



ESPAÑA

INTERVENCIÓN
DEL PROFESOR CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS
JEFE DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL
DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN
DE ESPAÑA

EN LA SEXTA COMISIÓN
DEL 73 PERÍODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL
DE LAS NACIONES UNIDAS

**Tema 82. Informe de la Comisión de Derecho Internacional
sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones
(PARTE I)**

Nueva York, 23 de octubre de 2018

(Cotejar con intervención definitiva)

STATEMENT
BY PROFESSOR CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS
HEAD OF THE INTERNATIONAL LAW DIVISION
OF THE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, EUROPEAN UNION AND COOPERATION
OF SPAIN

AT THE SIXTH COMMITTEE
OF THE 73rd SESSION OF THE UN GENERAL ASSEMBLY

**Agenda item 82. Report of the International Law Commission
on the work of its 70th session
(CLUSTER I)**

New York, 23 October 2018

(Unofficial translation. Check against delivery)

Sr. Presidente,

Es un honor dirigirme a esta Sexta Comisión para abordar los trabajos de la Comisión de Derecho internacional en su 70 período de sesiones. Empezaré refiriéndome al tema de los acuerdos ulteriores y práctica ulterior en la interpretación de los tratados.

España se congratula de la conclusión de esta tarea, cuyos progresos ha tenido ocasión de examinar en intervenciones precedentes ante esta Comisión. Es obligado rendir tributo al esfuerzo desarrollado por el Relator especial, Sr. George Nolte, por los esfuerzos desarrollados a lo largo de estos años para culminar una tarea difícil. Hemos de felicitarnos por el proyecto de conclusiones adoptadas en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional y sometidas ahora a nuestra consideración.

Bien es cierto que suscita dudas la premisa metodológica y el enfoque conferido al proyecto examinado. Que no resulta privativa de este proyecto sino de trabajos precedentes y otros en curso en el seno de la Comisión de Derecho Internacional. Nos referimos a la escasa ambición que viene caracterizando la labor de la Comisión, con textos de insuficiente o leve contenido normativo, llámense directrices, conclusiones o de cualquier otra manera. Una terminología que denota el cuidado por no aproximarse y aún menos franquear el umbral de la normatividad. Sería conveniente que la Comisión reflexionara acerca de las posibilidades reales que deparan sus actuales esfuerzos en el campo de la codificación y del desarrollo progresivo del Derecho Internacional, aunque entendamos –por supuesto– que el entorno político no sea propicio para ambiciones codificadoras.

Capítulos I,II, III y IV: Acuerdos ulteriores y práctica ulterior en la interpretación de los tratados

Sr. Presidente,

En cualquier caso, dejando de lado esta cuestión previa, es indudable que el resultado alcanzado en esta materia resulta en términos generales equilibrado y refleja en buena medida los elementos más representativos de la práctica internacional en su conjunto, constituyendo desarrollos a los que cabría calificar como codificadores en sentido propio. En este sentido, ha de reconocerse el acierto que ha supuesto confinar los trabajos al entorno seguro de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969. En concreto, a las previsiones relevantes establecidas en sus arts. 31 y 32, que son de una indiscutible naturaleza declarativa del Derecho Internacional consuetudinario en la materia. Nos felicitamos también de que el proyecto adoptado revise la terminología relativa a la eventual operatividad del art. 32 para ponerla en sintonía con lo allí realmente contemplado, de acuerdo con las sugerencias formuladas por nuestra delegación, mejorando así técnicamente las menciones contenidas en diferentes conclusiones del proyecto.

En otro orden de cosas, celebramos igualmente la distinción que la conclusión 7 --y su comentario-- proponen entre interpretación y modificación del tratado, en línea con la jurisprudencia internacional. Por lo mismo, es de agradecer la referencia al consenso que el

comentario a la conclusión 11 retiene en el marco de los procedimientos susceptibles de conducir a acuerdos en el seno de las Conferencias de las partes.

También nos parece equilibrado el tratamiento que se dispensa en las conclusiones - particularmente la conclusión 12- a la práctica de las organizaciones internacionales, expresando en este sentido nuestro acuerdo con las observaciones formuladas al respecto por parte de la Unión Europea, incluidas las advertencias acerca de las notables especificidades y restricciones que caracterizan en su seno las cuestiones en examen.

Sin embargo, mantenemos nuestras reservas sobre algunas disposiciones del proyecto que han merecido alguna advertencia por parte de nuestra delegación, sin que los trabajos que ahora concluyen hayan permitido atender las preocupaciones expresadas al respecto. En este sentido, se ha de recordar que nuestra delegación ya había advertido su contrariedad con algunas de sus previsiones -en concreto, las conclusiones 6 a 10- respecto de las que reclamaba que fueran más precisas a la par que insistía en que deberían dotarse de un contenido normativo suficiente¹.

El caso más evidente lo constituye la conclusión 8, cuya redacción definitiva -una vez fracasados los cambios planteados por el Relator en su último Informe- la torna prácticamente superflua. Pero críticas semejantes pueden dirigirse al carácter ambiguo que encierra la noción de acuerdo contenida en la conclusión 10.

En cambio, reconocemos que el contenido finalmente asignado a la conclusión 13 -sin duda la más controvertida y laboriosa del conjunto del proyecto- resulta en su conjunto aceptable. De un lado, porque las razones aportadas tanto para justificar la terminología empleada como para acotar la materia objeto de consideración son plausibles, y huyen sensatamente de una sectorialización incongruente con el propósito perseguido. De otro lado, porque la solución plasmada respecto al debate en torno a la naturaleza y alcance de los “pronunciamientos” de los órganos contemplados en ella, parece la más conforme con la práctica de los Estados en la materia, que han concebido a tales órganos de control con un marco muy definido de actuación. Y es que el proceder de estos órganos -*auctoritas* al margen- nunca puede derivar en la adopción de actos jurídicamente vinculantes para los Estados.

Finalmente, deseamos expresar nuestro desacuerdo con el enfoque restrictivo dado a la caracterización de los actores no estatales al abordar las manifestaciones de la práctica, siquiera sea por razones de orden conceptual y sistemático. En tal sentido, entendemos que el comentario adjunto debiera incluir siquiera en nota una alusión a la eventual práctica de otros actores con una subjetividad internacional limitada (pueblos coloniales, movimientos de liberación nacional...) pero inequívoca. Tras este reproche no se esconde intención alguna de revisar la cuestión de la llamada práctica social, acerca de cuya valoración negativa concordamos con lo expuesto en el comentario. Pero no resulta coherente considerar la hipótesis de una práctica desarrollada por una organización internacional no gubernamental (ONG), sin personalidad jurídica internacional, y en cambio no se mencione al menos a otros actores con una subjetividad internacional limitada.

¹ Cit. en 5º Informe del Relator especial, 2018, p. 6, n. 20.

Capítulo V: Identificación de la costumbre

Sr. Presidente,

Abordaremos a continuación los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en relación con el Capítulo V, a saber, la identificación del derecho consuetudinario.

España se congratula de la conclusión de esta tarea cuyo progreso ha examinado detenidamente en otras intervenciones en anteriores períodos de sesiones. Aprovechamos la ocasión para expresar nuestro reconocimiento y gratitud al Relato especial, Sir Michael Wood, por la labor realizada a lo largo de estos años.

También hemos de agradecer las contribuciones realizadas desde la Secretaría General para completar el desarrollo de los trabajos que hoy examinamos; así como las sugerencias realizadas con el fin de impulsar la recopilación de la práctica estatal relevante y permitir el adecuado conocimiento de las normas consuetudinarias. España viene prestando regularmente atención a la cuestión e intensificará en el futuro sus esfuerzos en pos de este objetivo, en línea con las propuestas realizadas desde la Comisión.

Con carácter general hemos de felicitarnos por la tarea realizada y por el proyecto de conclusiones adoptadas en segunda lectura por la Comisión y sometidas ahora a nuestra consideración. Aunque cabría reiterar nuestras reservas acerca de la apuesta metodológica por un texto que declara *ab initio* su irrelevancia normativa. El resultado es equilibrado y buena parte del proyecto de conclusiones refleja de forma certera e inequívoca la práctica internacional en la materia, conformando una codificación *stricto sensu*.

En este sentido, celebramos la caracterización binaria asociada al proceso formativo de la costumbre; la concreción de las manifestaciones de la práctica -incluido el requisito de la generalidad; el valor de la *opinio iuris*; la alusión a los supuestos de interacción entre la costumbre y otros modos de manifestación del Derecho internacional; o las necesarias referencias que se dedican a la figura del objeto persistente y al particularismo normativo en el ámbito del derecho consuetudinario. Consideramos equilibrado el tratamiento que se dispensa en las disposiciones del proyecto a la práctica relevante de las organizaciones internacionales, expresando en este sentido nuestro acuerdo con las observaciones formuladas al respecto por parte de la Unión Europea.

Sin embargo, existen algunas cuestiones sobre las que España ha venido insistiendo a lo largo de los trabajos desarrollados hasta ahora y que no parecen haber encontrado eco en las labores de finalización y revisión del texto que analizamos. Es el caso de las manifestaciones de la práctica evocadas en el apartado 1º del proyecto de conclusión 6, donde la alusión a la “inacción deliberada” --que figuraba inicialmente en el texto- ha sido suprimida, sin perjuicio de dedicarle una mención en el comentario adjunto. Dada la trascendencia que reviste el carácter

volitivo en el caso de las omisiones constitutivas de elementos de la práctica, una referencia expresa en el cuerpo del proyecto de conclusión habría resultado más esclarecedora.

También nos parece conveniente destacar --tal y como España ha venido haciendo--, el carácter tautológico que encierran las expresiones retenidas en el proyecto de conclusión 11. Como ya hemos advertido, nuestro pleno acuerdo con el contenido y caracterización de los supuestos de interacción expuestos, no nos impide advertir --tal y como España ha venido señalando-- que el término "norma" debiera ser sustituido por otra expresión con el fin de favorecer una redacción más adecuada.

Sr. Presidente,

Nos referíamos antes a que el proyecto encerraba buenas dosis de codificación en detrimento de lo que podría haber sido una buena oportunidad para clarificar cuestiones no resueltas, en favor de un modesto, razonable y deseable desarrollo progresivo de la materia, aunque se limitara a cuestiones puntuales.

Viene esto a propósito del contenido restrictivo que el proyecto de conclusión 12 parece conferir a los actos de las organizaciones internacionales en los correspondientes supuestos de interacción. Es cierto el carácter muy eventual de tales manifestaciones. Nos parece, sin embargo, que en circunstancias semejantes --que no idénticas--, la práctica de las organizaciones internacionales --expresada en los actos y resoluciones adoptados en su seno-- puede incidir en un proceso de creación consuetudinario como puede hacerlo un tratado. Bien entendido --como se dispone en el proyecto de conclusión 11--, sin que se pueda crear por tal cauce una norma de derecho internacional consuetudinario.

También cabe reprochar el tratamiento que el proyecto de conclusión 13 otorga a la jurisprudencia. Expresamos nuestra insatisfacción porque la caracterización allí ofrecida reduce el papel de la jurisprudencia en el proceso de identificación de las reglas consuetudinarias, siendo así que es el cauce más usual para alcanzar una determinación bastante autorizada acerca del Derecho Internacional consuetudinario. Compartimos en este punto el parecer expresado por el Relator especial, Sir Michael Wood, en el sentido de que debe evitarse la tentación de rebajar el valor de la jurisprudencia so riesgo de contribuir a una petrificación del derecho consuetudinario, privándole de sus indiscutibles virtudes en el proceso de evolución y ajuste del ordenamiento internacional. Pero compartiendo estos temores --bien expresados en el comentario adjunto--, no se entiende la necesidad de reducir la función que cobran las decisiones judiciales en el proceso de identificación y formulación de la costumbre, por lo que recomendamos una redacción más equilibrada de la proyectada conclusión.

Es el caso también del objetor persistente, respecto al cual España ha venido reiterando --en línea con la posición expresada por algunos miembros de la Comisión--, que su tratamiento en el proyecto adolecía de la necesaria consideración de su inaplicabilidad al supuesto del proceso de creación de normas imperativas. España ya tuvo ocasión de expresarse en tal sentido, llamando la atención sobre la inconveniencia de abordar la cuestión relegándola al comentario adjunto. Lamentamos que el Comité de redacción no se haya avenido a incorporar al texto del proyecto de conclusión 15 una referencia expresa a esta cuestión.

Observamos igualmente que tampoco se ha considerado oportuno prestar atención en el proyecto a las cuestiones relacionadas con la carga de la prueba en el proceso de identificación y formulación del contenido de la costumbre, pese a las observaciones que nuestro Estado expresara al respecto. Sin embargo, se trata de una cuestión crucial -sobre la que sólo incidentalmente ha reparado la jurisprudencia-. Una cuestión que encuentra, además, en el proyecto en examen su adecuada integración sistemática, sin que hubiere sido necesario dedicarle una previsión específica.

Aprovecho la ocasión para felicitar muy de verdad a la Comisión de Derecho Internacional por la celebración de su 70 aniversario. Esperamos y deseamos que este órgano siga desempeñando un papel relevante en la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Muchas gracias, Sr. Presidente.