derecho internacional privado generalmente aceptado contenido en la Convención, pues es innegable la importancia de la aplicación de estas normas en orden a la solución del caso concreto (véase el artículo 10 de la Ley venezolana). Al igual que en Perú, la ley venezolana contempla el orden público sin considerar la posibilidad de proteger, con esta institución, los principios esenciales del ordenamiento jurídico de terceros Estados.

Bogotá, D.C., Sala de Decisión Civil, 10 de marzo de 2010, No. 20100015000. Algunos casos más recientes son: Corte Suprema de Justicia de Colombia, 24 de junio de 2016, Providencia No. SC8453-2016, y Corte Suprema de Justicia de Colombia, 8 de febrero de 2017, Providencia No. SC5207-2017.

²⁴² Declaración hecha por Uruguay al firmar la Convención. Sitio web de la OEA <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html> (acceso del 27 de agosto de 2018).

526. En los *Estados Unidos* existen ciertos puntos de intersección con el enfoque que se ha adoptado con base en los Principios de La Haya y la Convención de México. El First Restatement (primera reformulación) incluía una excepción en materia de orden público tradicional basada en el concepto de que, si el derecho foráneo infringía la moralidad básica del foro, su aplicación se consideraría injusta. Este sigue siendo el criterio que adoptan algunas jurisdicciones estatales dentro de los Estados Unidos. En el Second Restatement (segunda reformulación) sobrevivió una versión de este enfoque, pero con excepciones predominantes, que se enuncian en las secciones 6, 187 y 188²⁴³.

VI. Orden público y arbitraje

527. El problema de las normas imperativas y el derecho aplicable es uno de los más difíciles en el arbitraje. Como consecuencia del carácter ambulatorio del arbitraje y de que los árbitros no son jueces ni funcionarios estatales, no puede hablarse de un derecho nacional del foro (o *lex fori*). La *lex fori* contiene disposiciones del derecho internacional privado relativas a la clasificación, puntos de conexión, orden público y fraude a la ley.
528. La ausencia de *lex fori* presenta dos consecuencias fundamentales. Por un lado, no hay un derecho nacional competente o un derecho que como principio deba aplicar el árbitro, salvo que las partes hayan elegido el derecho del lugar del arbitraje, pero esto es consecuencia de la aplicación de una regla propia del arbitraje internacional y no de una particular *lex fori*. Por otro lado, no existe un derecho extranjero en el arbitraje internacional. Todos los derechos nacionales tienen el mismo valor y ninguna condición privilegiada. Consecuentemente, el árbitro no tiene que cerciorarse de que se respeten conceptos puramente nacionales. La cuestión clave no es si un árbitro debe tener en cuenta las reglas imperativas, sino cómo determina lo que constituye una regla imperativa para los fines de la controversia específica. A modo de ilustración, el derecho arbitral de *Perú* reconoce expresamente el “orden público internacional” como causal de anulación de un laudo arbitral (artículo 63(1)(f)) y también como causal para denegar el reconocimiento de un laudo extranjero (artículo 75(3)(b)), lo que presenta criterios interesantes para interpretar la fuente del orden público de la Convención de Nueva York cuando ésta haya de aplicarse en *Perú*.
529. Cuando los árbitros consideran que no están obligados por reglas específicas del foro, o derechos nacionales, a veces optan por aplicar directamente el derecho no estatal (o principios internacionalmente reconocidos, o la *lex mercatoria*), que en una de sus facetas consiste en un orden público independiente de los derechos nacionales. Este orden público permite que los árbitros penalicen el soborno, el tráfico de armas y drogas o la trata de personas, independientemente de lo dispuesto por los derechos locales. El Caso 1110/1963 de la CCI, en que un solo árbitro, el Juez Lagergren, se negó a considerar la controversia porque el objeto del contrato era un soborno a funcionarios gubernamentales, es emblemático en este sentido.
530. El orden público, como causal de rechazo del reconocimiento o la ejecución de juzgamientos y laudos foráneos, se encuentra consignado en el artículo V(2) de la Convención de Nueva York y se reproduce en el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Al respecto, la interpretación tiende a ser bastante restrictiva, o como *orden público internacional*. En varios países la normativa de los tribunales es dar efecto, en la mayor medida posible, a los laudos y no incentivar el litigio en instancias judiciales. En una reciente decisión de *Perú* relacionada con el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, el tribunal definió el orden público internacional en sentido restrictivo como el conjunto de “principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un Estado y que inspiran su ordenamiento jurídico”²⁴⁴.
531. Son relativamente pocos los casos en que se ha utilizado esta norma de orden público de la Convención de Nueva York para denegar la ejecución de un laudo. En muchos de estos

²⁴³ Véase una explicación en la nota 156 *supra*.

²⁴⁴ Stemcor UK Limited c. Guiceve S.A.C., Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial, 28 de abril de 2011.

casos esto fue el resultado de leyes anacrónicas de arbitraje, como la vetusta ley inglesa de 1950, y ciertas infracciones graves que verdaderamente justificaban el no dar lugar a la ejecución. En suma, esta tendencia a no dejar de lado los laudos arbitrales atendiendo a argumentos meramente localistas so pretexto de un supuesto “orden público” emergente de las normas nacionales, obviamente coadyuva a la válida circulación de las decisiones arbitrales.

532. Dado lo dificultoso del tema, no es de extrañar que la cuestión del orden público en el arbitraje haya sido una de las “más delicadas” en la elaboración de los Principios de La Haya, cuyo artículo 11.5 dispone que “estos Principios no impedirán a un tribunal arbitral aplicar o tomar en consideración el *orden público* o las leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes, si el tribunal arbitral tiene la obligación o el derecho de hacerlo”. Los Principios adoptan así una posición “neutra”, lo que denota la peculiar situación de los tribunales arbitrales, que, a diferencia de los tribunales nacionales, tienen la obligación de dictar un fallo firme ejecutable; en tales casos, posiblemente tengan que considerar las leyes de las jurisdicciones en las cuales se busca la ejecución.
533. El Comentario a los PH (11.31) señala que el artículo 11(5) “no confiere facultades adicionales a los tribunales arbitrales ni tampoco pretende concederles una discreción plena e ilimitada para apartarse del Derecho” que sea aplicable en principio. Por el contrario, los tribunales podrían verse obligados a tener en cuenta el orden público y las leyes de policía y, cuando sea pertinente, cerciorarse de la necesidad de su prevalencia en el caso concreto. Se interpreta que algunas disposiciones, como el artículo 34(2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o el artículo 41 del Reglamento de la CCI, obligan al árbitro a esforzarse por dictar un “laudo ejecutable”. El Comentario a los PH (11.32) señala que determinar “si un deber de este tipo obliga al tribunal a tener en cuenta las leyes de policía y el orden público de la sede, comoquiera establecidas, o de los lugares donde probablemente se ejecute el laudo” es una cuestión controvertida sobre la cual el artículo 11.5 de los Principios de La Haya no se pronuncia. Se hace hincapié en que el tribunal debe ser cuidadoso en el análisis de este tema.
534. De hecho, los tribunales arbitrales están “obligados” a cerciorarse tanto cuanto sea posible —aunque no como imperativo general— de la eficacia de sus laudos. También se presenta el tema de la consideración de los órdenes públicos que podrían entrar en juego. ¿Deberían invocarse principalmente como responsabilidad de las partes? Este tema es delicado, porque podría ser discutible si los árbitros de oficio pueden introducir temas controvertidos que las partes no hayan planteado durante el desarrollo del caso, como lo sería la aplicación de las normas del orden público de una legislación distinta de la *lex contractus*. Obviamente, en un caso de este tipo no puede dictarse un laudo sin haberlo sometido antes a las partes para su discusión.

17.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería establecer que ni un derecho elegido ni la determinación del derecho aplicable en ausencia de una elección efectiva:

- impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas preeminentes del foro ni las de otros foros, pero que esas disposiciones de carácter imperativo prevalecerán solamente en la medida de la incongruencia, o
- conducirá a la aplicación de una ley que sería manifiestamente incompatible con el orden público del foro, en línea con el artículo 18 de la Convención de México y el artículo 11 de los Principios de La Haya.

17.2 Los jueces y árbitros y los abogados deben tomar en cuenta las disposiciones imperativas preeminentes y el orden público según se les requiera o cuando tengan la facultad de hacerlo, en línea con el artículo 11 de los Principios de La Haya.

PARTE DÉCIMA OCTAVA
OTRAS NORMAS

I. Prevalencia de otros acuerdos internacionales

535. La Convención de México señala lo siguiente en su artículo 6: “Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.” En la traducción del español al inglés se ha perdido su significado deseado. Se interpretaría mejor como sigue: “The rules of this Convention shall not be applicable to contracts specifically governed by other international conventions in force among the States Parties to this Convention.” Roma I contiene una disposición un tanto similar en su artículo 23, que estipula que, con ciertas excepciones, “[el presente Reglamento] se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del derecho comunitario, que, en relación con asuntos concretos, dicten normas de conflicto relacionadas con obligaciones contractuales”.
536. La Convención de México también considera su relación con otros convenios internacionales relativos al mismo tema. En ella se indica que: “Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración” (artículo 20). Una vez más, en la traducción del español al inglés se omitieron algunas palabras y se perdió el significado deseado. Esta disposición se interpretaría mejor de la siguiente manera: “This Convention shall not affect the application of other international conventions containing rules on this same subject to which a State Party to this Convention is or becomes a party, if they are concluded within the framework of integration processes.” El Reglamento Roma I incluye una disposición similar en su artículo 25(1).

II. Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales

A. Convenciones internacionales

537. La Convención de México establece expresamente que: “Respecto a un Estado que tenga, en cuestiones tratadas en la presente Convención, dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: (a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; (b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado” (artículo 22).
538. Conforme a lo expuesto en los trabajos preparatorios de ese instrumento, el artículo 22 establece que cada unidad territorial deberá ser considerada como un Estado para los fines de la determinación de la ley aplicable según la Convención de México. Es decir, la referencia a la ley del Estado debe interpretarse como una referencia a la ley que esté en vigor en la unidad territorial correspondiente²⁴⁵. Roma I utiliza expresiones similares a las utilizadas en el informe referido al disponer que: “Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento” (artículo 22.1). Una norma similar se previó en el Convenio de Roma (artículo 19), así como en el Convenio de La Haya sobre Compraventa de 1986 (artículo 19).
539. La Convención de México también establece que: “Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales”

²⁴⁵ Informe del Relator de la Comisión I relativo al Derecho aplicable a la contratación internacional; OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1.

(artículo 23). Igual solución contienen Roma I (artículo 22.2), el Convenio de Roma (artículo 19) y el Convenio de La Haya sobre Compraventa de 1986 (artículo 20).

540. Por último, la Convención de México admite expresamente la posibilidad que tienen los Estados conformados por dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes de declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión, si la Convención se aplica a todas o solamente a una o más unidades territoriales (artículo 24). Solo han ratificado este instrumento México y Venezuela, ninguno de los cuales hizo declaración alguna en tal sentido al momento de su firma o ratificación.
541. El Comentario a los PH (1.22) señala que los Principios de La Haya “no contemplan los conflictos de leyes entre distintas unidades territoriales dentro de un mismo Estado”, pero eso no impide que “amplíen su ámbito de aplicación a conflictos de leyes intraestatales”. Asimismo, “el hecho de que uno de los elementos relevantes esté situado en una unidad territorial diferente dentro de un Estado no confiere carácter internacional al contrato”.

B. Legislaciones nacionales

542. En *Canadá*, el Código Civil de la provincia de Québec dispone que: “Cuando un Estado esté comprendido por varias unidades territoriales que tengan competencias legislativas distintas, cada unidad territorial será considerada como un Estado. Cuando un Estado esté comprendido por varios sistemas jurídicos aplicables a categorías diferentes de personas, toda revisión a la ley de este Estado se referirá al sistema jurídico determinado por las reglas en vigor en ese Estado; en defecto de tales reglas, la referencia conducirá al sistema jurídico que tenga los vínculos más estrechos con la situación” (artículo 3077).

18.0 Podría convenir que los Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales consideraran las disposiciones del artículo 22 de la Convención de México y del artículo 1.2 de los Principios de La Haya y establecer, en el régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, que cualquier referencia al derecho del Estado puede interpretarse como una referencia al derecho vigente en la unidad territorial, según sea aplicable.

APÉNDICE A

LA CONVENCIÓN DE MÉXICO Y LOS PRINCIPIOS DE LA HAYA CUADRO COMPARATIVO

Convención - México	Principios de La Haya
<u>Propósito y Objetivo</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • Preámbulo REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos; 	<ul style="list-style-type: none"> • Preámbulo 1. Este instrumento enuncia principios generales relativos a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Afirman el principio de autonomía de la voluntad, con un número limitado de excepciones.
<ul style="list-style-type: none"> • REITERANDO la conveniencia de 	<ul style="list-style-type: none"> 2. Pueden utilizarse como

<p>armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;</p> <p>CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 1</u>: Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. • <u>Artículo 4</u>: Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación. 	<p>modelo para instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales.</p> <p>3. Pueden utilizarse para interpretar, completar y desarrollar normas de Derecho internacional privado.</p> <p>4. Los pueden aplicar los tribunales judiciales o arbitrales.</p> <p>*Se utiliza el término “Derecho aplicable” como sinónimo de “ley aplicable”</p>
<p><u>Ámbito de Aplicación del Instrumento</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 3</u>: Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. • <u>Artículo 3</u>: Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.1</u>: Estos Principios se aplican a la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional. No se aplican a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo.
<p><u>Definiciones I: “Contrato Internacional”</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 2</u>: Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.2</u>: A los efectos de estos Principios, un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable, decide

	está vinculada únicamente con dicho Estado.
<u>Definiciones II: “Establecimiento”</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 2:</u> Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.2:</u> A los efectos de estos Principios, un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado. • <u>Artículo 12:</u> En el caso de que una parte tenga más de un establecimiento, el establecimiento relevante a los efectos de estos Principios es aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración.
<u>Definiciones III: “Principios del Derecho Internacional”</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9, párr.2:</u> El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. • <u>Artículo 10:</u> Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 3:</u> Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro.
<u>Cuestiones no cubiertas por el Instrumento</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 2 y 4:</u> Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.1:</u> Estos Principios se aplican a la elección del

<p>su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.</p> <p>Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 5:</u> Esta Convención no determina el derecho aplicable a: <ul style="list-style-type: none"> a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general. 	<p>Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional. No se aplican a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.3:</u> Estos Principios no se aplican al Derecho que rige: <ul style="list-style-type: none"> (a) la capacidad de las personas físicas; (b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; (c) las sociedades u otras personas jurídicas y los <i>trusts</i>; (d) los procedimientos de insolvencia; (e) los efectos de los contratos sobre la propiedad; y (f) la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa.
<p><u>Reglas para determinar el Derecho Aplicable: Elección del Derecho por las Partes</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 7, párr. 1:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Preámbulo párr. 1:</u> Este instrumento enuncia principios generales relativos a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Afirman el principio de autonomía de la voluntad, con un número limitado de excepciones. • <u>Artículo 2.1:</u> Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes.
<p><u>Reglas para determinar el Derecho Aplicable: Elección expresa o implícita del Derecho</u></p>	
<p><u>Artículo 7:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 4:</u> La elección del Derecho aplicable, o toda modificación de la elección del Derecho aplicable, debe efectuarse de manera expresa, o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. Un acuerdo

<p>La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.</p>	<p>entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable.</p>
<p><u>Reglas para determinar el Derecho Aplicable: El Derecho que debe de ser elegido por las Partes</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2:</u> El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte. • <u>Artículo 4:</u> Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación • <u>Artículo 7, párr. 1:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. • <u>Artículo 9, párr. 2:</u> El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. • <u>Artículo 10:</u> Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. • <u>Artículo 17:</u> Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2.1:</u> Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. • <u>Artículo 2.4:</u> No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación. • <u>Artículo 3:</u> Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro.

<u>Reglas para Determinar el Derecho Aplicable: Validez Formal (y sustantiva) de la Cláusula de elección del Derecho</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 12:</u> La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. <p>Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 5:</u> La elección del Derecho aplicable no está sometida a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario.
<u>Reglas para Determinar el Derecho Aplicable: Divisibilidad de la Cláusula de Elección del Derecho</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 12:</u> La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. <p>Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 7:</u> No se puede impugnar la elección del Derecho aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido.
<u>Reglas para Determinar el Derecho Aplicable: Aplicabilidad de todas o parte del Contrato</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 7, párr. 1:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2.2:</u> Las partes pueden elegir: <ul style="list-style-type: none"> (a) el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (b) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato.
<u>Reglas para Determinar el Derecho: Enmiendas</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 8:</u> En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2.3:</u> La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad a la celebración* del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros. •

	*Se utiliza el término “celebración” como sinónimo de “perfeccionamiento”.
<u>Reglas para Determinar Derecho Aplicable (Ausencia o Elección ineficaz del Derecho): Vínculos más estrechos y principios generales del Derecho Internacional Comercial</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9</u>: Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. <p>El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.</p> <p>No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 10</u>: Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. 	
<u>Reglas para Determinar la Ley Aplicable: Reglas Obligatorias, Políticas Públicas y “Ordenamiento Público”</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 11</u>: No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. <p>Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 18</u>: El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 11</u>: <ol style="list-style-type: none"> 1. Estos Principios no impiden a un tribunal judicial aplicar las leyes de policía del foro al que se ha acudido, independientemente del Derecho elegido por las partes. 2. El Derecho del foro determina los casos en que un tribunal judicial puede o debe aplicar o tener en cuenta las leyes de policía de otro Derecho. 3. Un tribunal judicial puede denegar la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes únicamente en el

	<p>caso y en la medida en que su aplicación resulte manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de orden público del foro.</p> <p>4. El Derecho del foro determina cuándo un tribunal judicial puede o debe aplicar o tomar en consideración el orden público de un Estado cuyo Derecho sería aplicable a falta de elección del Derecho aplicable.</p> <p>5. Estos Principios no impedirán a un tribunal arbitral aplicar o tomar en consideración el orden público o las leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes, si el tribunal arbitral tiene la obligación o el derecho de hacerlo.</p>
<p><u>Existencia y Validez del Contrato mismo: Validez en cuanto a la Sustancia</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 12, párr. 1</u>: La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9.1</u>: El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: <ul style="list-style-type: none"> (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato;
<p><u>Existencia y Validez del Contrato mismo: Validez en cuanto a la Forma</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 13</u>: Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución. • Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9.1</u>: El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: <ul style="list-style-type: none"> (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; • <u>Artículo 9.2</u>: El párrafo 1(e) no excluye la aplicación de cualquier otro Derecho aplicable que confirme la validez formal del contrato.

<u>Ámbito del Derecho Aplicable</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 14</u>: El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente: <ul style="list-style-type: none"> a) su interpretación; b) los derechos y las obligaciones de las partes; c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9.1</u>: El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: <ul style="list-style-type: none"> (a) su interpretación; (b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; (c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluso la valoración de los daños y perjuicios; (d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; (f) la carga de la prueba y las presunciones legales; y (g) las obligaciones pre-contratuales.
<u>Alcance del Derecho Aplicable: Consideraciones con Respecto a la Agencia</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 15</u>: Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.3</u>: Estos Principios no se aplican al Derecho que rige: <ul style="list-style-type: none"> (f) la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa.
<u>Alcance del Derecho Aplicable: Consideraciones con Respecto a la Noticia Pública</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 16</u>: El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos. 	
<u>Disposiciones Generales y otras Consideraciones: Reglas de Derecho Internacional Privado</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 17</u>: Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Preámbulo, párr. 3</u>: Pueden utilizarse para interpretar, completar y desarrollar normas de Derecho internacional privado.

	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 8</u>: La elección del Derecho aplicable no incluye las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario.
<u>Disposiciones Generales y otras Consideraciones: Otros Acuerdos Internacionales</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 6</u>: Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención. • <u>Artículo 20</u>: Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración. 	
<u>Disposiciones Generales y otras Consideraciones: Estados con dos o más Unidades Territoriales o Sistemas Jurídicos</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 22</u>: Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado. • <u>Artículo 23</u>: Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales. 	

APÉNDICE B

INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS

Reconciliation between the Spanish, English and French Texts

(PART 1 – English)

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA
SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES
La reconciliación entre los Textos Español, Inglés y Francés**

(PARTE 1 - Inglés)

COMMENTARY:

Article 30 states that the English, French, Portuguese and Spanish texts are equally authentic.

Legibility – Level 1: Recommended reading in order to clarify meaning and/or for improved consistency between the texts.

Legibility – Level 2: Although not required, suggested reading for clarification.

Differences in Meaning: In three instances the meaning is clear but different as between the language versions, or unclear in more than one language.

Note: Minor differences in language that do not hamper understanding have not been highlighted. Annotations have not been provided. It was thought these suggested readings could be helpful to promote the use of the texts to further advance the development of the law applicable to international contracts in the Americas.

COMENTARIO:

El artículo 30 establece que los textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos.

Legibilidad - Nivel 1: Se recomienda la lectura para aclarar el significado y/o mejorar la consistencia entre los textos.

Legibilidad - Nivel 2: Aunque no es necesario, lectura sugerida para aclaración.

Diferencias en Significado: En los tres casos el significado es claro, pero hay diferencias entre las versiones lingüísticas, o poco clara en más de un idioma.

Nota: Las pequeñas diferencias de lenguaje que no dificulten la comprensión no se han puesto de relieve. No se han proporcionado anotaciones. Se pensaba estas lecturas sugeridas podrían ser útiles para promover el uso de los textos para seguir avanzando en el desarrollo del derecho aplicable a los contratos internacionales en las Américas.

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p style="text-align: center;">CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES</p>	<p style="text-align: center;">INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS</p>	<p style="text-align: center;">INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS</p>
<p><i>Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)</i></p>	<p><i>Signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-V)</i></p>	<p><i>Signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-V)</i></p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>Estados Partes de esta Convención, REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;</p> <p>REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;</p> <p>CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,</p> <p>HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:</p>	<p>The States Parties to this Convention, REAFFIRMING their desire to continue the progressive development and codification of private international law among member States of the Organization of American States;</p> <p>REASSERTING the advisability of harmonizing solutions to international trade issues;</p> <p>BEARING in mind that the economic interdependence of States has fostered regional integration and that in order to stimulate the process it is necessary to facilitate international contracts by removing differences in the legal framework for them,</p> <p>HAVE AGREED to approve the following Convention:</p>	<p>The States Parties to this Convention, REAFFIRMING their desire to continue the progressive development and codification of private international law among Member States of the Organization of American States;</p> <p>REASSERTING the advisability of harmonizing solutions to international trade issues;</p> <p>BEARING in mind that the economic interdependence of States has fostered regional integration and that in order to stimulate the process it is necessary to facilitate international contracts by removing differences in the legal framework for them,</p> <p>HAVE AGREED to approve the following Convention:</p>
<p>CAPITULO PRIMERO Ámbito de aplicación</p>	<p>CHAPTER I Scope of Application</p>	<p>CHAPTER I Scope of Application</p>
<p>Artículo 1 Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.</p>	<p>Article 1 This Convention shall determine the law applicable to international contracts. It shall be understood that a contract is international if the parties thereto have their habitual residence or establishments in different States Parties or if the contract has objective ties with more than one State Party.</p>	<p>Article 1 This Convention shall determine the law applicable to international contracts. It shall be understood that a contract is international if the parties thereto have their habitual residence or establishments principal place of business in different States Parties or if the contract has objective ties connections with more than one State Party.</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.</p> <p>Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.</p>	<p>This Convention shall apply to contracts entered into or contracts to which States or State agencies or entities are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party.</p> <p>Any State Party may, at the time it ratifies or accedes to this Convention, declare the categories of contract to which this Convention will not apply.</p>	<p>This Convention shall apply to contracts entered into by States or State agencies or entities or contracts to which States or State agencies or entities they are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party.</p> <p>Any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare the categories of contract to which this Convention will not apply.</p>
<p>Artículo 2 El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.</p>	<p>Article 2 The law designated by the Convention shall be applied even if said law is that of a State that is not a party.</p>	<p>Article 2 The law designated by the Convention shall be applied even if said law is that of a State that is not a party.</p>
<p>Artículo 3 Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.</p>	<p>Article 3 The provisions of this Convention shall be applied, with necessary and possible adaptations, to the new modalities of contracts used as a consequence of the development of international trade.</p>	<p>Article 3 The provisions rules of this Convention shall be applied, with necessary and possible adaptations, to the new modalities of contracts contracting used as a consequence of the development of international trade.</p>
<p>Artículo 4 Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.</p>	<p>Article 4 For purposes of interpretation and application of this Convention, its international nature and the need to promote uniformity in its application shall be taken into account.</p>	<p>Article 4 For purposes of interpretation and application of this Convention, regard shall be had to its international nature and the need to promote uniformity in its application. shall be taken into account.</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p style="text-align: center;">Artículo 5</p> <p>Esta Convención no determina el derecho aplicable a:</p> <p>a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;</p> <p>b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;</p> <p>c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;</p> <p>d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;</p> <p>e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;</p> <p>f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.</p>	<p style="text-align: center;">Article 5</p> <p>This Convention does not determine the law applicable to:</p> <p>a) questions arising from the marital status of natural persons, the capacity of the parties, or the consequences of nullity or invalidity of the contract as a result of the lack of capacity of one of the parties;</p> <p>b) contractual obligations intended for successional questions, testamentary questions, marital arrangements or those deriving from family relationships;</p> <p>c) obligations deriving from securities;</p> <p>d) obligations deriving from securities transactions;</p> <p>e) the agreements of the parties concerning arbitration or selection of forum;</p> <p>f) questions of company law, including the existence, capacity, function and dissolution of commercial companies and juridical persons in general.</p>	<p style="text-align: center;">Article 5</p> <p>This Convention does not determine the law applicable to:</p> <p>a) questions issues arising from the marital civil status of natural persons, the capacity of the parties, or the consequences of nullity or invalidity of the contract as a result of the lack of capacity of one of the parties;</p> <p>b) contractual obligations intended for essentially related to successional and questions testamentary matters, marital arrangements or those deriving from family relationships;</p> <p>c) obligations deriving from securities negotiable instruments;</p> <p>d) obligations deriving from securities transactions the sale, transfer or marketing of securities in securities markets;</p> <p>e) the agreements of the parties concerning arbitration or selection of forum;</p> <p>f) questions issues of company law, including the existence, capacity, function and dissolution of commercial companies and juridical persons in general.</p>
<p style="text-align: center;">Artículo 6</p> <p>Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho</p>	<p style="text-align: center;">Article 6</p> <p>The provisions of this Convention shall not be applicable to contracts which have autonomous regulations in international</p>	<p style="text-align: center;">Article 6</p> <p>The provisions rules of this Convention shall not be applicable to contracts which have autonomous regulations specifically regulated</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.	conventional law in force among the States Parties to this Convention.	in international conventional law in force among the States Parties to this Convention.
CAPITULO SEGUNDO Determinación del derecho aplicable	CHAPTER II Determination of applicable law	CHAPTER II Determination of applicable law
<p data-bbox="485 462 604 488">Artículo 7</p> <p data-bbox="310 500 772 800">El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.</p> <p data-bbox="310 846 772 935">La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.</p>	<p data-bbox="982 462 1087 488">Article 7</p> <p data-bbox="804 500 1266 773">The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same.</p> <p data-bbox="804 846 1266 935">Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.</p>	<p data-bbox="1507 462 1612 488">Article 7</p> <p data-bbox="1293 500 1818 740">The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same.</p> <p data-bbox="1293 846 1818 935">Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.</p>
<p data-bbox="485 953 604 979">Artículo 8</p> <p data-bbox="310 984 772 1219">En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.</p>	<p data-bbox="982 953 1087 979">Article 8</p> <p data-bbox="804 984 1266 1219">The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than that to which it was previously subject, whether or not that law was chosen by the parties. Nevertheless, that modification shall not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties.</p>	<p data-bbox="1507 953 1612 979">Article 8</p> <p data-bbox="1293 984 1818 1187">The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than that to which it was previously subject, whether or not that law was chosen by the parties. Nevertheless, that modification shall not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties.</p>
<p data-bbox="485 1237 604 1263">Artículo 9</p> <p data-bbox="310 1268 772 1414">Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.</p>	<p data-bbox="982 1237 1087 1263">Article 9</p> <p data-bbox="804 1268 1266 1414">If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties.</p>	<p data-bbox="1507 1237 1612 1263">Article 9</p> <p data-bbox="1293 1268 1818 1414">If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties.</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos.</p> <p>También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.</p> <p>No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.</p>	<p>The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations.</p> <p>Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract.</p>	<p>The Court will shall take into account have regard to all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties connections. It shall also take into account have regard to the general principles of international commercial law recognized by international organizations.</p> <p>Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie connection with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract.</p>
<p>Artículo 10</p> <p>Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.</p>	<p>Article 10</p> <p>In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.</p>	<p>Article 10</p> <p>In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines rules, customs, and principles of international commercial law as well as generally accepted commercial usage and practices shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the resolution of a particular case.</p>
<p>Artículo 11</p> <p>No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.</p>	<p>Article 11</p> <p>Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements.</p>	<p>Article 11</p> <p>Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements.</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.	It shall be up to the forum to decide when it applies the mandatory provisions of the law of another State with which the contract has close ties.	It shall be up to the forum has the discretion when it considers it relevant to decide when it applies to apply the mandatory provisions of the law of another State with which the contract has close ties connections .
CAPITULO TERCERO Existencia y validez del contrato	CHAPTER III Existence and Validity of the Contract	CHAPTER III Existence and Validity of the Contract
<p style="text-align: center;">Artículo 12</p> <p>La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.</p> <p>Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.</p>	<p style="text-align: center;">Article 12</p> <p>The existence and the validity of the contract or of any of its provisions, and the substantive validity of the consent of the parties concerning the selection of the applicable law, shall be governed by the appropriate rules in accordance with Chapter 2 of this Convention.</p> <p>Nevertheless, to establish that one of the parties has not duly consented, the judge shall determine the applicable law, taking into account the habitual residence or principal place of business.</p>	<p style="text-align: center;">Article 12</p> <p>The existence and the validity of the contract or of any of its provisions, and the substantive validity of the consent of the parties concerning the selection of the applicable law, shall be governed by the appropriate rules in accordance with Chapter 2 of this Convention.</p> <p>Nevertheless, to establish that one of the parties has not duly consented, the judge shall determine the applicable law, taking into account the habitual residence or principal place of business of that party.</p>
<p style="text-align: center;">Artículo 13</p> <p>Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.</p>	<p style="text-align: center;">Article 13</p> <p>A contract between parties in the same State shall be valid as to form if it meets the requirements laid down in the law governing said contract pursuant to this Convention or with those of the law of the State in which the contract is valid or with the law of the place where the contract is performed.</p>	<p style="text-align: center;">Article 13</p> <p>A contract between parties in the same State shall be valid as to form if it meets the requirements laid down in the law governing said contract pursuant to this Convention or with those of the law of the State in which the contract is valid concluded or with the law of the place where the contract is performed.</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.</p>	<p>If the persons concerned are in different States at the time of its conclusion, the contract shall be valid as to form if it meets the requirements of the law governing it as to substance, or those of the law of one of the States in which it is concluded or with the law of the place where the contract is performed.</p>	<p>If the persons concerned are in different States at the time of its conclusion, the contract shall be valid as to form if it meets the requirements of the law governing it which, in accordance with this Convention, governs as to substance, or those of the law of one of the States in which it is concluded or with the law of the place where the contract is performed.</p>
<p>CAPITULO CUARTO Ámbito del derecho aplicable</p>	<p>CHAPTER IV Scope of the applicable law</p>	<p>CHAPTER IV Scope of the applicable law</p>
<p>Artículo 14</p> <p>El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:</p> <p>a) su interpretación;</p> <p>b) los derechos y las obligaciones de las partes;</p> <p>c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;</p> <p>d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;</p> <p>e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.</p>	<p>Article 14</p> <p>The law applicable to the contract in virtue of Chapter 2 of this Convention shall govern principally:</p> <p>a) its interpretation;</p> <p>b) the rights and obligations of the parties;</p> <p>c) the performance of the obligations established by the contract and the consequences of nonperformance of the contract, including assessment of injury to the extent that this may determine payment of compensation;</p> <p>d) the various ways in which the obligations can be performed, and prescription and lapsing of actions;</p> <p>e) the consequences of nullity or invalidity of the contract.</p>	<p>Article 14</p> <p>The law applicable to the contract is by virtue of Chapter 2 of this Convention shall govern principally:</p> <p>a) its interpretation;</p> <p>b) the rights and obligations of the parties;</p> <p>c) the performance of the obligations established by the contract and the consequences of nonperformance of the contract, including assessment of injury loss to the extent that this may determine payment of compensation;</p> <p>d) the various ways in which the obligations can be performed are extinguished, including and prescription and lapsing of actions;</p> <p>e) the consequences of nullity or invalidity of the contract.</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p align="center">Artículo 15</p> <p>Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.</p>	<p align="center">Article 15</p> <p>The provisions of Article 10 shall be taken into account when deciding whether an agent can obligate its principal or an agency, a company or a juridical person.</p>	<p align="center">Article 15</p> <p>The provisions of Article 10 shall be taken into account when deciding whether an agent can obligate its principal or an agency, a company or a juridical person.</p>
<p align="center">Artículo 16</p> <p>El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.</p>	<p align="center">Article 16</p> <p>The law of the State where international contracts are to be registered or published shall govern all matters concerning publicity.</p>	<p align="center">Article 16</p> <p>The law of the State where international contracts are to be registered or published shall govern all matters concerning publicity filing or notice.</p>
<p align="center">Artículo 17</p> <p>Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.</p>	<p align="center">Article 17</p> <p>For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws.</p>	<p align="center">Article 17</p> <p>For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in force in a State, excluding rules concerning conflict of laws.</p>
<p align="center">Artículo 18</p> <p>El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.</p>	<p align="center">Article 18</p> <p>Application of the law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order of the forum.</p>	<p align="center">Article 18</p> <p>Application of The law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order of the forum.</p>
<p align="center">CAPITULO QUINTO Disposiciones generales</p>	<p align="center">CHAPTER V General Provisions</p>	<p align="center">CHAPTER V General Provisions</p>
<p align="center">Artículo 19</p> <p>Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.</p>	<p align="center">Article 19</p> <p>In a State Party, the provisions of this Convention shall apply to contracts concluded subsequent to its entry into force in that State.</p>	<p align="center">Article 19</p> <p>In a State Party, the provisions of this Convention shall apply to contracts concluded subsequent to its entry into force in that State.</p>
<p align="center">Artículo 20</p> <p>Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto</p>	<p align="center">Article 20</p> <p>This Convention shall not affect the application of other international conventions to which a State Party to this</p>	<p align="center">Article 20</p> <p>This Convention shall not affect the application of other international conventions containing rules on the same subject to which a State</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.</p>	<p>Convention is or becomes a party, insofar as they are pertinent, or those within the context of integration movements.</p>	<p>Party to this Convention is or becomes a party, insofar as they are pertinent, or those within the context of if they are concluded within the framework of integration movements processes.</p>
<p>Artículo 21</p> <p>En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.</p> <p>Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.</p>	<p>Article 21</p> <p>When signing, ratifying or acceding to this Convention, States may formulate reservations that apply to one or more specific provisions and which are not incompatible with the effect and purpose of this Convention.</p> <p>A State Party may at any time withdraw a reservation it has formulated. The effect of such reservation shall cease on the first day of the third calendar month following the date of notification of withdrawal.</p>	<p>Article 21</p> <p>When signing, ratifying or acceding to this Convention, States may formulate reservations that apply to one or more specific provisions and which are not incompatible with the effect object and purpose of this Convention.</p> <p>A State Party may at any time withdraw a reservation it has formulated. The effect of such reservation shall cease on the first day of the third calendar month following the date of notification of withdrawal.</p>
<p>Artículo 22</p> <p>Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.</p>	<p>Article 22</p> <p>In the case of a State which has two or more systems of law applicable in different territorial units with respect to matters covered by the Convention: a) any reference to the laws of the State shall be construed as a reference to the laws in the territorial unit in question; b) any reference to habitual residence or place of business in that State shall be construed as a reference to habitual residence or place of business in a territorial unit of that State.</p>	<p>Article 22</p> <p>In the case of a State which has two or more systems of law applicable in different territorial units with respect to matters covered by the Convention: a) any reference to the laws of the State shall be construed as a reference to the laws in the territorial unit in question; b) any reference to habitual residence or place of business in that State shall be construed as a reference to habitual residence or place of business in a territorial unit of that State.</p>
<p>Artículo 23</p> <p>Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones</p>	<p>Article 23</p> <p>A State within which different territorial units have their own systems of law in regard to matters covered by this</p>	<p>Article 23</p> <p>A State within which different territorial units have their own systems of law in regard to matters covered by this Convention shall not be</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.</p>	<p>Convention shall not be obliged to apply this Convention to conflicts between the legal systems in force in such units.</p>	<p>obliged to apply this Convention to conflicts between the legal systems in force in such units.</p>
<p style="text-align: center;">Artículo 24</p> <p>Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.</p> <p>Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.</p>	<p style="text-align: center;">Article 24</p> <p>If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or to only one or more of them.</p> <p>Such declaration may be modified by subsequent declarations, which shall expressly indicate the territorial unit or units to which the Convention applies. Such subsequent declarations shall be transmitted to the General Secretariat of the Organization of American States, and shall take effect ninety days after the date of their receipt.</p>	<p style="text-align: center;">Article 24</p> <p>If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or to only one or more of them.</p> <p>Such declaration may be modified by subsequent declarations, which shall expressly indicate the territorial unit or units to which the Convention applies. Such subsequent declarations shall be transmitted to the General Secretariat of the Organization of American States, and shall take effect ninety days after the date of their receipt.</p>
<p style="text-align: center;">CAPITULO SEXTO Cláusulas finales</p>	<p style="text-align: center;">CHAPTER VI Final Clauses</p>	<p style="text-align: center;">CHAPTER VI Final Clauses</p>
<p style="text-align: center;">Artículo 25</p> <p>Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.</p>	<p style="text-align: center;">Article 25</p> <p>This Convention shall be open to signature by the member States of the Organization of American States.</p>	<p style="text-align: center;">Article 25</p> <p>This Convention shall be open to signature by the member States of the Organization of American States.</p>
<p style="text-align: center;">Artículo 26</p> <p>Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se</p>	<p style="text-align: center;">Article 26</p> <p>This Convention shall be subject to ratification. The instruments of</p>	<p style="text-align: center;">Article 26</p> <p>This Convention shall be subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.	ratification shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.	with the General Secretariat of the Organization of American States.
<p align="center">Artículo 27</p> <p>Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.</p>	<p align="center">Article 27</p> <p>This Convention shall remain open for accession by any other State after it has entered into force. The instruments of accession shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.</p>	<p align="center">Article 27</p> <p>This Convention shall remain open for accession by any other State after it has entered into force. The instruments of accession shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.</p>
<p align="center">Artículo 28</p> <p>Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.</p> <p>Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.</p>	<p align="center">Article 28</p> <p>This Convention shall enter into force for the ratifying States on the thirtieth day following the date of deposit of the second instrument of ratification.</p> <p>For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the second instrument of ratification, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.</p>	<p align="center">Article 28</p> <p>This Convention shall enter into force for the ratifying States on the thirtieth day following the date of deposit of the second instrument of ratification.</p> <p>For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the second instrument of ratification, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.</p>
<p align="center">Artículo 29</p> <p>Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito</p>	<p align="center">Article 29</p> <p>This Convention shall remain in force indefinitely, but any of the States Parties may denounce it. The instrument of denunciation shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States. After one year from the date of deposit of the instrument of</p>	<p align="center">Article 29</p> <p>This Convention shall remain in force indefinitely, but any of the States Parties may denounce it. The instrument of denunciation shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States. After one year from the date of deposit of the instrument of denunciation, the Convention shall</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.	denunciation, the Convention shall no longer be in force for the denouncing State.	no longer be in force for the denouncing State.
<p style="text-align: center;">Artículo 30</p> <p>El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.</p>	<p style="text-align: center;">Article 30</p> <p>The original instrument of this Convention, the English, French, Portuguese and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States, which shall forward an authenticated copy of its text to the Secretariat of the United Nations for registration and publication in accordance with Article 102 of its Charter. The General Secretariat of the Organization of American States shall notify the Member States of the Organization and the States that have acceded to the Convention of the signatures, deposits of instruments of ratification, accession and denunciation, as well as of reservations, if any, and of their withdrawal.</p>	<p style="text-align: center;">Article 30</p> <p>The original instrument of this Convention, the English, French, Portuguese and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States, which shall forward an authenticated copy of its text to the Secretariat of the United Nations for registration and publication in accordance with Article 102 of its Charter. The General Secretariat of the Organization of American States shall notify the Member States of the Organization and the States that have acceded to the Convention of the signatures, deposits of instruments of ratification, accession and denunciation, as well as of reservations, if any, and of their withdrawal.</p>
<p>EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.</p> <p>HECHO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, D.F., MÉXICO, el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.</p>	<p>IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, do hereby sign the present Convention.</p> <p>DONE AT MEXICO, D.F., MEXICO, this seventeenth day of March, one thousand nine hundred and ninety-four.</p>	<p>IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, do hereby sign the present Convention.</p> <p>DONE AT MEXICO, D.F., MEXICO, this seventeenth day of March, one thousand nine hundred and ninety-four.</p>

APÉNDICE C
TABLA DE LEGISLACIÓN¹

- **Tratados y Convenciones Interamericanas**
 - Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, 12 de febrero de 1889, Montevideo
 - Artículos 33, 38 y 40
 - Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, 19 de marzo de 1940, Montevideo
 - Artículo 37
 - Convención de Derecho Internacional Privado, 20 de febrero de 1928, La Habana, Cuba (Código Bustamante)
 - Artículos 180, 184 y 186
 - Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 15 de marzo de 1994, Ciudad de México (Convención de México)
 - Artículos 1(2)), 3(1), 4, 5, 5(b), 5(c), 5(d), 5(e), 5(f), 6, 7, 7(1)(2), 8(1), 9(1), 9(2), 10, 11, 11(1), 12, 12(1)(2), 13, 14, 14(a), 14 (b), 14(c), 15, 16, 17, 18, 20, 22, 22(1), 23, 24
 - Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 30 de enero de 1975, Panamá
 - Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, 8 de mayo de 1979, Montevideo
 - Reglamento de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (modificada y en efecto desde el 01 de abril de 2002)
 - Artículo 30
 - Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas, 30 de enero de 1975, Panamá
 - Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, 30 de enero de 1975, Panamá; y 8 de mayo de 1979, Montevideo
 - Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, 8 de mayo de 1979, Montevideo
 - Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, 8 de mayo de 1979, Montevideo
 - Artículos 3, 5, 9, 33.3
 - Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Mercosur), 26 de marzo de 1991, Asunción (“Tratado de Asunción”).
 - Artículo 1
 - Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, 23 de julio de 1998, Artículo 10
 - Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur, 27 de mayo de 1992
 - Protocolo de Medidas Cautelares, 1 de diciembre de 1994
 - Carta de la Organización de los Estados Americanos

¹Limitación de recursos no permitió citas más precisas.

- Artículo 122
- Otras Referencias Interamericanas
 - Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos
 - Principios OHADAC sobre los Contratos Internacionales.
 - Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia
- Tratados Internacionales, Convenciones, Leyes Modelo y Principios
 - Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 19 de junio de 1980, Roma (“Convención de Roma”)
 - Artículos 3, 3(1), 7, 18, 19
 - Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley Aplicable a las obligaciones contractuales, 17 de junio de 2008, Roma (“Roma I”)
 - Artículos 1(2)(b), 3(1),3(2), 3(3), 3(4), 4, 5(2), 7(3), 8(1), 9(3), 10(1)(2), 11(1), 12(1), 12(1)(a)(b)(c), 14, 15, 17, 18(1), 20, 21, 22 (2), 23, 25(1)
 - Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Comerciales Internacionales (“Principios de la Haya”)
 - Artículos 1, 1.2, 1.3(a)(b)(c)(d)(f), 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3, 4, 4.2, 5, 6.1, 6.2, 7, 7.1, 8, 9.1, 9.1(a)(b)(f)(g), 10, 11.1, 11.2,11.3, 11.5, 12
 - Comentarios a los Principios de la Haya
 - 1.6, 1.7, 1.25, 1.26, 1.27, 1.29,1.31, 1.32, 2.3, 2.6, 2.7, 2.9, 2.10, 2.12, 2.13, 2.14, 3.4, 3.10, 3.11,3.15, 4.11, 5.3, 5.4, 5.5, 6.1, 6.4, 6.7, 6.10, 6.28, 7.2, 7.8, 7.9, 7.10, 8.2, 9.2, 9.4, 9.5, 9.6, 9.8, 9.9, 9.11, 9.12, 11.16, 11.17, 11.18, 11.19, 11.22, 11.23, 11.25, 11.26, 11.31, 11.32, 12.3 y 12.4
 - Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, 15 de junio de 1955 (“Convención de Ventas de la Haya de 1955”)
 - Artículos 2.2 y 6
 - Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías, 1 de julio de 1964 (“Convención de Ventas de 1964”)
 - Artículos 10(1), 12 (g), 17, 18, 19 y 20
 - Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 22 de diciembre de 1986 (“Convención de Ventas de La Haya de 1986”)
 - Artículos 16 y 17
 - Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, 30 de junio de 2005
 - Convenio sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, 5 de julio de 2006
 - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (*Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*) (Revisión del 2016 y anteriores)
 - UNIDROIT Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (*Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*)
 - Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes (*Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagars*), 7 de junio de 1930, Ginebra.
 - Convention Providing a Uniform Law for Cheques (*Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Cheques*), 19 de marzo de 1931, Ginebra.

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”)
 - Artículos 1(2), 4, 6, 7(1), 7(2), 8(3), 9, 9(1), 9(2) y 10(a)
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 10 de junio de 1958 (“Convención de Nueva York”)
 - Artículo V(2)(b)
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, 12 de diciembre de 2001
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)
 - Artículos 1(3), 2(A)(1), 16.1, 28, 28.1, 28.2, 28.4 y 36
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) revisada en 2010
 - 1976: Artículo 33
 - 2010: Artículos 34(2), 35
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016)
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estado, 18 de marzo de 1965 (“Convenio CIADI”)
 - Artículo 42
- ACNUDH: Inducción a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", 16 de junio de 2011 (“Principios Ruggie”)
- Declaración Universal de Derechos Humanos
 - Artículos 17 y 29.1
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
 - Artículo 38
- Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, 21 de abril de 1961
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, 13 de diciembre de 2007 (“TFUE”)
 - Artículos 85 y 288
- Principles of European Contract Law (*Principios de Derecho Europeo de los Contratos*) (Partes I & II, 1999), (Parte III, 2003) (“PECL”)
 - Artículo 1:107
- Draft Common Frame of Reference (*Proyecto de un marco común de referencia para el derecho privado europeo*), 2008 (“DCFR”)
- Otras Referencias Internacionales
 - AAA, International Arbitration Rules (*Reglas Internacionales de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje - AAA*) (2009)
 - Artículo 28.2
 - FCI, Code of International Factoring Customs (*Código de Factoring Aduanero Internacional de la FCI*)
 - FIDIC, Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (*Condiciones Generales de Contrato para Obras Civiles de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores - FIDIC*) (1987)
 - IBA, Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (*Reglas sobre la*

Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de la International Bar Association - IBA)

- ICC, International Commercial Terms or “INCOTERMS” (*Términos de Comercio Internacional o INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional*)
- ICC, Rules of Arbitration (*Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI*) (2012 y 2017)
 - Artículos 21, 41
- ICC, Uniform Customs and Practice for Documentary Credits or “UCP” (*Costumbres y Prácticas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para los Créditos Documentarios*)
- ICC, Advertising and Marketing Communication Practice (*Prácticas de publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la Cámara de Comercio Internacional - CCI*)
- ILLI, The Proper Law of the Contract in Agreements between a State and a Foreign Private Person (*La Ley Adecuada del Contrato en Acuerdos entre Estados y una persona privada extranjera del Instituto del Derecho Internacional - IDI*), 11 de septiembre de 1979
- ILLI, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities (*La Autonomía de las Partes en Contratos Internacionales entre Personas Privadas y Entidades del Instituto del Derecho Internacional - IDI*), 1991
- ITC, Model Contract for the International Commercial Sale of Perishable Goods (*Modelo de Contrato ITC para la Compraventa Comercial Internacional de Productos Perecederos*)
- Argentina
 - Código Civil y Comercial de la Nación
 - Artículos 255, 2561, 2595, 2596, 2651 y 2652
 - Código Civil de la República Argentina de 1869
- Bolivia
 - Constitución de la República de Bolivia
 - Artículo 320.II
 - Código de Comercio de Bolivia
 - Artículos 852 et seq.
 - Código Civil de Bolivia
 - Artículo 454
 - Ley 1770 de 1997
 - Artículos 54 y 73
 - Ley 708 de 2015
 - Artículo 44.I
- Brasil
 - Introductory Law to the Provisions of Brazilian Law (“LINDB”) (*Ley Introductoria a las disposiciones contenidas en la Ley de Brasil*)
 - Artículos 9, 9(2), 16 y 17
 - Civil Code of Brazil of 1916 (*Código Civil de Brasil de 1916*)
 - Artículo 13
 - Bill 4905 (*Proyecto de Ley 4905*) (Borrador presentado ante el Congreso)
 - Ley 9307 de 1996

- Artículo 2
- Canada
 - Civil Code of Quebec (*Código Civil de Quebec*) (“CCQ”)
 - Artículos 3076, 3077, 3080,3081, 3109, 3111,3111(3),3112, 3117 y 3118
- Chile
 - Código Civil de la República de Chile de 1855
 - Artículo 135
 - Código Civil de la República de Chile
 - Artículos 16,16(3) y 545
 - Código de Comercio de la República de Chile
 - Artículos 113 y 141
 - Decreto Ley No. 2,349 de 1978
 - Artículo 1
 - Ley 18.802 de 1989
 - Ley 19.971 de 2004
 - Artículos 16.1, 28 y 28.45
- Colombia
 - Código Civil de la República de Colombia
 - Artículo 20
 - Código de Comercio de la República de Colombia
 - Artículos 1328 y 1408
 - Decreto 1818 de 1998
 - Artículo 208-1
 - Ley 80 de 1993
 - Artículo 13
 - Ley 1563 de 2012
 - Artículos 62, 79-2 y 101
 - Resolución 112 de 2007 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia - DIAN
 - Artículo 3
- Costa Rica
 - Ley 7727 de 1997 sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y la Promoción de la Paz Social
 - Ley 8937 de 2011 sobre Arbitraje Comercial
 - Ley 9342 de 2016 (Código de Procedimiento Civil)
- Cuba
 - Código Civil de Cuba
 - Artículo 17
 - Decreto Ley 250 de 2007
 - Artículo 13
- República Dominicana
 - Ley 489 de 2008

- Artículos 11 y 33-4
 - Ley 544 de 2014 sobre Derecho Internacional Privado
 - Artículos 7, 58, 58(2), 59, 60 y 61(2)
- Ecuador
 - Ley 000.RO/145 de 1997 sobre Arbitraje y Mediación
 - Artículo 5
- El Salvador
 - Constitución de la República de El Salvador
 - Artículo 23
 - Código Civil de El Salvador
 - Artículo 1416
 - Decreto Legislativo 914 de 2002 – “Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje”
 - Artículos 30, 59 y 78
- Guatemala
 - Decreto 2 de 1989 (Ley del Organismo Judicial)
 - Artículos 4 y 31
 - Decreto 67 de 1995 (Ley de Arbitraje de Guatemala)
 - Artículos 21.1, 36.1 y 36.3
- Honduras
 - Decreto 161 de 2000
 - Artículo 39
- México
 - Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales
 - Código Civil Federal
 - Artículo 13, literal V
 - Código de Comercio
 - Artículo 1423, 1432 y 1445
 - Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
 - Artículo 628
 - Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (2009)
- Nicaragua
 - Ley 540 de 2005
 - Artículo 42 y 54
- Panamá
 - Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, Ley No. 7 del 8 de marzo de 2014
 - Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, Ley No. 61 del 10 de octubre de 2015
 - Artículos 7, 26, 27, 43, 69, 70, 72, 86 y 87
 - Decreto Ley 5 de 1999 (Arbitraje, Conciliación y Mediación)
 - Artículos 3 y 30

- Ley 131 de 2013 (Que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá)
- Paraguay
 - Ley No. 5393 de 2015 sobre Contratos Internacionales
 - Artículos 1, 2, 3, 4, 4.2, 4.3, 4.4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18
 - Ley No. 1879 de 2002
 - Artículos 3, 19, 32, 40(b) y 46(b))
 - Ley de Arbitraje de Paraguay
 - Artículos 40(b) y 46(b)
 - Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay (2010)
- Perú
 - Decreto Legislativo No. 1071 de 2008
 - Artículo 41.2, 57.4
 - Código Civil del Perú
 - Artículos 2047, 2048, 2049 y 2095
 - Decreto 1071 de 2008 – Ley que norma el Arbitraje
 - Artículos 34(3) 57, 57(2), 63(1)(f) y 75(3)(b)
 - Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017)
 - Reglas de Arbitraje de AMCHAM Perú
- Estados Unidos
 - ALI, First Restatement of Conflict of Laws of 1934 (*Primera Actualización de Conflicto de Leyes de 1934 del Instituto Americano de Derecho - IAD*)
 - ALI, Second Restatement of Conflict of Laws of 1971 (*Segunda Actualización de Conflicto de Leyes de 1971 del Instituto Americano de Derecho - IAD*)
 - Sections 6, 145, 187(2), 188, 288 (comment b) (*Artículos 6, 145, 187(2), 188, 288 (commentario b)*)
 - ALI, Third Restatement of Conflict of Laws (preliminary draft 2017) (*Tercera Actualización de Conflicto de Leyes del Instituto Americano de Derecho - IAD (Borrador Preeliminar de 2017)*)
 - US Uniform Commercial Code (“UCC”) (*Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos*)
 - Section I-301 (*Artículo I-301*)
 - NY Gen. Oblig. Law § 5-1401(1) (*Ley de Nueva York sobre Obligaciones Generales § 5-1401(1)*)
- Uruguay
 - Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Uruguay
 - Artículos 13 y 51
 - Código Civil de Uruguay
 - Artículo 2399 y 2403 de los Anexos
 - Ley No. 16.603 de 1994
 - Artículo 2404
- Venezuela
 - Ley de Derecho Internacional Privado (Gaceta Oficial No. 36.511 del 6 de agosto de 1998)

- Artículos 1, 2, 4, 8, 10, 29, 30 y 31
 - Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial No. 36.430 del 7 de abril de 1998)
 - Artículos 7 y 8
- Otros
 - Austria - Civil Code of 1811 (*Código Civil de 1811*)
 - Austria - Code of Civil Procedure, as amended by the Arbitration Act of January 13, 2006 (*Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley de Arbitraje del 13 de enero de 2006*)
 - Artículo 603(2)
 - Bélgica - Code of Civil Procedure (*Código de Procedimiento Civil*)
 - Artículo 1700
 - Francia - Code of Civil Procedure (as amended by Decree 2011-48 of 2011) (*Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2011-48 de 2011)*)
 - Article 1496, 1504, 1514, 1520(5), 5111
 - Alemania - Code of Civil Procedure (*Código de Procedimiento Civil*)
 - Artículo 1051(2)
 - Italia - Code of Civil Procedure (*Código de Procedimiento Civil*)
 - Artículo 834
 - Japón - Code of Private International Law of 2006 (*Código de Derecho Internacional Privado de 2006*)
 - Artículo 1096(f)
 - Holanda - Code of Civil Procedure (*Código de Procedimiento Civil*)
 - Artículos 1054, 1054(2)
 - Portugal - Code of Civil Procedure of 1986 (*Código de Procedimiento Civil de 1986*)
 - Artículo 9
 - Rusia - Civil Code (*Código Civil*)
 - Artículos 1210(3) y 1210(4)
 - Eslovenia - Arbitration Act of April 28, 2008 (*Ley de Arbitraje del 28 de abril de 2008*)
 - Artículo 33(2)
 - España – Ley de Arbitraje
 - Artículo 34(2)
 - Suiza - Private International Law Act (*Ley de Derecho Privado Internacional*)
 - Artículos 116(2) y 187(1)
 - Reino Unido
 - Unfair Contract Terms Act of 1977 (*Ley de Cláusulas Abusivas de 1977*)
 - Sale of Goods Act of 1979 (*Ley de Compraventa de Mercaderías de 1979*)

* * *

APÉNDICE D
TABLA DE CASOS²

²Sólo algunos casos relevantes han sido citados en esta Guía para ilustrar sobre aspectos particulares. La limitación de recursos no permitió citaciones más precisas.

- Internacionales
 - Audiolux SA e.a v. Groupe Bruxelles Lambert SA, CJEU, 5 de octubre de 1994
 - Société Thermale d'Eugénie-Les Bains, ECJ, 18 de julio de 2007, Caso C-277/95
 - Annelore Hamilton v. Volksbank Filder eG, ECJ, 10 de abril de 2008, Caso C 412/06
 - Pia Messner v. Firma Stefan Krüger, ECJ, 3 de septiembre de 2009, Caso C-489/07
 - Channel Tunnel Group Ltd., and France Manche SA v. Balfour Beatty
 - Hellenic Republic v. Nikiforidis, ECJ, 19 de octubre de 2016, Caso C-135/15
 - Krombach v. Bamberski, 28 de marzo del 2000, Caso C-7/98
 - Eco Swiss China Time Limited v. Benetton International NV, CJEU, 1 de junio de 1999, Caso C-126/97
 - Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc., CJEU, 2000, Caso C-381/98
 - Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, Opinión Consultiva No. 1 de 2007
 - Consejo del Mercado Común de Mercosur, Decisión No. 3 de 1998
 - Sapphire International Petroleum Ltd vs. The National Iranian Oil Company (1964) 13 ICLQ 1011
 - Asia v. Republic of Indonesia, Caso del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) 1983
 - Aramco, 1958
 - Libya v. Texaco and Liamco, 1977
 - Aminoil v. Kuwait, 1982
 - Framatome v. Iran, 1982
 - Hotel Materials, Camara de Comercio Internacional (“ICC” por sus siglas en inglés) Caso de Arbitraje No. 7153 de 1992
 - Steel Bars Case, ICC, Caso de Arbitraje No. 6653 del 26 de marzo de 1993
 - Cowhides Case, ICC, Caso de Arbitraje No. 7331 de 1994
 - Printed Banknotes, ICC, Caso de Arbitraje No. 9474 de febrero de 1999
 - Casos adicionales de la ICC: 1110/1963; 1422/1966; 1641/1969; 2152/1972; 2291/1975; 2637/1975; 3267/1979; 3380/1980; 3540/1980; 3327/1981; 3344/1981; 2730/1982; 4145/1984; 4434/1983; 10279/2001
 - Laudo Arbitral Ad hoc, Costa Rica, 30 de abril de 2001 / UNILEX
 - Laudo Arbitral Ad hoc, 10 de diciembre de 1997 / UNILEX
- Argentina
 - Sagemüller, Francisco v. Sagemüller de Hinz, Liesse et al., Sala Segunda de la Segunda Cámara Civil y Comercial de Paraná (Entre Ríos), 10 de agosto de 1988
 - Tercera Sala de la Cámara Nacional de Comercio, 27 de octubre de 2006
- Bolivia
 - Sentencia Constitucional N° 1834/2010-R, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 25 de octubre de 2010
- Brasil
 - Tribunal Superior do Trabalho (*Tribunal Superior del Trabajo*), DEJT, 15 de Octubre de 2010, Sentencia No. 186000-18.2004.5.01.0034
 - Noridane Foods S.A. v. Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*Tribunal de Apelaciones del Estado de Rio Grande Sur*), TJ-RS, 14 de febrero de 2017, Sentencia No. 70072362940

- Voges Metalurgia Ltda. v. Inversiones Metalmeccanicas I.C.A. – IMETAL I.C.A., Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*Tribunal de Apelaciones del Estado de Rio Grande Sur*), 30 de marzo de 2017, Sentencia No. 4-25.2016.8.21.7004192500
- Tribunal de Justiça de São Paulo (*Tribunal de Justicia de Sao Paulo*), DJE, 30 de noviembre de 2011, Sentencia No. 9066155-90.2004.8.26.0000
- Tribunal de Justiça de São Paulo (*Tribunal de Justicia de São Paulo*), 06 de junio de 2008, Sentencia No. 9202485-89.2007.8.26.0000
- Tribunal de Justiça de São Paulo (*Tribunal de Justicia de São Paulo*), DJE, 19 de febrero de 2016, Sentencia No. 2111792-03.2015.8.26.0000
- Tribunal de Justiça de São Paulo (*Tribunal de Justicia de São Paulo*), DJE, 09 de enero de 2012, Sentencia No. 0125708-85.2008.8.26.0000
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 12ª Câmara (*Tribunal de Apelaciones del Estado de Rio Grande Sur, 12ª Câmara*), 16 de febrero de 2017, Sentencia No. 70072362940
- Canadá
 - Imperial Life Assurance Co of Canada v. Colmenares, Supreme Court of Canada (*Corte Suprema de Justicia de Canadá*), [1967] SCR 443
 - Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard, [1981] B.C.J. No. 4, 122 D.L.R. (3d) 323 (C.A.)
 - Canadian Acceptance Corporation Ltd. v. Matte and Matte, [1957] S.J. No. 41. (Sask. C.A.)
- Chile
 - Caso Tschumi con Tschumi, Corte Suprema de Justicia de Chile, Law and Jurisprudence Magazine, XLII, parte 2, sección 1, página 331
 - Exequátur State Street Bank and Trust Company, Corte Suprema de Justicia de Chile, 14 de mayo de 2007, Rol N° 2349-05
 - Mauricio Hochschild S.A.C.I., con Ferrostaal A.G., Corte Suprema de Justicia de Chile, 22 de enero de 2008, Rol N° 3247-2006
 - Raimundo Serrano Mac Auliffe Corredores S.A, Corte Suprema de Justicia de Chile, 30 de noviembre de 2004, Rol N° 868-2003
 - Exequátur Cubix con Markvision, Corte Suprema de Justicia de Chile, 20 de agosto de 2014, Rol N° 10890-2014
 - Marlex Ltda., con European Industrial Engineering, Corte Suprema de Justicia de Chile, 28 de julio de 2008, Rol N° 2026-2007
 - Cruz Barriga v. Integral Logistics Society, Corte Suprema de Justicia de Chile, 25 de agosto de 2010, Rol N° 1699-2009
- Colombia
 - Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 5 de noviembre de 1996, Expediente 6130, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss
 - García Fernandes Internacional Importação e Exportação AS vs. Prodeco -Productos de Colombia S.A., Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 6 de agosto de 2004, Expediente No. 77
 - Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-557 del 26 de mayo 26 de 2005
 - Industria y Distribuidora Industri SA vs. SAP Andina y Del Caribe CA, Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, D.C., Sala Civil, 10 de marzo de 2010, Sentencia No. 20100015000
 - Corte Suprema de Justicia de Colombia, 24 de junio de 2016, Sentencia No. SC8453-2016

- Corte Suprema de Justicia de Colombia, 8 de febrero de 2017, Sentencia No. SC5207-2017
- El Salvador
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional
 - Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, 28 de febrero de 2013, Referencia No. PC-29-12
- Jamaica
 - Vita Foods Products Inc. v Unus Shipping Co. Ltd., Judicial Committee of the Privy Council (*Comité Judicial del Consejo Privado*), [1939] 1 All E.R. 513
 - DYC Fishing Limited v Perla Del Caribe Inc., Supreme Court Civil Appeal of Jamaica (*Apelación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Jamaica*), [2014] JMCA Civ. 26, §§ 42-44, citing R v International Trustee for the Protection of Bondholders, [1937] 2 All E.R. 164
 - Bonython v Commonwealth of Australia, High Court of Australia (*Corte Suprema de Australia*), [1951] AC 201
- Paraguay
 - Hans Werner Bentz v. Cartones Yaguareté S.A., Corte Suprema de Justicia de Paraguay, 21 de marzo de 2013, Sentencia No. 82
- Perú
 - Stemcor UK Limited v. Guiceve S.A.C., Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil Especializada en asuntos Mercantiles, 28 de abril de 2011
- Estados Unidos
 - The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907 (1972)
- Venezuela
 - Canal Once Bankruptcy, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Civil, Sentencia No. 252-71 del 27 de abril de 1971, en: Jurisprudencia Ramírez & Garay, 1971, T. XXX, pp. 395
 - Embotelladoras Caracas et al., vs. PepsiCola Panamericana, Tribunal Supremo de Venezuela, Sala Político-administrativa, 9 de octubre de 1997, en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, No. 109, pp. 150
 - Rafael Alfonzo, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Civil, Sentencia No. 0176
 - Sotillo vs. Instituto de Clínicas y Urología Tamanaco, C.A. et al., 20 de mayo de 2010 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/rc.000176-20510-2010-06-451.html>
 - Banque Artesia Nederland, N.V. vs. Corp Banca, Banco Universal C.A., Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Civil (SCJ/CC), Sentencia No. 0738 del 02 de diciembre de 2014
- Otros
 - Francia - Bisbal 1959
 - India - Videocon Power Limited, Rep. v. Tamil Nadu Electricity Board. Madras High Court (*Tribunal Supremo de Madras*), Diciembre de 2004. 2005 (3) ARBLR 399 Madras, 2004 (5) CTC 668
 - Italia - Assael Nissim v. Crespi, Corte suprema di cassazione (*Corte Suprema de Casación*), Sentencia No. 1680 de 1966
 - Luxemburgo – Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (*Corte del Distrito de Luxemburgo*), Sentencia de 7 de julio 1988 y 17 de marzo de 1990

- Holanda - Alnati, Hoge Raad der Nederlanden (*Corte Suprema de Holanda*), 13 de mayo de 1966
- Reino Unido - Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH y otros v. Shell International Petroleum Company Limited. (H. L.) (Julio 1988) 27 ILM 1032

* * *

APÉNDICE E

BASES DE DATOS Y FUENTES ELECTRÓNICAS

Para coadyuvar a la interpretación uniforme de los textos internacionales, dos de los tres organismos internacionales que se dedican principalmente al desarrollo del derecho internacional privado mantienen bases de datos en línea que contienen fallos judiciales y laudos arbitrales. Como ya se indicó, la CNUDMI estableció un sistema para acopiar las sentencias y laudos sobre textos propios (“CLOUT”), al que se puede acceder en versión impresa o a través de internet (www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html). Algo parecido ocurre con UNIDROIT —la base de datos “inteligente” de sentencias y laudos y bibliografía sobre los Principios UNIDROIT y la Convención sobre Contratos de Compraventa, y la base de datos conexas conocida como UNILEX (www.unilex.info). La Conferencia de La Haya también mantiene una bibliografía que está disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Existen asimismo otras bases de datos que contienen información pertinente al derecho comparado y a la interpretación uniforme. Una de ellas es la base de datos Albert H. Kritzer relativa a la Convención sobre Contratos de Compraventa que alberga la Pace University en Estados Unidos (www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg). Otra base de datos, mantenida por el Centro de Derecho Transnacional (“CENTRAL”) de la Universidad de Colonia en Alemania, contiene un método para la codificación progresiva de la nueva legislación comercial transfronteriza, para lo cual se preparó una lista abierta de principios relativos al derecho comercial de fácil acceso en internet que se actualiza constantemente con la adición de jurisprudencia judicial y arbitral, doctrina y otra información pertinente (www.trans-lex.org). Existen asimismo unas cuantas bases de datos regionales de la Convención sobre Contratos de Compraventa. Un ejemplo es: diprargentina.com, base de datos de la Universidad Carlos III - Pilar Perales.

Los textos oficiales y el estado actual de los instrumentos interamericanos de derecho internacional privado están disponibles en el sitio web de la OEA:

http://www.oas.org/en/sla/dil/private_international_law_conferences.asp

* * *

2. Disolución y liquidación de la sociedad por acciones simplificada

Durante el 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018) el Comité Jurídico Interamericano recibió la visita del doctor Francisco Reyes, Superintendente de Sociedades en Colombia, quien en el año 2011 presentó un Proyecto de Ley Modelo sobre sociedad por acciones simplificada (SAS) que ha sido endosada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2017. En esta oportunidad, el doctor Reyes presentó la normativa en su país sobre la disolución y liquidación de la sociedad por acciones simplificada. A la luz de los efectos positivos de la adopción de la Ley Modelo sobre sociedad por acciones simplificada, propuso al Comité continuar en el estudio de otras iniciativas en materia de disolución de empresas, en particular en América Latina y el Caribe. Constató la existencia de procesos de armonización en el ámbito de las sociedades por acciones simplificada en Brasil, Paraguay, Ecuador. Explicó que la nueva propuesta de ley modelo dispone de principios simples, que hacen posible continuar operaciones al disolverla. Contiene diferencias entre pasivos y activos así como entre pequeñas y grandes empresas. Propone un régimen de responsabilidad bien definido. Se favorece que los registros sean hechos en línea, sin fijar términos para su conclusión. Ofrece un proceso sumario con reglas claras y expeditas de disolución o término de su ciclo vital. Como toda iniciativa es susceptible de mejorarse.

El doctor José Moreno agradeció al doctor Francisco Reyes por su presencia y propuesta de nuevo tema a la vanguardia. Explicó que Paraguay se encuentra trabajando en una ley modelo en el ámbito de la SAS. Al momento de apoyar la propuesta presentada, le consultó si las soluciones de la OEA y de UNCITRAL eran convergentes.

El doctor Duncan Hollis manifestó su agradecimiento por la presencia y le consultó sobre la forma en que considera se debería trabajar esta nueva propuesta, si la SAS es vista como una condición necesaria para aplicar la nueva propuesta o ambas pueden vivir separadas. También le consultó si la propuesta tiene en cuenta los mecanismos que se aplican en *Common Law*.

El doctor Miguel Espeche-Gil agradeció la propuesta que se consideró como pertinente frente de la crisis de la pequeña y media empresa en su país. Al respecto retomó la consulta del doctor Duncan Hollis sobre compatibilidad de ambos sistemas. En el caso que se propusiera una convención, le solicitó pautas.

El doctor Francisco Reyes explicó que no existe dicotomía entre organismos de armonización universal y la OEA, todos convergen de una cierta manera. Las pautas propuestas por la OEA son muy similares a las que trabaja la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Sin embargo, el ámbito de la OEA es distinto del resto por contar entre otros con países de tradición civilista o anglosajona, y por ende no debería haber conflicto al momento de armonizar. La OEA tiene la facilidad de operar más rápidamente que a nivel mundial, y el aspecto técnico del trabajo del Comité es un escenario imparcial que permite avanzar de manera eficiente. En respuesta al doctor Duncan Hollis, constató ambas pueden subsistir de manera separada a pesar de regular materias conexas. El modelo tiene en cuenta orientaciones de *Common Law* (libertad contractual, costos mínimos de transacción, posibilidad que se pacte la exoneración de responsabilidad en la medida que los accionistas lo consideren pertinente, etc.). Si existen aproximaciones que no hayan sido incluidas el Comité puede incluirlas. Es un híbrido entre mejores prácticas de ambas tradiciones para facilitar su implementación. Finalmente, en respuesta el doctor Miguel Espeche-Gil el doctor Reyes explicó que se debería evitar traducir y desarrollar de preferencia un proceso de trasplante adecuado. En relación a los pasos a seguir, recomendó la designación de un relator tal como fuera realizado en el caso de las SAS. Culminó manifestando su disponibilidad al Comité en caso de asistencia.

La Presidenta recordó la existencia de un mandato por parte de la Asamblea General que solicita al Comité Jurídico Interamericano y a su Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional, difundir entre los Estados la Ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada, resolución AG/RES. 2906 (XLVII-O/17).

El pleno del Comité designó a la doctora Ruth Correa Palacio como relatora del tema.

Durante el 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el tema no fue discutido.

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019), el Comité decidió eliminar de la agenda el tratamiento de este tema.

* * *

CAPÍTULO III

Actividades realizadas por el Comité Jurídico Interamericano durante el año 2019

A. Participación de la Presidenta del Comité Jurídico Interamericano sobre su participación en la Asamblea General de la OEA, en el Consejo Permanente y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos

Documentos

CJI/doc.589/19	Informe de la Presidenta del Comité Jurídico Interamericano ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos – CAJP
CJI/doc.591/19	Informe de la Presidenta del Comité Jurídico Interamericano ante la Asamblea General de la OEA
CJI/doc.590/19	Informe de la Presidenta del Comité Jurídico Interamericano ante la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas

* * *

El 11 de abril de 2019, la Presidenta presentó ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos el informe anual con las actividades desarrolladas por el Comité en el curso del año 2018 dando a conocer en particular a las dos Guías prácticas elaboradas recientemente por el Comité: la Guía Práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales”. También dedicó un espacio al presupuesto, al respecto solicitó otorgarle al Comité los recursos necesarios para sesionar por lo menos dos veces por año. Culminó su presentación describiendo las actividades celebradas en agosto de 2018, la “VII Reunión Conjunta de los Consultores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA” y el encuentro del Comité con representantes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado cuyo objeto fue evaluar los métodos de trabajo, coordinar esfuerzos entre ambas instituciones en el ámbito de la codificación y difusión del derecho internacional privado.

El intercambio con los delegados de las Misiones Permanentes ha sido registrado en un documento elaborado por el Departamento de Derecho Internacional, documento CP/CAJP/INF. 618/19.

El 28 de junio de 2019, la Presidenta presentó el Informe Anual del Comité ante la Asamblea General, reunida en Medellín, Colombia. En dicha ocasión la Presidenta del Comité se refirió principalmente a temas sustantivos, destacando en particular la adopción de “La Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas”. Asimismo, instó a los países de la región del Caribe a integrar el CJI proponiendo candidatos y participar en los encuentros con los consultores jurídicos.

En cuanto a su intervención en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas que tuvo lugar en Ginebra el 10 de julio de 2019, la Presidenta constató haber dedicado un mayor tiempo a temas relativos a la Ciberseguridad (seguridad cibernética) e Inmunidades de jurisdicción.

A continuación se incluyen, las presentaciones en cada instancia:

CJI/doc.589/19**INFORME DE LA PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS – (CAJP)**

(presentada por la doctora Ruth Stella Correa Palacio)

I. Antecedentes y membresía

Quisiera expresar nuestro reconocimiento al Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP), Embajador Leonidas Rosa Bautista, Representante Permanente de Honduras ante la OEA y a los miembros aquí presentes por este espacio de la CAJP que nos permite presentar el informe anual de las actividades emprendidas y acciones realizadas por el CJI en el año 2018.

El Comité Jurídico Interamericano es uno de los órganos principales por medio de los cuales la OEA realiza sus fines, sirve de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos, promueve el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional, y estudia los problemas jurídicos referentes a la integración y armonización de las legislaciones nacionales, teniendo en cuenta la realidad continental en la que coexisten el derecho continental y el *common law*.

El Comité está integrado por 11 juristas nacionales de los Estados Miembros: Luis García-Corrochano-Moyano (nuestro Vicepresidente, Perú); Carlos Mata Prates (Uruguay); José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay); Duncan B. Hollis (Estados Unidos); Alix Richard (Haití); Miguel Angel Espeche-Gil (Argentina); Iñigo Salvador Crespo (Ecuador); Milenko Bertrand (Chile); Mariana Salazar (México); y George Bandeira Galindo (Brasil). Yo provengo de Colombia.

II. Mandatos y sesiones de trabajo

En el año 2018, el Comité Jurídico Interamericano celebró dos períodos ordinarios de sesiones, el primero, realizado entre el 26 de febrero y el 2 de marzo, en la Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, mientras que el segundo tuvo lugar entre el 6 y el 16 de agosto, en la sede del Comité en Rio de Janeiro, Brasil.

Queremos aprovechar esta oportunidad para manifestar nuestro agradecimiento al Gobierno de México por las facilidades brindadas para la celebración de la sesión de trabajo en el Ministerio de Relaciones Exteriores de dicho país. Como es costumbre en ocasiones en que sesionamos fuera de la sede, el Comité pudo realizar encuentros con variadas entidades nacionales que se desempeñan en ámbitos ligados al derecho internacional o al sistema interamericano, y en este sentido tuvimos la ocasión de encontrarnos con distinguidos funcionarios públicos de varias dependencias, entre las cuales, hubo representantes de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Procuraduría General de la República, la Secretaría de la Gobernación, y miembros de la Comisión de Asesores Externos de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Además, los miembros del Comité participamos en un conversatorio con profesores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y realizamos una visita a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sosteniendo una reunión con el Ministro Javier Laynéz Potizek. Dichos encuentros permitieron debatir e intercambiar opiniones sobre los temas en la agenda del Comité o de interés para las autoridades nacionales y miembros del sector académico. Aprovecho la ocasión para instar a aquellos Estados interesados en organizar una sesión del Comité en sus respectivos países que nos lo hagan saber pues los beneficios de llevar al CJI fuera de su sede, refieren importantes oportunidades de intercambio de experiencias y conocimientos.

En el curso del año 2018 y en el primer del 2019, el Comité ha adoptado dos importantes guías: una Guía Práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales y una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas.

La “Guía Práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales”, adoptada en agosto y distribuida a los Estados en septiembre de 2018, propone

10 lineamientos destinados a atender aspectos específicos de las inmunidades en temas relativos al objetivo, el alcance y los límites de la inmunidad jurisdiccional; los medios de solución de controversias y sus características; la observancia del ordenamiento jurídico interno; la comparecencia ante tribunales nacionales; la inmunidad de ejecución, y la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. En su elaboración, el CJI tuvo en consideración las mejores prácticas de los Estados, las organizaciones internacionales y los tribunales internacionales y nacionales. Por medio de esta Guía el Comité espera colaborar con los Estados miembros, las organizaciones internacionales y los tribunales, en las diversas etapas de adopción de futuros acuerdos, incluyendo la negociación y la solución de controversias.

Por su parte, la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas” tiene por objeto impulsar aspectos sustantivos en la materia, que proponen recomendaciones particulares a los diferentes actores a nivel interno, legisladores, órganos jurisdicciones y partes en un contrato, y que se basan fundamentalmente en los instrumentos existentes a nivel universal como regional, habida cuenta de las disparidades existentes en materia contractual en los países de la región. Por ende, el Comité busca apoyar de manera concreta la armonización jurídica y estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo en el continente. Se espera que legisladores, órganos jurisdicciones y las partes en un contrato utilicen las soluciones propuestas por la Guía y examinen sus respectivos regímenes jurídicos internos en materia de derecho aplicable a los contratos.

La comunidad internacional de expertos y académicos ha recibido de una manera muy positiva este aporte del Comité que, a pesar de haber sido adoptado en febrero del presente año, ya ha sido acogido con satisfacción por organizaciones tales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y la Sección de Derecho Internacional de la *American Bar Association* (ABA/SIL). Esperamos que los órganos políticos de la Organización puedan tomar conocimiento de la Guía y que los Representantes de los Estados puedan transmitirla a sus Cancillerías y servirse de este trabajo que incorpora los avances más recientes en la materia y ha sido el fruto de un amplio proceso de consultas entre expertos.

En lo que respecta a ambos documentos, solicito muy respetuosamente que sean debidamente considerados por parte de los órganos políticos de la Organización.

Teniendo en cuenta la aprobación de los dos temas antes mencionados, la agenda actual del Comité está constituida de nueve temas, tres de los cuales corresponden a mandatos propuestos por la Asamblea General reunida en Washington, D. C. en junio de 2018, a saber “Recibos electrónicos para productos agrícolas”; “Protección de datos personales”; y, “Acceso a la información pública”. Por otra parte, el Comité incorporó tres nuevas relatorías por iniciativa propia, “Ciberseguridad (seguridad cibernética)”, “Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional”, y, “Disolución y liquidación de la sociedad por acciones simplificada”. Asimismo, el Comité decidió mantener en su agenda el tratamiento de los siguientes tres temas: “Aplicación del principio de convencionalidad”; “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”; y, “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”.

III. Difusión del derecho internacional

Durante el 93º período ordinario de sesiones realizado en su sede en Rio de Janeiro, Brasil, el Comité organizó dos eventos de gran importancia. El día 15 de agosto, el Comité celebró la “VII Reunión Conjunta de los Consultores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA”, cuyo objetivo principal es identificar temas de interés para la región que pueden ser objeto de codificación y desarrollo progresivo por parte de este órgano, tanto en derecho internacional público como privado. Tras una amplia convocatoria, la reunión conjunta congregó a consultores jurídicos de Cancillerías de diez Estados Miembros de la OEA, a saber, Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Haití, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay. También participó una delegación de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. El CJI celebra este tipo de reuniones cada dos años y quiero desde ya lanzar la invitación para la VIII Reunión que tenemos la intención organizar en agosto de 2020, oportunidad en que

esperamos contar con un mayor número de participantes, especialmente de las cancillerías de los países del Caribe y de Centroamérica considerando que no hemos tenido presencia de dicha región. Comprendemos que es un esfuerzo importante para los Estados puesto que el Comité no tiene la capacidad financiera para apoyar la presencia de los consultores jurídicos, pero instamos a consultar los informes que se han elaborado con relación a dichas reuniones para determinar la pertinencia que estas actividades pueden llegar a tener.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el Comité efectuó el 16 de agosto una reunión con representantes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con el objetivo de evaluar los métodos de trabajo, coordinar esfuerzos entre ambas instituciones de tal manera de evitar duplicaciones, y determinar el valor añadido que la región puede aportar a los esfuerzos de codificación y difusión del derecho internacional privado a nivel global. El evento contó con la presencia del propio Secretario General de la Conferencia, doctor Christophe Bernasconi, y los consultores jurídicos, lo cual permitió un rico intercambio e importantes conclusiones para los trabajos futuros del CJI.

Las discusiones de ambos eventos han sido incorporadas en el Informe anual.

Entre las visitas recibidas durante el período de sesiones del mes de agosto, el Comité acogió la presencia de académicos provenientes de México, Brasil y Chile, así como de autoridades nacionales, tales como, Francisco Reyes, Superintendente de Sociedades de Colombia y César Manuel Vallarta del Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos de México. De igual manera, el Comité recibió la visita de representantes de organizaciones internacionales de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana (AUCIL).

Como en años anteriores, el Comité celebró su tradicional Curso de Derecho Internacional, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, en Rio de Janeiro, Brasil, entre el 6 y 24 de agosto de 2018. En la oportunidad, asistieron 44 alumnos provenientes de diversos países del hemisferio, de los cuales 20 recibieron un apoyo económico de la OEA para su participación. Este Curso tiene por objetivo reflexionar, debatir y actualizar diversos temas en materia de Derecho Internacional Público y Privado, así como de los nuevos desarrollos jurídicos en el sistema interamericano.

Para el presente año, se prevé una nueva edición del mismo que tendrá lugar desde el 22 de julio al 9 de agosto de 2019. Al respecto, lamento informarles que este año no se podrá otorgar las tradicionales becas a los alumnos participantes, las cuales permitían sufragar el transporte aéreo de por lo menos la mitad, debido a los recortes presupuestales de que dichos programas han sido objeto.

En relación con el presupuesto, me permito comunicarles nuestra preocupación respecto de la propuesta que ha sido presentada el pasado jueves 4 de abril en la cual se elimina el 38.9% del presupuesto anual del Comité que pasa a \$219500, en un contexto en que las sesiones del Comité son del orden de los \$ 225000, y por ende no estaríamos en condiciones de sesionar el próximo año. El Comité sesiona dos veces al año por un total de dos semanas y media, mientras que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sesiona once semanas al año.

Previo a esta propuesta de presupuesto presentada por la Secretaría General nosotros queríamos solicitar un refuerzo financiero destinado principalmente a establecer un puesto de Secretario en su sede, posición que existía hasta el año 2009 (mientras que otros órganos tales como la Corte o la Comisión cuentan con un Secretario Ejecutivo). Entre el 2013 y 2016, el Departamento de Derecho Internacional obtuvo un aumento en su presupuesto que permitió contratar a una persona que recibía contratos temporales (CPR), pero dicho monto no ha sido renovado. El costo de un funcionario de rango P-4 es del orden de los \$150000.

En este contexto, al momento de solicitar dicho refuerzo confiamos en que se mantenga el presupuesto actual, y se permita al Comité seguir sesionando dos veces por año.

IV. Palabras finales

Señor Presidente, conscientes del impacto que los temas bajo nuestro mandato pueden tener en los ciudadanos y sociedades de las Américas quiero reiterar la entera disponibilidad de los

miembros del Comité en continuar trabajando a favor del desarrollo del derecho internacional, teniendo en consideración el mayor interés de los Estados y a la luz de los mandatos que la Asamblea General tenga a bien establecer.

El próximo período ordinario de sesiones se desarrollará en nuestra sede, la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, entre el 31 de julio y el 9 de agosto.

Finalmente, quiero destacar el trabajo y profesionalismo de nuestra Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, cuyos funcionarios nos otorgan su constante apoyo en el seguimiento a nuestras labores.

El Informe anual del Comité ha sido publicado y distribuido en forma electrónica. Por lo demás la información sobre los desarrollos jurídicos del Comité y las actividades aquí descritas pueden ser consultadas en la página web del Comité Jurídico <http://www.oas.org/es/sla/cji/default.asp>. Asimismo, el Departamento de Derecho Internacional ha publicado un volumen de este Informe, cuya versión en español e inglés ha sido distribuida a las delegaciones en el curso de mi exposición.

Muchas gracias.

* * *

CJI/doc.591/19

INFORME DE LA PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA

(presentada por la doctora Ruth Stella Correa Palacio)

Sr. Presidente, agradezco este espacio en que presentaremos, de manera sucinta, los avances realizados por el Comité en el ámbito de la codificación y las principales iniciativas de difusión del derecho internacional realizadas en el último año.

En el año 2018, el Comité Jurídico Interamericano celebró dos períodos ordinarios de sesiones, el primero, entre el 26 de febrero y el 2 de marzo, en la Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, mientras que el segundo tuvo lugar entre el 6 y el 16 de agosto, en la sede del Comité en Río de Janeiro, Brasil. Los encuentros fuera de la sede, tal como la sesión realizada en Ciudad de México contribuyen de manera significativa al trabajo del Comité, por cuanto permiten interactuar con entidades nacionales tanto gubernamentales, como académicas y así conocer de primera fuente los temas de interés y desafíos en el ámbito del derecho internacional.

El trabajo de codificación del Comité

En el último año, el Comité ha adoptado dos instrumentos no vinculantes que buscan servir de referencia a los Estados en temas complejos e importantes: una Guía Práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales y una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas.

La “Guía Práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales”, adoptada en agosto y distribuida a los Estados en septiembre de 2018, propone 10 lineamientos destinados a atender aspectos específicos de las inmunidades en temas relativos al objetivo, el alcance y los límites de la inmunidad jurisdiccional; los medios de solución de controversias y sus características; la observancia del ordenamiento jurídico interno; la comparecencia ante tribunales nacionales; la inmunidad de ejecución, y la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. En su elaboración, el CJI tuvo en consideración las mejores prácticas de los Estados, las organizaciones internacionales y los tribunales internacionales y nacionales, y precisamente se espera que tanto las cancillerías como los tribunales se sirvan de la Guía del Comité en lo que les compete, ya sea a la negociación de nuevos acuerdos, como en la etapa de solución de controversias que puedan surgir.

Por su parte, la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas” tiene por objeto impulsar aspectos sustantivos en la materia, y para ello propone recomendaciones a una amplia gama de actores a nivel interno, incluyendo legisladores, órganos jurisdicciones y partes en un contrato. Este instrumento estimula la integración económica, el crecimiento y el desarrollo en el continente junto con participar en la armonización de los regímenes jurídicos internos en los países de la región (en donde se pueden apreciar disparidades en materia contractual). La comunidad internacional de expertos y académicos ha recibido de una manera muy positiva este aporte del Comité que, a pesar de haber sido adoptado apenas en febrero del presente año, ya ha sido acogido con satisfacción por organizaciones tales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y la Sección de Derecho Internacional de la *American Bar Association* (ABA/SIL). Señoras y señores cancilleres les invitamos a divulgar este trabajo que incorpora los avances más recientes en la materia a nivel universal y regional y que ha sido el fruto de un amplio proceso de consultas entre expertos.

En la actualidad la agenda del Comité está constituida de nueve temas, tres de los cuales corresponden a mandatos propuestos por la Asamblea General reunida en Washington, D. C. en junio de 2018, a saber “Recibos electrónicos para productos agrícolas”; “Protección de datos personales”; y, “Acceso a la información pública”. Por otra parte, el Comité incorporó tres nuevas relatorías por iniciativa propia, “Ciberseguridad (seguridad cibernética)”, “Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional”, y, “Disolución y liquidación de la sociedad por acciones simplificada”. Asimismo, el Comité decidió mantener en su agenda el tratamiento de los siguientes tres temas: “Aplicación del principio de convencionalidad”; “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”; y, “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”.

Difusión del derecho internacional

En el 93º período ordinario de sesiones realizado en su sede en Rio de Janeiro, Brasil, el Comité organizó tres importantes eventos que destaco en esta oportunidad. El día 15 de agosto, el Comité celebró la “VII Reunión Conjunta de los Consultores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA”, que busca identificar temas de interés para la región que pueden ser objeto de codificación y desarrollo progresivo por parte de este órgano, tanto en derecho internacional público como privado. Tras una amplia convocatoria, la reunión conjunta congregó a consultores jurídicos de cancillerías de diez Estados Miembros de la OEA, a saber, Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Haití, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay. También participó una delegación de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana.

En ese encuentro no se contó con la presencia de consultores del Caribe y de Centroamérica. Análoga ausencia es la que se registra en la actual composición del Comité que entre sus once miembros, solo cuenta con un representante de esa región. Por ello aprovecho este espacio para solicitar en particular a los Representantes del Caribe y de Centroamérica, que se integren al Comité, proponiendo internacionalistas de sus países como candidatos y que además promuevan la participación de los consultores jurídicos de sus cancillerías en las reuniones bienales que realizamos con estos funcionarios. Tener la voz de todas las regiones permitirá mayor ámbito de aplicación y cobertura de los trabajos que realizamos.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el Comité efectuó el 16 de agosto una reunión con representantes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con el objetivo de evaluar los métodos de trabajo, coordinar esfuerzos entre ambas instituciones para evitar duplicaciones, y determinar el valor añadido que la región puede aportar a los esfuerzos de codificación y difusión del derecho internacional privado a nivel global. El evento contó con la presencia del propio Secretario General de la Conferencia, doctor Christophe Bernasconi, y los consultores jurídicos, lo cual permitió un rico intercambio e importantes conclusiones para los trabajos futuros del CJI.

Como en años anteriores, el Comité celebró su tradicional Curso de Derecho Internacional, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, en Rio de Janeiro, Brasil, entre el 6 y 24

de agosto de 2018. En la oportunidad, asistieron 44 alumnos provenientes de diversos países del hemisferio, de los cuales 20 recibieron un apoyo económico de la OEA para su participación. Este Curso tiene por objetivo reflexionar, debatir y actualizar diversos temas en materia de Derecho Internacional Público y Privado, así como de los nuevos desarrollos jurídicos en el sistema interamericano. Para el presente año, se prevé una nueva edición del mismo que tendrá lugar desde el 22 de julio al 9 de agosto de 2019.

Señor Presidente, conscientes de la contribución que históricamente este órgano consultivo de la OEA ha brindado a los Estados de nuestro hemisferio, quiero dejar constancia del interés y disponibilidad de todos mis colegas en continuar apoyando a los Estados Miembros por medio de trabajos que les sean de la mayor utilidad. Culmino agradeciendo al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, la Secretaría Técnica del Comité por su invaluable asistencia.

Las discusiones de los eventos mencionados y el detalle de los instrumentos elaborados en el curso del último año han sido incorporados en el Informe anual del Comité, documento CP/doc. 5467/19, el cual puede ser consultado en la página web de la OEA.

Muchas gracias.

* * *

CJI/doc.590/19

**INFORME DE LA PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO
ANTE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

(presentada por la doctora Ruth Stella Correa Palacio)

I. Antecedentes y membresía

Estimado Sr. Presidente, Pavel Sturma, en primer lugar quisiera expresarle nuestro reconocimiento a usted y a los miembros de esta Comisión por permitirnos presentarles los desarrollos recientes del Comité Jurídico Interamericano en el ámbito de nuestro trabajo.

El Comité Jurídico Interamericano es uno de los órganos principales por medio de los cuales la OEA realiza sus fines, sirve de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos, promueve el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional, y estudia los problemas jurídicos referentes a la integración y armonización de las legislaciones nacionales, teniendo en cuenta la realidad continental en la que coexisten el derecho continental y el *common law*.

El Comité está integrado por 11 juristas nacionales de los Estados Miembros: Luis García-Corrochano Moyano (nuestro Vicepresidente, Perú); Carlos Mata Prates (Uruguay); José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay); Duncan B. Hollis (Estados Unidos); Alix Richard (Haití); Miguel Angel Espeche-Gil (Argentina); Iñigo Salvador Crespo (Ecuador); Milenko Bertrand (Chile); Mariana Salazar (México); y George Bandeira Galindo (Brasil). Yo provengo de Colombia.

II. Mandatos y sesiones de trabajo

En el año 2018, el Comité Jurídico Interamericano celebró dos períodos ordinarios de sesiones, el primero, realizado entre el 26 de febrero y el 2 de marzo, en la Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, mientras que el segundo tuvo lugar entre el 6 y el 16 de agosto, en la sede del Comité en Rio de Janeiro, Brasil. Los encuentros fuera de la sede como fue el caso de la sesión en Ciudad de México son muy valiosos para nosotros porque nos permiten además celebrar reuniones con entidades nacionales tanto gubernamentales como académicas que desempeñan labores en el ámbito del derecho internacional.

En el último año, el Comité ha adoptado dos importantes guías: una Guía Práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales y una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas.

La “Guía Práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales”, adoptada en agosto y distribuida a los Estados en septiembre de 2018, propone 10 lineamientos destinados a atender aspectos específicos de las inmunidades en temas relativos al objetivo, el alcance y los límites de la inmunidad jurisdiccional; los medios de solución de controversias y sus características; la observancia del ordenamiento jurídico interno; la comparecencia ante tribunales nacionales; la inmunidad de ejecución, y la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. En su elaboración, el CJI tuvo en consideración las mejores prácticas de los Estados, las organizaciones internacionales y los tribunales internacionales y nacionales. Por medio de esta Guía el Comité espera colaborar con los Estados Miembros, las organizaciones internacionales y los tribunales, en las diversas etapas de adopción de futuros acuerdos, incluyendo la negociación y la solución de controversias.

Por su parte, la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas” tiene por objeto impulsar aspectos sustantivos en la materia, que proponen recomendaciones particulares a los diferentes actores a nivel interno, legisladores, órganos jurisdicciones y partes en un contrato, y que se basan fundamentalmente en los instrumentos existentes a nivel universal como regional, habida cuenta de las disparidades existentes en materia contractual en los países de la región. Por ende, el Comité busca apoyar de manera concreta la armonización jurídica y estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo en el continente. Se espera que legisladores, órganos jurisdicciones y las partes en un contrato utilicen las soluciones propuestas por la Guía y examinen sus respectivos regímenes jurídicos internos en materia de derecho aplicable a los contratos. La comunidad internacional de expertos y académicos ha valorado este aporte del Comité que, a pesar de haber sido adoptado en febrero del presente año, ya ha sido acogido con satisfacción por organizaciones tales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y la Sección de Derecho Internacional de la *American Bar Association* (ABA/SIL).

La agenda actual del Comité está constituida de nueve temas que paso a continuación a explicar a grandes rasgos.

a. Los primeros tres corresponden a mandatos propuestos por la Asamblea General:

- **“Recibos electrónicos para productos agrícolas”**: Mandato a cargo del doctor José Moreno Rodríguez de Paraguay que solicita al Comité actualizar el informe sobre los principios para recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas elaborado en el año 2016 “a la luz de los nuevos desarrollos que se han producido con relación el acceso al crédito en el sector agrícola”. Es un tema que da continuidad al trabajo del Comité para principalmente responder a desafíos que en su momento no fueron resueltos, tales como el desarrollo de un lenguaje neutral que permita acomodar tanto el formato basado en papel como el electrónico y superar las diferencias de enfoque entre el derecho civil y el derecho consuetudinario (*common law*). También valdría la pena reflexionar sobre el tema de la financiación de los recibos aduaneros y el fortalecimiento del sector agrícola. Siendo un tema cuyo desarrollo será evaluado tanto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL) como por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el Comité determinará su actuar en función de lo que dichas instituciones decidan con el fin de evitar duplicación de labores.
- **“Protección de datos personales”**: Este es el segundo de los temas propuestos por la Asamblea general que se encuentra bajo la relatoría del doctor Carlos Mata Prates de Uruguay, y que consistiría en actualizar los “Principios sobre la Protección de Datos Personales” adoptados en 2015. Al respecto, el relator ha manifestado interés en trabajar aspectos particulares de los principios tales como: las medidas destinadas a “*impedir la identificación o reidentificación de una persona física sin esfuerzos desproporcionados*”; la vinculación y efectos de los Principios con los Derechos Internos; el tratamiento de datos personales concernientes a niñas, niños y adolescentes; el derecho a la *portabilidad* de los datos personales; la ampliación de la legitimación de las personas físicas vinculadas a

personas fallecidas o designadas por éstas; el derecho al olvido. Se espera además incorporar en su informe la tradición civilista y del *common law* con la finalidad de comprender a todos Estados Miembros de la OEA.

- **“Acceso a la información pública”**: Este es el tercero de los tres mandatos de la Asamblea General, y al igual que los anteriormente mencionados, también habría un interés en identificar áreas temáticas para “actualizar o ampliar” un documento elaborado previamente por nuestro Comité, en concreto se trataría de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública” adoptada en 2010. El Comité ha elegido como relator al doctor Luis García Corrochano-Moyano, quien ha anunciado analizar los siguientes seis temas de importancia: transparencia activa, régimen de excepciones, gestión documental (gestión de archivos), información pública en el poder judicial, sujetos obligados a dar información (partidos políticos y sindicatos) y órganos garantes. Ellos surgen de un cauteloso trabajo de identificación de nuestra Secretaría Técnica con el apoyo de entidades públicas, organizaciones de la sociedad civil, expertos y otras entidades de los Estados de la OEA. Se espera para nuestra próxima sesión el primer informe del relator.
 - b. Por su parte, los siguientes seis temas han sido incorporados en la agenda del Comité por iniciativa propia:
- **“Aplicación del principio de convencionalidad”**: En este tema, en que yo participo como relatora, el objeto principal es elaborar una Guía que demuestre la práctica por parte de los Estados de manera clara, y en la medida de lo posible, en todas sus manifestaciones, a fin asistir a los Estados interesados en la implantación de los parámetros adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al principio de la convencionalidad. Para ello hemos buscado conocer el tratamiento acordado por los Estados partes en la Convención Americana de Derechos Humanos respecto a su integración en la normativa interna (habiéndose encontrado casos de Estados en que han alcanzado rango constitucional) y su aplicación en la práctica.
- **“Acuerdos vinculantes y no vinculantes”**: Tema bajo la relatoría del doctor Duncan B. Hollis de Estados Unidos que consiste en la adopción de directrices destinadas a identificar y diferenciar tres categorías de acuerdos: tratados, compromisos políticos y contratos, en función de cuatro áreas específicas: criterios de diferenciación, capacidad de los Estados y otras entidades subnacionales; efectos jurídicos y procedimientos para su negociación y celebración. Se espera entregar a los Estados herramientas para clarificar las distintas formas de acuerdos, por medio de “prácticas óptimas” que puedan servir de referencia en la determinación de la naturaleza de un acuerdo, especialmente en áreas en que existe ambigüedad o divergencias de opinión.
- **“Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”**: Yo actúo como la relatoría de este tema y la intención es proponer a los Estados mecanismos y procedimientos para facilitar el reconocimiento al interior de los Estados de las sentencias de tribunales extranjeros y permitirles producir efectos obligatorios, incluyendo la facilitación de la autenticación de documentos extranjeros. Todo ello debido a las dificultades que se presentan a pesar de la existencia de instrumentos respecto de decisiones arbitrales en el ámbito universal (Convención de Nueva York) como regional (Convención de Montevideo). Si bien existen iniciativas en el ámbito de la Conferencia de La Haya, el Comité no se embarcará en algo que duplique el trabajo en otros foros, ni tampoco en decisiones sobre arbitraje en que el reconocimiento es expedito. Si bien no se ha decidido de la naturaleza del trabajo, ya sea una guía o una ley modelo, el tema se limitará al reconocimiento doméstico de las decisiones.
- **“Ciberseguridad (seguridad cibernética)”**: Tema cuya relatoría la lleva el doctor Duncan B. Hollis de Estados Unidos, quien se ha propuesto como objetivo conocer la opinión de los Estados Miembros de la OEA respecto a la aplicación del derecho internacional y el espacio cibernético. Para ello, el Comité ha remitido un cuestionario de diez preguntas a los Estados. De hecho, el informe del relator servirá además para alimentar los trabajos que las

Naciones Unidas realiza en el seno de un Grupo que no incluye a todos los miembros de la OEA, permitiéndonos de esta manera proyectar nuestra voz en la esfera global.

- **“Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional”**: Este es un proyecto incipiente que lleva adelante el doctor Alix Richard de Haití, quien ha manifestado interés en determinar mejores prácticas y estudiar mecanismos jurídicos eficaces para proteger a los Estados frente a las interferencias en el ámbito electoral.
- **“Disolución y liquidación de la sociedad por acciones simplificada”**: Este tema bajo mi responsabilidad consiste en una propuesta de ley modelo que facilitaría la disolución del ciclo vital de una empresa entre los cuales se propondrían reglas claras y expeditas que contarían de un régimen de responsabilidad definido e incluiría registros en línea. Todo ello en función de la positiva experiencia que el Comité ha tenido en el ámbito de la armonización por medio de la “ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada” que adoptamos en el Comité en el año 2012, que fuera elevada a la Asamblea General en 2017, y que ha sido utilizada en varios países de la región.

III. Difusión del derecho internacional

Durante el 93º período ordinario de sesiones realizado en su sede en Rio de Janeiro, Brasil, el Comité organizó dos eventos de gran importancia. El día 15 de agosto, el Comité celebró la “VII Reunión Conjunta de los Consultores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA”, la cual tiene por objetivo identificar temas de interés para la región que pueden ser objeto de codificación y desarrollo progresivo por parte de este órgano, tanto en derecho internacional público como privado. Tras una amplia convocatoria, la reunión conjunta congregó a consultores jurídicos de Cancillerías de diez Estados Miembros de la OEA, a saber, Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Haití, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay. También participó una delegación de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. El CJI celebra este tipo de reuniones cada dos años y el próximo encuentro será agosto de 2020. Al respecto, reconozco la presencia del Asesor Jurídico de Perú, doctor Juan José Ruda, quien ha participado en las dos más reciente, y solicito a los nacionales de Estados Miembros de la OEA hoy presentes difundir este evento entre los consultores jurídicos de sus respectivos países.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el Comité efectuó el 16 de agosto una reunión con representantes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con el objetivo de evaluar los métodos de trabajo, coordinar esfuerzos entre ambas instituciones de tal manera de evitar duplicaciones, y determinar el valor añadido que la región puede aportar a los esfuerzos de codificación y difusión del derecho internacional privado a nivel global. El evento contó con la presencia del propio Secretario General de la Conferencia, doctor Christophe Bernasconi, y los consultores jurídicos, lo cual permitió un rico intercambio e importantes conclusiones para los trabajos futuros del CJI.

Las discusiones de ambos eventos han sido incorporadas en el Informe anual del Comité.

Como en años anteriores, el Comité celebrará su tradicional Curso de Derecho Internacional, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, en Rio de Janeiro, Brasil, entre el 22 de julio al 9 de agosto de 2019, el cual ha contado con la presencia de dos Comisionados en los últimos dos años, doctores Mauricio Vázquez de Ecuador en 2017 y Claudio Grossman de Chile el pasado año. Al respecto, considerando que no hemos tenido propuestas de nombres para el presente Curso y que estamos muy cerca del mismo, les invito formalmente para el próximo año. En dicha ocasión sería ideal que la persona designada pueda participar en la sesión de trabajo del Comité, el Curso y la sesión con asesores jurídicos.

IV. Palabras finales

Señor Presidente Sturma al momento de agradecer por su intermedio a todos los Comisionados aquí presentes por permitir nuestra presencia, quiero reiterar el interés y disponibilidad del Comité para recibirles en nuestra sede, y conocer en persona los desarrollos que ustedes están realizando.

Es importante que instancias como las nuestras que desempeñan un rol esencial en el desarrollo progresivo del derecho internacional mantengamos una estrecha relación de cooperación.

El próximo período ordinario de sesiones se desarrollará en nuestra sede, la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil, entre el 31 de julio y el 9 de agosto.

Toda la información sobre los desarrollos jurídicos del Comité y las actividades aquí descritas pueden ser consultados en la página web del Comité Jurídico <http://www.oas.org/es/sla/cji/default.asp>.

Muchas gracias.

* * *

B. Curso de Derecho Internacional

Entre el 22 de julio y el 9 de agosto de 2019 se celebró el 46° Curso de Derecho Internacional en Rio de Janeiro, Brasil. Este Curso tiene por objetivo reflexionar, debatir y actualizar diversos temas en materia de Derecho Internacional Público y Privado, así como de los nuevos desarrollos jurídicos en el sistema interamericano. Entre los 23 profesores invitados, se contó con la presencia de reconocidos catedráticos del hemisferio y de otros continentes, jueces, diplomáticos, miembros del CJI y funcionarios de organizaciones internacionales y de la OEA. En la oportunidad, asistieron 43 alumnos provenientes de 14 países del hemisferio quienes financiaron su participación en el evento. Es importante destacar que el Curso de Derecho Internacional se desarrolló en las instalaciones de la Facultad de Derecho de la *Universidade Federal do Rio de Janeiro* gracias al apoyo del Núcleo Interamericano de Derechos Humanos (NIDH) de dicha Universidad.

A continuación, se presenta la resolución y el Programa del Curso:

CJI/RES. 247 (XCIV-O/19)

CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TOMANDO EN CONSIDERACIÓN que el Comité Jurídico organiza anualmente el Curso de Derecho Internacional, con el apoyo de la Secretaría General;

TENIENDO EN CUENTA que el Curso de Derecho Internacional es una de las actividades académicas más importantes y representativa de la Organización de los Estados Americanos con casi 50 años de existencia;

RECONOCIENDO la necesidad de establecer orientaciones concretas para una organización cada vez más efectiva de esta actividad,

RESUELVE:

1. Solicitar que los miembros del Comité Jurídico Interamericano y la Secretaría de Asuntos Jurídicos presenten sus propuestas de profesores a ser invitados al Curso anual de Derecho Internacional durante su sesión correspondiente a agosto de cada año, de tal manera de poder organizar el programa de dicha actividad con la antelación posible.
2. Solicitar que dichas propuestas sean acompañadas con la hoja de vida respectiva de los profesores y el tema o temas de las clases a ser impartidas.
3. Solicitar asimismo a los miembros del Comité Jurídico Interamericano que en dicha ocasión manifiesten su disponibilidad de dictar clases durante el Curso respectivo.



4. Solicitar a la Secretaría de Asuntos Jurídicos que envíe el recordatorio de presentación de propuestas a todos los miembros del Comité con la debida antelación de tal modo de distribuirlas oportunamente.

5. Que el Comité Jurídico Interamericano durante su segundo período ordinario de sesiones de cada año aprobará el programa y los profesores a ser invitados para el siguiente Curso de Derecho Internacional y trabajará de manera conjunta con la Secretaría de Asuntos Jurídicos en la organización de dicha actividad, incluyendo el envío de las invitaciones respectivas.

6. Solicitar a los miembros del Comité Jurídico Interamericano que promuevan los medios que permitan una mayor participación de estudiantes.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 21 de febrero de 2019, por los siguientes miembros: doctores Mariana Salazar Alborno, Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil e Íñigo Salvador Crespo.

* * *

 OEA OAS		 Curso de Derecho Internacional	
PROGRAMA XLVI Curso de Derecho Internacional Julio 22 – Agosto 9, 2019 Faculdade Nacional de Direito R. Moncorvo Filho, 8 – Centro Rio de Janeiro			
1ª Semana			
Lunes 22	2:30 pm 3:00 pm 3:15 pm 3:45 pm 4:30 pm	Registro de alumnos (vestíbulo 4º piso) Ceremonia de Inauguración ■ Dr. Dante Negro Director, Departamento de Derecho Internacional, OEA Sesión informativa para alumnos ■ Dr. Jaime Moreno-Valle Oficial Jurídico, Departamento de Derecho Internacional, OEA Coordinador del Curso de Derecho Internacional Fotografía y Café de Bienvenida Fin del evento	
Martes 23	9:00 am 10:50 am 11:10 am 1:00 pm 2:30 pm	<i>Introducción al Sistema Interamericano</i> Profesor: Dante Negro Receso <i>El derecho de autodeterminación de los pueblos: nuevo desarrollo jurisprudencial</i> Profesor: Antonio Cançado Trindade Almuerzo <i>Cuestiones clave en el arbitraje comercial internacional</i> Profesor: Sixto Sánchez Lorenzo	
Miércoles 24	9:00 am 10:50 am	<i>Nuevos desarrollos jurídicos en el Sistema Interamericano</i> Profesor: Dante Negro Receso	

	11:10 am	<i>El derecho de autodeterminación de los pueblos: nuevo desarrollo jurisprudencial (conclusión)</i> Profesor: Antonio Cançado Trindade
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>Cuestiones clave en el arbitraje comercial internacional (continuación)</i> Profesor: Sixto Sánchez Lorenzo
Jueves 25	9:00 am	<i>Herramientas de trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su efectividad</i> Profesor: Paulo Abrão
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>Reflexiones sobre la Inmunidad Soberana a la luz de la Ley de Justicia Contra Estados Auspiciadores del Terrorismo</i> Profesor: Jaime Moreno-Valle
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>Cuestiones clave en el arbitraje comercial internacional (conclusión)</i> Profesor: Sixto Sánchez Lorenzo
Viernes 26	9:00 am	<i>Herramientas de trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su efectividad (conclusión)</i> Profesor: Paulo Abrão
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>El derecho humano a no ser apátrida en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos</i> Profesor: Juan Ignacio Mondelli
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>El derecho humano a buscar y recibir asilo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> Profesor: Juan Ignacio Mondelli
	4:15 pm	Evaluación
2ª Semana		
Lunes 29	9:00 am	<i>La Asesoría Jurídica Internacional en los Estados miembros del Consejo de Europa</i> Profesor: Carlos Jiménez Piernas
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>The changing international law regime governing foreign investment</i> Profesor: José Álvarez
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>Os 50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos à luz da jurisprudência da Corte IDH - Corpus juris interamericano, bloco de convencionalidade ou Constituição transnacional?</i> Profesor: Siddharta Legale
Martes 30	9:00 am	<i>La Asesoría Jurídica Internacional en los Estados miembros del Consejo de Europa (continuación)</i> Profesor: Carlos Jiménez Piernas
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>The changing international law regime governing foreign investment (continued)</i> Profesor: José Álvarez
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>La Convención de Viena de 1969 en materia de tratados. Balance a los 50 años de su celebración</i> Profesor: Luis García Corrochano

Miércoles 31	9:00 am	<i>La Asesoría Jurídica Internacional en los Estados miembros del Consejo de Europa (conclusión)</i> Profesor: Carlos Jiménez Piernas
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>The changing international law regime governing foreign investment (conclusion)</i> Profesor: José Álvarez
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>Los tratados en el Sistema Interamericano: evolución y desarrollos</i> Profesor: Luis Toro
Jueves 1	9:00 am	<i>Eficacia de sentencias extranjeras y acceso transnacional a la justicia. Reflexiones desde la gobernanza global</i> Profesor: Javier Ochoa Muñoz
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>Los desafíos del Derecho Internacional Humanitario a 70 años de la adopción de los Convenios de Ginebra</i> Profesor: Gabriel Valladares
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>Los nuevos desafíos del derecho del mar en la Década de los Océanos</i> Profesor: Carlos Mata
Viernes 2	9:00 am	<i>Eficacia de sentencias extranjeras y acceso transnacional a la justicia. Reflexiones desde la gobernanza global</i> Profesor: Javier Ochoa Muñoz
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>La situación en Venezuela y Nicaragua desde la perspectiva de la OEA y la Carta Democrática Interamericana</i> Profesor: Hernán Salinas
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>La situación en Venezuela y Nicaragua desde la perspectiva de la OEA y la Carta Democrática Interamericana</i> Profesor: Hernán Salinas
	4:15 pm	<i>Evaluación</i>
3ª Semana		
Lunes 5	9:00 am	<i>El multilateralismo y la Organización Mundial de Comercio (OMC)</i> Profesor: Hugo Cayrús
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>La estatalidad frente al desafío del cambio climático</i> Profesora: Alejandra Torres Camprubi
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>La Corte Penal Internacional: avances y desafíos</i> Profesora: Mariana Salazar
Martes 6	9:00 am	<i>El multilateralismo y la Organización Mundial de Comercio (OMC) (continuación)</i> Profesor: Hugo Cayrús
	10:50 am	Receso
	11:10 am	<i>La estatalidad frente al desafío del cambio climático (continuación)</i> Profesora: Alejandra Torres Camprubi
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	<i>Tema por confirmar</i> Profesor: Ignacio Tirado

Miércoles 7	9:00 am	Tema por confirmar Profesor: Ignacio Tirado
	10:50 am	Receso
	11:10 am	La estatalidad frente al desafío del cambio climático (conclusión) Profesora: Alejandra Torres Camprubi
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	Derecho internacional consuetudinario regional Profesor: George B. Galindo
Jueves 8	9:00 am	El Sistema Interamericano y la OEA Profesor: Jean-Michel Arrighi
	10:50 am	Receso
	11:10 am	Direitos humanos e meio ambiente como grandes temas da globalidade Profesor: Sidney Guerra
	1:00 pm	Almuerzo
	2:30 pm	International Law & Cybersecurity Profesor: Duncan B. Hollis
	4:15 pm	Evaluación
Viernes 9	9:00 am	Control de convencionalidad Profesora: Ruth Correa Palacio
	10:30 am	Ceremonia de Clausura y Entrega de Certificados (Salón Nobre) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Dra. Ruth Correa, Presidenta, Comité Jurídico Interamericano ▪ Dr. Jean-Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos, OEA ▪ Dr. Dante Negro, Director, Departamento de Derecho Internacional OEA
	11:30 am	Fotografía oficial
	11:40 pm	Café de Despedida

* * *

C. Relaciones de cooperación con otros organismos interamericanos y con organizaciones regionales o mundiales similares

Encuentros realizados por el Comité Jurídico Interamericano durante el 95º período ordinario de sesiones celebrado en Rio de Janeiro, Brasil:

- 1) 31 de julio de 2019: Visita del profesor Carlos Jiménez Piernas - Director de Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España y catedrático de la Universidad de Alcalá, España.

En la oportunidad, el profesor Jiménez Piernas se refirió al trabajo en la asesoría jurídica internacional un órgano *Ad-Hoc* de derecho internacional que fue creado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España que se ocupa de asesorar e informar a la Administración General del Estado en los temas relacionados con el Derecho Internacional. Constató igualmente la importancia del curso de derecho internacional y sus consecuencias positivas en relación a la promoción del Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos Humanos.

- 2) 1 de agosto de 2019: Visita de representantes de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana - la representación de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana estuvo compuesta por los Comisionados Mohamet Barakat y Hager Gueldich, y por parte de la Secretaría, Yaye Ndieme y Francis Adanlao Olatoundji.

El Comisionado Mohamed Barakat agradeció el espacio acordado a la Comisión Africana que sirve para fortalecer los lazos entre ambas instituciones. Manifestó el interés de los representantes de la Comisión en participar en el Curso de Derecho Internacional, así como en el desarrollo de actividades de promoción del derecho internacional, tales como jornadas y seminarios en áreas de interés común. Informó que la próxima conferencia de la Comisión tendrá lugar en noviembre del presente año en Angola.

Por su parte, la Comisionada Hager Gueldich aludió a la implementación del Protocolo de Maputo, las formas de cooperación y asistencia jurídica legal en asuntos criminales, tales como el desarrollo de políticas para hacer frente a los delitos transnacionales, los pasos prácticos que se han tomado, incluyendo la redacción de leyes modelos en materia de cooperación y extradición, inclusive el envío de cuestionarios a los Estados Miembros para conocer la situación imperante. Culminó presentando ideas de posibles formas de cooperación entra la Comisión y el Comité, tal como la redacción de publicaciones en áreas de interés común, organización de jornadas y seminarios, así como el intercambio de experiencias.

- 3) 1 de agosto de 2019: Visita del Embajador Hernán Salinas – Embajador, Representante Permanente de Chile ante la OEA.

El Embajador Hernán Salinas quien fuera miembro y Presidente del CJI explicó de manera detallada el mandato aprobado por la Asamblea General que solicitud al Comité la elaboración de una ley modelo que prohíba el uso de los fuegos artificiales, y una regulación eficiente de los espectáculos públicos en que se utilicen fuegos artificiales. Ello en función de la experiencia chilena cuya normativa sobre el uso responsable de los fuegos artificiales ha permitido una disminución del 90% de las víctimas en el país. Habiendo notado la falta de regulación en la materia en los otros Estados del continente, el gobierno de Chile ha hecho suya la campaña de la Corporación del Niño Quemado que trabaja en la rehabilitación de niños quemados tanto nacionales como extranjeros.

- 4) 2 de agosto de 2019: Visita del profesor Javier Ochoa - Catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

El profesor Javier Ochoa resumió algunos temas de su clase presentada en el Curso de Derecho Internacional sobre la expansión del derecho y su incidencia en la gobernanza global y litigios transnacionales. Destacó el rol de los tribunales locales respecto a los actores nacionales como transnacionales y los valores que deben guiar la eficacia de las sentencias extranjeras. Presentó siete ideas concretas que pueden servir en la materia: i) Eliminar la necesidad del exequátur y el establecimiento de

un procedimiento ejecutivo especial. Usar la fórmula de la ley modelo UNCITRAL que da al juez local la competencia jurisdiccional (sobre el cumplimiento de los requisitos para su ejecución); ii) Ampliar el objeto del procedimiento de *exequátur* a los efectos de levantar el velo corporativo; iii) Atribuir competencia interna para conocer el exequátur a los tribunales de primera instancia o los tribunales superiores; iv) Flexibilizar los requisitos de eficacia (control autónomo y flexible de la jurisdicción indirecta); v) Restringir la excepción de orden público material y procesal; vi) Establecer una tutela cautelar para la ejecución de sentencias extranjeras; y vii) Promover la asistencia jurídica gratuita o subvencionada. Al momento de agradecer al Comité, se ofreció para apoyar al Comité en estudios ligados a las sentencias extranjeras.

- 5) 5 de agosto de 2019: Visita del Embajador Hugo Cayrús - Representante Permanente de Uruguay ante la OEA.

El Embajador Hugo Cayrús aclaró los temas presupuestarios que fueron decididos por la Asamblea General en el presente año. En relación a la agenda del Comité, constató la utilidad de los temas que están siendo trabajados por el Comité. Respecto del Curso de Derecho Internacional hizo una breve reseña sobre su presentación relativa al multilateralismo, incluyendo la Ronda Uruguay y el establecimiento de la OMC (que incluye temas de bienes, comercio, servicios, y solución de controversias).

- 6) 6 de agosto de 2019: Visita de la profesora Alejandra Torres Camprubi - Abogada asociada de la firma Foley Hoag en Paris

La profesora dio a conocer temas preponderantes de su clase sobre los desafíos del cambio climático incluyendo, entre otros, los desarrollos relativos a la normativa, las prácticas regionales, las iniciativas de cooperación y la situación de los Estados insulares que corren el riesgo de perder su territorialidad y su posible desaparición.

- 7) 7 de agosto de 2019: Visita del profesor Ignacio Tirado - Secretario General de UNIDROIT

El profesor Tirado describió el trabajo de UNIDROIT respecto a la elaboración de normas en el ámbito del derecho internacional privado dando a conocer algunos desarrollos recientes sobre “contratos para la inversión de uso agrícola” o la redacción de un instrumento que permita la financiación de pequeñas y medianas empresas, así como iniciativas sobre contratos inteligentes en conjunto con UNCITRAL respecto a activos digitales para categorizar conceptos destinados a acercar las partes. Manifestó la intención de integrar un mayor número de Estados miembros de otros continentes durante su mandato, tanto de América Latina como de Asia-Pacífico. Asimismo, habló sobre los esfuerzos que se realizan para llevar adelante la Conferencia Diplomática sobre el Cuarto Protocolo MAC en los sectores de minería, agricultura y construcción que tendrá lugar en Pretoria, e instó a los miembros del Comité a enviar expertos en representación de sus respectivos países. Al finalizar su presentación el Secretario General de UNIDROIT propuso al CJI trabajar conjuntamente en la elaboración de mejores prácticas sobre derecho procesal, teniendo en cuenta la experiencia de ambas instituciones en la materia.

- 8) 8 de agosto de 2019: Visita del doctor Luis Almagro Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

El Comité sostuvo un diálogo con el Secretario General en el cual los miembros expusieron brevemente los trabajos en la agenda del Comité. En la ocasión, el SG agradeció la invitación y felicitó a la Presidenta por ser la primera mujer que ocupa dicho rol en este órgano. También se refirió a la importancia de contar con un Comité que trabaja en temas que se apegan a la agenda de la Organización y que sirve de referencia directa para la Secretaría General. Invitó al CJI a continuar otorgando una sólida base jurídica a los desafíos que se presentan. Ofreció además el uso de su twitter para dar una mayor difusión a los trabajos del Comité.

El Secretario General explicó que la era de los tratados en su entender no está terminada; pero que las crisis políticas tanto en Venezuela como en Nicaragua han ocupado la atención de la OEA. Todo lo cual ha llevado a repensar el pasado y buscar soluciones en función de la Carta de la Organización y de la Carta Democrática Interamericana. Las crisis mencionadas van a determinar la manera en que se

trabajarán instrumentos futuros. Ello en adición a las crisis humanitarias y de migración que se están viviendo. El Secretario General solicitó al Comité identificar elementos de la agenda actual del hemisferio que no están regulados. En su opinión existen espacios para facilitar la adopción de nuevos mecanismos que permitan una mayor eficiencia, incluyendo la actualización de instrumentos del siglo XX. De igual manera, constató la existencia de temas que dan lugar a nuevos desarrollos, tales como la corrupción, la seguridad informática o ciberseguridad, el terrorismo. En este sentido, recomendó buscar soluciones al interior de los ámbitos de la Organización y no fuera de ella. Finalmente, el Secretario General Almagro se refirió al aspecto traumático de las decisiones sobre el presupuesto que tienen consecuencias directas sobre los órganos como el Comité. Instó a los miembros a hacer gestiones en sus cancillerías respectivas para defender el patrimonio histórico del Comité en el marco de las discusiones en torno al presupuesto.

* * *

ÍNDICES

ÍNDICE ONOMÁSTICO

ABRÃO, Paulo	232, 369
ALBORNOZ, María Mercedes	190
ALMAGRO, Luis	373, 374
ARAÚJO, Nadia de	134, 190
ARRIGHI, Jean-Michel	8, 12, 184, 188, 371
ALVAREZ, José	369, 370
BAENA SOARES, João Clemente	19, 39
BARAKAT, Mohamed	372
BERTRAND-GALINDO ARRIAGADA, Milenko	8, 12, 135, 148, 186
CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto	368, 369
CAYRÚS, Hugo	370, 373
CEVALLOS ALCÍVAR, Juan	34, 147
COLLOT, Gélín Imanès	19, 189
CORREA PALACIO, Ruth Stella	3, 8, 11, 19, 26, 31, 131, 134, 353, 358, 361, 363
DE CÁRDENAS FELDSTEIN, Sara	190
ESPECHE-GIL, Miguel Angel	8, 12, 39, 185, 200, 252
FRESNEDO, Cecilia	190
FUJIMORI, Alberto	185
GALINDO, George Bandeira	8, 11, 371, 183
GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis	8, 11, 30, 136, 159, 369
GARRO, Alejandro	190
GOMES, Maria Conceição de Souza	8, 12
GONZÁLEZ, Nuria	190
GUELDICH, Hager	372
GUERRA, Sidney	371
HERNÁNDEZ GARCÍA, Joel	22, 27, 38, 192
HOLLIS, Duncan B.	8, 12, 32, 40, 43, 59, 161, 164, 167, 175, 194, 371
JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos	369, 370, 372
LEGALE, Siddharta	369
MARTÍN FUENTES, José	190
MATA PRATES, Carlos Alberto	8, 12, 15, 20, 38, 147, 150, 151, 154, 196, 370
MONDELLI, Juan Ignacio	369

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio	8, 11, 12, 40, 137, 163, 194, 197
MORENO-VALLE, Jaime	368, 369
NDIEME, Yaye	372
NEGRO, Dante M.	8, 12, 147, 157, 159, 162, 188, 368, 371
OCHOA MUÑOZ, Javier	370, 372
OLATOUNDJI, Francis Adanlao	372
OPERTTI BADÁN, Didier	190
PICHARDO OLIVIER, Miguel Aníbal	21
REYES, Francisco	352
RICHARD, Alix	8, 12, 36, 165, 179, 182, 185, 196
SALAZAR ALBORNOZ, Mariana	8, 11, 40, 136, 150, 370
SALINAS BURGOS, Hernán	370, 372
SALVADOR CRESPO, Iñigo	8, 12, 135, 181, 183, 199
SÁNCHEZ LORENZO, Sixto	368, 369
SOTELO, Sara	190
STEWART, David P.	19, 161, 190
TIBURCIO, Carmen	190
TIRADO, Ignacio	370, 371, 373
TORRES CAMPRUBI, Alejandra	370, 371, 373
TORO UTILLANO, Luis	8, 12, 370
TRAMHEL, Jeannette	161, 163
VALLADARES, Gabriel Pablo	370
VIEIRA, Maria Lúcia Iecker	8, 12
VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth	24, 34, 188, 190, 192, 197
WINSHIP, Peter	190

* * *

ÍNDICE POR ASUNTO

Asilo	
Derecho internacional	181
Acciones simplificada	352
Ciberseguridad	164, 167, 175
Comité Jurídico Interamericano	
cooperación	372
estructura	7
fecha y sede	9, 13, 14
observadores	363
temario	8, 12, 14
Conferencia Especializada Interamericana sobre	
Derecho Internacional Privado-CIDIP	188
Contratos - acuerdos	32, 43, 59, 188, 201, 202
Curso, Derecho Internacional	367
Democracia	11, 179, 184
Derecho a la información	
Acceso a la información	147
datos personales	147, 150, 151, 154
Derechos humanos	
principio de convencionalidad	19
Derecho internacional consuetudinario	183
Fraude	185
Fuegos artificiales –v. Piroctenia	
Homenajes	10, 15
Piroctenia	186
Proceso electoral	179
Recibos electrónicos	161
Reuniones conjuntas	37, 39
Sentencias extranjeras	131, 137
Venezuela	11

* * *