



ESPAÑA

**67 PERIODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS
NACIONES UNIDAS**

SEXTA COMISIÓN

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

PARTE III: CAPÍTULOS VI (Inmunidad de Jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado), VII (Aplicación provisional de los tratados), VIII (la formación y prueba en el derecho internacional consuetudinario), IX (la obligación de extraditar o juzgar), X (los tratados en el tiempo) y XI (la cláusula de NMF)

INTERVENCIÓN PRONUNCIADA POR EL PROFESOR

JOSÉ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES

**JEFE DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN**

Nueva York, 5 de noviembre de 2012

(Versión provisional susceptible de modificaciones o adaptaciones durante la
intervención oral)

Sr. Presidente

Permítame, en primer lugar, que agradezca al presidente de la Comisión de Derecho Internacional, D. Lucius Caflisch, por la interesante y completa presentación que nos hizo el pasado viernes a propósito de la tercera parte del informe. Los seis capítulos concernidos incluyen una importante panoplia de temas extraordinariamente relevantes para el ordenamiento iusinternacional, si bien algunos de ellos resultan técnicamente muy complejos y otros son extraordinariamente sensibles desde la perspectiva política.

Es por ello que mi delegación desea dejar constancia expresa de la importancia y valor que concede a los interesantes avances que se han dado en el estudio de estas materias durante el 64 periodo de sesiones. Y de manera muy especial, queremos hacerlo en relación con el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado, que centrará la mayor parte de nuestra intervención.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DE ESTADO

En efecto, mi delegación desea, en primer lugar, felicitar a nuestra compatriota y predecesora en el puesto de quien ahora se dirige a Vds. - la profesora Escobar Hernández -, por su nombramiento como Relatora Especial. Y, en segundo lugar, recibimos con satisfacción la presentación de su Informe preliminar y de transición sobre la cuestión. Con él se ha realizado una importante contribución a la difícil tarea de acotar los términos esenciales del debate desarrollado hasta ahora sobre la base de los tres valiosos informes del anterior Relator Especial y, sobre todo, de identificar los principales puntos de controversia.

Con todo, como ya se ha afirmado en esta sala con reiteración, nos encontramos ante un tema muy complejo y extraordinariamente delicado. *Complejo* porque la inmunidad es una categoría clásica de naturaleza eminentemente procesal que encuentra su fundamento último en el Derecho consuetudinario e incide de forma muy diversa sobre otras categorías esenciales del Derecho Internacional contemporáneo. Y resulta también *delicado* porque, dada la diversidad de intereses y valores en liza, la necesaria estabilidad de las relaciones internacionales ha de verse completada de algún modo por la lucha contra los más graves crímenes de trascendencia internacional. No es de extrañar, por tanto, que persistan aún muchos puntos de discrepancia.

Precisamente por ello nos encontramos ante una cuestión que reclama un análisis equilibrado y prudente. Sin duda, la configuración de la clásica figura de la inmunidad en el marco del Derecho Internacional contemporáneo habrá de ensamblar en su seno tanto el irrenunciable principio básico de igualdad soberana de los Estados como el

objetivo de luchar contra la impunidad; la inmunidad no puede ser absoluta, pero la fijación de límites no puede tampoco desvirtuar su esencia. Por ello, a la vista de la naturaleza de los intereses en juego y del estado actual de desarrollo del Derecho Internacional, las limitaciones que se establezcan a la inmunidad habrán de estar inspiradas en criterios realistas. No es por casualidad que la experiencia tenida desde 1999 a raíz del caso *Pinochet* no haya sido precisamente fructífera. Pero es que también la jurisprudencia más actual del Tribunal Internacional de Justicia –muy en particular en su reciente fallo de 3 de febrero de este año en el asunto *Alemania c. Italia*– parece apuntar también en esta dirección, pese a que efectivamente se refería a la inmunidad de jurisdicción civil del Estado. Así las cosas, la Comisión habrá de tener muy presente en sus trabajos la distinción entre lo que es codificación y lo que es desarrollo progresivo del Derecho Internacional. No en vano, en el fondo del debate aflora la siempre compleja tensión entre soberanía e individuo.

De ahí que el enfoque metodológico que adopte la Relatora Especial –el llamado enfoque sistémico– será de gran trascendencia. En el fondo, de él dependerá buena parte del destino final que tenga esta cuestión. Si su dimensión abstracta y deductiva no se combina adecuadamente con los necesarios elementos inductivos procedentes de la práctica la utilidad del resultado podría quedar condicionada. Y, a la vez, si no se garantiza escrupulosamente la objetividad y neutralidad en el mismo, también el destino final de los proyectos de artículo que en su momento se presenten podría quedar comprometido.

En este sentido, Sr. Presidente, la clásica distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* resulta, sin duda, útil y de capital relevancia. La primera tiende a ser plena y el problema radica en que, si se considera pertinente ampliar el alcance del número de personas concernidas por ella más allá de la llamada *troika*, habría que concretar muy bien los criterios de determinación; y a juicio de mi delegación debería hacerse además con criterios extraordinariamente restrictivos. Y en relación con la segunda, la inmunidad *ratione materiae*, parece claro que la concreción de lo que ha de entenderse como ‘acto oficial’ será el punto central de la discusión. A nuestro juicio, no parece empresa fácil conseguir vías de definición que no circulen por la asentada distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*. Como, en su caso, tampoco nos parece sencillo concretar qué ha de entenderse en la práctica por un acto oficial *ultra vires*. Sí consideramos, sin embargo, claro que la interpretación de tal concepto de ‘acto oficial’ no puede hacerse en ningún caso bajo criterios extensivos.

Por otro lado, una vez aceptada la utilidad de la distinción y circunscritos los respectivos ámbitos de cada una, el núcleo central del problema lo constituye probablemente el capítulo de las posibles excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; particularmente por lo que se refiere a la inmunidad *ratione materiae*. Es una cuestión no menos difícil que la anterior y cuyo tratamiento requerirá un concienzudo estudio de la práctica.

Por último, aunque resulte un momento aún muy prematuro para decantarse sobre la forma final que habrá de adoptar la labor de la Comisión en este tema, mi delegación no está convencida de la viabilidad de preparar proyectos de artículos teniendo en mente un instrumento vinculante.

APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

Sr. Presidente,

En relación con los otros cinco capítulos concernidos en esta tercera parte del informe, permítame que, dado el carácter limitado del tiempo de que disponemos, mi delegación se centre en esta presentación oral tan sólo en algunos aspectos escogidos.

Por lo que respecta a la cuestión de la aplicación provisional de los tratados, mi delegación se congratula del nombramiento del Sr. Gómez Robledo como Relator Especial y serán dos los comentarios que haremos en esta temprana fase de tratamiento del tema. En primer lugar, a propósito de la relación entre los artículos 18 y 25 del Convenio de Viena, no creemos que ésta vaya mucho más allá de que ambos operan antes de la entrada en vigor del tratado en cuestión. A partir de ahí la obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor, por un lado, y la aplicación provisional, por el otro, conforman situaciones y regímenes jurídicos totalmente diferentes.

En segundo lugar, mi delegación considera que la práctica resulta fundamental en esta materia pues es la que permite verificar su aplicación e interpretación. Y lo es la práctica estatal, pero también la práctica de otros sujetos de Derecho Internacional. Así, entre la amplia variedad de cuestiones jurídicas que se suscitan, podría destacarse el uso de la aplicación provisional que Estados y organizaciones internacionales como la Unión Europea están haciendo en los acuerdos mixtos de carácter comercial celebrados con terceros Estados. Así, a través del mecanismo de la aplicación provisional, en el marco de la Unión Europea se consigue adelantar la aplicación de aquella parte del tratado que sea de competencia exclusiva de la Unión. Ello plantea obviamente problemas que, a nuestro entender, merecerían una reflexión propia. Sirva como botón de muestra la incidencia de un régimen internacional especial (el Derecho de la Unión Europea) en la aplicación provisional de un tratado, pues pueden surgir conflictos que afecten al tercer Estado en la determinación de lo que sea o no competencia exclusiva de la Unión Europea. En esta misma línea, también los acuerdos que se han celebrado en el marco de la *eurozona* para el rescate de Grecia presentan una interesante problemática al respecto.

LA FORMACIÓN Y LA PRUEBA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

En el mismo sentido manifestado en los temas anteriores, felicitamos al Sr. Wood por su nombramiento como Relator Especial del tema de la formación y la prueba del Derecho Internacional consuetudinario. A nadie se le escapa que es una cuestión compleja, susceptible de diversos enfoques teóricos y de no fácil delimitación material. Pero también parece claro que la utilidad del resultado final dependerá en buena medida del sentido práctico que finalmente se logre dar al tema. En todo caso, difícilmente se podrá ir más allá de la elaboración de unas conclusiones y unos comentarios cuyo valor vendrá condicionado por la riqueza del estudio que proporcione a propósito de la práctica de los tribunales judiciales y arbitrales, así como también de los Estados.

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR

En relación con la obligación de extraditar o juzgar, Sr. Presidente, mi delegación no termina de tener muy claro cuáles son las cuestiones a tratar en este tema ni tampoco su viabilidad. La muy diferente forma en que opera esta obligación en los diferentes regímenes convencionales, la indeterminación incluso a propósito de si tal obligación conforma una norma de Derecho consuetudinario o un principio general del Derecho y la nada fácil sistematización de la misma hacen que alberguemos serias dudas al respecto. Y no nos parece que la reciente sentencia del TIJ recaída en el asunto *Bélgica c. Senegal* (12 de julio de 2012) conduzca fácilmente a un cambio en esa percepción.

TRATADOS EN EL TIEMPO

Sr. Presidente,

Por lo que afecta a la cuestión de los tratados en el tiempo, mi delegación da la bienvenida a la decisión de nombrar un Relator Especial para la materia, una vez que han sido reunidas y examinadas las fuentes más relevantes de información sobre el tema en los tres informes anteriores; y felicita, por ello, al Sr. Nolte. Creemos que un cambio de estructura de los trabajos y un enfoque más limitado del tema, circunscribiéndolo tan sólo a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, será positivo para los trabajos de la Comisión en este espinoso tema.

El principal problema al que se enfrenta ese trabajo es el de definir adecuadamente el alcance del tema con el referido enfoque limitado y lograr que las propuestas que se preparen tengan un contenido normativo suficiente. Quedan para futuras sesiones de esta Comisión profundizar en cuestiones controvertidas como las dudas sobre su naturaleza, la posibilidad de que una práctica o acuerdo ulterior den lugar a la modificación de los respectivos tratados, la concreción de los efectos de una práctica ulterior contradictoria, la posibilidad de prácticas ulteriores que no tenga carácter

específico o las dificultades en algunos casos para la tramitación interna de los acuerdos ulteriores previstos en el artículo 31.3 a del Convenio de Viena de 1969.

CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Por último, Sr. Presidente, en lo que concierne a la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) mi delegación recibe con interés las reflexiones proporcionadas por el grupo de estudio y esperará atenta el desarrollo de los trabajos. Las doctrinas contrapuestas derivadas respectivamente de los laudos *Maffezini* (CIADI, caso n° ARB/97/725 de enero de 2000), por una parte, y *Plama* (ICSID Case No. ARB/03/24 de 8 de febrero de 2005), por la otra, hacen presagiar un debate tan apasionante como complejo (véase por ejemplo el interesante laudo de 17 de junio de 2011 en el asunto *Impregilo*, CIADI, ARB/07/17, con un sustancioso voto disidente de Brigitte Stern; igualmente en la doctrina McLahlan, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, capítulo 7). De momento, los Estados están tomando sus precauciones a la hora de negociar tratados bilaterales de inversión.

Concluyo, finalmente, manifestando el compromiso de mi delegación de remitir por escrito y en el plazo previsto cumplida información sobre las cuestiones requeridas por la Comisión.

Muchas gracias.