

## Sumário

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



**María Teresa  
Infante Caffi**

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

### **I. Presentación**

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

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

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

---

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

---

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

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

La distinción se explica en estos términos:

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

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

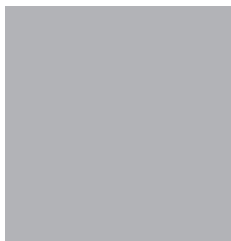
a causa de un atentado terrorista. El acuerdo alcanzado entre Países Bajos y Ucrania en julio de 2017,<sup>5</sup> respecto de la jurisdicción holandesa para la persecución y el juicio de quienes fueren responsables por el derribamiento del avión MH17 sobre territorio del segundo país, también aporta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

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

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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



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

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

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

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

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

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

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

---

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

---

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

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

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

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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



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

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

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

7. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 1979.
  8. Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena, 1980.
  9. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, 1984.
- Esta Convención fue objeto de análisis y aplicada en el asunto *Ex parte Pinochet (No.3)*, ante la House of Lords. Allí se debatió si la tortura cometida fuera del Reino Unido se sujetaba a la competencia británica antes de que se implementase la Convención por la *Criminal Justice Act 1988*, Sección 134.<sup>14</sup> Se planteó también, la cuestión de la inmunidad del ex jefe de Estado frente a la competencia penal del Reino Unido, en caso de crimen de tortura.<sup>15</sup>
  - Esta Convención también jugó un papel fundamental en el asunto *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012), donde se profundizó acerca de los alcances de la jurisdicción basada en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o

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

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

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



**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

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

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

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



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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

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

---

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

---

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

---

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

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

...

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

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

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

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

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

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

y las características adoptadas en la Convención de 1982.

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

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

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

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

---

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

---

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

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

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

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

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

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



**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Discusión sobre los Elementos Planteados.

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## María Teresa Infante Caffi

## Territorio y jurisdicción: El derecho internacional en desarrollo

cluyendo las cuestiones relativas a la participación en los beneficios;

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

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

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

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

---

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

*(b) Crimes of corruption;*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

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

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

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

- El fundamento jurídico de la propuesta relativa a excepciones y

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

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

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

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

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

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

## V. Conclusiones generales

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

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

---

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



**María Teresa  
Infante Caffi**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Sobre la autora

### María Teresa Infante Caffi



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

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

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

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

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

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