



ESPAÑA

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

SEXTA COMISIÓN

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

PARTE 2: CAPÍTULOS VI (la obligación de extraditar o juzgar, *aut dedere aut
judicare*), VII (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la
interpretación de los tratados), VIII (protección de la atmósfera) y IX (Inmunidad de
jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)

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, 31 de octubre de 2014

(Cotejar con la intervención definitiva)

69th SESSION OF THE GENERAL ASSEMBLY
VI COMMITTEE

REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

PART II: CHAPTERS VI (The obligation to extradite or prosecute, *aut dedere aut
judicare*), VII (Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the
interpretation of treaties), VIII (Protection of the atmosphere) and IX (Immunity of
State Officials from foreign criminal jurisdiction)

STATEMENT BY PROF. JOSÉ MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES

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

New York, 31 October 2014

(Check against delivery)

Sr./Sra. Presidente/a,

Permítame comenzar mi intervención, en nombre de la delegación de España, felicitando a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) por la muy alta calidad de los trabajos realizados durante su 66 periodo de sesiones, muy particularmente en relación con la labor desplegada a propósito de los variados temas que conforman los capítulos VI a IX.

A la vista de la amplitud y complejidad de los cuatro temas objeto de consideración en esta segunda parte, nos limitaremos a ofrecer una valoración general de cada uno de ellos.

Capítulo VI

Sr./Sra. Presidente/a,

En relación con la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), mi delegación se congratula de que la Comisión haya aprobado el informe final sobre el tema y haya decidido concluir el examen de la cuestión. Parece de justicia, por tanto, manifestar nuestro reconocimiento al presidente del Grupo de Trabajo, Sr. Kittichaisaree, y no olvidar tampoco la valiosa labor realizada por el anterior Relator Especial sobre el tema, Sr. Galicki.

No obstante, mi delegación mantiene la misma posición expuesta en años anteriores. La lucha contra la impunidad ante la comisión de los más graves crímenes contra la humanidad es, sin duda alguna, una labor irrenunciable de la comunidad internacional. No obstante, no terminamos de tener claro cuáles son las cuestiones a tratar en este tema ni tampoco su viabilidad y ello hace que sigamos albergando muy serias dudas al respecto. En concreto, tres son los motivos fundamentales que sustentan esta posición. En primer lugar, conviene tener presente que esta obligación opera de muy diferente forma en los diferentes regímenes convencionales, resultando extremadamente difícil su sistematización. En segundo lugar, existe aún una enorme indeterminación respecto a elementos fundamentales del tema, lo que no facilita precisamente la labor de fijar una posición clara. Y, en tercer lugar, existe un profundo desacuerdo incluso a propósito de si la obligación de extraditar o juzgar se ha convertido o no en una norma de Derecho Internacional consuetudinario, sea de carácter general o regional. Y, a este respecto, no creemos que del frecuentemente citado asunto de la Corte Internacional de Justicia *Bélgica c. Senegal* (12 de julio de 2012) pueda extraerse conclusión alguna. Antes al contrario, aún está por llegar la oportunidad para que la Corte determine si la obligación de extraditar o juzgar tiene o no tal estatus de Derecho Internacional consuetudinario.

Por último, en relación con este capítulo más que con ningún otro, cabe traer a colación que cuando la CDI elabora conclusiones o directrices o una guía debe esforzarse de modo muy particular por dejar claro en todo momento si lo que está haciendo es codificar o realizar un desarrollo progresivo en la materia.

Capítulo VII

Sr./Sra. Presidente/a,

Por lo que concierne a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, mi delegación desea felicitar efusivamente al Relator General, Sr. Nolte, por la importante labor realizada en su segundo informe, que nos merece la misma excelente valoración que en su momento expresamos sobre el primero. Sin duda, representa una

gran contribución al estudio de la cuestión que se convierte en cita ineludible para cualquier estudioso de la materia. Sin embargo, como también ocurría con los cinco proyectos de conclusión aprobados provisionalmente el año pasado, creemos que la formulación de las conclusiones 6 a 10 ahora presentadas no terminan de estar a la altura del informe. En nuestra opinión, resultan en ocasiones excesivamente generales y vagas. Sería conveniente que fueran algo más precisas y, a poder ser, con un contenido normativo suficiente. Querriamos, con todo, reconocer que el trabajo del Comité de Redacción ha logrado mejorar algunas de las posibles críticas que inicialmente nos merecían los originarios proyectos de conclusiones 6 a 11 antes de pasar por dicho Comité.

En todo caso, un buen ejemplo de la generalidad y vaguedad aludida es el proyecto de conclusión 6, relativa a la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, de claro contenido descriptivo. También el proyecto de conclusión 7, sobre posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación, resulta algo superficial y sigue dejando margen para ser mejorada. Especialmente en su apartado 3. También la cláusula 9.2 debería quizá ser analizada con mayor profundidad en lo relativo al silencio, ya que los acuerdos tácitos dependen mucho de las concretas circunstancias de cada caso particular. Con estas críticas no pretendemos, empero, entrar en la infructuosa discusión sobre si el trabajo de la Comisión en este tema debe ser descriptivo o normativo. Como ha firmado con razón Michael Wood, debe ser ambas cosas. En realidad, creemos que debe ser por encima de todo útil para la práctica.

Por otro lado, mi delegación considera que sería recomendable que la Comisión acometiera un más profundo estudio para lograr una adecuada definición del término ‘acuerdo de interpretación’ (*interpretative agreement*), ya que el artículo 31.3 de la Convención de Viena distingue claramente en sus apartados a) y b) entre interpretación y aplicación de un tratado. Por otro lado, el término ‘acuerdo’ empleado en el citado artículo 31.3 a) y b) alude a un concepto bien asentado en el Derecho Internacional que convendría distinguir de manera bastante más clara respecto de los instrumentos no vinculantes que son susceptibles de ser empleados como medios de interpretación a la luz del artículo 32. Nos parece que ambos preceptos, arts 31.3 y 32, deberían diferenciarse de manera mucho más clara a la realizada en el Informe.

Por último, no queremos pasar por alto la interesante (e ineludible) discusión a propósito de la diferenciación entre interpretación y modificación de un tratado. Coincidimos con el Relator Especial en que, como afirma en el apartado 116 de su Informe, “a menudo resulta ‘difícil’, si no imposible, trazar una línea divisoria entre la interpretación y la modificación de un tratado”. No ignoramos tampoco que el Derecho Internacional General no excluye que las partes de un tratado puedan crear Derecho consuetudinario a través de práctica ulterior si concurre *opinio iuris*; de hecho, la inexistencia de jerarquía de normas en Derecho Internacional respaldaría tal posibilidad. Con todo, creemos que conviene realizar un esfuerzo sistemático añadido por intentar mantener separados ambos procesos ya que las consecuencias jurídicas son diferentes y, en realidad, plantea la cuestión de la interacción entre los artículos 31.3 y 39 de la Convención de Viena. Es más, aunque efectivamente existan resoluciones arbitrales que planteen algunas dudas, creemos que la Corte Internacional de Justicia ha mantenido hasta el momento una posición clara (y prudente) a este respecto.

Capítulo VIII

Sr./Sra. Presidente/a.

A propósito de la protección de la atmósfera, mi delegación felicita al Relator Especial, Sr. Shinya Murase, por la presentación de su primer informe sobre un tema extraordinariamente complejo en el que concurren elementos diversos de carácter jurídico con otros de naturaleza política, técnica y hasta científica. Lógicamente dicho informe se limita en esta temprana fase del proceso de estudio a examinar el objetivo general del proyecto y a determinar la justificación de los trabajos sobre el tema, delimitar su ámbito general, identificar los conceptos básicos pertinentes y ofrecer las perspectivas y los enfoques que se podrían adoptar en este tema. Se han presentado también tres proyectos de directriz de carácter muy general.

Antes de nada, conviene recordar que esta VI Comisión expresó en su momento muy serias críticas a la viabilidad del tema. No en vano, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo en el entendimiento de que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, no se aborden sustancias específicas que sean objeto de negociaciones entre Estados (como el carbono negro o el ozono troposférico), queden fuera las cuestiones del espacio ultraterrestre y el resultado sea un proyecto de directrices. No es ahora momento de plantearnos si el entendimiento aprobado en 2013 es buen o mal precedente para la Comisión, si bien conviene recordar que su formulación se hizo en términos de cierta flexibilidad. Pero, a la luz del aludido entendimiento y de los primeros resultados ahora presentados, bien podemos preguntarnos si los problemas que conlleva la cuestión en sí misma y las limitaciones que se ha impuesto al Relator General dejan en realidad margen suficiente para que el tema resulte viable. Mi delegación mantiene sus dudas al respecto. En realidad, cabría incluso plantearse si el tema realmente encaja en las funciones de la CDI, ya que ésta no puede reemplazar la ausencia de consenso internacional suficiente para desarrollar jurídicamente una materia. Es cierto, no obstante, que la fragmentación derivada de los diferentes regímenes existentes puede dejar margen para identificar y sistematizar principios comunes.

A mayor abundamiento, por lo que concierne a este primer informe, el Relator Especial nos presenta un concepto sumamente atractivo desde un punto de vista académico, pero con un contenido normativo nada claro. La noción de *'preocupación común de la humanidad'* es, a diferencia de lo que ocurre con el más asentado concepto de *'patrimonio común'*, una propuesta vaga, poco precisa y vacía de contenido jurídico preciso. Es, además, susceptible de interpretaciones jurídicas muy dispares. Es más, parece deducirse que de este concepto se derivarían obligaciones jurídicas sustantivas para los Estados para proteger la atmósfera más allá de la obvia obligación de cooperación internacional. De ser así habría que justificar tal afirmación con un estudio bastante más profundo y detallado. Así las cosas, quedamos a la espera de poder tener el segundo informe en el que se aborde el contenido de las responsabilidades de los Estados con respecto a la protección de la atmósfera, si bien nos permitiremos recordar la conveniencia de mantener un enfoque prudente.

Capítulo IX

Finalmente, en lo que se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, querríamos comenzar felicitando efusivamente a la Relatora General, nuestra compatriota y predecesora en el cargo Dña. Concepción Escobar Hernández, por el valioso, minucioso y concienzudo trabajo desarrollado en su en su tercer Informe. Sin duda,

representa una relevante aportación a la definición del término ‘funcionario’ y a la determinación del alcance subjetivo de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, hecha de manera acertada con un enfoque analítico.

Ahora bien, la propuesta de definición de funcionario recogida en el artículo 2e es buen reflejo de la complejidad manifiesta del tema. Se trata de una noción tan necesaria para acotar el ámbito subjetivo de la inmunidad como difícil de enunciar. Existen, de entrada problemas terminológicos para encontrar en todos los idiomas la correspondencia pertinente del concepto de *state official* y, desde luego, tenemos dudas que al menos en español el término ‘funcionario del Estado’ sea del todo adecuado; como también las tenemos por cierto respecto a la versión francesa (“*représentant de l’État*”). Ello probablemente derive del hecho de que cada Estado tiene su propia definición de funcionario y de la inexistencia de un concepto de funcionario en el Derecho Internacional. En segundo lugar, la definición combina los enfoques representativo (“individuo que representa al Estado”) y funcional (“o que ejerce funciones estatales”). No entraremos en la controversia a propósito de si lo básico sería el tipo de acto y no la persona que lo realiza, aunque es una reflexión a tener en cuenta. Pero consideramos que, sin salirnos de la lógica argumental mantenida por la Relatora Especial, la determinación del vínculo específico del individuo con el Estado podría necesitar mayor concreción. Este vínculo ciertamente puede admitir, como se propone, que la referencia a la expresión “que representa al Estado” se pueda entender en sentido amplio. Pero dicho vínculo no puede en modo alguno ser interpretado de manera tan extensa que termine por dar cobertura a todos los funcionarios *de facto*. En este mismo orden de cosas, a nuestro entender la referencia al ejercicio de ‘funciones estatales’ resulta también excesivamente imprecisa y abierta. Y, de hecho, perviven buen número de dudas. Permítaseme expresar a título de mero ejemplo tres de ellas. ¿Se aplica también a funcionarios de entidades federales que representan a su gobierno regional en el exterior? ¿Se puede llegar a aplicar en algún caso a empleados de organismos privados al servicio del Estado? ¿No hay elementos suficientes en la práctica (al menos en algunos Estados) para poder considerar en algún caso concreto la inmunidad de personas jurídicas?

Igualmente, por idénticos motivos a los expresados a propósito del artículo 2e, nos parece también mejorable la formulación dada al proyecto de artículo 5. Compartimos la consideración de que no resulta posible elaborar una lista de los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*, por lo que deberán ser identificados caso por caso mediante los criterios fijados en el recién aludido artículo 2e. El problema radica precisamente en la excesiva indeterminación de esos criterios y, por ende, también del proyecto de artículo 5.

En todo caso, esperamos con gran interés el desarrollo del ambicioso programa anunciado por la Relatora General y muy en concreto el informe del próximo año a propósito del delicado tema de las excepciones.

Muchas gracias, Sr./Sra. Presidente/a.

Mr. Chairman,

On behalf of the Spanish delegation, I would like to congratulate most warmly the International Law Commission on the outstanding quality of its work during this 66th session, particularly regarding chapters VI to IX of the report.

In view of the complexity and vast scope of the four topics we must consider in this second part, we will limit ourselves to a general assessment of each of them.

Chapter VI

Mr. Chairman,

On the issue of the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*), my delegation welcomes the Commission's approval of the final report and its decision to conclude its consideration of this topic.

It is more than fair to express our gratitude to the President of the working group, Mr. Kittichaisaree, as well as our recognition for the valuable work of the former Special Rapporteur, Mr. Galicki.

Nonetheless, my delegation's position remains the same as in previous years. Fight against impunity for the perpetration of the most serious crimes against humanity is an irrevocable obligation of the international community. Nevertheless, in our opinion, the determination of the issues that must be dealt with as far as this topic is concerned, is not entirely clear yet. Neither is it clear its viability which explains the very serious reservations we have in the matter. To be precise, our position is based on three main arguments. First, it should be taken into account that this obligation operates rather differently in the various conventional and that it resists systematization. Secondly, there is still a huge degree of uncertainty regarding key aspects of this issue, which does not make it any easier the definition of a clear position. Third and finally, there is great disagreement on whether the obligation to extradite or prosecute has become a rule of customary international law, either general or regional. In our view, no meaningful conclusions in this respect can be drawn from the frequently cited judgement of the International Court of Justice in the case Questions related to the obligation to prosecute or extradite, *Belgium v. Senegal* (12 July 2012). Quite the contrary, the Court has not yet had the opportunity to determine whether the obligation to extradite or prosecute has achieved the status of customary international law.

Lastly, this chapter more than any other, illustrates why the International Law Commission should always do its utmost to make it clear whether its conclusions or guidelines represent the codification or the progressive development of International Law in a specific area.

Chapter VII

Mr. Chairman,

Concerning the topic "subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties", my delegation wishes to congratulate the Special Rapporteur, Mr. Nolte, for the crucial work carried out on his second Report, which deserves, from our side, the same excellent assessment that we expressed over the first one. There is no doubt that it stands

out as an excellent contribution to the study of this topic, which becomes a necessary citation for anyone studying the matter. Nevertheless, as it also happened with the five draft conclusions provisionally adopted last year, we believe that the wording of the conclusions 6 to 10 may not measure up to the Report. In our opinion, they are sometimes too general and vague. It would be advisable that they be more precise and, if possible, with a sufficient legal content. We would like, anyway, to acknowledge that the Drafting Committee has been able to improve some of the elements previously criticised by us in the initial version of draft conclusions 6 to 11 before going through the Committee.

In any case, a good example of the aforementioned vagueness and lack of precision is draft conclusion 6, about the identification of subsequent agreements and subsequent practice, which has a clear descriptive content. Draft conclusion 7, too, concerning the possible effects of subsequent agreements and subsequent practice in interpretation, could delve deeper into detail and still leaves room to improve, especially in its paragraph 3. Maybe paragraph 9.2, also, could be examined more profoundly when it deals with the effects of silence, as tacit agreements depend on the concrete circumstances around each particular case. With these remarks, however, we do not seek to enter the fruitless debate about whether the Commission's work should be descriptive or prescriptive. As Sir Michael Wood has rightly stated, it should be both. Actually, we consider that, above all, it has to be useful for practice.

Furthermore, my delegation thinks it advisable that the Commission should carry out a deeper study in order to get a proper definition of the term "interpretative agreement", as article 31.3 of the Vienna Convention, in its sections a) and b) clearly distinguishes between interpretation and application of a treaty. On the other hand, the word "agreement" used in the aforementioned article 31.3 a) and b) refers to a well-established concept of International Law which it would be wise to distinguish more clearly from the non-binding instruments that can be used as means of interpretation according to article 32. We think that both provisions, article 31.3 and 32, should be dealt separately in a more pronounced way than it is done in the Report.

Last, we do not want to overlook the interesting (and unavoidable) debate regarding the difference between interpretation and modification of a treaty. We agree with the Special Rapporteur on the fact that, as he states in paragraph 116 of his Report, "the dividing line between the interpretation and the modification of a treaty is in practice often difficult, if not impossible, to fix". We are also aware of the fact that International General Law does not preclude the Parties to a treaty from creating customary law through subsequent practice if *opinio iuris* so exists; in fact, the absence of hierarchy between norms in International Law would support such a possibility. At any rate, we think it convenient to make a systematic effort in order to keep both processes apart as their legal consequences are different and, as a matter of fact, they pose the question of the interplay between articles 31.3 and 39 of the Vienna Convention. Moreover, although there are indeed arbitral awards which raise some doubts, we believe that the International Court of Justice has maintained a clear (and cautious) position in that regard.

Chapter VIII

Mr. Chairman,

In reference to the protection of the atmosphere, my delegation would like to thank the Special Rapporteur, Mr. Shinya Murase, for the presentation of his first report on such an

extraordinarily complex topic in which different legal elements appear together with others of political, technical, and even of scientific nature. Logically, such report, at this early study stage, is limited to examine the general aim of the project, and to determine the justification of the work on the topic, to delimit its general scope, to identify the basic concepts and to offer the prospects and approaches that could be adopted on this topic. Three other very general draft guidelines have also been presented.

First of all, it is important to recall that this VI Commission expressed in due course very serious criticisms to the viability of the topic. Not in vain, the Commission included the topic in its programme of work, on the understanding that this would not interfere with relevant political negotiations. Specific substances that are subject of negotiation amongst States (such as the black carbon or the troposphere ozone) should not be dealt with, matters related to the outer space should not be included, and the outcome should be mere draft guidelines. It is not the moment now to consider if the 2013 understanding was a good or a bad precedent for the Commission, but it is important to recall that its formulation was made with certain flexibility. Nevertheless, taking into account such understanding and the first results now presented, we could ask ourselves if the problems that are related to this topic and the limitations imposed to the General Rapporteur allow a feasible topic. My delegation has some doubts on this question. One could even wonder whether this topic really fits within the ILC functions taking into account that it cannot replace the absence of enough international consensus in order to legally develop a topic. However, it is true that the fragmentation due to the existence of different systems could leave space for the identification and systematization of common principles.

In addition, the Special Rapporteur presents a very attractive concept from an academic point of view, but with a rather unclear legal content. The concept of “common concern of humankind” is, unlike the well-established concept of “common heritage”, a vague proposal, not very precise, without a defined legal content and subject to very different legal interpretations. Moreover, it can be understood that substantive legal obligations for the States to protect the atmosphere beyond the obvious obligation of international cooperation would derive from this concept. If that should be the case, a deeper and detailed study is needed in order to justify such postulate. Being thing as they are, we look forward to having the second report in which the content of the liability of States with respect to the protection of the atmosphere is dealt with. We recommend at any rate a prudent approach.

Chapter IX

Mr Chairman,

On the topic of the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction I would very much like to start by congratulating most sincerely the Special Rapporteur, my compatriot and predecessor, Mrs. Concepción Escobar Hernández. She has done some excellent, detailed and thorough work in her third report. It is indeed an accurate and analytical contribution to both, establishing the definition of the term “official” and determining the subjective scope of the immunity of jurisdiction *ratione materiae*.

However, the definition proposed for the term “official” in article 2. (e) is evidence of the obvious complexity of the matter. The concept is as necessary to delimit the scope of immunity as it is difficult to define. To start with, there are terminological difficulties to find the equivalents of the term “state official” in the various languages. We, at least, doubt that the

Spanish term “funcionario del Estado” is entirely adequate, and the same goes, by the way, for the French one (“représentant de l’Etat”). This is probably due to the fact that each State has its own definition for funcionario and to the absence of a general concept of funcionario in International Law. Secondly, the definition combines a representative approach (“any individual who represents the State...”) with a functional one (“... or who exercises State functions). I do not want to get into the debate on whether the relevant element is the act or the person who performs it, although it is a question that deserves consideration. But we think that, without abandoning the Special Rapporteur’s rationale, the determination of the specific link between the individual and the State is still somewhat imprecise. We surely could agree that the phrase “who represents the State” must be understood in a broad sense. But the link between the individual and the State can, by no means, be interpreted so broadly as to encompass all de facto officials. The reference to the exercise of “State functions” is also far too imprecise and vague. In fact, we still have many doubts. Allow me to express three of them by way of example: Does this reference apply to officials of federal entities who represent their regional government abroad? Would it apply to employees of private entities operating in the service of the State? Is there not sufficient state practice (at least in some States) to consider the immunity of legal persons on a case-by-case basis?

In our view, the wording of draft article 5 could be improved for the same reasons as stated regarding article 2 (e). We agree that it is not possible to draw up a list of persons enjoying immunity *ratione materiae* and that these persons must be identified on a case-by-case basis by applying the criteria set out in draft article 2. The problem lies in the excessive imprecision of those criteria as well as of the draft article 5.

In any case, we await with great interest the completion of the ambitious programme announced by the General Rapporteur and, in particular, the 2015 report on the sensitive topic of the exceptions

Thank you very much Mr. Chairman