



ESPAÑA

69 PERÍODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS,

SEXTA COMISIÓN

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

PARTES I: CAPÍTULOS I-III, IV (Expulsión de extranjero), V (Protección de las personas en casos de desastre), y XIV (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)

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, 28 de octubre de 2014

(Cotejar con la intervención definitiva)

69 th SESSION OF THE UN GENERAL ASSEMBLY,

VI COMMITTEE,

REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION,

PARTS I (Expulsion of aliens), V (Protection of persons in the event of disasters), and XIV (Other decisions and conclusions)

STATEMENT BY PROF. JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES,

HEAD OF THE INTERNATIONAL LAW DIVISION OF THE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS AND COOPERATION

New York, 28 October, 2014

(Check against delivery)

Sr. Presidente,

Permítame comenzar mi intervención manifestando el enorme honor que para mí supone volver a tomar la palabra un año más ante la Sexta Comisión. Permítame, igualmente, felicitarle a Vd. y a los demás miembros de la Mesa por el trabajo hecho para que los resultados de esta sesión resulten fructíferos. Mi delegación también desea felicitar muy particularmente a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) por el apreciable esfuerzo realizado en su 66 período de sesiones con el ánimo de avanzar en el tratamiento de los variados y complejos temas incluidos en su agenda.

De hecho, los dos capítulos que constituirán el centro de mi intervención a propósito de esta parte I, el IV, sobre expulsión de extranjeros, y el V, relativo a la protección de personas en casos de desastre, son excelente botón de muestra de esta variedad y complejidad.

Capítulo IV

En efecto, la cuestión de la expulsión de extranjeros es buen ejemplo de una materia particularmente difícil y espinosa. En realidad, aparecía ya entre los 14 temas seleccionados en 1949 para consideración de la Comisión y fue incluido en la agenda de la Comisión en 2004. Tras nueve informes, se presenta ahora el proyecto de artículos que es objeto de consideración en esta VI Comisión. Vaya, pues, por delante nuestro sincero reconocimiento al Relator Especial Maurice Kamto por su labor y dedicación.

En términos generales, consideramos que el proyecto de artículos está satisfactoriamente inspirado en la búsqueda del necesario equilibrio entre un adecuado estándar de derechos y garantías para la persona afectada por la expulsión y el realismo necesario para que las exigencias impuestas a los Estados resulten factibles. Nos agrada, igualmente, comprobar que el proyecto de artículos se haya hecho eco de alguna de las tres propuestas presentadas por mi delegación en 2012, especialmente a propósito de los derechos procesales recogidos en el artículo 26. Seguimos albergando, empero, alguna reserva respecto de otras cuestiones, v. gr. en relación con el efecto suspensivo previsto en el artículo 27 en el caso de recurso contra la decisión de expulsión, o incluso con aspectos concretos de los artículos 2, 10, 14 y 18.

No obstante, llegados a este estadio avanzado del proceso, parece adecuado plantearse como cuestión fundamental a considerar el destino de este proyecto de artículos. En este sentido, en mi intervención de 2012 ya pusimos de manifiesto que, en nuestra opinión, la CDI se debía plantear muy seriamente “si una visión realista al respecto no recomendaría más bien aprobar unas ‘Directrices y principios rectores’ en lugar de unos proyectos de artículos en sentido propio”. Nos parecía que, pese a los valiosos trabajos desarrollados por la Comisión, el contenido de la propuesta de artículos no parece reflejar Derecho Internacional consuetudinario y, desde luego, no parece ser el apropiado para pensar en la elaboración de una convención. Y ésta no era una posición

aislada. En realidad, de las 22 intervenciones habidas en esta VI Comisión sobre el tema, 16 se mostraron claramente contrarias a la presentación de un proyecto de artículos; dos delegaciones llegaron incluso a proponer que la CDI cerrara definitivamente sus trabajos sobre esta cuestión. A mayor abundamiento, permítasenos traer a colación que doctrina internacionista tan reputada como, por ejemplo, la encarnada por el antiguo miembro de la CDI Christian Tomuschat viene manifestando desde hace tiempo argumentados reparos a este respecto.

A pesar de ello, finalmente, la Comisión ha decidido seguir manteniendo la propuesta de artículos en la segunda lectura que ahora nos presenta a consideración. Creemos, en el mismo sentido apuntado por algunos miembros de la propia CDI como George Nolte o Murphy, que continuar por la vía del proyecto de artículos ignorando la posición mayoritaria de los Estados es un error; y sustentar esa posición en el carácter avanzado de los trabajos un segundo error. Máxime cuando en modo alguno debe considerarse que la presentación de ‘directrices y principios rectores’ sea un resultado de segundo nivel. Antes al contrario, en ocasiones, un instrumento de este tipo con un alto grado de reconocimiento puede resultar hasta más efectivo que una convención que reciba después una reacción muy limitada de la comunidad internacional.

A la vista de ello, mantenemos, hoy, la misma posición que en 2012 y seguimos albergando por tanto las mismas serias dudas a propósito de la pertinencia de elaboración de proyectos de artículos en esta materia. Y, en todo caso, dado que la Comisión ha decidido recomendar a la Asamblea General que considere “la posibilidad de, en una etapa posterior, elaborar una convención sobre la base del proyecto de artículos”, mi delegación insiste en su posición de que no consideramos que el destino de este trabajo de la Comisión pueda ser la elaboración de una Convención.

Capítulo V

Sr. Presidente

Por lo que concierne a la cuestión de la protección de las personas en casos de desastre, mi delegación desea comenzar felicitando al Relator Especial, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, por el excelente y concienzudo trabajo realizado, que ha permitido a la Comisión presentar en primera lectura un primer proyecto de 21 artículos con sus comentarios.

Compartimos plenamente la atención prestada por el Relator General a la cuestión del 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 desastre. Mantenemos, por tanto, la misma posición sostenida en anteriores periodos de sesiones. Creemos que la voluntad del Estado territorial debe ser respetada en el proceso de prestación de asistencia, pero a la vez ha de tenerse presente que el Estado territorial tiene no sólo el derecho, sino también el deber de

prestar asistencia a su población en caso de desastre. Por ello, nos parece satisfactoria la redacción dada a los artículos 13 y 14 al regular respectivamente el *deber* del Estado afectado de buscar asistencia externa en la medida en que un desastre supere su capacidad nacional de respuesta y la exigencia de que el necesario *consentimiento* del Estado afectado para recibir la asistencia externa no pueda negarse arbitrariamente. Resulta, además, plenamente acorde con lo que el Instituto de Derecho Internacional estableció al respecto en 1989.

También compartimos la aproximación general que se hace al tema, tomando como elemento central de referencia “la protección *de las personas*”, como se deja patente de forma clara desde el mismo proyecto de artículo 1. Igualmente, como ha quedado de manifiesto en las discusiones existentes en el seno de la propia Comisión, parece claro que la formulación dada al artículo 18 -modificando la inicial redacción de adopción de ‘medidas necesarias’ por la de ‘medidas apropiadas’- es más acorde con la naturaleza de obligación de conducta (y no de resultado) que comporta este precepto. Parece obvio, no obstante, que en la práctica no siempre resultará sencillo valorar el alcance apropiado o no de la medida adoptada.

Nos permitiremos, con todo, realizar alguna sugerencia añadida en aras de contribuir a la mejor redacción posible de estos proyectos de artículos. De entrada, con carácter general, mi delegación respalda la posición sostenida por la Unión Europea a propósito de los artículos 4 a 8, 18 y 20, incluida su propuesta de que el comentario al apartado c) del proyecto de artículo 4 recoja una referencia explícita a que el término ‘organización internacional competente’ incluya también a las organizaciones internacionales regionales. Querríamos, con todo, realizar por nuestra parte dos comentarios añadidos.

En primer lugar, consideramos que la definición de ‘desastre’ recogida *ad hoc* en el artículo 3 debería insertarse como un apartado más del listado de seis definiciones de términos empleados que recoge el artículo 4. Dado que la función del proyecto de artículo 3 no es la de concretar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos (art. 1), sino la de definir un término concreto –probablemente el principal, pero una definición al fin y al cabo-, no vemos motivo para no fusionar los artículos 3 y 4 e incluir aquél en el primer lugar del listado para subrayar su importancia. En segundo lugar, nos planteamos si, en relación con el objetivo de dar preferencia a las normas de Derecho Internacional Humanitario en situaciones de conflicto armado, no sería más adecuado optar por una redacción en forma de cláusula de salvaguardia (“sin perjuicio”) al estilo hecho con carácter general en el artículo 20, en lugar de la opción de relación por la que se opta en el proyecto de artículo 21.

Por último, por lo que concierne a la siempre importante cuestión de la forma y naturaleza jurídica que debería adoptar el trabajo finalmente resultante en esta materia, nos encontramos en una fase muy temprana de los trabajos y no estamos aún en condición de pronunciarnos con rotundidad.

Capítulo XIV

Sr. Presidente

Concluiré mi intervención con una sucinta referencia a propósito de la inclusión de nuevos temas en el programa de trabajo de la Comisión. España celebra la decisión de la CDI de incluir el tema sobre los ‘crímenes de lesa humanidad’. 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. Felicitamos, pues, al Sr. Murphy por su nombramiento como Relator Especial, a la par que le deseamos éxito en su trabajo. No obstante, habrá que estudiar 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, si ir más allá de lo allí establecido. Y, por lo que se refiere a la recomendación del grupo de trabajo de incluir el tema del *ius cogens* en el programa a largo plazo de la Comisión, compartimos con el Sr. Tladi que, a diferencia de lo que ocurría al redactarse los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en la actualidad existe ya un cierto desarrollo de la práctica sobre el *ius cogens*. Es, además un tema de gran importancia para los Estados y podría resultar de utilidad estudiar su contenido, efectos, límites y contenido legal exacto, así como concretar también el proceso mediante el que las normas jurídicas internacionales pueden llegar a convertirse en *ius cogens*. Albergamos, con todo, algunas dudas al respecto. Una de ellas es el riesgo que podría encarnar cualquier intento de listado de normas de *ius cogens* ya que, por mucho que se indicara su carácter meramente ilustrativo, podría ser casi inevitable que se viera como una suerte de *numerus clausus*. Y ello iría precisamente contra la propia esencia de la configuración de las normas de *ius cogens* como un proceso abierto.

Muchas gracias, Sr. Presidente.

Mr.Chairman,

Allow me to start by expressing how truly honoured I am to take the floor before this Sixth Commission one more year. Allow me also to express my appreciation of the outstanding work that you and the members of the Commission have done and of your efforts to make this session a success.

My delegation wish to congratulate the International Law Commission in particular, for its major efforts to move forward in the various and difficult issues included in its agenda.

The two subjects upon which my presentation regarding Part I will focus, the expulsion of aliens and the protection of persons in the event of disaster, provide abundant proof of both the variety and the complexity of the issues we are dealing with.

Chapter IV

The expulsion of aliens is indeed a good example of a particularly difficult and thorny issue. It was one of the 14 topics that were submitted to the Commission in 1949 and was included in its programme of work in 2004. Now, after considering nine reports by the Special Rapporteur, the Commission has submitted a set of Draft Articles. I must, of course, express my deep appreciation to the Special Rapporteur, Mr. Maurice Kamto for his excellent work and his dedicated efforts.

Generally speaking, we are satisfied that the Draft Articles aim to reflect the necessary balance between an appropriate standard of rights and guarantees for the person subject to expulsion and an approach which is realistic enough to make it possible for States to accept the demands placed upon them.

We are pleased, moreover, to see that the Draft Articles reflect some aspects of the three proposals submitted by my delegation in 2012, in particular regarding the procedural rights set out in article 26. However, we might still have reservations about other issues like the suspensive effect of an appeal against an expulsion decision under article 27 or even about some specific aspects of articles 2, 10, 14 and 18.

Nevertheless, at this advanced stage of the process, it seems appropriate to focus on a critical issue: the purpose of these Draft Articles. In our opinion, as I already stated in my intervention in 2012, the International Law Commission should seriously consider that some guidelines and principles might be more realistic than a set of Draft Articles *stricto sensu*.

From our point of view, despite the outstanding work of the Commission, the Draft Articles do not reflect Customary International Law. Neither is it possible, in our opinion, to consider them as an appropriate basis for the elaboration of a Convention.

In 2012, we were not alone in making such an assessment. In fact, 16 out of 22 speeches delivered before this Commission clearly rejected the prospect of submitting the Draft Articles.

Two delegations went so far as to propose to bring a definite end to the work of the Commission on this topic. Furthermore, for some time now, some of the most reputed scholars in this field, as Mr. Christian Tomuschat, former member of the International Law Commission, have expressed reservations in this respect.

In spite of this, the Commission has decided to retain the Draft Articles that it adopted on second reading and that it submits now to us. We believe that, as some members of the Commission, like Mr. George Nolte or Mr. Murphy have suggested, the decision to maintain the Draft Articles against the majority view of the States is a mistake. To do so at this late stage of the process is another one. All the more when a set of guidelines and principles would not be a poor result. On the contrary, a widely recognized ensemble of guidelines and principles might be more effective than a Convention that fails to obtain the widespread support of the international community.

Therefore, our position remains as it was in 2012. We have the same serious reservations regarding the advisability of a set of Draft Articles on this subject. Considering that the Commission has recommended to the General Assembly *“to consider, at a later stage, the elaboration of a Convention on the basis of the Draft Articles”*, my delegation wishes to reiterate its position that the work of the Commission on this subject should not be used for the purpose of elaborating a convention.

Chapter V

Mr. Chairman,

Regarding the topic of protection of persons in the event of disasters, my delegation wishes to congratulate the Special Rapporteur, Mr. Eduardo Valencia-Ospina, for his outstanding and exhaustive work, which has allowed the Commission to present, on first reading, a preliminary draft of 21 articles with commentaries.

We fully agree with the attention paid by the Special Rapporteur to the issue of the necessary balance between two interests: namely, the need to preserve the national sovereignty of affected countries and the interrelated mandate to cooperate internationally in order to assist persons in the event of disasters. Thus, we retain the same opinion that was expressed in previous sessions. We believe that the will of the territorial state is to be respected in the process of providing assistance, but at the same time, it has to be taken into account that the territorial state not only has the right, but also the duty to provide assistance to its population in the event of disasters. Therefore, we welcome the drafting of articles 13 and 14 as they regulate, respectively, the *duty* of the affected state to seek external assistance in the event that a disaster exceeds its

national response capacity, and the requirement that the necessary *consent* of the affected state in order to receive external assistance may not be withheld arbitrarily. This comes in line with what was stated by the Institute of International Law in that regard on 1989.

We also share the general approach to the topic, adopting as a core element “the protection of persons”, as the draft articles leave clear from article 1. Likewise, as it has been evident from the debates within the Commission, it seems clear that the wording given to article 18 – changing the initial drafting from “taking the necessary measures” to “taking the appropriate measures”- is more in accordance with the nature of this provision, which entails an obligation of conduct (and not of result). It seems obvious, nevertheless, that in practice, it will not always be easy to assess the appropriate reach of the adopted measures.

Let us, however, make some suggestions for the sake of contributing to the best possible wording of these draft articles. To start with, my delegation supports, in general, the European Union’s position regarding articles 4 to 8, 18 and 20, including her proposal that the commentary to section c) of draft article 4 should include an explicit reference to the term “competent intergovernmental organization” including regional intergovernmental organizations, too. On our side, we would like, nonetheless, to add two remarks.

First, we consider that the definition of “disaster” included *ad hoc* in article 3 should be inserted as one section of the list contained in article 4, which enumerates six definitions of terms used along the draft articles. Taking into account that the function of draft article 3 does not lie in specifying the scope of the text (art.1), but in defining a specific term – probably the most important one, but, in any event, it happens to be a definition-, we do not see any reason not to merge articles 3 and 4 and to include the former in the first place of the list, in order to underline its importance.

Second, we wonder whether, when it comes to giving priority to the rules of International Humanitarian Law in situations of armed conflict, it would not be more adequate to choose a safeguard clause (“without prejudice”) in the same way as it is done, generally, in article 20, instead of the “connection” clause opted for in draft article 21.

Finally, concerning the essential question of the formality and legal nature that the outcome of this topic should adopt, we are in a very early stage of work and we are not in a position to take a stance.

Chapter XIV

Mr. Chairman,

I will finish my statement with a brief remark about the inclusion of new topics in the programme of work of the Commission. Spain welcomes the ILC’s decision to include the topic “crimes against humanity”. Indeed, unlike the other two types of international

crimes (war crimes and genocide), crimes against humanity are the only ones not subjected to an international treaty obliging the states to prevent and punish such acts and to cooperate among themselves to that avail. We congratulate, then, Mr. Murphy for his appointment as Special Rapporteur, wishing him at the same time success in his work. Nevertheless, we will have to look carefully both at the specific elements which will be part of the Convention and, concretely, its precise relation with the Rome Statute and the role of International Criminal Court, without going beyond its regulation.

In relation to the recommendation of the Working Group to include *jus cogens* in the long-term programme of work of the Commission, we share Mr. Tladi's opinion that, unlike what happened when articles 53 and 64 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties were written, certain development of practice about *jus cogens* has already taken place. It is, moreover, a topic of utmost importance for States and it could be useful to study its contours, effects, limits and precise legal content, as well as defining the process through which international legal norms become *jus cogens*. We harbour, however, some doubts about this exercise. One of them concerns the risk which entails any attempt to draft a list of *jus cogens* rules because, as much as its purely explanatory nature may be pointed out, it could be almost unavoidable that it would be seen as a kind of *numerus clausus*. And that would oppose the very essence of the formation of *jus cogens* as an open process.

Thank you very much Mr. Chairman