



ESPAÑA2015-2016
CANDIDATA AL CONSEJO DE SEGURIDAD
DE LAS NACIONES UNIDAS



SPAIN2015-2016
CANDIDATE TO THE UNITED NATIONS
SECURITY COUNCIL



ESPAÑA

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

SEXTA COMISIÓN

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

**PARTE I: CAPÍTULOS I-III, IV (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en
relación con la interpretación de los tratados), V (La inmunidad de jurisdicción
penal extranjera de los funcionarios de Estado) y XII (Otras decisiones).**

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 DE ESPAÑA**

Nueva York, 28 de octubre de octubre de 2013

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

Sr. Presidente,

Permítame comenzar mi intervención manifestando el enorme honor que para mí supone tomar la palabra ante la Sexta Comisión un año más. Permítame, igualmente, felicitarle a Vd. y a los demás miembros de la Mesa por el esfuerzo dedicado para que los trabajos de esta sesión resulten fructíferos. Igualmente, deseo felicitar a la Comisión de Derecho Internacional por el apreciable esfuerzo realizado en este 65 periodo de sesiones con el ánimo de avanzar en el tratamiento de los variados y complejos temas incluidos en su agenda.

Capítulos I a III y XII.

En este sentido, la delegación de España celebra la decisión de la Comisión sobre la inclusión en su programa de trabajo de los temas relativos a la 'Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados' y de la 'protección de la atmósfera'. No puede, empero, ocultarse las dificultades de muy diversa índole que conllevará dicha empresa, por lo que deseamos éxito en esa tarea a los Relatores Especiales, la Sra. Marie G. Jacobson y el Sr. Shinya Murase.

También consideramos, en principio, adecuado plantearse la inclusión de la cuestión de los 'Crímenes de lesa humanidad' en el programa de trabajo a largo plazo. No en vano, a diferencia de los otros dos crímenes internacionales (los crímenes de guerra y el genocidio), es el único que no goza de un tratado internacional que obligue a los Estados a prevenir y castigar dichos actos y a cooperar entre sí con ese fin. El tema, como bien ha sugerido el Sr. Sean D. Murphy, se ajustaría *prima facie* a los criterios de selección indicados por la propia Comisión: refleja posibles necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional; la práctica se encuentra en una etapa suficientemente avanzada; y es un tema concreto y, al menos en apariencia, también viable. Pero tampoco ésta será tarea sencilla. Y, caso de hacerse, habrá que estudiar muy cuidadosamente tanto los concretos elementos de delimitación que integrarían la Convención como, muy particularmente, su precisa relación con el Estatuto de Roma y el papel de la Corte Penal Internacional, sin ir más allá de lo allí establecido. No estamos, por ello, seguros que la Comisión estuviera en condiciones de adoptar un proyecto de artículos completos en primera lectura antes del final del actual quinquenio.

Capítulo IV: Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

Por lo que respecta al capítulo IV, acerca de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, la delegación de España desearía, en

primer término, felicitar al Relator Especial, el profesor Nolte, por la importante labor realizada en su primer informe, que nos merece una valoración muy positiva. Se trata, a nuestro entender, de un informe audaz en el planteamiento, minucioso, sistemático y extraordinariamente bien documentado sobre la práctica y la jurisprudencia en su formulación, así como convincente en su argumentación iusinternacional. En suma, un excelente (y *gründlich*) trabajo al más puro estilo del *Handkommentar* alemán.

Con todo, la concreta formulación de las conclusiones finalmente presentadas no creemos que esté a la altura del informe y resultan, en ocasiones, excesivamente generales. A nuestro entender, sin entrar en la discusión sobre el carácter descriptivo o prescriptivo de las mismas, sería conveniente que fueran más precisas y con un contenido normativo suficiente.

En este mismo orden de cosas, desde un punto de vista metodológico, quizá fuera adecuado plantearse una más clara diferenciación entre tratados bilaterales y tratados multilaterales. Del mismo modo, se aprecia una insuficiente consideración de la Convención de 1986 y, por ende, de los medios de interpretación en relación con los tratados internacionales entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales. Háganse notar a este respecto las peculiaridades de estas Organizaciones internacionales en materia de celebración, aplicación e interpretación de tratados internacionales, lo que debería ser tenido en cuenta con mayor detalle tanto en los proyectos de conclusión como en los comentarios a los mismos desde un primer momento. Somos conscientes, no obstante, que la cuestión puede abordada en una fase ulterior.

Por lo que concierne a la formulación de las cinco conclusiones presentadas junto a sus comentarios, mi delegación querría realizar en esta exposición oral tan sólo algunas observaciones muy concretas.

Respecto al proyecto de conclusión 1, creemos que efectivamente los artículos 31 y 32 de la Convención Viena sobre Derecho de los Tratados reflejan sin duda alguna Derecho consuetudinario. Nos parece, empero, de interés clarificar también si la no inclusión del artículo 33 podría significar *a contrario* que este precepto de la Convención de Viena no reflejaría Derecho Consuetudinario; interpretación ésta de la que no estaríamos en absoluto convencidos. Y, por cierto, los comentarios de la Comisión de 1966 y los *travaux préparatoires* de la Convención de Viena pueden ser de utilidad en diversos aspectos; aunque sólo sea para recordar la diversidad de aproximaciones doctrinales y conceptuales que existían al respecto. Asimismo, esta delegación se plantea si podría resultar de utilidad recopilar con ejemplos concretos los medios de interpretación y, en su caso, clasificarlos en los comentarios, para poder ofrecer una visión global, aunque no necesariamente exhaustiva, de aquellos medios.

El proyecto de conclusión 2 merece el apoyo de esta delegación, pues se considera que la jerarquización de los distintos medios de interpretación puede ser un elemento perturbador en la formación de la voluntad de las Partes respecto de la interpretación del tratado en cuestión. Somos, no obstante, conscientes que para quienes consideren que la

voluntad de las Partes debería prevalecer sobre los otros medios de interpretación pueda resultar insuficiente la redacción en el sentido de que tal acuerdo constituye “una interpretación auténtica que *debe ser tomada en cuenta* a efectos de la interpretación del tratado”. Pero, no obstante, nos parece adecuado si se considera la interpretación como una sola operación combinada en la que no existe jerarquía entre los medios del artículo 31.

En relación con la conclusión 3, mi Delegación considera de la mayor relevancia la muy delicada cuestión del Derecho intertemporal. Compartimos la idea de que la mayoría de los tribunales internacionales no han reconocido la interpretación evolutiva como una forma distinta de interpretación, sino que cuando han llegado a ella ha sido en aplicación de los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena y siempre caso por caso. En modo alguno, cabe extrapolar la concreta jurisprudencia del TEDH en dos asuntos muy específicos en su trasfondo fáctico y muy complejos en su análisis respecto del Derecho intertemporal. Por ello, España destaca el hecho de que la Comisión requiera prudencia extrema antes de un enfoque evolutivo en un caso concreto.

Las definiciones de acuerdo ulterior y de práctica ulterior contenidas en el proyecto de conclusión 4 invitan a reflexionar sobre la función que cumplen los comportamientos recíprocos entre Estados o entre Estados y Organizaciones internacionales, o entre éstas, a propósito de la interpretación de un tratado. Sería el caso, por ejemplo, de la aquiescencia. En consecuencia, esta delegación cree que se podría profundizar en el estudio de los comportamientos observados en la aplicación de un tratado por el cual conste el acuerdo de las partes sobre la interpretación del mismo, tal y como se mencionan en el punto 2 de la conclusión 4. Con todo, francamente, no terminamos de estar seguros del alcance concreto que se quiera dar a la práctica ulterior en casos, por ejemplo, en que pueda resultar modificativa del inicial acuerdo de las Partes plasmado en el tratado ahora interpretado.

Por último, por lo que concierne al proyecto de conclusión 5, a mi delegación le parece también de la mayor relevancia precisar adecuadamente el papel que puedan tener los funcionarios de rango inferior o locales en tanto que práctica ulterior en la aplicación de un tratado. Se entiende, por supuesto, siempre que esa práctica sea claramente inequívoca y aceptada por las autoridades superiores.

Capítulo V: La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado.

Por lo que afecta al capítulo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado, la delegación española desearía felicitar a la Relatora Especial, nuestra compatriota y predecesora en el cargo Concepción Escobar Hernández, por el gran trabajo realizado en su segundo informe sobre un tema nada sencillo. Creemos que es claro, está bien estructurado y encarna una aproximación objetiva, equilibrada y prudente (‘etapa a etapa’). Nos parece igualmente pertinente la intención de diferenciar

entre *lex lata* y *lex ferenda*; quizá no resulte relevante cuando se elabora un proyecto de tratado, pero sí cuando los pretendidos destinatarios son jueces y abogados. Además, tras el intenso debate acaecido en el seno de la Comisión durante los debates del informe, los tres proyectos de artículos y comentarios finalmente aprobados han supuesto una apreciable mejora de los seis inicialmente presentados.

No obstante, subsiste la controversia a propósito del muy difícil equilibrio entre la protección de la soberanía y la inviolabilidad de la función estatal, de una parte, y la necesidad de sancionar los crímenes internacionales, por la otra. Y unido a ello emerge, por ejemplo, la duda sobre la existencia o no de excepciones a la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*. Piénsese que en el fondo está en cuestión la propia naturaleza de los crímenes que deberían ser concernidos por el proyecto de artículos. Precisa, pues, aclaración si los crímenes más graves (genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) también están cubiertos por la inmunidad. Probablemente, subsiste también en general la necesidad de una mayor profundización en la práctica y jurisprudencia de los Estados e incluso la doctrina.

De entrada, respecto al proyecto de artículo 1, en el que parece pertinente la fusión de las dos disposiciones inicialmente propuestas, esta delegación quisiera realizar cuatro comentarios. En primer lugar, parece claro que el término 'funcionarios' suscita serios problemas. Pese a la prudente intención de abordar su estudio a una fase ulterior, surgen desde el primer momento dudas que se han puesto de manifiesto claramente durante los debates en el seno de la Comisión. Empezando por la propia denominación, que al menos en la versión lingüística española no parece el término más adecuado y afectaría, a la postre, al propio título del capítulo. En segundo lugar, tampoco parece sencillo sustraerse en esta inicial etapa de la controvertida y extremadamente delicada cuestión de la obligación de cooperar con los tribunales penales internacionales; muy de actualidad, por cierto. En tercer lugar, valoramos muy positivamente la decisión final de incluir las fuerzas armadas en el párrafo segundo relativo a las reglas especiales de Derecho Internacional. Y, en cuarto lugar, conectando con la ya mencionada conveniencia de un más profundo estudio de la práctica, surgen cuestiones de diversa índole en conexión con aspectos tan elementales como la propia concepción del Estado en el Derecho internacional, a los efectos no sólo de la determinación de los funcionarios adscritos al mismo, sino, también, a los efectos del ejercicio de la jurisdicción penal y la invocación de inmunidad. Así, cabe plantearse por ejemplo la pregunta sobre la eventual incidencia del proyecto de artículos respecto de un 'Estado' reconocido tan sólo por un número limitado de Estados de la comunidad internacional. Para los Estados no reconocedores surge legítimamente la duda a propósito del ejercicio de la jurisdicción penal en casos de alegación de la inmunidad por parte de funcionarios del Estado no reconocido. Al margen de la tendencia que creemos apreciar en la práctica internacional, creemos que el problema podría merecer la atención de la Comisión, bien en esta primera fase al determinar el ámbito de aplicación o bien en un momento ulterior. En este orden de ideas, por cierto, podría ampliarse la reflexión a los territorios no autónomos cuyas relaciones internacionales dependen de un Estado.

Finalmente, acaso también se pueda echar en falta la ausencia en el párrafo segundo de una referencia a la nada baladí cuestión de la concesión unilateral (por un Estado) de inmunidad de jurisdicción penal extranjera a un funcionario extranjero.

En relación con los proyectos de artículos 3 y 4, esta delegación, como ya indicamos en nuestra intervención del año pasado, estima adecuado que se hayan incluido como beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* a la *troika* integrada por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores. España entiende que ello se corresponde perfectamente con el estado actual del Derecho internacional en materia de representación del Estado; y no creemos que exista tampoco base para plantearse la exclusión del Ministro de Relaciones Exteriores. Sí convendría acaso, a la vista de ciertas dudas surgidas al respecto y de alguna legislación nacional, clarificar que no se extiende a sus familiares. No obstante, en relación con el artículo 4.2, aflora de nuevo de manera indefectible la cuestión de la definición de 'acto oficial'. Sabemos que se tratará más adelante, pero resulta realmente difícil no preguntarse ya, aunque fuere simplemente a modo meramente indagatorio, a propósito de los elementos formales y materiales mínimos que componen tal noción, ya empleada en este precepto; aunque ciertamente, dada la no diferenciación respecto a sus consecuencias, el aplazamiento de su estudio se puede justificar mejor que en el caso del concepto de funcionario.

Por otro lado, se echa de menos quizá el tratamiento (al menos en los comentarios), de cuestiones conexas y de interés como la posición de los herederos al trono de las monarquías, la posición de los Jefes de Estado elegidos pero aún no en función, la posibilidad de incluir a un representante de Estado una vez abandonado el cargo por hechos cometidos durante el ejercicio del mismo o incluso la posibilidad de extender la inmunidad de una persona inculpada antes de acceder a la función presidencial (o ministerial) después de entrar en función.

Compartimos, finalmente, la decisión de la Comisión de no incluir aún el artículo sobre las definiciones ya que, al margen de la pertinencia o no de este tipo de disposiciones, resulta prematuro, probablemente era incompleto y, sin duda, la polémica distinción entre *jurisdicción* penal e *inmunidad* de jurisdicción penal dista bastante de resultar pacífica. No por casualidad ni las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares ni la Convención sobre misiones especiales definen el término de jurisdicción penal, pese a que en su momento también aflorara la cuestión en el seno de la Comisión.

Muchas gracias.