



ESPAÑA

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

SEXTA COMISIÓN

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

PARTE III: CAPÍTULOS VI (Protección de personas en casos de desastre), VII (Formación y documentación del Derecho Internacional consuetudinario), VIII (Aplicación provisional de los tratados), IX (Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados), X (La obligación de extraditar o juzgar –*aut dedere aut judicare*–) y XI (Cláusula de la nación más favorecida)

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, 4 y 5 de noviembre de 2013

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

Sr. Presidente,

Permítame comenzar mi intervención, en nombre de la delegación de España, felicitando a la Comisión de Derecho Internacional por la muy alta calidad de los trabajos realizados durante su sexagésimo quinto período de sesiones y muy particularmente, por lo que en esta sesión concierne, los referidos a los seis variados capítulos que integran la Parte III. Felicitación que hacemos extensiva también a su Secretaría por los valiosos estudios preparados al respecto, en especial el Memorándum al capítulo VII.

Dada la variedad y amplitud de temas objeto de análisis en esta sesión, nos limitaremos a ofrecer una valoración general de conjunto respecto a los capítulos VI, IX y X, mientras centraremos el grueso de nuestras observaciones sustanciales en los capítulos VII, VIII y XI. En todo caso, deseamos dejar constancia expresa del pleno respaldo de mi delegación a las observaciones presentadas con anterioridad por la Unión Europea.

Sr. Presidente

Comenzando por las recién aludidas observaciones de carácter general, en lo que concierne a *la protección de personas en casos de desastre*, deseamos felicitar al Relator Especial, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, y acogemos con satisfacción las mejoras en la redacción de los proyectos de artículos. Considerando las completas observaciones presentadas por la Unión Europea y asumiendo plenamente las propuestas en relación con los nuevos artículos 5ter y 16, nos limitaremos a subrayar, dos únicas cuestiones. Por un lado, la exigencia de seguir manteniendo el necesario equilibrio entre la necesidad de salvaguardar la soberanía nacional de los Estados afectados y la correlativa exigencia de cooperación internacional para proteger a las personas en casos de desastres. Y, por otro lado, la conveniencia de que la cuestión de la prevención de los desastres, que ha centrado los trabajos de este año, no aparte a la Comisión de la cuestión básica sobre la asistencia en caso de tales desastres.

Por lo que se refiere a la *protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*, como ya adelantamos en nuestro discurso de la semana pasada, mi delegación saluda la decisión de la Comisión sobre la inclusión de este tema en su programa de trabajo y felicita Marie G. Jacobsson por su nombramiento como Relatora especial. No pueden, empero, pasar desapercibidas las notables dificultades de muy diversa índole que conllevará dicha tarea: el tema será difícil de delimitar en su objeto; no será tampoco fácil trazar una línea divisoria entre las tres fases de estudio propuestas por la Relatora especial; y probablemente el calendario presentado resulte demasiado ajustado. No es, por tanto, momento de pronunciarse sobre la forma que debería presentar el resultado final, si bien *prima facie* parece claro que muy difícilmente podría pensarse en un proyecto de convenio. Quedamos, por tanto, a la espera del primer informe y deseamos a la Relatora Especial éxito en su trabajo.

En relación con el tema de la *obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)* nos limitaremos a reiterar nuestra posición ya mantenida en años anteriores. 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 muy 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.

A continuación, Sr. Presidente, querríamos hacer alguna observación más sustancial respecto a los capítulos VII, VIII y XI.

A propósito de la cuestión de la *formación y documentación del Derecho Internacional Consuetudinario*, mi delegación desea felicitar al Relator Especial, Sir. Michael Wood, por la presentación de su primer informe, basado en un profundo análisis de la jurisprudencia. Pese a encontrarnos aún en una fase muy inicial, su contenido y su calidad de análisis auspician un resultado altamente positivo, si bien el calendario podría resultar excesivamente ambicioso. De entrada, parece perfectamente pertinente que el objetivo del primer informe del Relator especial sea el de concentrarse en el aspecto metodológico. Además, mi delegación comparte la idea de que la labor de la Comisión debe guiarse por el fin de preservar la flexibilidad propia del proceso normativo de carácter consuetudinario y no descuidar la necesidad de un análisis en profundidad de los elementos constitutivos de la costumbre internacional. El resultado debe ser, pues, esencialmente de carácter práctico mediante la elaboración de unas ‘conclusiones’ con sus comentarios que sirvan para ofrecer asistencia práctica a los agentes en la interpretación y aplicación del Derecho Internacional.

En cuanto al alcance o significado del tema, la delegación de España apoya el que se deba estudiar cabalmente la relación de la costumbre internacional con otras fuentes del Derecho internacional, a saber: tratados, principios generales y actos unilaterales. No en vano la distinción entre costumbre y principios generales no siempre ha estado clara ni en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia ni tampoco en la doctrina. También puede resultar interesante la relación entre la costumbre y la aquiescencia. Además, parece imprescindible analizar a fondo la interacción entre los instrumentos o normas no vinculantes y la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Nos permitiremos igualmente sugerir que convendría distinguir claramente entre los métodos de identificación de la costumbre y los métodos de motivación de las sentencias, especialmente en el caso del TIJ. En esta línea, se sugiere prestar también atención a la costumbre bilateral como base de derechos y obligaciones internacionales recíprocas, pues tiene gran importancia en los contenciosos territoriales y de delimitación marítima o, como se ha visto recientemente, en las controversias relativas a los derechos de navegación (véase, el *asunto de la controversia relativa a*

derechos de navegación y derechos conexos Costa Rica c. Nicaragua, resuelto por el Fallo del TIJ de 12 de julio de 2009).

A mayor abundamiento, esta delegación otorga gran importancia al estudio de la relación entre el Derecho Internacional consuetudinario general y regional, teniendo especialmente en cuenta la práctica de las organizaciones internacionales regionales; en el caso de la Unión Europea su Tribunal de Justicia tiene una incipiente jurisprudencia al respecto que puede resultar de interés. Interesa destacar igualmente a la delegación española el elemento temporal, dentro de los aspectos metodológicos del tema, esto es, el problema de la formación de una costumbre internacional en un breve período de tiempo, puesto que es un tema muy pertinente en el estado actual del Derecho internacional, caracterizado por la intensidad de la creación de derechos y obligaciones internacionales en un contexto de gran diversidad de funciones de este ordenamiento jurídico.

España se compromete a responder a la solicitud de información de la Comisión sobre la práctica de cada Estado en relación con el tema, antes del 30 de enero de 2014.

Sr. Presidente,

Por lo que afecta a la cuestión de la *aplicación provisional de los tratados*, querríamos en primer término felicitar al Relator Especial, D. Juan Manuel Gómez-Robledo, por el primer informe sobre la materia ya que constituye un útil punto de arranque en el que quedan bien identificados los principales elementos a considerar en esta materia. No cabe duda de que nos encontramos ante una cuestión de la mayor trascendencia práctica. Para percatarse de ello basta considerar la frecuencia creciente con la que los Estados hacen uso del mecanismo de la aplicación provisional (y también algunas organizaciones internacionales), así como los graves problemas que plantea en el ámbito interno por constituir en muchas ocasiones una vía para eludir requisitos y procedimientos internos de naturaleza constitucional. De particular gravedad son los casos en los que se pretende sostener la posibilidad de aplicaciones provisionales de duración indefinida. Compartimos, con todo, la visión de que a la postre el consentimiento de un Estado contratante es el elemento decisivo, por lo que no debe ser tarea de la Comisión adentrarse en la delicada senda de alentar o desalentar su uso ni probablemente tampoco en la del análisis o valoración de las normas internas de los Estados. No en vano, una vez aplicado provisionalmente un tratado, el Estado se somete a la norma del artículo 27 del Convenio de Viena relativa a que no cabe alegar el Derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales, aun si éstas se han contraído provisionalmente. Precisamente por ello, en el proyecto de ley de tratados internacionales y otros acuerdos internacionales que mi Gobierno presentó al Parlamento el pasado 25 de octubre (y que esperamos se convierta en ley en los próximos meses) se fijan algunas cautelas y limitaciones al posible uso de la aplicación provisional.

Por lo demás, parecen estar perfectamente perfiladas las cuestiones más relevantes a tratar durante los trabajos sucesivos, resultando particularmente reseñables las relativas

al estudio de la relación de la aplicación provisional con el resto de disposiciones del Convenio de Viena y al análisis de si el contenido del artículo 25 de este Convenio puede ser considerado Derecho Consuetudinario. Mi delegación desea, en esta línea, subrayar la importancia que en el estudio de esta materia tendría el diferenciar entre tratados bilaterales y tratados multilaterales.

Es más, en el mismo sentido en que ya nos pronunciamos en nuestra intervención del año pasado, creemos que el análisis de la práctica de otros sujetos de Derecho Internacional diferentes a los Estados resulta absolutamente imprescindible. Por ello, pese a ser conscientes de que el Relator ha dejado constancia de que por el momento preferiría no abordar la cuestión de la aplicación provisional de los tratados por las organizaciones internacionales, mi delegación considera que es un tema difícilmente soslayable. Entre otras cosas porque es una cuestión que a la postre afecta directamente a los Estados, como muestra con toda nitidez el uso de la aplicación provisional que Estados y organizaciones internacionales como la Unión Europea están haciendo en los denominados *acuerdos mixtos* 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.

Por último, en lo que concierne a la *cláusula de nación más favorecida*, nuestras observaciones serán más generales, dado que en el actual periodo de sesiones la Comisión se ha limitado a tomar nota del informe del Grupo de Estudio. Recibimos con gran interés las reflexiones de este Grupo y esperaremos con atención el desarrollo de posteriores trabajos.

Con todo, manteniendo la línea de los comentarios de carácter general que ya presentamos el año pasado al hilo de asuntos *Maffezini* (CIADI, caso n° ARB/97/725 de enero de 2000), *Plama* (ICSID Case No. ARB/03/24 de 8 de febrero de 2005) e *Impregilo* (CIADI, caso n° ARB/07/17), España considera pertinente que el objeto del trabajo sea evitar la fragmentación (excesiva) del Derecho Internacional y, a la vez, lograr una mayor coherencia de las decisiones arbitrales internacionales en el ámbito de las inversiones. Con todo, consideramos que la interpretación de los tratados bilaterales de inversiones por esos tribunales arbitrales está claramente marcada por el relativismo propio del Derecho internacional, lo que no impide deducir la existencia en la jurisprudencia arbitral de un precedente arbitral. La igualdad ante la ley y las expectativas legítimas del inversor extranjero exigen la decisión coherente de casos similares con el fin de conocer la permanencia de los criterios jurídicos esenciales y determinantes para cada decisión arbitral que, asimismo, podrán influir sobre casos posteriores. Por lo tanto, en relación con las cláusulas de la nación más favorecida así como con el conjunto de las disposiciones de un acuerdo sobre la inversión extranjera, el precedente arbitral puede caracterizarse como de no vinculante, con fuerza suasoria y no constitutivo de la *ratio decidendi*. Puede existir, por tanto, el precedente arbitral sobre la cláusula de la nación más favorecida pero con esas características. En efecto,

cada tribunal es soberano y libre respecto a su decisión, como se afirmó en el asunto *AES Corpg. C. Argentina* (CIADI, Decisión sobre la jurisdicción, de 26 de abril de 2005, ARB/02/17, párr.30).

En consecuencia, España pretende significar que en este ámbito del Derecho internacional, donde la cláusula de la nación más favorecida proyecta una evidente incidencia, es muy notable un relativismo que está en la esencia de la formación, interpretación y aplicación del Derecho internacional de inversiones. Por ello, parece también irremediable plantear una cierta duda sobre cualquier trabajo de la Comisión cuyo resultado fuere un documento de tono excesivamente prescriptivo.

Muchas gracias.