



ESPAÑA

INTERVENCIÓN
DEL PROFESOR JOSÉ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES
JEFE DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL
DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN
DE ESPAÑA

EN LA SEXTA COMISIÓN
DEL 72º PERIODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL
DE LAS NACIONES UNIDAS

**Tema 81. Informe de la Comisión de Derecho Internacional
sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones
(PARTE I)**

Nueva York, 24 de octubre de 2017

(Cotejar con intervención definitiva)

STATEMENT
BY PROFESOR JOSÉ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES
HEAD OF THE LEGAL AFFAIRS SERVICE
OF THE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS AND COOPERATION
OF SPAIN

AT THE SIXTH COMMITTEE
OF THE 72ND SESSION OF THE UN GENERAL ASSEMBLY

**Agenda item 81. Report of the International Law Commission
on the work of its sixty-ninth session
(CLUSTER I)**

New York, 24 October 2017

(Unofficial translation, check against delivery)

Sr. Presidente,

Permítame comenzar mi intervención manifestando el enorme honor que supone para mí tomar la palabra ante esta Sexta Comisión un año más. Permítame, igualmente, felicitarle a Vd. y a los demás miembros de la Mesa por el esfuerzo realizado para que los trabajos de esta sesión resulten fructíferos. Deseo felicitar asimismo a la Comisión de Derecho Internacional por el notable trabajo llevado a cabo en este 69º período de sesiones, con el ánimo de avanzar en el tratamiento de los temas incluidos en su agenda.

Capítulos I a III y XI

Sr. Presidente,

La delegación española se congratula de que los planes de celebrar en 2018 un acto conmemorativo del 70º aniversario de la Comisión sigan adelante. Es un reconocimiento obligado a la labor desempeñada por la Comisión. Sin duda, será una cita obligada para todos los aquí presentes.

En relación con los trabajos de la Comisión, con carácter general, debemos reiterar, como en años anteriores, nuestra preocupación por que el número de temas incluidos en su programa sea excesivo. Resulta curioso constatar que se ha acortado el tiempo de trabajo de la Comisión, pero, sin embargo, prácticamente se ha duplicado el número de temas en agenda en apenas una docena de años. En nuestra opinión, la CDI necesita tiempo para desarrollar su trabajo de forma adecuada y efectiva. Y también esta VI Comisión requiere una cierta concentración en los temas a tratar para que el diálogo con la CDI sea real y práctico. En este sentido, no dudamos de la relevancia de materias como la "Sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado", de los "Principios generales del derecho" o incluso, aunque ciertamente con muchas más dudas, de la "Prueba ante las cortes y tribunales internacionales". Simplemente dudamos de la oportunidad de su tratamiento por la Comisión en estos momentos.

Igualmente, con carácter general, querríamos manifestar la profunda preocupación de nuestra delegación por el hecho de que la adopción de determinados proyectos de artículos se haya realizado mediante votación. No desconocemos que en el pasado la Comisión ha adoptado decisiones por votación. Pero creemos que ello entraña un riesgo de división de la Comisión con posible impacto futuro en su trabajo. La autoridad de la Comisión se consolida si actúa por consenso. De no ser posible este, quizá debería continuar la discusión hasta alcanzar dicho consenso. Si la Comisión pretende presentar una propuesta de *lege ferenda* lo mínimo que se puede pedir es que en su seno haya acuerdo al respecto.

En este mismo orden de cosas, consideramos igualmente que en el trabajo de la CDI es importante distinguir claramente cuándo actúa *de lege lata* y cuándo *de lege ferenda*. A los Estados nos tiene que quedar claro si una propuesta de la Comisión representa una codificación o un desarrollo del Derecho Internacional. Esto resulta especialmente necesario cuando nos encontramos ante temas delicados. Estimamos que esto es

siempre importante. También cuando se trate de proyectos de artículos, aunque obviamente después los Estados podamos aceptar o no su inclusión en un tratado.

Por otro lado, nos sumamos plenamente al llamamiento de la Comisión a favor de la igualdad que merecen en su tratamiento en el seno de este órgano las seis lenguas oficiales de Naciones Unidas.

Por último, querríamos subrayar que coincidimos también con la Comisión en la apreciación de que no resulta posible limitar *a priori* la extensión de los documentos que se producen en su seno. Ahora bien, garantizando la calidad, debe haber un esfuerzo de contención. Como decía el escritor español Baltasar Gracián: "lo bueno, si breve, dos veces bueno". Y la verdad es que alguno de los informes presentados este año, por ejemplo en el marco del primer tema al que vamos a hacer referencia de inmediato, es inusualmente largo.

Capítulo IV: Crímenes de lesa humanidad

Por lo que respecta al capítulo IV, acerca de los crímenes de lesa humanidad, la delegación de España desearía, en primer término, felicitar al Sr. Sean D. Murphy por su tercer informe y a la Comisión por haber culminado con éxito la primera lectura del proyecto de artículos. Es digno de alabanza que lo haya hecho en tan poco tiempo; máxime tratándose de un tema complicado y que suscita numerosas cuestiones controvertidas.

En líneas generales los proyectos de artículos nos parecen adecuados y equilibrados. Claramente son fruto de una reflexión profunda y nos merece una valoración positiva. Así, en aras de no extenderme en exceso en mi presentación oral, me limitaré a comentar tan sólo algunos de los aspectos más sobresalientes y generales. Para el resto de cuestiones, algunas de ellas también de relevancia, me remito al anexo escrito a esta intervención, en los que se realizan precisiones y sugerencias concretas en relación con los proyectos de artículos 4, 6, 11 y 13.

Por tanto, me referiré en esta presentación oral tan a siete cuestiones muy concretas. En primer lugar, como ya señalé el año pasado, mi delegación lamenta que hayan quedado al margen temas de enorme trascendencia. Recordaré como ejemplos los tribunales militares y el margen de apreciación de los Estados.

En segundo lugar, por lo que concierne al *proyecto de artículo 5 ('No devolución')*, no estamos seguros de que refleje correctamente el carácter sistemático del crimen de lesa humanidad. No se trata sólo de que la persona expulsada, entregada o extraditada a otro país pueda ser víctima en él de un asesinato, una violación o actos de tortura, por ejemplo. De acuerdo con la propia definición de 'crimen de lesa humanidad' que brinda el proyecto de artículos, es preciso que esas actuaciones se enmarquen en un contexto de ataque sistemático contra la población civil o de una parte de ella.

Por otra parte, tendemos a pensar que la referencia, en los apartados 1 y 2, al “territorio bajo la jurisdicción de otro Estado” en la práctica puede resultar más problemática que la mención, más simple, al “territorio de otro Estado”.

En tercer lugar, en cuanto al *proyecto de artículo 12* (*‘Víctimas, testigos y otras personas’*), nos parece que el apartado 3, relativo a la reparación de las víctimas de un crimen de lesa humanidad, técnicamente no está del todo bien enfocado. Primero, porque habla del cese y de las garantías de no repetición, que, en rigor, no forman parte de la reparación. Y segundo, porque menciona la “rehabilitación” como si se tratara de una cosa distinta a la restitución o a la satisfacción, que también se citan como formas de reparación.

En cuarto lugar, pasando al *proyecto de artículo 14* (*‘Asistencia judicial recíproca’*), el apartado 5, que se refiere a la celebración de futuros acuerdos de asistencia judicial entre los Estados, creemos que no aporta nada y es desconcertante. No aporta nada, porque la idea de que los Estados podrán celebrar futuros acuerdos de cooperación judicial ya se recoge en el apartado 7. Y es desconcertante, porque parece apuntar al carácter *non self-executing* de este proyecto de artículos, cosa que no es así.

Aunque no es habitual en la práctica convencional, nos gusta esa sistematización de las previsiones en materia de asistencia judicial, que distingue entre las que operarían en todo caso y las que operarían con carácter subsidiario, es decir, en ausencia de un tratado específico entre las partes. Las primeras previsiones se recogerían en el proyecto de artículos, mientras que las segundas (las subsidiarias) irían a un anexo.

En quinto lugar, nos parece adecuado que finalmente el Comité de Redacción eliminara el original proyecto de artículo 16 sobre obligaciones de los Estados federales. Efectivamente, el tema queda ya cubierto por el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Más dudas nos plantea, sin embargo, la decisión de mantener la disposición sobre arreglo de controversias (artículo 15). Usualmente, la Comisión deja este tipo de cláusulas para que, en su caso, sean redactados por los Estados. No vemos que en esta ocasión deba ser de otra manera. Por cierto, lo propio diríamos también respecto de la cuestión de las reservas, que también ha sido objeto de intenso debate interno en la Comisión.

Finalmente, por lo que se refiere a la muy delicada cuestión de la amnistía, la solución que se nos presenta nos parece razonable. Con estudio o sin estudio de la Secretaría sobre la cuestión, no parece nada sencillo que la Comisión esté en situación de prever todas las posibles complejas situaciones que pueden surgir en el futuro en el marco de procesos para asegurar una adecuada transición.

Capítulo V: Aplicación provisional de los tratados

Sr. Presidente,

En relación con el capítulo V, que tiene por objeto la aplicación provisional de los tratados, la delegación de España desea expresar su reconocimiento a la Comisión por su trabajo

sobre el tema, que ha supuesto la aprobación provisional de los proyectos de directriz 1 a 11 y de sus respectivos comentarios.

Con carácter general, los proyectos de directrices presentados nos parecen correctos tanto por los temas que abordan como por los contenidos que presentan. Ahora bien, como ya hemos manifestado en este mismo foro en otras ocasiones, España desearía reiterar su confianza en que se traten otros temas vinculados con la aplicación provisional que, a nuestro juicio, suscitan dudas, cuando no problemas, y a los que las normas recogidas en las Convención de Viena de 1969 y 1986 no dan respuesta: ¿Son todos los tratados susceptibles de ser aplicados provisionalmente o hay tratados que, bien por su materia o por las implicaciones que tendría la aplicación provisional, no pueden serlo?, ¿Computa el tiempo de aplicación provisional de un tratado para establecer el término de aquellos tratados cuya duración está preestablecida?, ¿La terminación de la aplicación provisional sin que se produzca la entrada en vigor del tratado produce efectos *ex tunc* o *ex nunc*? No puede tampoco olvidarse la cuestión de la aplicación provisional y las reservas sobre la que se discutió en el seno de la Comisión durante 68º período de sesiones.

Igualmente, creemos que hay directrices –claramente la 7, pero también en parte la 9 ó la 10- que reclaman un estudio de la práctica y la jurisprudencia. Por cierto, el propio Memorandum preparado por la Secretaría ofrece pautas muy útiles a la Comisión.

Entrando en el detalle de algunos proyectos de directrices, de igual manera que con el capítulo anterior, en el anejo al texto escrito de nuestra intervención, presentamos observaciones concretas sobre las directrices 2, 3, 4 y 8. Mi delegación se referirá ahora únicamente a las directrices 6 y 9. En el primer caso para hacer una crítica; y en el segundo una loa.

Con respecto al *proyecto de directriz 6 ('Efectos jurídicos de la aplicación provisional')*, debemos manifestar nuestro desacuerdo con la afirmación contenida en el párrafo 5 del comentario según la cual las reglas de la Convención de Viena de 1969 relativas a la terminación o a la suspensión de los tratados no operarían durante o en relación con la aplicación provisional. Lo cierto es que no terminamos de entender por qué esto tendría que ser así. Por un lado, la *suspensión* de la aplicación provisional (para la que no hay reglas *ad hoc*) puede ser necesaria en un caso determinado y no vemos por qué las reglas de Viena no van a poder operar. Por lo que se refiere a la *terminación*, la Convención de 1969 la contempla sólo con carácter general, esto es, con respecto a las relaciones de un Estado o una organización internacional con todos los demás sujetos entre los que se aplica a título provisional; y, sin embargo, un Estado puede querer poner fin a la aplicación provisional sólo en sus relaciones con otro sujeto que, por ejemplo, violó de manera grave las obligaciones asumidas. ¿Por qué tendría ese Estado que elegir entre ignorar esta circunstancia o renunciar a concluir el tratado para que así termine con carácter general su aplicación provisional?

Por lo que se refiere al *proyecto de directriz 9 ('Derecho interno de los Estados o reglas de las organizaciones internacionales y observancia de los tratados aplicados*

provisionalmente) debemos aplaudir la inclusión de la referencia a las reglas de las organizaciones internacionales. El año pasado criticamos que este proyecto de directriz contemplara sólo a los Estados y sus ordenamientos internos.

Eso sí, en el apartado 2, podría mejorarse la redacción (acentuando, además, el paralelismo con el apartado 1) si, en lugar de decir que una organización internacional "no podrá invocar las reglas de la organización", se dijera que "no podrá invocar *sus* reglas".

Muchas gracias, Sr. Presidente.

Otros comentarios al capítulo IV: Crímenes de lesa humanidad

Como complemento escrito de la intervención oral, la delegación española querría llamar la atención sobre diversos aspectos a propósito de los proyectos de artículos 4, 6, 11 y 13.

En relación con el *proyecto de artículo 4 ('Obligación de prevención')*, que fue examinado por la Comisión en un período de sesiones anterior, España quisiera llamar la atención sobre el hecho de que, aunque en el texto del proyecto (en concreto, en el apartado 1, letra a)), se alude sólo al "territorio que esté bajo [la] jurisdicción" del Estado, en el comentario se sigue mencionando el territorio sujeto a la jurisdicción "o al control" del Estado (pág. 54). Debe tratarse de un lapsus.

Con respecto al *proyecto de artículo 6 ('Criminalización en el derecho nacional')*, la delegación de España considera un acierto la inclusión, en el nuevo apartado 5, de la previsión relativa a la exclusión de la exención de responsabilidad penal de los cargos oficiales. Como se señala en el comentario a esta disposición, está en línea con los distintos tratados internacionales, empezando por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. La existencia de dicha responsabilidad no afecta a la inmunidad de la que el cargo oficial pueda, en su caso, gozar. Como todos sabemos, responsabilidad e inmunidad juegan en planos y con un alcance distinto.

La nueva redacción del *proyecto de artículo 11 ('Trato justo del presunto infractor')* también merece un comentario rápido por nuestra parte. La referencia, en el apartado 3, a las "leyes y reglamentos" del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, que aparecía en la versión aprobada por la Comisión en 2016, se ha convertido, en la versión española de 2017, en "leyes y normativas". Nos tememos que debe tratarse de un error en la traducción, dado que en la versión inglesa se sigue diciendo "laws and regulations". Convendría retomar "leyes y reglamentos", dado que es la traducción exacta y es, además, técnicamente más correcta. Es más, convendría repasar todos los proyectos de artículos, porque en algunos (al menos en la versión española) se alude al ordenamiento interno con la expresión "legislación", en otros con la palabra "Derecho", en otros con "leyes y reglamentos"; convendría uniformarlo.

En relación con el *proyecto de artículo 13 ('Extradición')*, esta delegación opina que la referencia a los futuros tratados de extradición que celebren entre sí los Estados partes en la Convención que, en su caso, se adopte no debería limitarse a disponer que esos tratados tendrán que incluir los crímenes de lesa humanidad como causa de extradición (tal y como prevé el apartado 1), sino que debería haber un llamamiento a que esos futuros tratados recojan varias de las previsiones de este proyecto de artículos. Pensamos, por ejemplo, en lo que disponen los apartados 7 a 10.

Siguiendo con ese mismo proyecto de artículo sobre la extradición, pero centrándonos ahora en el apartado 7, relativo a la consideración de que el delito se cometió en el Estado requirente, debería ser mucho más claro en su inicio. La fórmula "[d]e ser

necesario", con la que se abre este apartado, no termina de entenderse bien. Convendría ser más explícito y señalar, como se hace en el comentario, que la previsión que allí se recoge operará en los casos en que el Estado requerido, de conformidad con su ordenamiento interno, sólo pueda extraditar a la persona al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito.

Teniendo en cuenta que el proyecto de artículos pretende favorecer el reconocimiento de la jurisdicción de los Estados para conocer de los crímenes de lesa humanidad, cabe prever que los supuestos de concurrencia de solicitudes de extradición serán frecuentes. En ese sentido, convendría haber incluido en este proyecto de artículo una referencia al modo en que aquéllos deberían resolverse.

Abogamos también por la inclusión de una alusión a la posible denegación de la extradición cuando la persona cuya extradición se solicita pueda ser condenada a muerte en el Estado requirente.

Otros comentarios al capítulo V: Aplicación provisional

En primer lugar, como complemento a lo pronunciado en la intervención de nuestra delegación, quisiéramos llamar en este anejo la atención sobre una cuestión menor en relación con el *proyecto de directriz 2 ('Objeto')*. En él se declara que se toma como base del proyecto de directrices "el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", en clara alusión a la Convención de Viena de 1969; sin embargo, en el párrafo 4 del comentario se habla de la importancia fundamental del artículo 25 de las dos Convenciones de Viena, la de 1969 y la de 1986. En este punto el texto del proyecto de directriz y el texto del comentario tendrían que acompañarse, para mencionar en ambos foros al mismo (o a los mismos) instrumentos.

En relación con el *proyecto de directriz 3 ('Regla general')*, esta delegación juzga convincente la explicación que se da en el comentario, en concreto en el párrafo 3), acerca de la supresión del adjetivo "negociadores" o "negociadoras" que emplean las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 en el párrafo 1 b) de sus artículos 25. A las razones que allí se aducen podría sumarse una más: técnicamente la expresión "Estado negociador" u "organización internacional negociadora" no abarcaría a los Estados y a las organizaciones internacionales "contratantes" y, sin embargo, resulta innegable que Estados u organizaciones internacionales que no negociaron el tratado de que se trate pero que manifestaron su consentimiento en obligarse por él podrían convenir su aplicación provisional.

Siguiendo con el comentario a este mismo proyecto de directriz 3, quizá podría señalarse en párrafo 4, que alude a la posibilidad de aplicar provisionalmente solo una parte de un tratado, que esta posibilidad permite dar acogida a los acuerdos mixtos que celebran conjuntamente la Unión Europea y sus Estados miembros con un tercer país o con varios países terceros. Estos con frecuencia contemplan la aplicación provisional sólo por parte

de la Unión Europea, por tanto, sólo de las disposiciones del acuerdo que caen dentro de sus competencias.

Por lo que se refiere al *proyecto de directriz 4 ('Forma del acuerdo')*, hemos de celebrar que, en la letra a), el término "tratado" haya venido a sustituir a la palabra "acuerdo" que se empleaba en versiones anteriores.

Aunque es posible que un Estado decida unilateralmente la aplicación provisional de un tratado que no contenga previsión al efecto, es cierto que tal declaración se moverá en el campo de los actos unilaterales y no en el de los tratados, como bien se explica en el comentario a este proyecto de directriz.

En cuanto al *proyecto de directriz 8 ('Terminación en el momento de la notificación de la intención de no llegar a ser parte')* estimamos que debería completarse la rúbrica con la inclusión de las palabras "aplicación provisional" para que quedara: 'Terminación de la aplicación provisional en el momento de la notificación de la intención de no llegar a ser parte'. El paralelismo con la rúbrica del proyecto de directriz 5, que es 'Comienzo de la aplicación provisional', sería total.

El año pasado manifestamos que si este proyecto de directriz se centra la terminación de la aplicación provisional como consecuencia de la notificación de la intención de no llegar a ser parte en el tratado de que se trate, debería haber otro proyecto de directriz que contemple el segundo motivo de terminación que recoge expresamente el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, a saber, la entrada en vigor del tratado. Las explicaciones que se brindan en los párrafos 2 y 3 del comentario al proyecto de directriz 8 sinceramente no nos convencen. Básicamente porque lo que se dice ahí podría extenderse perfectamente al artículo 25 de las Convenciones de Viena y eso no impidió que dicho precepto previera expresamente la entrada en vigor como causa de terminación de la aplicación provisional.

En otro orden de cuestiones, siguiendo aún con el comentario al proyecto de directriz 8, esta vez en relación con el párrafo 6, reiteramos las consideraciones realizadas anteriormente acerca de la supresión de los adjetivos "negociadores" y "negociadoras".