

se ha mencionado un enfoque basado en los problemas, un enfoque basado en las necesidades operacionales y un enfoque basado en las obligaciones. Todos esos enfoques son válidos, puesto que están mutuamente relacionados y permiten abordar las cuestiones desde perspectivas diferentes. Tal vez fuera apropiado un enfoque más holístico. Habría que comenzar por definir los problemas, formular los principios y establecer los procedimientos e instituciones necesarios. Para lograr un equilibrio, habría que reconocer derechos y obligaciones a todas las partes interesadas. Habría que tomar en consideración el derecho del individuo a ser protegido, el derecho del Estado cuyo territorio ha sido devastado por un desastre a solicitar asistencia y los derechos y obligaciones de los terceros Estados y de la comunidad internacional. El objetivo debería ser siempre proteger al individuo y la sociedad en la que vive y preservar la estabilidad del Estado afectado para permitirle superar la crisis.

72. En lo que concierne a las fuentes, las situaciones de conflicto suelen estar estrechamente relacionadas con desastres. En realidad, los conflictos conducen con frecuencia a desastres y viceversa, pero, aunque hay un importante corpus jurídico relativo a la asistencia en situación de conflicto, no lo hay en la esfera que se examina y unas normas jurídicas para la protección de las personas en casos de desastre vendrían a completar útilmente las disposiciones aplicables. Los desplazados internos merecen una mejor protección que la que gozan actualmente, a falta de normas jurídicamente vinculantes, en virtud de los Principios Rectores de los desplazamientos internos elaborados por el Representante del Secretario General²¹⁰. Se trata, pues, de una esfera en la que la Comisión puede llevar a cabo una labor útil. En cuanto a los instrumentos jurídicos aplicables en casos de desastre, hay que destacar la importancia, entre la multitud de tratados bilaterales y multilaterales, de los acuerdos y mecanismos regionales basados en la solidaridad y cooperación entre Estados de la misma región. Se benefician de la proximidad geográfica y las afinidades culturales y de otro tipo, sin excluir, por supuesto, el apoyo de la comunidad internacional. En el mundo árabe, un tratado de cooperación en materia de socorro en casos de desastre está en vigor desde 1990 entre los Estados árabes. En la Cumbre de la Liga Árabe celebrada en Argelia en marzo de 2005, se adoptó la decisión de crear un mecanismo de coordinación entre los diferentes organismos árabes competentes en materia de desastres naturales y situaciones de emergencia²¹¹.

73. Con respecto al alcance *ratione materiae* del tema opina, al igual que el Relator Especial y por las mismas razones que éste, que el estudio debe versar sobre todos los tipos de desastre y no sólo sobre los desastres naturales. En cuanto a la protección de los bienes y el medio ambiente, sólo está justificada cuando está estrechamente relacionada con la protección de las personas.

²¹⁰ Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1998/53/Add.2), adición.

²¹¹ Véase la carta de fecha 18 de abril de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Observador Permanente de la Liga de los Estados Árabes ante las Naciones Unidas (S/2005/274), anexo, resolución 17/319, de 23 de marzo de 2005.

74. La eventual existencia de un derecho a la asistencia humanitaria y el incipiente concepto de una responsabilidad de proteger fueron largamente debatidos en sesiones anteriores, que pusieron de manifiesto las mismas divergencias de opinión que en otros órganos principales de las Naciones Unidas. A falta de consenso, la Comisión debe abordar estas cuestiones con mucha prudencia sobre la base de criterios jurídicos objetivos y el respeto escrupuloso de los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas. Hay que hacer hincapié no sólo en los derechos de las partes, sino también en la obligación de cooperar por medios jurídicos o diplomáticos, que frecuentemente han demostrado ser eficaces. Sea como fuere, está convencido de que estas cuestiones corresponden al ámbito del mandato de la Comisión, que debe tratarlas pese a sus connotaciones políticas.

75. En lo que se refiere al alcance *ratione personae* del tema, la multiplicidad de actores a veces da lugar a controversias, en particular en cuanto al papel de las organizaciones no gubernamentales, algunas de las cuales desempeñan un papel muy positivo y constructivo mientras que se considera que otras adolecen de falta de transparencia y responsabilidad. Apoya, por lo tanto, la idea de crear un organismo especializado de las Naciones Unidas que tenga como cometido prestar asistencia humanitaria en casos de desastre y que, en razón de su neutralidad, pueda convertirse en el coordinador supremo de toda la asistencia humanitaria, un papel que la actual Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios a menudo tiene dificultades en desempeñar por diversas razones, en particular financieras.

76. En cuanto al alcance *ratione temporis* del tema, aunque haya que ocuparse de las tres fases de prevención, respuesta y rehabilitación, debe darse prioridad a la fase de respuesta para atender las necesidades más inmediatas de las víctimas.

77. Por lo que respecta a la forma final del resultado de los trabajos, la Comisión podría empezar por elaborar unos proyectos de artículo y pasar después, en función de los progresos realizados y las reacciones de los Estados, a la elaboración de una convención marco sobre esta materia.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2982.ª SESIÓN

Martes 22 de julio de 2008, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO

Miembros presentes: Sr. Brownlie, Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Ojo, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sra. Xue, Sr. Yamada.

1. El PRESIDENTE da la bienvenida a la magistrada Rosalyn Higgins, Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, quien, siguiendo una práctica establecida desde hace mucho tiempo, se dirigirá a la Comisión en relación con el tema «Cooperación con otros organismos».

**Protección de las personas en casos de desastre
(conclusión) (A/CN.4/590 y Add.1 a 3, A/CN.4/598)**

[Tema 8 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

2. El Sr. OJO felicita al Relator Especial por su informe amplio e informativo (A/CN.4/598) respecto de un sector nuevo y lleno de desafíos del derecho internacional y encomia a la Secretaría por su importante trabajo de recopilación de antecedentes sobre el tema. El debate acerca del informe ha sido robusto, dando el necesario ímpetu a la Comisión para que avance en su examen del tema.

3. Ningún Estado decide tener un desastre natural dentro de sus fronteras. Los desastres naturales pueden ocurrir en cualquier momento y en cualquier lugar, como lo demuestra un número considerable de ejemplos recientes: el huracán Katrina en Nueva Orleans, el terremoto y el *tsunami* en algunos sectores de Asia, el terremoto más reciente de la provincia de Sichuán, en China, y el ciclón de Myanmar, en el que se perdieron más de 80.000 vidas. Entre los desastres provocados por el hombre recientemente se incluyen el accidente nuclear de Chernobyl, en Ucrania, la depuración étnica en Bosnia y Herzegovina, Rwanda y Darfur y el desastre que amenaza con ocurrir en Zimbabwe si no se resuelve la actual crisis política.

4. El orador concuerda con la Sra. Escarameia en que debe adoptarse un criterio amplio para ocuparse de los desastres tanto naturales como causados por el hombre. Éstos a veces se traslapan con los primeros, y no reviste ninguna utilidad hacer una línea divisoria estricta entre ambos. El Sr. Ojo tiene dificultades para concordar con la sugerencia del Sr. Nolte de que debe ampliarse el alcance del tema de manera de incluir los desastres causados por el hombre solamente si adquieren las características de desastres naturales. ¿Quién tomaría esa decisión, y cuáles serían los parámetros: la cantidad de vidas perdidas o de bienes destruidos? El orador concuerda con la intervención anterior del Sr. Dugard a este respecto.

5. El párrafo 7 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas consagra el principio fundamental de derecho internacional de que ningún Estado debe injerirse en los asuntos internos de otro Estado. Como señaló el Sr. Vasciannie, la consecuencia de no adherirse a ese principio al prestar asistencia en caso de un desastre podría dar como resultado que un Estado más fuerte derrocaria al gobierno de otro Estado: el Estado víctima debe consentir inequívocamente con esa asistencia antes de que se preste. ¿Pero qué ocurre si los ciudadanos de un país claramente necesitan la ayuda y podrían perecer si no se les prestara, y sin embargo el gobierno se negara a permitir que la ayuda ingresara al país? Surgió una situación bastante parecida recientemente en Myanmar.

6. Si bien pueden cometerse excesos en nombre de la asistencia humanitaria, como en el ejemplo que dio el Sr. Brownlie de la intervención con respecto a Kosovo, en cuyo nombre se destruyeron puentes y bienes, el Sr. McRae propuso aptamente la forma de prevenir ese tipo de excesos: normas de conducta o directrices que faciliten la cooperación y ejecución. En otras palabras, debe lograrse un equilibrio entre los principios de soberanía y no injerencia por una parte y la realidad de un desastre por la otra. Destinar un exceso de tiempo a los aspectos teóricos y conceptuales del tema en la etapa inicial limitaría indebidamente el ámbito de acción de la Comisión, que no debe apartarse de la obligación de recomendar cambios de los principios y normas existentes a fin de satisfacer las aspiraciones de la comunidad internacional con respecto a las esferas emergentes del derecho internacional. La enunciación de normas para un *modus operandi* de la asistencia internacional en caso de desastre es la manera de adelantar el trabajo. Incumbe a la Comisión dar la orientación que el Relator Especial ha solicitado en lugar de refugiarse en los principios de soberanía y no injerencia.

7. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ expresa su reconocimiento al Relator Especial por su excelente informe preliminar y agradece además a la Secretaría su memorando (A/CN.4/590 y Add.1-3), que contiene amplia y útil información, así como sugerencias útiles sobre aspectos del tema que la Comisión podría abordar.

8. El informe aspira a brindar a la Comisión la orientación necesaria para permitirle delimitar el ámbito de aplicación del tema. Sin embargo, sería sumamente útil si en su análisis de las normas y estructuras internacionales el Relator Especial considerara la posibilidad de presentar un breve análisis del rol de coordinación que cumplen las Naciones Unidas y sus organismos especializados, en particular por intermedio del Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios y Coordinador del Socorro de Emergencia, la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios y el Comité Interinstitucional Permanente de Reconstrucción y Rehabilitación a raíz de Guerras y Desastres, en los cuales participan agentes no estatales, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, y organizaciones intergubernamentales, junto con organismos de las Naciones Unidas. Sería especialmente interesante incluir información sobre los problemas que esos órganos enfrentan en la práctica, lo que permitiría a la Comisión estudiar los mecanismos que se podrían establecer para resolverlos. Se deberían recabar además las opiniones de los miembros respecto de lo que se debería incluir en el proyecto de la Comisión. También sería posible evaluar la posibilidad de reforzar el aparato organizativo internacional.

9. Numerosos instrumentos internacionales, tanto vinculantes como no vinculantes, abarcan los desastres y, en particular, la respuesta a los desastres. Pero tienen muchas limitaciones, incluido su carácter dispar, su ámbito exclusivamente regional o bilateral, el número relativamente reducido de Estados partes en el caso de los convenios y su concentración en tipos concretos de desastre o en sectores singulares de asistencia. En la actualidad no existe un instrumento universal amplio que abarque los desastres. De allí la necesidad de que la Comisión aporte con

su labor de codificación y desarrollo progresivo de esa importante esfera del derecho el enfoque amplio que permite abarcar todas las etapas de los desastres.

10. Todos los años millones de personas resultan afectadas en el mundo por los desastres naturales y causados por el hombre y requieren con urgencia que se les preste asistencia para satisfacer sus necesidades básicas. Por ese motivo, en lo que respecta al ámbito *ratione materiae*, deben entenderse los desastres de manera amplia con el fin de incluir tanto los desastres naturales como los causados por el hombre. Sería necesario que el trabajo de la Comisión se destinara a su uso por todos los que requieran ayuda con urgencia, independientemente del origen o la categoría del desastre. La definición de desastre en el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en casos de catástrofe, de 1998, constituye un buen punto de partida. Además, el hecho de que con frecuencia resulte imposible distinguir entre desastres naturales y causados por el hombre apoya la inclusión de ambos tipos de desastre.

11. El calentamiento global de la atmósfera demuestra que la actividad humana desempeña un papel importante en el cambio climático, cuyos efectos de largo plazo, por ejemplo, con el aumento del nivel del mar, amenazan incluso la existencia misma de algunos pequeños Estados insulares en desarrollo. En un informe reciente el Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios ha declarado que una de las principales razones por las cuales más personas necesitan más ayuda que antes es que, en primer lugar, parece haber una mayor frecuencia de desastres naturales con peores efectos, en particular aquellos asociados con el cambio climático²¹². Como ha señalado la UNESCO, los desastres naturales mismos no son enteramente «naturales», por cuanto también la acción humana puede provocar desastres: por ejemplo, las inundaciones más severas están potenciadas por la deforestación²¹³. Decisiones inadecuadas en la gestión del desarrollo son responsables también de mayores riesgos: poblaciones construidas en llanuras de inundación naturales o a lo largo de líneas de fallas de terremotos ya conocidas de antemano o en zonas que carecen de planes adecuados de planificación regional. En esas situaciones incluso un terremoto de menor intensidad puede tener consecuencias devastadoras. Se puede facilitar la reducción o prevención de riesgos con medios como la cooperación científica y tecnológica internacional, el intercambio de información y sistemas de alerta temprana. En consecuencia, el orador concuerda con la opinión del Relator Especial con respecto al ámbito *ratione temporis*, que se requiere un criterio amplio con respecto a las etapas que se deben cubrir, incluso no sólo la respuesta en caso de desastre sino además las etapas previas al desastre y posteriores a él, que implican la prevención, la mitigación y la rehabilitación. Con respecto al ámbito *ratione*

materiae, el orador concuerda con la necesidad de entender el concepto de protección de la manera más amplia posible con el fin de abarcar las esferas más concretas de respuesta, socorro y asistencia, así como de prevención y rehabilitación.

12. En una etapa posterior, como ha señalado el Relator Especial, sería necesario definir los derechos y obligaciones que entran en juego en las situaciones de desastre y las consecuencias que pueden derivar de ello. Eso requeriría enfrentar el tema desde el punto de vista de las víctimas de los desastres y del derecho a la asistencia humanitaria, así como del carácter y el alcance de ese derecho. *Prima facie* se podría considerar un derecho humano, o tal vez un derecho humano emergente. Aunque se necesite un análisis más detenido, el orador no estima que considerar que el derecho a la asistencia humanitaria es un derecho humano cree tensiones con los principios básicos de soberanía y no injerencia, por cuanto se aplicaría de la misma manera que todos los otros derechos humanos. Además, el respeto del derecho a la asistencia humanitaria fomentaría la realización de los derechos humanos afectados durante un desastre, como los derechos a la vida, la salud, la integridad física y la dignidad, los derechos relacionados con la satisfacción de necesidades humanas básicas, como la disponibilidad de agua, alimento, saneamiento y abrigo, y derechos importantes en situaciones posteriores a desastres, como el derecho a la educación, a la libertad de expresión, al trabajo y a la vivienda.

13. Pero las normas internacionales de derechos humanos no son sino una de las fuentes del derecho a la protección de las personas en casos de desastre. El derecho internacional humanitario es también importante y se podrían usar sus normas y principios como inspiración o se podrían ampliar por analogía, como sugiere el Relator Especial. No obstante, no se debe incluir en el ámbito del tema la asistencia humanitaria a la población civil en situaciones de conflicto armado, ya que está comprendida en el derecho internacional humanitario, un extenso conjunto de derecho internacional codificado.

14. El Sr. Vázquez-Bermúdez no considera aplicable al tema el concepto de la «responsabilidad de proteger» bosquejado en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. En ella los Jefes de Estado y de Gobierno han mencionado la responsabilidad de que cada Estado proteja a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad y se han referido a la responsabilidad de la comunidad internacional de tomar medidas por conducto de las Naciones Unidas, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, e incluso de tomar medidas colectivas de conformidad con su Capítulo VII²¹⁴. Se utilizó el concepto en esa resolución con respecto a la comisión de los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto, y no se puede extrapolar al contexto muy diferente de la protección de las personas en casos de desastre.

15. Debe hacerse hincapié en los principios básicos de soberanía y no injerencia, en cuya virtud el Estado que ha sufrido el desastre debe otorgar su consentimiento y un

²¹² Naciones Unidas, Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, *OCHA in 2008: Activities and extrabudgetary funding requirements*, pág. 6 (www.unocha.org/about-us/publications/flagship-publications/*/78, consultado el 19 de diciembre de 2012).

²¹³ Véase J. Barry, Preparación para casos de desastre y atenuación de sus efectos: el papel de la UNESCO (SC-2007/WS/12), UNESCO, París, 2007, pág. 13 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001504/150435s.pdf>, consultado el 19 de diciembre de 2012).

²¹⁴ Resolución 60/1 de la Asamblea General, párrs. 138 y 139.

tercer Estado no puede imponerle la asistencia. Es claro que el Estado afectado tiene la responsabilidad primordial de proteger a la población de su territorio y que las víctimas tienen derecho a recibir asistencia humanitaria. No obstante, si el Estado afectado o territorial no cumple esa responsabilidad por razones arbitrarias, estaría violando sus obligaciones con respecto a la protección y el goce de los derechos humanos de la población afectada por el desastre, como el derecho a la vida, a la alimentación y a la salud y el derecho de las víctimas a recibir asistencia.

16. En numerosos instrumentos relativos a la asistencia en situaciones de desastre se subrayan los principios de soberanía territorial y consentimiento del Estado afectado a la prestación de asistencia humanitaria por un tercer Estado; se ha incluido como uno de los principios rectores en la resolución 46/182 de la Asamblea General, sobre el fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas, y se reiteró en la resolución 57/150 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2002, sobre el fortalecimiento de la eficacia y la coordinación de la asistencia internacional a las operaciones de búsqueda y salvamento en zonas urbanas. Esas resoluciones se refirieron además a principios importantes aplicables a la prestación de asistencia humanitaria, como neutralidad, humanidad e imparcialidad. Otros principios aplicables importantes enunciados en los instrumentos internacionales pertinentes son la no discriminación y la cooperación. Como se señala en el memorando de la Secretaría, un examen de la historia de la redacción de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General revela que el principio de la no injerencia fue planteado rutinariamente por los Estados, que expresaron de manera característica su apoyo a las resoluciones de la Asamblea General en la inteligencia de que no se habían de interpretar esas resoluciones en el sentido de crear una obligación o derecho a injerirse en los asuntos internos de otro Estado.

17. En cuanto a la pregunta del Relator Especial de si se debía referir a la protección de los bienes y del medio ambiente, el Sr. Vázquez-Bermúdez considera que se deben incluir en el tema, por cuanto su protección influye, en mayor o menor grado, en la protección de las personas. Respecto de la forma definitiva que se ha de adoptar, el mejor criterio sería adoptar los proyectos de artículos con miras a proponer un convenio marco. La aprobación de directrices u otra forma de instrumento jurídico no vinculante se agregaría a los que ya existen y no parecería una actividad útil o no representaría una contribución sustantiva de la Comisión. Finalmente, gracias al rico debate en la plenaria, el informe siguiente del Relator Especial ayudará a la Comisión a avanzar en el buen sentido, por lo que no habría necesidad de crear un grupo de trabajo en la actual etapa inicial de su examen del tema.

18. El Sr. SINGH encomia al Relator Especial por su informe amplio que estimula el interés en un tema de gran pertinencia contemporánea y agradece a la Secretaría el memorando meticulosamente investigado que ha presentado sobre el tema.

19. Según el Relator Especial el título del tema sugiere un criterio «basado en los derechos», cuya esencia es la

determinación de un tratamiento concreto normal a que tiene derecho la víctima de un desastre. No obstante, los dos instrumentos de derecho internacional expresamente aplicables en caso de desastre parecen fijar normas de orden público para los Estados informadas por el principio de humanidad más bien que por los derechos de la persona. Los Principios Rectores de los desplazamientos internos²¹⁵, que prevén la protección, entre otras cosas, de las personas desplazadas por un desastre natural o causado por el hombre, disponen expresamente que incumbe a las autoridades nacionales la responsabilidad primordial de protección y asistencia y que las personas internamente desplazadas tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia de esas autoridades (Principio 3). En ese contexto, el enfoque basado en los problemas sugerido por el Sr. Brownlie es pertinente, ya que se puede centrar en las necesidades inmediatas de las víctimas de desastre, dejando de lado la cuestión de los derechos y obligaciones.

20. En cuanto a las categorías de desastres que se han de incluir en el ámbito del tema, el Relator Especial, si bien observa que el estudio inicial de la Secretaría había sugerido que el tema se limitara inicialmente a los desastres naturales sobre la base de una necesidad que se entiende más inmediata²¹⁶, opina que el título sugiere un alcance más amplio que abarca tanto los desastres naturales como los causados por el hombre y considera que ese enfoque parecería ajustarse mejor al objetivo fundamental, a saber, la elaboración de normas para la protección de las personas. No obstante, excluye los conflictos armados, por cuanto el derecho internacional humanitario se ocupa de ese aspecto del asunto con gran detalle.

21. En opinión del orador, la Comisión debe centrarse inicialmente en los desastres naturales, por cuanto hay regímenes jurídicos específicos que se ocupan del daño ambiental provocado por los vertimientos de petróleo y los accidentes nucleares. Las medidas preventivas y la determinación de las causas básicas de los llamados desastres de trámite lento es una esfera en que la Comisión debe actuar con cautela, por cuanto podría corresponder al mandato de otros órganos y requerir respuestas especializadas. Eso es especialmente efectivo en el caso de los accidentes nucleares, a cuyo respecto el OIEA ya ha aprobado dos convenciones.

22. Si bien el Relator Especial ha adoptado con justa razón un enfoque cauto acerca del tema, algunos miembros han destacado la pertinencia de la «responsabilidad de proteger», a saber, el derecho de la comunidad internacional a intervenir en un país en que una situación de crisis exige medidas drásticas. Eso plantea varias cuestiones fundamentales. ¿Quién decidirá la gravedad de la situación, quién determinará lo más apropiado para el problema del país, y cómo velará el país que interviene por un funcionamiento apropiado dentro del país interesado si la decisión de intervenir es unilateral? Se trata de cuestiones difíciles y delicadas que no se pueden dejar de lado con una simple afirmación de que las crisis exigen soluciones innovadoras.

²¹⁵ Véase la nota 210 *supra*.

²¹⁶ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), anexo III, párrs. 1, 2 y 26.

23. En varias resoluciones en que se reafirma la soberanía de los Estados, la Asamblea General ha reconocido la función principal de los Estados afectados en la iniciación, organización, coordinación y ejecución de la asistencia humanitaria en sus respectivos territorios. El memorando de la Secretaría describe en detalle la enérgica opinión expresada por gran número de Estados a ese respecto. El orador apoya a los miembros de la Comisión que han considerado que el concepto no es apropiado para incluirlo dentro del ámbito del tema, por cuanto la responsabilidad primordial de la protección de las personas en su territorio o dentro de su jurisdicción incumbe al Estado interesado.
24. En el párrafo 52 de su informe el Relator Especial observa apropiadamente que las esferas de derecho aplicables a la protección de las personas en caso de desastre subrayan la «universalidad esencial de los principios humanitarios» y se basan en principios como los de humanidad, imparcialidad, neutralidad, no discriminación, solidaridad y no intervención.
25. Respecto de la cuestión planteada en el párrafo 53, en cuanto a si, además de la protección de las personas, el tema debe ampliarse a la protección de los bienes y el medio ambiente, el orador opina que el enfoque primordial debe seguir siendo el de la protección de las personas, pero que, en ciertas situaciones, podría ser necesaria la protección de los bienes para velar por la protección de las personas afectadas por el desastre.
26. Refiriéndose al ámbito del tema *ratione personae*, el Relator Especial reconoce la necesidad de tomar en cuenta el papel de multiplicidad de agentes, incluidas las organizaciones internacionales y no gubernamentales, así como los agentes tanto estatales como no estatales, y plantea la cuestión de si existe un derecho de iniciativa en el ofrecimiento de asistencia. Una vez más es esencial destacar la función primordial del Estado afectado, por cuanto la asistencia internacional a personas situadas dentro de su territorio, como parte de la solidaridad y la cooperación internacionales, tiene lugar con su consentimiento y supervisión.
27. Finalmente, en tanto se adopte una decisión definitiva acerca de la forma de la labor una vez que esté completada, tal vez sería más pragmático preparar directrices más bien que una convención. En cuanto a la propuesta de establecer un grupo de trabajo para examinar las cuestiones planteadas, sería preferible esperar que se presenten nuevos informes sobre el tema.
28. El Sr. YAMADA encomia al Relator Especial por su excelente informe preliminar y acoge con beneplácito el útil estudio de la Secretaría. El alcance del tema parece ser muy amplio. El orador apoya la sugerencia anterior del Sr. Perera de que se adopte un enfoque gradual, comenzando con los desastres naturales. A continuación la Comisión podría proceder a examinar los desastres causados por el hombre, principalmente los relativos a diversos accidentes industriales. Se deben excluir del ámbito del estudio los casos de conflicto armado, aunque esos conflictos podrían desencadenar algunos desastres naturales e industriales.
29. La clave para resolver los problemas de los desastres radica en la cooperación internacional. La Comisión debe elaborar los principios que rigen los procedimientos y mecanismos de ese tipo de cooperación. A la vez, debe formular los principios jurídicos básicos de los derechos y obligaciones de las personas y los Estados. El principio central es el derecho de las personas afectadas por el desastre a recibir socorro apropiado. El Estado en que residen las personas tiene la obligación de brindar socorro apropiado y oportuno, y, cuando no pueda hacerlo por sí mismo, tiene la obligación de recabar asistencia externa. La cuestión de la soberanía no debe ser un tema tabú. La Comisión debe formular además los derechos y obligaciones de los Estados y su personal que participa en la asistencia. En particular, debe mantenerse a ese personal a salvo a menos que actúen con negligencia grave.
30. El orador espera que el Relator Especial presente una lista amplia de esos derechos y obligaciones en su informe siguiente y, por cuanto la Comisión ha de elaborar normas jurídicas, que formule sus proyectos de artículos sin perjuicio de la forma definitiva del producto.
31. El PRESIDENTE, hablando en su carácter de miembro de la Comisión, dice que el debate sobre el tema se ha iniciado de manera muy feliz gracias al sobresaliente memorando de la Secretaría, el excelente informe del Relator Especial y las intervenciones sustantivas de los miembros.
32. La opinión de la mayoría de la Comisión parece ser que el concepto de desastres en cuanto se refiere al tema debe interpretarse de manera amplia con el fin de incluir tanto los desastres naturales como los causados por el hombre. No obstante, podría ser conveniente, como lo indica el Sr. Yamada, que la Comisión dedique su atención inicialmente a los desastres naturales y se ocupe de los desastres causados por el hombre en una etapa posterior. No se ha hecho un llamamiento a considerar los conflictos armados *per se*, esfera que ya abarca un cuerpo sustancial del derecho internacional humanitario.
33. En cuanto a las fuentes de asistencia internacional en casos de desastre, el enfoque sugerido por el Relator Especial de recurrir a todas las fuentes disponibles parece apropiado; no obstante, por cuanto la preocupación principal es velar por la protección de las personas, debe hacerse especial hincapié en el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, aunque sin excluir la posibilidad de recurrir al derecho internacional sobre los refugiados y las personas internamente desplazadas y a los pocos instrumentos aplicables que se relacionan concretamente con la asistencia en casos de desastre.
34. En su examen del tema la Comisión debe tener presente su carácter interdisciplinario utilizando las aportaciones que puedan hacer otras instituciones y basándose en muy diversos precedentes jurídicos. La Comisión ya lo había hecho con éxito al examinar el tema de los recursos naturales compartidos. El orador encomia al Relator Especial por el considerable esfuerzo que ha hecho para establecer contacto con numerosas instituciones que prestan socorro a las personas en caso de desastre, y lo exhorta a que mantenga esos contactos al investigar

nueva información pertinente al tema. La Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de invitar a algunos órganos a participar en sesiones plenarias o en reuniones del Comité de Redacción. La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja es un ejemplo del tipo de institución que puede hacer una contribución fundamental a la labor de la Comisión en esta esfera.

35. El tema tiene claramente componentes tanto de *lex lata* como de *lege ferenda*, aunque por su carácter hay pocos de los primeros, y deben conservarse. No ve dificultad en el desarrollo progresivo de normas de derecho internacional si al hacerlo la Comisión puede colmar lagunas del derecho. Si bien la Comisión no es un órgano legislativo, es un órgano subsidiario de la Asamblea General y puede presentarle proyectos de artículos que le permitan decidir la forma definitiva que han de adoptar. A ese respecto, el principal reto que enfrenta la Comisión es el de reconciliar las normas derivadas de la Carta de las Naciones Unidas o de las resoluciones que la interpretan (como la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, incluida en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, que se refiere a principios tan fundamentales como la no injerencia o la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza) con normas relativas al respeto del derecho de las personas a protección y asistencia en casos de desastre. Los intentos de la Comisión de codificación y desarrollo progresivo deben abarcar las tres etapas de las situaciones de desastre: las medidas previas al desastre para regular las medidas preventivas, el desastre propiamente tal y las medidas posteriores al desastre para regular el socorro y la asistencia que se han de prestar.

36. No parece útil ni necesario que la Comisión decida inmediatamente los métodos de trabajo que utilizará para elaborar los proyectos de artículos. El enfoque más apropiado quedará en claro a medida que se presenten los proyectos de artículos a la Comisión para su examen. Si bien la posibilidad de establecer grupos *ad hoc* sigue siendo una opción, no es necesario decidir el asunto durante el actual período de sesiones. Con el Sr. Valencia-Ospina como Relator Especial la Comisión ha dejado el tema en buenas manos y su principal tarea debe ser apoyarlo en su labor. El objetivo esencial es preparar un conjunto de proyectos de artículos que den protección efectiva a las personas en casos de desastre, como derecho, no como un acto de caridad, lo que hará posible que la asistencia internacional se rija y proteja con arreglo al derecho internacional.

37. El orador invita al Relator Especial a resumir el debate y presentar sus conclusiones al respecto.

38. El Sr. VALENCIA-OSPINA (Relator Especial) dice que le es grato haber tenido la oportunidad de resumir el debate en presencia de la Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, la magistrada Rosalyn Higgins. Había tenido el honor, cuando desempeñó el cargo de Secretario del más alto órgano judicial del mundo, de compartir muchas experiencias memorables con la magistrada Higgins en las tareas que implica la administración de

justicia internacional. La presencia de la magistrada es efectivamente un buen augurio para la difícil misión que tiene en su carácter de Relator Especial.

39. El Relator Especial agradece a los miembros de la Comisión la generosa acogida que han dado a su informe preliminar. Le es grato señalar que el informe ha logrado el resultado deseado, a saber, estimular un debate general inicial en sesión plenaria que hará posible delimitar el alcance del tema y definir sus conceptos y principios básicos, con lo que se le ha dado orientación para seguir estudiando el tema. Más de tres cuartas partes de la composición de la Comisión han intervenido en forma extensa o breve en un debate animado y académico, que ha ofrecido contribuciones valiosas en la esfera del derecho y de la normativa que merece mayor consideración. En esta atmósfera de auténtico interés y de cordial comprensión él mismo y la Comisión en su conjunto con toda seguridad lograrán completar la difícil tarea que han emprendido.

40. El orador no se propone iniciar un resumen analítico detallado de las diversas opiniones expresadas respecto de las cuestiones planteadas en su informe preliminar. Se incluirá un resumen de ese tipo en el capítulo pertinente del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones que se presentará a la Asamblea General. Por lo tanto, se limitará a destacar los puntos principales que han surgido en el debate, que le ayudarán a limitar el enfoque del estudio a los efectos de preparar su informe siguiente.

41. En primer lugar, ha habido un sentimiento general entre los miembros en cuanto a que, de manera acorde con su práctica y sus métodos de trabajo habituales, la Comisión debe proceder a preparar proyectos de artículos que puedan servir de base para la aprobación de una convención multilateral, posiblemente en forma de un convenio marco, o, a falta de eso, de una declaración que incluya un instrumento modelo o directrices. En ese sentido un miembro ha pedido que se aclare cuál es el carácter exacto de un convenio marco. Hay una descripción excelente de un convenio marco en el memorando inicial de la Secretaría, que se reproduce en el anexo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones. La Secretaría había propuesto la formulación de un convenio marco en el párrafo 24 del anexo, cuyo texto es el siguiente:

El objetivo de la propuesta sería elaborar una serie de disposiciones que sirvieran de marco jurídico para las actividades de socorro internacional en casos de desastre [...] y crear así un «espacio» jurídico que sirviera de sólida base para las actividades de socorro. Podría tomarse como modelo la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, que en el limitado campo de las prerrogativas e inmunidades sirve como punto de referencia de la posición jurídica dominante y se suele incorporar por remisión en los acuerdos entre las Naciones Unidas, por un lado, y los Estados y otras entidades, por otro. Análogamente, el texto que se propone para regular el socorro en casos de desastre podría servir como marco básico de referencia para gran número de acuerdos específicos entre los distintos actores en esta esfera, entre ellos las Naciones Unidas²¹⁷.

42. Además del modelo anteriormente mencionado el Relator Especial propondría que se agregara una referencia a un tratado que se concertó más recientemente y que es más pertinente al tema que se trata, el Convenio Marco

²¹⁷ *Ibíd.*, pág. 229.

de Asistencia en materia de Protección Civil, de 22 de mayo de 2000.

43. En cuanto al alcance del concepto de desastre que se ha de abarcar en el proyecto de artículos, el título aprobado por la Comisión respecto del tema se refiere simplemente a «desastres», sin condicionarlo mayormente. No obstante, durante su 59.º período de sesiones, cuando la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un estudio sobre los antecedentes del tema, señaló expresamente que el estudio debía limitarse inicialmente a los desastres naturales²¹⁸. Al hacerlo apoyó el criterio adoptado por la Secretaría en su propuesta inicial, tal como se describe en los párrafos 1 y 2 del anexo III del memorando inicial de la Secretaría:

1. [...] El tema se centraría, en su fase inicial, en la protección de las personas en el contexto de los desastres naturales o de los componentes de desastres naturales de emergencias más amplias [...].

2. Los desastres naturales forman parte, sin embargo, de una gama más amplia de catástrofes que incluye los desastres producidos por el hombre y otros desastres tecnológicos. [...] Además, se observa que esta distinción entre los desastres naturales y los desastres de otro tipo, como los tecnológicos, no siempre se mantiene en los textos jurídicos vigentes ni en los documentos de otra índole que tratan de los desastres, ya que, de hecho, no siempre se puede establecer una distinción clara. Por consiguiente, aunque se señala que la necesidad más inmediata tal vez sea examinar las actividades que se realizan en el contexto de los desastres naturales, ello no impide que se puedan estudiar asimismo los principios y las normas internacionales que rigen las medidas adoptadas en relación con otros tipos de catástrofes²¹⁹.

44. Del debate que se acaba de cerrar puede concluirse que la Comisión desea mantener la posición que había adoptado inicialmente, a saber, que aunque el tema mismo abarca muy diversos desastres, se entiende que el estudio de esos fenómenos se centraría inicialmente en los desastres naturales y en otros que, independientemente de sus causas, asumen la forma o tienen efectos comparables a ellos. Con respecto al alcance de la expresión «desastre», se hizo referencia en el debate a la definición que figura en el Convenio de Tampere de 1998 sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe. Hablando en términos generales, la posición de la Comisión consistió en excluir los conflictos armados *per se*, aunque algunos miembros consideraron que se debían examinar ciertos aspectos de las relaciones entre los conflictos armados y los desastres naturales.

45. Los diversos elementos que comprenden el concepto de protección dependen en medida considerable de la rama del derecho y el contexto en que se utilice el concepto. Al referirse a los desastres la protección en sentido amplio se relaciona con aspectos como la respuesta, el socorro, la asistencia, la prevención, la mitigación, la preparación y la rehabilitación. Su aplicabilidad depende del lugar en que podrían situarse las tres etapas sucesivas de la situación de desastre, independientemente de si se considera la etapa en forma aislada o traslapándose parcialmente con otra etapa. El enfoque adoptado por la Secretaría en su estudio inicial y su memorando, que es el mismo adoptado por la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, se

centra en el derecho aplicable al aspecto de la respuesta, aunque eso no implica que desconozca o deje de lado la importancia cada vez mayor que se asigna a la prevención, la mitigación, la preparación y la rehabilitación. Puede deducirse del debate que también los miembros consideran que el estudio debe centrarse inicialmente en el derecho aplicable al aspecto de la respuesta, ocupándose posteriormente de los de prevención, mitigación y preparación, y, posiblemente en una etapa posterior, de ciertos elementos de la rehabilitación, especialmente los que siguen inmediatamente al desastre.

46. La protección en casos de desastre se refiere a la protección de personas desde el punto de vista concreto de las personas que han sido víctimas de un desastre. Eso sugiere un enfoque que, si no se basa en los derechos, por lo menos tenga los derechos en cuenta. Ese enfoque está implícito en la definición más estrecha de protección. Se ha hecho una distinción entre las definiciones más amplias y más estrechas de protección simplemente a los efectos de la interpretación, no como un medio de diferenciar las consecuencias jurídicas en el contexto de los desastres. No obstante, por cuanto algunos miembros han expresado un deseo de mayor aclaración, difícilmente podría mejorar el comentario de otro miembro de que la protección *stricto sensu* corresponde a un enfoque basado en los derechos, en tanto que el enfoque *lato sensu* se basa más estrechamente en otros conceptos, en particular, el de la asistencia.

47. Por cuanto, como destacaron muchos oradores, el propósito del estudio de la Comisión sobre la protección de las personas en casos de desastre es el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional aplicable en esa esfera, tal vez la base jurídica más sólida en que se debe basar la protección es el enfoque centrado en los derechos de las víctimas. El carácter aplicable de esos derechos implica la obligación o el deber correspondiente de los Estados y los agentes intergubernamentales, sin perjuicio de sus propios derechos en su carácter de Estados o de organizaciones internacionales. El conjunto de disposiciones en que se basa la protección de las personas en casos de desastre presupone la aplicación incondicional de las normas y principios fundamentales de derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario. Ese conjunto de normas se basa en el reconocimiento de la soberanía nacional y se refleja en la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario, las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional relativo a los refugiados y las personas internamente desplazadas. Se deriva del principio rector de la soberanía del Estado que incumbe principalmente al Estado brindar protección a las víctimas de desastres que afectan su territorio o a las personas que viven dentro de su jurisdicción o bajo su control. De ese principio básico cabe deducir que sólo se podría prestar asistencia humanitaria si el Estado directamente afectado por el desastre consiente en esa asistencia. Principios esenciales del derecho internacional, como la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, la no injerencia y la cooperación internacional, codificados en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, se hallan en primer lugar en la lista de principios

²¹⁸ Anuario... 2007, vol. II (segunda parte), párr. 386, pág. 99.

²¹⁹ Anuario... 2006, vol. II (segunda parte), pág. 224.

aplicables, así como los principios de solidaridad, humanidad, neutralidad, imparcialidad y no discriminación y las normas internacionales de derechos humanos, que incluyen los derechos y libertades de las personas con arreglo al derecho internacional. Los regímenes jurídicos que rigen más directamente la protección de las personas se orientan por el mismo objetivo básico: brindar protección a las personas en todas las circunstancias.

48. El conjunto de normas jurídicas que mencionó anteriormente es el panorama dentro del cual se deben considerar los problemas concretos que han surgido para la prestación de asistencia humanitaria en casos concretos de desastre. Un enfoque basado en los derechos, es decir, un enfoque jurídico, y un enfoque basado en los problemas, es decir, un enfoque operacional, no deben considerarse opuestos, sino enfoques complementarios.

49. Respecto de la protección de los bienes y del medio ambiente, se expresó la opinión de que si un desastre afectaba o amenazaba la vida, la integridad física y las necesidades básicas de una persona, el estudio de la Comisión no debía omitir esos dos aspectos de la protección. Si, por otra parte, sólo se afectaba el grado de afluencia, o el medio ambiente en general, la protección de los bienes y el medio ambiente no corresponde al ámbito del estudio.

50. Finalmente, si bien los principales agentes que prestan asistencia a las víctimas de un desastre son los Estados y los órganos intergubernamentales, el estudio de la Comisión debe también tomar en cuenta la asistencia humanitaria con frecuencia irremplazable que prestan entidades como la Federación Internacional de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y organizaciones no gubernamentales, así como empresas e individuos, de manera acorde con el principio de subsidiariedad.

51. La Comisión ha demostrado claramente que puede responder de manera constructiva y efectiva a la invitación que el orador le extendió en su informe preliminar a brindarle la orientación concreta que hará que avance en su estudio del tema al preparar su informe siguiente.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado²²⁰ (A/CN.4/596²²¹, A/CN.4/601²²²)

[Tema 9 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL

52. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial), al presentar su informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/601), se excusa por su longitud y, con todo el respeto que merecen los traductores por su excelente labor,

²²⁰ El tema fue incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58.º período de sesiones (2006), *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257 y anexo I. La Comisión, en su 59.º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema y nombró Relator Especial al Sr. Roman Kolodkin, *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376.

²²¹ Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión.

²²² Reproducido en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte).

señala que hay algunas discrepancias con el texto original ruso. Agradece a la Secretaría el memorando sumamente informativo (A/CN.4/596), que da una buena idea de la abundancia del material sobre el tema y agradece además a sus asistentes, la Sra. Sarenkova, la Sra. Tezikova y la Sra. Shatalova, sin quienes habría tenido muchas dificultades para examinar el vasto volumen de fuentes utilizadas en el informe.

53. El texto reproducido en el anexo I del informe presentado a la Comisión sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones²²³ demuestra la actualidad del tema, una situación que no ha cambiado desde entonces. Tribunales nacionales han pronunciado nuevas decisiones y se han publicado nuevos textos académicos. El 4 de junio de 2008 la CIJ falló un asunto relativo a *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), en que el tema ocupó un lugar prominente. Si bien esa decisión no se trata en el informe, que utilizó solamente los materiales disponibles en el momento de prepararse, se tomó en cuenta en la versión más reciente del memorando de la Secretaría.

54. El orador considera que el propósito del informe preliminar, en primer lugar, consistía en describir brevemente la historia del examen de diversas cuestiones pertinentes por la Comisión y el Instituto de Derecho Internacional. La Comisión no parte de la nada, porque ya examinó los conceptos de «inmunidad», «jurisdicción» e «inmunidad de jurisdicción», así como la cuestión de quiénes se podrían considerar funcionarios de alta categoría con inmunidad de la jurisdicción extranjera, además de algunas otras cuestiones pertinentes. La labor del Instituto relativa a la resolución aprobada en 2001, sobre inmunidades de jurisdicción y ejecución de jefes de Estado y de gobierno en derecho internacional²²⁴, también reviste un interés indudable.

55. A continuación, y fue el propósito principal del informe preliminar, ha intentado dar un esquema aproximado, en primer lugar, de las cuestiones que en principio la Comisión debe analizar como parte de su examen del tema, y, en segundo lugar, de las cuestiones de las que probablemente se ocuparía la Comisión al formular un instrumento como resultado de su examen del tema.

56. Hay mucho material pertinente al tema: la práctica de los Estados, la legislación nacional, las decisiones de tribunales nacionales, la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y, en particular, de la CIJ, incluidas dos de sus decisiones recientes, y un conjunto masivo de publicaciones jurídicas, especialmente después del asunto *Pinochet*. El Relator Especial recurrió principalmente a materiales en los idiomas francés, inglés y ruso, que son los que conoce mejor, y toda laguna ha sido parcialmente colmada al menos por el memorando de la Secretaría.

57. Al examinar las diversas cuestiones del informe intentó representar los diferentes puntos de vista, expresando a veces los propios a pesar de su falta de

²²³ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 209.

²²⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), período de sesiones de Vancouver (2001), pág. 742.

familiaridad con algunas de las cuestiones. Además, aunque hay muchas notas de pie de página en el informe, no agotó en modo alguno las fuentes relativas al tema.

58. El informe que la Comisión tiene ante sí, aunque voluminoso, es sólo parte del informe preliminar. En él se señalan algunas cuestiones preliminares y se inició el examen de cuestiones directamente relacionadas con el alcance del tema, incluidos los funcionarios del Estado que se deben incluir. No se refiere al alcance de la inmunidad de que gozan los funcionarios del Estado que se han de incluir ni los llamados aspectos procesales, por ejemplo, la renuncia de la inmunidad de un funcionario del Estado. El propósito del Relator Especial es ocuparse de dos aspectos sumamente importantes del tema de manera preliminar el año siguiente, en el resto de su informe preliminar.

59. El título mismo del tema fija los límites en términos muy generales. En primer lugar, se refiere sólo a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera. Las palabras «extranjera» y «penal» son importantes en cuanto indican que los asuntos que se han de estudiar no corresponden a la inmunidad de la jurisdicción penal internacional ni a la jurisdicción nacional civil o la jurisdicción nacional administrativa, aunque los materiales relativos al examen de esos temas podrían ser útiles en la labor relativa al tema. En segundo lugar, el tema se refiere a la inmunidad de los funcionarios de un Estado de la jurisdicción de otro Estado: es decir, no se trata de considerar *per se* cuestiones de inmunidad de funcionarios de la jurisdicción de su propio Estado. Finalmente, el tema abarca la inmunidad basada en el derecho internacional. Se puede otorgar inmunidad a los funcionarios de otro Estado sobre la base del derecho interno también, pero esos casos revisten interés a los efectos del tema sólo en la medida en que las disposiciones correspondientes del derecho interno pueden constituir prueba de la existencia de un derecho internacional consuetudinario en esa esfera.

60. En cuanto a las llamadas cuestiones preliminares, el Relator Especial dice que en su estudio de los materiales correspondientes al tema buscó pruebas de que la fuente de inmunidad era por encima de todo el derecho, y concretamente el derecho internacional. Se reconoce que en algunos casos los tribunales consideraron la cuestión sobre la base o del derecho interno solamente o del derecho interno y las relaciones internacionales, pero no desde el punto de vista del derecho internacional. También en las publicaciones académicas se opina a veces que la inmunidad de los funcionarios del Estado de la jurisdicción extranjera corresponde más bien a las relaciones internacionales, o a la manifestación de la buena voluntad de un Estado respecto de otro Estado y sus funcionarios más bien que a una cuestión de derecho internacional. No obstante, la inmunidad de los funcionarios del Estado de la jurisdicción extranjera es una cuestión que corresponde a las relaciones intergubernamentales. Le había sido necesario convencerse de que la posición predominante en la práctica de los Estados, las publicaciones académicas y las decisiones de la CIJ era que la fuente de la inmunidad de los funcionarios del Estado de la jurisdicción penal extranjera era el derecho internacional, o, más concretamente, el derecho internacional

consuetudinario. En su opinión hay pruebas suficientes de que en efecto hay derecho internacional consuetudinario en esa esfera. Eso no significa que el derecho internacional es la única fuente de inmunidad: se pueden resolver además las cuestiones de inmunidad con las normas de derecho interno y de las relaciones internacionales, pero el derecho internacional es la fuente básica primordial en esta esfera.

61. En el informe se describen los conceptos de «inmunidad», «jurisdicción», «jurisdicción penal» e «inmunidad de jurisdicción» en tanto están relacionados, pero son diferentes. A los efectos del tema es importante que la jurisdicción penal, a diferencia de la jurisdicción civil, no se equipare con la jurisdicción judicial. La jurisdicción penal suele entrar en juego mucho antes del juicio en los procedimientos judiciales y la cuestión de la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios por lo general surge bastante antes de que el caso llegue a los tribunales. Se suele resolver la cuestión en la etapa prejudicial por la vía diplomática como resultado de las medidas del poder ejecutivo, no del tribunal. Se puede especular que muchos casos en que los Estados plantean la inmunidad de los funcionarios entre sí no llegan a conocimiento público.

62. A diferencia de la jurisdicción civil, se ejerce la jurisdicción penal sólo respecto de personas, y no de Estados, pero pueden afectar los intereses de los Estados extranjeros e intervenir en sus asuntos, aunque indirectamente, en mucho mayor medida que la jurisdicción civil. Como suele entrañar investigación penal de funcionarios de alta categoría, el ejercicio de la jurisdicción penal puede afectar esferas fundamentales de la soberanía y la seguridad de los Estados. Por ese motivo la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado reviste importancia crucial para las relaciones intergubernamentales.

63. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera surge con respecto al ejercicio de diversos tipos de jurisdicción, territorial, extraterritorial y universal, entre otras, pero al parecer deben considerarse las cuestiones relativas a la jurisdicción exclusivamente en términos preliminares y no es necesario que la Comisión formule proyectos de disposición relativos a la jurisdicción.

64. En cuanto a la inmunidad, o la inmunidad de jurisdicción, los materiales estudiados confirman que implica una norma o principio jurídico. La norma, y las relaciones jurídicas a las que da lugar, es una combinación de un derecho y una obligación correlativa: por una parte, el derecho de que la jurisdicción penal del Estado extranjero no se ejercite respecto del funcionario que goza de inmunidad y, por la otra, la obligación del Estado que tenga jurisdicción de no ejercitarla. Otra cuestión se refiere al carácter preciso de la obligación del Estado extranjero que tiene jurisdicción: ¿se trata de la obligación negativa de no ejercer la jurisdicción, o además de la obligación positiva de tomar medidas para prevenir la violación de la inmunidad?

65. Debe tenerse presente lo siguiente. En primer lugar, según lo que el Relator Especial considera la opinión

predominante, que él comparte, la inmunidad no denota exención de la jurisdicción penal legislativa o prescriptiva. En otras palabras, la inmunidad de los funcionarios del Estado no los exime de la aplicación de las normas del derecho sustantivo extranjero, ni, por consiguiente, de las condiciones sustantivas de responsabilidad penal. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera consiste exclusivamente en la inmunidad de la jurisdicción procesal o de la jurisdicción procesal y judicial (según el tipo de jurisdicción de que se trate). En otras palabras, la inmunidad de los funcionarios del Estado de la jurisdicción penal extranjera es inmunidad del proceso penal, de las acciones de cumplimiento de la ley, pero no de la ley del Estado que ejerce jurisdicción. Ese es el carácter procesal de las normas de inmunidad, aunque en el informe se señala que hay otro punto de vista en cuya virtud la inmunidad es no sólo procesal sino además sustantiva. La inmunidad es solamente un obstáculo procesal para la invocación de la responsabilidad penal. Basta que el Estado renuncie a la inmunidad de su funcionario, y desde luego, que sean aplicables las condiciones materiales necesarias, para que el Estado extranjero pueda invocar la responsabilidad penal contra ese funcionario con arreglo a su legislación.

66. En segundo lugar, incluso en la etapa actual de la consideración del tema, el Relator Especial tiene la impresión de que la manera misma en que se plantea la cuestión de la inmunidad de la jurisdicción extranjera no está bien fundada. Se trata efectivamente de una cuestión, no de inmunidad de jurisdicción penal, sino de inmunidad de ciertas acciones procesales penales, del enjuiciamiento penal por el Estado extranjero. No obstante, sólo se puede hacer claridad sobre la cuestión de precisamente cuáles de esas acciones están cubiertas por la inmunidad después de analizar la cuestión del alcance de la inmunidad. En ese sentido la decisión de la CIJ en el asunto *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia) es excepcionalmente interesante.

67. El informe plantea la cuestión de si, al formular proyectos de disposición sobre la inmunidad, la Comisión debe tratar de definir el concepto de «inmunidad» a los efectos del tema. El Relator Especial no tiene una respuesta pronta a esa pregunta y sólo desea señalar que en su labor relativa al tema de la inmunidad jurisdiccional de los Estados²²⁵ la Comisión se abstuvo de hacerlo.

68. En el informe se revisa la conocida división de la inmunidad de los funcionarios del Estado en inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*. El Relator Especial tiene la impresión de que se utiliza ampliamente esa categorización con fines analíticos pero prácticamente nunca para formular disposiciones normativas. Además, pese a las diferencias entre esos tipos de inmunidad, tienen mucho en común. En definitiva, es el Estado el que se halla en la base de todo tipo de inmunidad. Sólo el Estado tiene derecho a renunciar a la inmunidad de sus funcionarios, agentes diplomáticos o funcionarios consulares

y miembros de misiones especiales en servicio o no. Se analizará la renuncia de la inmunidad en mayor detalle en su siguiente informe.

69. En el informe actual se considera también la cuestión del fundamento de la inmunidad de los funcionarios del Estado, cuestión que se refiere a la determinación de qué personas gozan de inmunidad y del alcance de la inmunidad. A pesar de cierta tendencia, incluso en las publicaciones académicas, a asignar a la inmunidad un fundamento exclusivamente funcional, el Relator Especial tiene la impresión de que la base inmediata tiene tanto carácter funcional como representativo. Ese fundamento inmediato se basa a su vez en razones políticas y jurídicas más fundamentales. La inmunidad deriva de principios jurídicos internacionales de soberanía del Estado y no injerencia en los asuntos internos de los Estados, y, en el plano político, de la necesidad de mantener relaciones estables y previsibles entre los Estados. Todos los fundamentos aducidos respecto de la inmunidad están relacionados entre sí.

70. En el párrafo 102 figura un resumen de la sección del informe que se ocupa de las cuestiones preliminares.

71. Pueden hacerse las siguientes observaciones con respecto al alcance del tema. El título se refiere simplemente a los funcionarios del Estado. Un enfoque más sencillo habría consistido en limitar el alcance de manera de abarcar solamente a los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores. La Comisión había adoptado precisamente ese enfoque, por ejemplo, en su proyecto de artículos sobre las misiones especiales²²⁶. El Instituto de Derecho Internacional había preferido limitarse en su resolución de 2001 a los jefes de Estado y jefes de gobierno. No obstante, en el informe se propone que se refiera a todos los funcionarios del Estado, en plena conformidad con el título del tema. En general se reconoce que todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad de la jurisdicción extranjera con respecto a las medidas adoptadas a título oficial, es decir, de inmunidad *ratione materiae*. Un enfoque de ese tipo sería pragmático ya que, en la práctica, los Estados deben ocuparse de la cuestión de la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera respecto de diversas categorías de sus funcionarios.

72. La expresión «funcionario del Estado» se utiliza ampliamente en la práctica y en las publicaciones académicas, pero sigue sin definirse, al menos en los tratados internacionales universales. Si la Comisión ha de formular proyectos de artículos habrá que dar una definición o, por lo menos, una descripción de la expresión. Tal vez pueda resultar útil el enfoque utilizado al redactar el párrafo 2 del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, en que se definió un órgano del Estado²²⁷.

73. Un círculo muy reducido de funcionarios goza de inmunidad de la jurisdicción penal extranjera mientras ocupe su cargo con respecto a todos sus actos,

²²⁵ Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), pág. 13. La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004.

²²⁶ *Anuario...* 1967, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.2, pág. 361.

²²⁷ *Anuario...* 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 26.

independientemente de que se realicen a título personal u oficial; es decir, gozan de inmunidad personal o de inmunidad *ratione personae*. No obstante, dista mucho de estar claro quién corresponde precisamente a ese círculo de funcionarios. Desde la reciente decisión de la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (Orden de detención de 11 de abril de 2000) (República Democrática del Congo *c.* Bélgica) quedó claro que en ese grupo se incluyen los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, pero incluso en ese caso no se puede afirmar que se limite a esas tres categorías de funcionarios de alto rango.

74. La Comisión ya se había ocupado del problema de definir el círculo de funcionarios de alto rango del Estado que gozan de una condición especial en derecho internacional al preparar sus conjuntos de proyectos de artículos sobre las misiones especiales, sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales²²⁸ y sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas²²⁹. En ese momento no pudo y no estuvo dispuesta a resolver el problema, y es improbable que se resuelva ahora al elaborar una lista de los funcionarios en cuestión. En general, esa determinación corresponde al ámbito del derecho interno de los Estados. Parece que se requiere una definición de los criterios que, si los reúne un funcionario del Estado, le dan inmunidad personal y en ausencia de los cuales ese funcionario no goza de esa inmunidad. El Relator Especial entiende que Francia, y el Sr. Pellet, se refirieron a ese criterio durante los alegatos orales en el asunto *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia), cuando se sostuvo que sólo podían gozar de inmunidad personal los funcionarios del Estado de alta categoría cuyas funciones incluyeran como parte esencial y predominante la representación de su gobierno en las relaciones internacionales. No obstante, surge la cuestión de saber si esa es la única condición previa que se requiere para permitir que un funcionario de ese tipo goce de inmunidad personal. El Relator Especial no está convencido de que así sea. Por ejemplo, la representación del gobierno en las relaciones internacionales es difícilmente una parte esencial y predominante de las funciones del ministro de defensa. Aunque en el mundo moderno los ministros de defensa suelen participar activamente en las relaciones internacionales, su función básica, y la de otros funcionarios de alto rango que también representan periódicamente a su gobierno en las relaciones internacionales, es la participación en decisiones relacionadas directamente con la soberanía y la seguridad del Estado.

75. En la Federación de Rusia, por ejemplo, el Primer Vicepresidente de Gobierno se ocupa de los asuntos económicos y de política exterior junto con el Presidente, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. Ese es un cargo más elevado y más importante dentro del Gobierno que el de Ministro de Relaciones Exteriores. En muchos casos representa al Gobierno en el plano internacional y da instrucciones al Ministro de Relaciones Exteriores, aunque no se puede decir que los asuntos

de política externa figuren en forma predominante entre sus funciones. ¿No sería extraño afirmar que el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia goza de inmunidad personal, en tanto que el Primer Vicepresidente de Gobierno no? Surge la cuestión de si la importancia de las actividades realizadas por un funcionario de alto rango en términos de salvaguardia de la soberanía del Estado no debe constituir también un criterio, además de la representación del gobierno en las relaciones internacionales, para la inclusión de un funcionario de ese tipo entre los que gozan de inmunidad personal.

76. Otro aspecto del alcance del tema es el factor temporal. El tema debe abarcar a la vez la inmunidad de los funcionarios en ejercicio y la de los ex funcionarios.

77. Una de las dos cuestiones que se halla al margen del tema y que se puede incluir si la Comisión así lo desea es la del reconocimiento. Reviste alguna importancia para el tema y a veces se menciona, tanto en las publicaciones académicas como en la práctica, al examinar la inmunidad de los funcionarios del Estado. Se podrían citar a ese respecto las decisiones de tribunales de los Estados Unidos en los asuntos *United States v. Noriega and Others* y *Lafontant v. Aristide*. La cuestión del reconocimiento surge principalmente cuando existe alguna duda respecto de la condición de la persona de cuyo juicio penal se trata, en otras palabras, alguna duda, en primer lugar, en cuanto a si la entidad a la que la persona prestaba servicios era un gobierno y, en segundo lugar, si la persona era el jefe del Estado. En el contexto del tema la cuestión del reconocimiento surge principalmente en situaciones excepcionales. El Instituto de Derecho Internacional ha hecho bien en dejar la cuestión de lado, incorporando simplemente una cláusula «sin perjuicio» en el artículo 12 de su resolución de 2001.

78. La segunda cuestión que surge a veces en la práctica y en las publicaciones académicas se relaciona con la inmunidad de los miembros de la familia del funcionario, aunque habitualmente se refiere a las familias de los funcionarios de rango elevado. Si bien el Relator Especial no considera que esta cuestión corresponda al ámbito del tema, los miembros de la Comisión podrían tener una posición diferente.

79. En el párrafo 130 del informe figura un resumen de esa parte.

80. Como conclusión, en primer lugar, subraya nuevamente que la Comisión no tiene ante sí el informe preliminar completo: faltan todavía las secciones sobre el alcance de la inmunidad y los aspectos procesales, incluida la renuncia de inmunidad. Se presentarán esos componentes clave en el período de sesiones siguiente. En segundo lugar, no se tocan algunas cuestiones políticas ni las relaciones entre intereses políticos y jurídicos que se hallan en la base del tema y que le dan su interés actual. Se examinaron en el anexo del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones, que mostró la inmensa pertinencia del tema; de hecho, son más pertinentes a la cuestión del alcance de la inmunidad. Finalmente, muchos miembros de la Comisión tienen experiencia personal del tema en el contexto de sus intereses y actividades profesionales.

²²⁸ *Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, pág. 307.

²²⁹ *Anuario...* 1972, vol. II, documento A/8710/Rev.1, pág. 341.

Cooperación con otros organismos (continuación*)

[Tema 12 del programa]

DECLARACIÓN DE LA PRESIDENTA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

81. El PRESIDENTE dice que todos los años la Comisión tiene el honor y el privilegio de recibir una visita de la Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, cuya presencia reviste gran importancia para la Comisión. Invita a la magistrada Rosalyn Higgins a dirigir la palabra a la Comisión.

82. La magistrada Rosalyn HIGGINS (Presidenta de la Corte Internacional de Justicia) dice que es un placer para ella intervenir ante la Comisión de Derecho Internacional una vez más después de haber hablado en su 60.º aniversario, celebrado dos meses antes. Dirige un saludo afectuoso al Presidente y a todos los miembros de la Comisión. Le complace especialmente haber asistido a la presentación de sus informes por el Sr. Valencia-Ospina y el Sr. Kolodkin, cada uno de los cuales ha encontrado de gran interés. Como ha hecho los dos años anteriores, informará acerca de las decisiones adoptadas por la Corte Internacional de Justicia durante el año anterior, señalando especialmente a la atención de la Comisión de Derecho Internacional los aspectos particularmente pertinentes a su labor. Desde que intervino ante la Comisión en su 59.º período de sesiones la Corte ha adoptado cinco decisiones: tres fallos sobre el fondo, un fallo sobre gestiones preliminares y una orden de medidas provisionales. Los cinco asuntos implicaban a Estados de América Latina, América del Norte, Asia, Europa y África, y las materias iban desde la delimitación de zonas marítimas, pasando por la determinación de la soberanía respecto de accidentes marítimos y la asistencia mutua en materia penal hasta la interpretación de un fallo anterior.

83. La magistrada Higgins se refiere en primer lugar al fallo sobre el fondo del asunto *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar del Caribe) (Nicaragua c. Honduras), que la Corte dictó el 8 de octubre de 2007. Nicaragua había pedido a la Corte que determinara el curso de una frontera marítima entre la zona del mar territorial, la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas pertenecientes respectivamente a Nicaragua y Honduras en el mar del Caribe.

84. En ese asunto Nicaragua había sostenido que la frontera marítima no se había delimitado todavía, en tanto que Honduras afirmaba que ya existía un *uti possidetis* reconocido tradicionalmente a lo largo del paralelo 15. Honduras había sostenido como alternativa que el paralelo 15 había sido objeto de acuerdo tácito entre las partes como frontera marítima. Durante las actuaciones orales Nicaragua pidió concretamente a la Corte que se pronunciara además sobre la soberanía respecto de los cayos ubicados en la zona septentrional controvertida al norte del paralelo 15. Aunque la solicitud era formalmente nueva, la Corte consideró que era admisible por

cuanto era intrínseca a la petición inicial. Dada la afirmación de que la «tierra domina el mar», a fin de trazar la frontera marítima la Corte debía decidir en primer lugar qué Estado tenía soberanía sobre las islas y rocas de la zona controvertida, conclusión que necesariamente iba a tener consecuencias territoriales.

85. Respecto de la soberanía sobre esos cuatro cayos, Honduras se había basado en el principio de *uti possidetis juris* como base de la soberanía. La Corte había observado que el *uti possidetis juris* en principio podía aplicarse de hecho a las posesiones frente a las costas y a los espacios marítimos. No obstante, debía demostrarse que en esta causa la Corona española había asignado las islas controvertidas a una u otra de sus provincias coloniales. Por cuanto las partes no habían presentado pruebas que demostraran claramente si las islas habían sido atribuidas a las provincias coloniales de Nicaragua o de Honduras antes de la independencia o a la independencia, ni habían persuadido a la Corte de la existencia de *effectivités* coloniales, la Corte llegó a la conclusión de que no se había determinado si Honduras o Nicaragua tenían derecho a las islas en virtud del *uti possidetis*. Tras examinar las pruebas, la Corte llegó a la conclusión de que correspondía a Honduras la soberanía de las cuatro islas sobre la base de las *effectivités* poscoloniales.

86. En cuanto a la delimitación de las zonas marítimas entre los dos Estados, la Corte había considerado los argumentos de Honduras respecto del *uti possidetis juris* y del acuerdo tácito. La Corte había rechazado el argumento del *uti possidetis*, llegando a la conclusión de que la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (Laudo Arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906), que efectivamente se basaba en el principio de *uti possidetis juris*, no se refería a la delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras. En cuanto al argumento del acuerdo tácito, la Corte había examinado detenidamente las pruebas presentadas por Honduras, que incluían pruebas pertinentes, como declaraciones juradas de algunos pescadores en el sentido de que todos entendían que el paralelo 15 constituía una frontera internacional. Eso había dado oportunidad para que la Corte, como había hecho en ocasiones anteriores, como en su fallo de 2005 en el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda), siguiera desarrollando el cuerpo de su jurisprudencia respecto de la prueba. La Corte había observado en el párrafo 244 del fallo en el asunto *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* que las declaraciones de testigos presentadas en forma de declaraciones juradas deben tratarse con cautela. Al evaluar esas declaraciones juradas la Corte debe tener en cuenta algunos factores. Entre ellos se incluyen si las formularon funcionarios del Estado o particulares sin interés en el resultado de las actuaciones y si una declaración jurada determinada se refiere a la existencia de hechos o constituye sólo una opinión en cuanto a ciertos acontecimientos. La Corte observa que en algunos casos puede revestir un valor especial la prueba contemporánea del período en cuestión. Declaraciones juradas de un funcionario del Estado a los efectos del litigio en cuanto a hechos anteriores tendrán menos peso que las declaraciones juradas del momento en que ocurrieron los hechos pertinentes. En otras circunstancias, en los

* Reanudación de los trabajos de la 2978.ª sesión.

casos en que no hubiera razón para que los particulares hubieran prestado testimonio anteriormente, la Corte examinará las declaraciones juradas preparadas a los efectos del litigio para determinar tanto si se ha declarado tras haber recibido influencia de quienes toman la declaración como si lo que se ha dicho reviste utilidad.

87. Aunque había pruebas vagas respecto de algunos acuerdos sobre conducta, en este caso la Corte ha llegado a la conclusión de que en efecto no hubo acuerdo tácito entre las partes que bastara para determinar una frontera marítima jurídicamente vinculante. Por lo tanto, la Corte tuvo que proceder a trazar la frontera misma. Al intentar hacerlo de la manera más sucinta posible desde luego habría sido preferible utilizar el método de equidistancia con respecto a los mares territoriales. Dada su jurisprudencia reciente, en particular en el fallo de 2001 en la causa *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein) y en el fallo de 2002 en el asunto *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nígeria) (Camerún *c.* Nígeria; intervención de Guinea Ecuatorial), la Corte habría preferido seguir utilizando ese método incluso más allá de los mares territoriales, en que la fórmula de los artículos 74 y 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar era, desde luego, mucho más ambigua. No obstante, la Corte había quedado impedida en lo esencial de usar ese método por la geografía y la topografía del caso. El cabo Gracias a Dios, donde terminaba la frontera marítima de Nicaragua, era una proyección territorial agudamente convexa, y, como si eso no bastara, tenía zonas cóncavas de ambos lados. Eso había limitado la selección de puntos de base que la Corte podía utilizar, y cualquier variación o error en la ubicación de esos puntos se habría magnificado desproporcionadamente en cualquier línea de equidistancia resultante. Además, la boca del río Coco, que se unía al mar en el cabo Gracias a Dios, cambiaba constantemente de forma, con la formación de islas inestables y cambiantes, y en ocasiones incluso desaparecía. Tomando todos esos factores en cuenta, la Corte decidió que no podía utilizar la práctica preferida de establecer una línea de equidistancia. De esta manera, en lo que se refiere al mar territorial, la Corte se halló en las circunstancias especiales mencionadas en el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como ejemplo de ocasiones en que tal vez no se pueda utilizar la equidistancia.

88. La Corte había decidido de esta manera construir una línea bisectriz, llegando a la conclusión de que ese método daría a la línea de demarcación mayor estabilidad por cuanto la afectaría menos la inestabilidad alrededor de la zona del cabo Gracias a Dios, lo que reduciría en gran medida además el riesgo de error. La Corte había utilizado el método de la bisectriz para toda la frontera. Se había ajustado luego esa línea de manera de tener en cuenta los mares territoriales alrededor de los cuatro cayos, ajuste que había sido interesante en sí mismo.

89. En su opinión, una de las secciones más interesantes del fallo se refiere a la manera de identificar las costas pertinentes para el trazado de la línea bisectriz. Honduras había sugerido sectores muy estrechos de la costa, en

tanto que Nicaragua había sostenido que todas las costas de cada Estado que enfrentaba el mar del Caribe debían utilizarse como puntos de referencia. En definitiva, la Corte se centró en la selección de frentes costeros que evitarían el problema de «cortar» territorio hondureño a la vez que servirían de frente de longitud suficiente para explicar apropiadamente la configuración costera de la zona controvertida.

90. Dos meses más tarde, el 13 de diciembre de 2007, la Corte dictó un fallo sobre objeciones preliminares en otra causa iniciada por Nicaragua, a saber, en el asunto *Différend territorial et maritime* (Controversia territorial y marítima) (Nicaragua *c.* Colombia). La controversia se refería a la soberanía respecto de las islas y cayos en la zona occidental del Caribe y el curso de la única frontera marítima entre las zonas de la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas. Colombia había planteado dos objeciones preliminares sobre la base del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá») y del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, relativo a la cláusula opcional. Dado el limitado tiempo disponible, la oradora se centrará en algunos de los aspectos más interesantes de ese asunto.

91. En primer lugar, la Corte tenía que decidir cuál era el objeto de la controversia. Ese proceso había significado debate entre las partes en cuanto a lo que ya estaba «determinado jurídicamente» (y por lo tanto no podía ser objeto de una controversia *de novo* ante la Corte) y lo que seguía sin resolver. Colombia había sostenido que las cuestiones planteadas por Nicaragua ya se habían decidido en el Tratado de 1928 respecto de cuestiones territoriales controvertidas entre Colombia y Nicaragua y en su Protocolo de 1930²³⁰. Nicaragua había respondido que la cuestión de si el Tratado de 1928 había resuelto todas las cuestiones entre las partes era «el objeto mismo de la controversia» y «el fondo del caso». La Corte decidió que la cuestión de si el Tratado de 1928 y el Protocolo de 1930 arreglaban ciertas cuestiones no constituía el objeto mismo de la controversia entre las partes y que esa cuestión, por lo tanto, dadas las circunstancias del caso, debía considerarse preliminar. Más bien, las cuestiones que constituían el objeto de la controversia eran, en primer lugar, la soberanía sobre el territorio (a saber, islas y otros accidentes marítimos reivindicados por las partes) y, en segundo lugar, el curso de la frontera marítima entre las partes.

92. Habiendo aclarado esas cuestiones, la Corte había procedido a examinar la primera objeción preliminar de Colombia, en el sentido de que, con arreglo a los artículos VI y XXXIV del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»), la Corte no tenía competencia para conocer de la controversia que había presentado Nicaragua con arreglo al artículo XXXI del Pacto. El artículo VI del Pacto disponía que los procedimientos de arreglo de controversias previstos en el Pacto no se aplicarían a asuntos ya arreglados entre las Partes.

²³⁰ Tratado sobre cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua (Managua, 24 de marzo de 1928) y Protocolo de canje de ratificaciones (Managua, 5 de mayo de 1930), Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CV, n.º 2426, pág. 337.

93. Colombia sostenía de esta manera que el Tratado de 1928 y el Protocolo de 1930 habían solucionado las cuestiones entre las Partes a la fecha de la concertación del Pacto en 1948, en tanto Nicaragua sostenía que el Tratado de 1928 era inválido, o que se le había puesto término, y que, incluso aunque no fuera así, no abarcaba todas las materias de la controversia entre las Partes.

94. La Corte decidió que el Tratado de 1928 seguía siendo válido y en vigor en la fecha de la celebración del Pacto de Bogotá en 1948. A continuación pudo proceder a decidir si, en todo caso, el Tratado de 1928 había arreglado el asunto y qué había arreglado. Decidió que la soberanía respecto de las tres islas, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, había sido decidida por el Tratado. No obstante, diversas otras cuestiones que la Corte tenía ante sí -la extensión y la composición del archipiélago de San Andrés, la soberanía sobre ciertos cayos y la cuestión de la delimitación marítima- no habían sido solucionadas por el Tratado de 1928, por lo cual la Corte tenía competencia para decidir las al pronunciarse sobre el fondo del asunto.

95. Una segunda cuestión fundamental del asunto, respecto de qué se podría decidir en qué etapa, había sido la relación entre los dos títulos de jurisdicción, uno basado en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el otro basado en un tratado. La cuestión había surgido porque Nicaragua había sostenido que la jurisdicción se basaba tanto en el Pacto de Bogotá como en la cláusula opcional del Estatuto. La Corte había llegado a la conclusión de que, al verse enfrentada a los dos títulos, no podía tratarlos simultáneamente y, por lo tanto, procedería de lo particular a lo general. No obstante, clara y premeditadamente no había implicado que el Pacto de Bogotá prevalecería respecto de la cláusula opcional y la excluiría. Las disposiciones del Pacto y las declaraciones hechas con arreglo a la cláusula opcional constituían dos bases distintas de la competencia de la Corte que no se excluían mutuamente.

96. La Corte pasó a examinar a continuación el fondo del asunto y fijó noviembre de 2008 como plazo para la presentación de la contramemoria de Colombia. La Corte tenía otras tres causas pendientes que invocaban el Pacto de Bogotá como base de la competencia, a saber, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Controversia relativa a derechos de navegación y conexos) (*Costa Rica c. Nicaragua*), *Différend maritime* (Controversia marítima) (*Perú c. Chile*) y *Épandages aériens d'herbicides* (Fumigación aérea de herbicidas) (*Ecuador c. Colombia*). A lo largo de las audiencias el Gran Salón de Justicia estaba lleno de embajadores latinoamericanos, que habían seguido con interés esos asuntos.

97. Después de esas causas en que participaban Estados latinoamericanos, la Corte dictó un fallo en mayo de 2008 sobre el fondo de un asunto entre dos Estados de Asia, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (Malasia/Singapur), que habían presentado conjuntamente a la Corte Malasia y Singapur mediante acuerdo especial entre las partes. Por cuanto anteriormente había asesorado a una de las partes, la Presidenta se recusó del asunto y lo presidió el Vicepresidente, magistrado Al-Khasawneh. La controversia

se refería una vez más a la soberanía sobre accidentes marítimos y la presentación de los hechos había abarcado unas 4.000 páginas, muchas de las cuales se referían a historia diplomática.

98. La Corte aceptó la afirmación de Malasia de que poseía el título original sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, que databa de la época de su predecesor, el Sultano de Johor, y que el Sultanato de Johor había tenido el título original. A continuación estudió lo ocurrido entre 1824 y el decenio de 1840, y llegó a la conclusión de que ninguno de esos acontecimientos había introducido cambios en el título original.

99. La Corte examinó a continuación todos los acontecimientos posteriores, entre el decenio de 1840 y 1952, pero decidió que ninguno de ellos afectaba el título original. No obstante, la Corte dio gran importancia a una carta dirigida el 12 de junio de 1953 al asesor británico del Sultán de Johor en que el Secretario Colonial de Singapur le pedía información acerca de la situación de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh en el contexto de determinar las fronteras de las «aguas territoriales de la colonia». En una carta de 21 de septiembre de 1953 el Secretario de Estado interino de Johor había respondido que el «Gobierno de Johor no reivindicaba el título de dominio» de la isla. La Corte decidió que la respuesta indicaba que, en 1953, Johor entendía que no tenía soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

100. Finalmente, la Corte había examinado la conducta de las partes después de 1953 con respecto a la isla. Encontró considerables pruebas de conducta *à titre de souverain* de parte de Singapur después de esa fecha. La Corte pudo llegar a la conclusión de que, a 1980 (la fecha en que había cristalizado la controversia), la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh había pasado a Singapur y seguía correspondiendo a Singapur.

101. En cuanto a Middle Rocks, la Corte había observado que las circunstancias particulares que habían hecho que fallara que la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh correspondía a Singapur no eran aplicables a Middle Rocks y que el título original seguía correspondiendo a Malasia en tanto sucesora del Sultanato de Johor. En cuanto a South Ledge, la Corte observó que la elevación de marea baja correspondía a las aguas territoriales aparentemente traslapantes generadas por Pedra Branca/Pulau Batu Puteh y Middle Rocks. Por cuanto las partes no habían conferido mandato a la Corte para que trazara la línea de demarcación con respecto a sus aguas territoriales, llegó a la conclusión de que la soberanía sobre South Ledge correspondía al Estado de las aguas territoriales en que estaba situado.

102. Después de esa serie de controversias territoriales y marítimas la Corte dictó en junio de 2008 un fallo en un asunto muy diferente, el asunto *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c. Francia*), que planteó diversas cuestiones jurídicas que los miembros de la Comisión podrían considerar pertinentes a su labor. La Corte encontró que la esfera de la inmunidad de jurisdicción penal estaba subdesarrollada, por lo que acoge con gran beneplácito que la Comisión le preste atención seria.

103. En los antecedentes del asunto se halla la muerte del magistrado Bernard Borrel, de nacionalidad francesa, que había sido adscrito como asesor técnico del Ministerio de Justicia de Djibouti. El 19 de octubre de 1995 se encontró el cadáver del magistrado Borrel a 80 km de la ciudad de Djibouti. Se iniciaron diversas investigaciones judiciales en Djibouti y en Francia para determinar la causa de su muerte. En Francia se conoció el asunto como *Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel* (Causa contra X por el homicidio de Bernard Borrel). Ambas partes concordaron en que no competía a la Corte determinar las circunstancias de la muerte del magistrado Borrel. Más bien, la controversia que la Corte tuvo ante sí se refería al recurso a mecanismos de tratados bilaterales vigentes entre las partes para su asistencia mutua en materia penal.

104. El 9 de enero de 2006 Djibouti había presentado una solicitud contra Francia respecto de una controversia relativa al rechazo de las autoridades gubernamentales y judiciales francesas de un exhorto relativo a la transmisión a las autoridades judiciales de Djibouti de los antecedentes relacionados con la investigación en el asunto *Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel*, con violación, se afirmaba, de dos tratados bilaterales, la Convención sobre asistencia mutua en materia penal de 27 de septiembre de 1986²³¹ y el Tratado de amistad y cooperación de 27 de junio de 1977²³².

105. La solicitud se refería además a la dictación por las autoridades judiciales francesas de citaciones en calidad de testigos dirigidas al Jefe de Estado y a funcionarios de categoría elevada de Djibouti por supuesta infracción, entre otras cosas, de los principios y normas que rigen las prerrogativas e inmunidades diplomáticas.

106. En una carta de fecha 25 de julio de 2006 el Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia informó a la Corte de que Francia aceptaba la competencia de la Corte para conocer de la solicitud sobre la base del párrafo 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte, es decir, *forum prorogatum*, si bien especificaba que el consentimiento era válido solamente respecto de la controversia relativa al tema de la solicitud y estrictamente dentro de los límites de las afirmaciones de Djibouti en ella contenidas.

107. Era la primera vez que había correspondido a la Corte decidir los méritos de una controversia que se planteaba sobre la base de *forum prorogatum*. Como lo había hecho en el asunto *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio) (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), porque el procedimiento probablemente no se utilizaría con demasiada frecuencia, la Corte había aprovechado la oportunidad para decidir respecto de la mayor cantidad pertinente de detalle que parecía apropiado a fin de dar orientaciones para el futuro. El fallo, en consecuencia, contenía algunos párrafos más bien detallados sobre asuntos relativos a *forum prorogatum* pertinentes para decidir, sobre la base de la forma en que

Francia había formulado su aceptación a la luz de la solitud, lo que correspondía o no a la competencia de la Corte.

108. Respecto del fondo el asunto había planteado algunas cuestiones jurídicas interesantes, incluidas la función del derecho interno de un Estado cuando había una controversia en cuanto al cumplimiento de un tratado que a su vez se remitía al derecho interno, la obligación de fundamentar el rechazo de la cooperación tal como se preveía en un tratado, y la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

109. El artículo 3 de la Convención de 1986 sobre asistencia mutua en materia penal disponía que un Estado al que se dirigía una solicitud de asistencia mutua daría cumplimiento de conformidad con su derecho interno a todo exhorto relacionado con un asunto penal que le dirigieran las autoridades judiciales del Estado solicitante. Djibouti había sostenido que ese artículo creaba una obligación de resultado y que la obligación de que un Estado diera cumplimiento a un exhorto simplemente abarcaba el procedimiento que se debía seguir para darle cumplimiento. En opinión de Djibouti, esa interpretación se ajustaba al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que dispone que «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Había muchos ecos de esa posición en la causa más reciente *Avena et autres ressortissants mexicains* (Avena y otros nacionales mexicanos) (México c. Estados Unidos de América). Francia respondió que el artículo 3 de la Convención de 1986 constituía de hecho una referencia directa al derecho interno del Estado solicitado y que, en consecuencia, los medios determinarían el resultado. Dicho de otra manera, Francia consideraba que, a condición de que se siguiera el procedimiento interno correcto de un Estado, se cumpliría debidamente la obligación de darle cumplimiento con arreglo a su derecho interno prevista en el artículo 3.

110. Respecto de ese punto la Corte sostuvo en el párrafo 123 de su fallo que el tratamiento último de una solicitud de asistencia mutua en materia penal depende claramente de una decisión de las autoridades nacionales competentes con arreglo al procedimiento establecido en el derecho del Estado solicitado. Si bien debe velar desde luego por que se inicie el procedimiento, el Estado no garantiza con ello el resultado en el sentido de la transmisión del expediente solicitado en el exhorto.

111. La Corte consideró que no había razones para que fuera aplicable el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 en ese caso por cuanto el Estado solicitado, Francia, invocaba su derecho interno, no para justificar un supuesto incumplimiento de su obligación internacional con arreglo a la Convención sobre asistencia mutua en materia penal de 1986, sino, por el contrario, para darle aplicación con arreglo a los términos mismos de esa Convención.

112. La Corte consideró a continuación el carácter de la obligación de fundamentar el rechazo de la asistencia mutua. No pudo aceptar la aseveración de Francia de que el hecho de que las razones habían pasado a conocimiento de Djibouti durante las actuaciones significaba

²³¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1695, n.º 29220, pág. 297.

²³² *Ibid.*, vol. 1482, n.º 25292, pág. 193.

que no había violación de la obligación. No se había cumplido una obligación jurídica de notificar las razones del rechazo del cumplimiento del exhorto al ponerse en conocimiento del Estado solicitante los documentos pertinentes sólo durante el litigio, unos meses más tarde. La Corte había agregado que la sola referencia a la excepción contenida en la Convención no daba cumplimiento a la obligación de dar razones; se requería mayor explicación, aunque fuera breve. No se trataba sólo de una cuestión de cortesía, sino que servía además a los efectos de permitir que el Estado solicitado diera pruebas de su buena fe al rechazar la solicitud. Por el contrario, podría pedir también al Estado solicitante que se modificara su exhorto de manera de producir un mejor resultado, si lo intentaba nuevamente.

113. La Corte de esta manera decidió que Francia había tenido razones de buena fe para rechazar la transferencia del expediente de la investigación en la causa Borrel a las autoridades de Djibouti de manera que se ajustaba a las disposiciones de la Convención de 1986, aunque no se habían dado a conocer esas razones a Djibouti. De manera que, por una parte, el rechazo de Francia se hallaba dentro de los términos de la Convención pero, por otra parte, Francia había violado su obligación derivada de la Convención de fundamentar su rechazo del cumplimiento del exhorto.

114. Además de las solicitudes relativas al exhorto, la Corte debió considerar las afirmaciones de Djibouti de que Francia había violado las inmunidades de su Jefe de Estado y de dos funcionarios de Estado de categoría elevada al dictar las citaciones en carácter de testigo. Ese era otro elemento que debía examinarse a fin de determinar lo que equivalía a una violación de la inmunidad, una vez que se hubiera decidido que en principio esas eran las personas que podrían tener derecho a inmunidad. La inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una cuestión compleja y los hechos en este asunto no habían permitido que la Corte hiciera un examen detallado del tema. La Presidenta esperaba que sus limitadas conclusiones jurídicas, sin embargo, fueran pertinentes al examen de ese importante y difícil asunto por la Comisión.

115. Con respecto al Jefe de Estado, Djibouti se había remitido a dos citaciones de testigos dictadas por el juez de instrucción francés al Presidente Guelleh el 17 de mayo de 2005 y el 14 de febrero de 2007. Como ambas diferían en cuanto a la forma, la Corte las había considerado por separado. La citación del 17 de mayo de 2005 se había dictado durante la visita oficial del Presidente Guelleh al Presidente de la República Francesa en París. La citación invitaba al Presidente Guelleh a asistir en persona a la oficina del juez de instrucción a las 9.30 horas del día siguiente y el magistrado la había enviado por facsímil a la Embajada de Djibouti en Francia. Djibouti había sostenido que la citación contenía un elemento de apercibimiento, citando diversas disposiciones del Código de Procedimiento Penal francés. Francia había respondido que el Presidente Guelleh había sido citado como un testigo ordinario y no como un *témoin assisté*, una persona contra la cual hay pruebas de que podría haber participado en carácter de autora o cómplice del delito en cuestión. Francia había reconocido que se había

dictado la citación con defectos procesales, pero había sostenido que se trataba meramente de una invitación que no imponía una obligación al Presidente Guelleh.

116. La Corte había recordado su declaración en el párrafo 51 del asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica) de que está claramente establecido en derecho internacional que los titulares de ciertos cargos de alta categoría en un Estado, como el jefe de Estado, gozan de inmunidad de la jurisdicción de otros Estados, tanto civil como penal, y que un jefe de Estado goza en particular de plena inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad [véase el párrafo 54]. La Corte había recordado en el párrafo 174 del fallo del asunto *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* que la norma de derecho internacional consuetudinario reflejada en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, si bien está dirigida a los agentes diplomáticos, es necesariamente aplicable a los jefes de Estado. La Corte se había basado en esa Convención para invocar ese argumento por la forma de los alegatos, por cuanto una parte había citado en particular algunas convenciones.

117. La Corte falló que la citación de 17 de mayo de 2005 no se había asociado con las medidas de apercibimiento previstas en el Código de Procedimiento Penal francés; había sido simplemente una invitación a declarar, que el Jefe de Estado podía libremente aceptar o rechazar. Por consiguiente, no había habido un ataque de Francia contra la inmunidad de jurisdicción penal de que gozaba el Jefe de Estado. La Corte observó sin embargo, aunque en los considerandos, no en la parte dispositiva del fallo, que la citación no se había dictado de manera consecuente con las cortesías debidas a un jefe de Estado extranjero y que por ese motivo se habría debido presentar excusas.

118. La invitación a declarar de 14 de febrero de 2007 se había dictado con arreglo al derecho francés. El juez sumariante no se había dirigido directamente al Presidente Guelleh, sino que había enviado una carta al Ministerio de Justicia francés, expresando el deseo de obtener el testimonio por escrito del Presidente, y había pedido al Ministro que tomara contacto con el Ministro de Relaciones Exteriores de Djibouti. La Corte sostuvo que, también en este caso, esa invitación a declarar no podía haber infringido la inmunidad de jurisdicción de que gozaba el Jefe de Estado de Djibouti. Tampoco en este caso había habido un elemento de apercibimiento.

119. Djibouti planteó una cuestión relativa a la filtración de información a la prensa francesa con respecto a la situación. Por ejemplo, se envió el facsímil que contenía la citación de 17 de mayo de 2005 a las 15.51 horas y la Agence France-Presse la dio a conocer públicamente a las 16.12 horas del mismo día. La Corte observó que, si Djibouti hubiera demostrado que se había pasado información confidencial de la oficina del poder judicial francés a la prensa, un acto de ese tipo podría haber constituido no solamente una violación del derecho francés, sino además una violación por Francia de sus obligaciones internacionales. Sin embargo, hubo sugerencias de que la filtración había procedido de otra fuente.

120. En cuanto a la inmunidad de los funcionarios del Estado, Djibouti sostuvo que la dictación de citaciones en carácter de *témoins assistés* al *Procureur de la République* de Djibouti y al jefe de la seguridad nacional había violado su inmunidad. Las citaciones se referían a acusaciones de incitación al perjurio. Djibouti había sostenido inicialmente que el *Procureur de la République* y el jefe de la seguridad nacional gozaban de inmunidad nacional de jurisdicción penal e inviolabilidad. A ese respecto la Corte señaló en el párrafo 194 del fallo que no había fundamentos en derecho internacional que permitieran afirmar que los funcionarios en cuestión gozaban de inmunidad personal por no tratarse de diplomáticos en el sentido de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y porque la Convención sobre Misiones Especiales de 1969 no era aplicable en este caso.

121. Durante las actuaciones orales Djibouti formuló nuevamente sus denuncias y afirmó que el *Procureur de la République* y el jefe de la seguridad nacional tenían derecho a la inmunidad funcional. Pidió por lo tanto que la Corte reconociera que un Estado no puede considerar que una persona que goza de la condición de un órgano de otro Estado es penalmente responsable en forma individual por actos realizados en ese carácter oficial, es decir, en el ejercicio de sus funciones. Esos actos, de hecho, deben ser considerados en derecho internacional imputables al Estado en cuya representación el órgano ha actuado y no a la persona que hace las veces del órgano. En esencia esa fue una aseveración de inmunidad para el Estado de Djibouti, del que se decía que debían beneficiarse el *Procureur de la République* y el jefe de la seguridad nacional.

122. Francia respondió que correspondía decidir esa cuestión en cada caso a los magistrados nacionales. La Presidenta se imaginaba que habría un debate muy interesante a ese respecto, en el cual había puntos de vista nacionales muy divergentes en cuanto a la forma en que se debía tratar la inmunidad de jurisdicción nacional en comparación con una gran esfera de consenso en cuanto a las causas civiles. Por cuanto las inmunidades funcionales no son absolutas, Francia había considerado que correspondía al sistema judicial de cada país evaluar, cuando se iniciaban procedimientos penales contra una persona, si, dados los actos de autoridad pública realizados en el contexto de sus funciones, esa persona debía gozar, en carácter de agente del Estado, de la inmunidad de jurisdicción penal que se otorgaba a los Estados extranjeros. Por cuanto los dos funcionarios de categoría superior nunca habían invocado ante los tribunales penales franceses las inmunidades que Djibouti invocaba ante la Corte Internacional de Justicia, Francia argumentó que la Corte no tenía pruebas suficientes que le permitieran adoptar una decisión. La Corte observó que nunca se había verificado antes si los actos que eran objeto de la citación en carácter de *témoins assistés* dictada por Francia eran en realidad actos que se hallaban dentro de las funciones oficiales de los funcionarios en tanto órganos del Estado. En el párrafo 195 del fallo agregó que las diversas afirmaciones relativas a la inmunidad no habían sido dadas a conocer a Francia, ni por intercambios diplomáticos ni ante algún órgano judicial francés, como fundamento para objetar la dictación de esas citaciones. En ningún

momento el Gobierno de Djibouti había informado a los tribunales franceses (ante los cuales cabía normalmente esperar que se impugnara la jurisdicción) ni de hecho a la Corte Internacional de Justicia de que los actos de los que se reclamaba contra Francia eran actos propios, y que el *Procureur de la République* y el jefe de la seguridad nacional eran sus órganos, organismos o instrumentalidad al realizar esos actos. La Corte observó en el párrafo 196 del fallo que el Estado que procura invocar la inmunidad respecto de uno de sus órganos de Estado ha de notificar a las autoridades del otro Estado interesado. Esto permitiría que el tribunal del Estado del foro velara por el respeto de todo derecho a inmunidad y pudiera con ello comprometer la responsabilidad de ese Estado. Además, el Estado que notifica a un tribunal extranjero que no debe seguir adelante con el proceso judicial, por razones de inmunidad, contra sus órganos de Estado, asume la responsabilidad de todo acto ilícito internacional cometido por esos órganos.

123. Era por lo tanto importante que un Estado indicara que los actos en cuestión eran actos propios.

124. Finalmente la semana anterior la Corte había dictado una orden de medidas provisionales en respuesta a la *Demande en interpretation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Solicitud de interpretación del fallo de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos) (México c. Estados Unidos de América) hecha por México. Esa solicitud se refería al párrafo 153.9 de ese fallo, que fijaba las obligaciones de reparación que incumbía hacer a los Estados Unidos, a saber, proceder, por medios de su elección, a la revisión y reconsideración de las condenas y sentencias de cada uno de los nacionales mexicanos mencionados. México afirmó que, desde que se había dictado el fallo, se habían rechazado repetidamente las solicitudes de ese tipo de revisión y reconsideración. El asunto había pasado a ser urgente por cuanto la fecha de ejecución que se había fijado respecto de una de las personas citadas se aproximaba. Entretanto, un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos había sostenido que la orden del Presidente Bush por la que se daban instrucciones a los tribunales del Estado de dar cumplimiento al fallo de la Corte Internacional de Justicia era inconstitucional, aunque había reconocido la obligación de los Estados Unidos de dar cumplimiento al fallo con arreglo al derecho internacional. Con esos antecedentes más bien inciertos las autoridades de Texas habían indicado que se seguirían adelante con la ejecución.

125. En las actuaciones ante la CIJ los Estados Unidos habían sostenido que la solicitud de México, que se había basado en el Artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, debía rechazarse por cuanto no había una «controversia» entre las partes en cuanto al alcance y significado del párrafo 153.9 del fallo en el sentido de ese artículo. En su orden la Corte había indicado que la palabra «controversia» como se utilizaba en inglés en el artículo 60 no tenía la misma fuerza que esa misma palabra utilizada en el Artículo 36 de su Estatuto: en este último artículo la expresión francesa era *différend*, en tanto que en la primera era *contestation*, una expresión bastante más suave que se refería a una diferencia de opinión. La opinión de la Corte era que, si bien ambas

partes convenían en la existencia de una obligación de resultado, parecía haber cierta diferencia de percepción, en tanto que México insistía que incumbía la obligación a cada uno de los elementos de autoridad gubernamental individualmente y los Estados Unidos expresaban la opinión de que incumbía al Gobierno Federal de los Estados Unidos solamente. A comienzos de septiembre de 2008 el tribunal recibiría los comentarios de los Estados Unidos en respuesta a la solicitud de México. Con toda probabilidad se ocuparían de esa cuestión de interpretación por escrito.

126. En cuanto a las causas pendientes ante la Corte, se habían concluido las audiencias sobre las objeciones preliminares en la causa *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croacia *c.* Serbia). Durante las actuaciones orales las partes habían hecho extensas referencias al proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados²³³. El fallo, que es más bien complejo, está en preparación. A comienzos de septiembre la Corte oirá además argumentos sobre el fondo del asunto *Délimitation maritime en Mer Noire* (Delimitación marítima en el Mar Negro) (Rumania *c.* Ucrania).

127. En el año anterior se han presentado tres nuevas causas contenciosas a la Corte, incluidas *Différend maritime* (Perú *c.* Chile) y *Épandages aériens d'herbicides* (Ecuador *c.* Colombia), causas que ya había mencionado al pasar, con lo cual el número de causas que actualmente tiene la Corte ante sí asciende a 12.

128. Como conclusión, y hablando en representación de toda la Corte, desea a la Comisión todo tipo de éxito en su labor durante las próximas semanas.

129. El PRESIDENTE agradece a la magistrada Higgins, en nombre de la Comisión, su muy interesante intervención y la valiosa información que ha suministrado sobre las causas que actualmente tiene la Corte ante sí.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2983.ª SESIÓN

Miércoles 23 de julio de 2008, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO

Miembros presentes: Sr. Brownlie, Sr. Caffisch, Sr. Can-dioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vascian-nie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Immunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/596, A/CN.4/601)

[Tema 9 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen del informe preliminar del Relator Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

2. El Sr. PELLET dice que se ha enterado de la existencia de un memorando de la Secretaría sobre la inmunidad penal de los funcionarios de los Estados. El informe del Sr. Kolodkin le parece casi tan discutible como bueno, y como lo encuentra excelente, considera que es sumamente discutible desde ciertos puntos de vista, tanto respecto de ciertos puntos que se tratan y de un punto muy importante que no se trata. El tono general del informe le parece igualmente discutible. Sin querer calificar la intención del Relator Especial, el Sr. Pellet ha tenido constantemente la impresión de que el Sr. Kolodkin tenía un prejuicio favorable respecto de la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado, que el orador no comparte, aunque no niega que esta inmunidad es un mal necesario y no se propone en modo alguno iniciar una cruzada contra ese principio.

3. En lo que respecta al método seguido, el Relator Especial se ha limitado con razón a plantear los problemas a partir de una presentación de la práctica. Este criterio deductivo le ha permitido evitar perderse en vanas especulaciones y pintar un panorama riguroso de los problemas que se plantean, aunque haya olvidado uno que es esencial en opinión del Sr. Pellet, incluso si no está convencido de que haya una diferencia fundamental entre las «cuestiones preliminares» incluidas en los párrafos 27 a 102 y las «cuestiones que deberán examinarse para determinar el alcance del tema» que se tratan en los párrafos 103 a 130. Cabe esperar que, por el contrario de lo que ha dicho el Relator Especial al presentar su informe preliminar, sus futuros informes serán tan eruditos y documentados como éste que se examina.

4. De esta masa impresionante de información, presentada con mucha claridad y rigor, el Relator Especial ha deducido algunas conclusiones, varias de las cuales considera refutables el Sr. Pellet. En primer lugar, si bien la cortesía desempeña sin duda un papel en esta materia, especialmente en lo que se refiere a las inmunidades reconocidas a los acompañantes de un jefe de Estado, el reconocimiento de esas inmunidades implica en primer lugar obligaciones jurídicas, dos conceptos que no son necesariamente irreconciliables. En seguida, independientemente de los tratados parciales que existen en la materia, ésta se rige en primer lugar por el derecho internacional consuetudinario, que abre el camino a la codificación y a su desarrollo progresivo, ya que la Comisión puede apoyarse aquí en un razonamiento jurídico razonablemente sólido, lo que no ocurre al tratar, por ejemplo, de la protección de las personas en casos de desastre. El Sr. Pellet concuerda asimismo sin vacilar en que la jurisdicción precede a la inmunidad, que la cuestión de la inmunidad

²³³ Véase la nota 12 *supra*.