



ESPAÑA

**INTERVENCIÓN DEL
PROFESSOR JOSÉ MARTIN y PÉREZ DE NANCLARES**

**JEFE DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MINISTERIO DE
ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN DE ESPAÑA**

**EN LA 72ª SESIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL
SEXTA COMISIÓN**

**PARTE II: CAPÍTULO VI (Protección de la atmósfera) y VII (Inmunidad de
jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)**

Nueva York, 27 de octubre de 2017

(Cotejar con intervención definitiva)

**STATEMENT BY
PROFESSOR JOSÉ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES**

**HEAD OF THE INTERNATIONAL LEGAL ADVISORY SERVICE OF THE
MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS AND COOPERATION OF SPAIN**

**AT THE 72nd SESSION OF THE GENERAL ASSEMBLY
SIXTH COMMITTEE**

**Part II: CHAPTERS VI (Protection of the atmosphere) and VII
(Immunity from criminal jurisdiction of State officials)**

New York, 27 October 2017

(Check against delivery)

Sr. Presidente,

Permítame comenzar mi segunda intervención ante esta VI Comisión felicitando, de nuevo, a la Comisión de Derecho Internacional por la calidad del trabajo que ha llevado a cabo durante su 69ª sesión. En el caso particular de los temas objeto de los capítulos VI y VII, sin embargo, no puede decirse que haya habido grandes avances en su tratamiento.

Capítulo VI: Protección de la atmósfera

Sr. Presidente,

En relación con el capítulo VI, sobre la protección de la atmósfera, la delegación española desearía, ante todo, felicitar al Sr. Shinya Murase por la presentación de su cuarto informe sobre el tema. La felicitación se dirige también a la Comisión por los textos aprobados provisionalmente a lo largo de este año, que fueron, finalmente, tres párrafos del preámbulo y el proyecto de directriz 9.

Los nuevos párrafos del preámbulo no nos plantean mayores problemas en cuanto a su contenido. Por lo que se refiere a su ubicación, nos parece que, al haber situado el párrafo que empieza por “Observando la estrecha interacción (...)” en tercer lugar, se rompe la conexión lógica existente entre el párrafo segundo y el antiguo párrafo tercero, ahora cuarto.

Con respecto al *proyecto de directriz 9* (*‘Interrelación entre las normas pertinentes’*), debemos comenzar manifestando nuestra satisfacción por que los proyectos de directrices 9 a 12 se hayan fusionado en uno solo.

Dicho lo anterior, tenemos que expresar cierta insatisfacción por lo que se dice en ese único proyecto de directriz y también por cómo se dice.

Empezando por el contenido, no vemos clara la pertinencia, en un instrumento dedicado a la protección de la atmósfera, de una directriz que se refiere, sin más, a la relación entre los distintos sectores materiales del Derecho Internacional, sin inclinarse a favor de la atmósfera. Esta delegación no apuesta por el establecimiento de una especie de principio *pro atmosphaera*, simplemente se limita a señalar que, expuestas en unos términos tan neutrales, no se entiende la presencia en este proyecto de directriz de las previsiones que recogen los apartados 1 y 2.

En cuanto a los términos empleados, por más que sigan o pretendan seguir las conclusiones del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación, no nos parece que sean, desde un punto de vista técnico, todo lo precisos que debieran.

Comenzando con el apartado 1, no creemos que la interpretación integrada de las normas del Derecho Internacional relativas a la protección de la atmósfera y a otros ámbitos materiales dé lugar a “un solo conjunto de obligaciones compatibles”. Cada instrumento dará lugar a sus propias obligaciones; el objetivo que hay que perseguir es que los instrumentos en los que tales obligaciones tienen su origen se interpreten de manera compatible entre sí, de forma que las obligaciones resultantes también lo sean. En realidad, en las conclusiones del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación se habla de “un solo conjunto de obligaciones compatibles”, cuando se trata de varias normas relativas a una misma cuestión, y no de normas referidas a ámbitos materiales distintos, que es de lo que aquí se trata.

En ese mismo párrafo se mencionan el principio de armonización, que no estamos seguros de que tenga cabida en el Derecho Internacional. En realidad, esa referencia a los principios de armonización e interpretación sistémica podría suprimirse sin que el sentido del texto se viera afectado mínimamente. Por un lado, el principio de armonización entendemos que apela a la interpretación conforme de las distintas fuentes del Derecho Internacional, idea que ya está recogida en otro lugar del apartado 1. Por el otro, el principio de interpretación sistémica o sistemática se consagra en el artículo 31, párrafo 3, letra c), de la Convención Viena sobre el Derecho de los Tratados, precepto éste que aparece expresamente citado.

En la última frase de este mismo apartado 1 se habla de las “normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” y de “los principios y normas del derecho internacional consuetudinario”. Si se quiere hacer la distinción entre las previsiones de la Convención de Viena de 1969 y las normas consuetudinarias internacionales no puede hablarse de las previsiones de Viena como “normas”, pues ésta es una expresión que, como es bien sabido, se reserva para las normas consuetudinarias, en atención a su alcance general. La mención al contenido de la Convención de Viena debería hacerse a sus “disposiciones” o a sus “previsiones”, pero no a sus “normas”.

El artículo 30 de la Convención de Viena no prescribe la compatibilidad entre los distintos tratados que obligan a dos o más sujetos entre sí. No juzgamos, pues, pertinente la mención específica que se hace de esa disposición en tal sentido. Nada que objetar, en cambio, a la cita del artículo 31, párrafo 3, letra c), que, en efecto, engrosa la interpretación sistemática, al estipular que en la interpretación de un tratado debe tenerse en cuenta toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las Partes.

Dejando el apartado 1 para adentrarnos en el apartado 2, vuelve a utilizarse aquí erróneamente la palabra “normas” como sinónimo de fuente de Derecho Internacional. Por otra parte, las normas o los demás fuentes no se “elaboran”. Finalmente, el término “armonioso” no es muy jurídico; ¿por qué no aludir a la “compatibilidad” de los contenidos de los instrumentos internacionales que adopten los Estados o de las normas internacionales

que les obliguen en el ámbito de la protección de la atmósfera y en otros ámbitos materiales? Al fin y al cabo la palabra “compatible” se emplea en el apartado anterior.

En cuanto al apartado 3, relativo a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación y la degradación atmosféricas, no tenemos claro que la previsión que encierra deba presentarse como un criterio que guíe la aplicación de los apartados anteriores. Más bien debería constituir un proyecto de directriz específico, pues lo que hace es introducir una nueva consideración.

Por otra parte, no se trata de que las personas y grupos sean “particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica”, sino que son vulnerables a los efectos de una y otra.

Por lo que se refiere al texto del comentario, nos terminamos de ver la pertinencia de la mención del principio de no discriminación, en el párrafo 13 del comentario. En realidad, lo que allí se recoge es muy especulativo; de hecho, el párrafo empieza refiriéndose a que “[u]na posible consideración es la pertinencia del principio de no discriminación” y sigue con la cita de “algunos autores”. Nada muy sólido. Esta delegación propondría, por ello, la supresión del párrafo 13.

Capítulo VII: Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Sr. Presidente,

A propósito del capítulo VII, dedicado a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la delegación de España quisiera, en primer lugar, reiterar la felicitación a nuestra compatriota, D^a Concepción Escobar Hernández, por la presentación en 2016 de su quinto informe. Deseamos expresar también nuestro reconocimiento a la Comisión por haber completado su análisis en este período de sesiones y por la aprobación provisional del proyecto de artículo 7.

Ahora bien, Sr. Presidente, como ya adelantamos con carácter general en nuestra anterior intervención, creemos que tanto en este tema como en todos los demás la Comisión debe dejar claro cuándo actúa *de lege lata* y cuándo *de lege ferenda*. Y, en todo caso, también debería evitar dar la impresión de estar creando Derecho. De lo contrario, el efecto final podría ser precisamente el contrario al deseado.

Por lo que corresponde al tema concreto que ahora nos ocupa, mi delegación no alberga dudas sobre, por ejemplo, la consideración como Derecho consuetudinario de las inmunidades *ratione personae* en relación con los jefes de Estado, jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores. Sin embargo, sinceramente, no podemos afirmar lo mismo

respecto de las excepciones y límites a las inmunidades *ratione materiae*. En este aspecto resulta particularmente difícil identificar (y acaso también analizar) tanto la práctica estatal como la *opinio iuris*. Existe muy escasa práctica y tampoco se constata el necesario consenso jurídico. Tal ausencia de consenso se atisba, en primer lugar, en el hecho de que el Tribunal Internacional de Justicia haya eludido, al menos en dos ocasiones, pronunciarse sobre el carácter consuetudinario (o no) de esta materia. Como bien conocemos, la falta de consenso se ha puesto también de manifiesto, de manera palmaria, en el seno de la propia Comisión.

Como ya adelantamos en nuestra intervención del miércoles sobre las cuestiones generales del informe, resulta realmente llamativo que la aprobación del proyecto de artículo 7 fuera fruto de una votación en el seno de la Comisión; y no menos llamativo es que en el comentario se refleje la discrepancia de los miembros que quedaron en minoría. Hemos escuchado con atención las explicaciones dadas ayer por el Presidente de la Comisión. Pero, a pesar de todo, seguimos pensando que ambas circunstancias, ciertamente excepcionales, restan fuerza al proyecto de artículo; y sobre todo, nos sitúan a los Estados en una posición imposible, cual es decidir nosotros si existe o no una tendencia a favor de la inaplicabilidad de las inmunidades ante determinados crímenes internacionales. Si la Comisión pretende realizar una propuesta de *lege ferenda* lo menos que se puede pedir es que en su seno haya acuerdo al respecto; si no, mucho nos tememos –y lamentamos mucho decirlo- que la propuesta nace tocada de muerte.

En todo caso, ello no es óbice para constatar a renglón seguido que de existir una "tendencia", desde luego la legislación española más reciente se enmarcaría dentro de ella. La Ley sobre inmunidades de Estados y organizaciones internacionales con sede en España, aprobada el 27 de octubre de 2015 y que regula, *inter alia*, la inmunidad de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores, excluye la inmunidad ante los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad que pudieran haber perpetrado mientras ocuparon sus cargos. Estos cuatro crímenes están contemplados en el apartado 1 del proyecto de artículo 7, que completa la relación con el crimen de *apartheid* y la tortura.

A la hora de definir los crímenes del apartado 1, había dos opciones: remitir a las definiciones contenidas en los tratados de referencia o reproducir dichas definiciones. En este caso se opta por lo primero. En cambio, en el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad se reproducen las definiciones empleadas en el Estatuto de Roma de 1998. No terminamos de entender la razón de esta distinta forma de operar por parte de la Comisión.

En otro orden de consideraciones, coincidimos con la Sra. Escobar Hernández en que el tema de los límites o las excepciones de la inmunidad (o, si se prefiere, de la identificación de los supuestos en que la inmunidad *ratione materiae* no opera) es una cuestión previa a

los aspectos procesales de la inmunidad. Ahora bien, asuntos como la renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado no formarían parte de esas cuestiones procesales cuyo tratamiento puede dejarse para el final. Trasladándonos al ámbito de las inmunidades de los Estados, cabe citar aquí, como ejemplo, la *Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, de 2004, que trata de la renuncia a la inmunidad en su parte II, relativa a los principios generales, y no en la parte V, donde se sitúan los aspectos procesales.

Finalmente, la referencia en la rúbrica y en el texto del proyecto de artículos a la inmunidad *ratione materiae* nos lleva insistir en cuanto señalamos el año pasado en este mismo foro en relación con el apartado 3 del proyecto de artículo 6: en esa sede es preciso calificar abiertamente la inmunidad de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores al término de sus mandatos como una inmunidad *ratione materiae*. A los argumentos que presentábamos entonces cabe añadir uno adicional: que no quepa duda de que la previsión del proyecto de artículo 7 les resultaría de aplicación.

Muchas gracias, Sr. Presidente.

Mr Chairman,

Please allow me to begin my second address before this Sixth Committee by once again congratulating the International Law Commission on the quality of its work during its 69th session. However, in the particular case of the issues addressed in Chapters VI and VII, it cannot be said that major progress has been made.

Chapter VI: Protection of the atmosphere

Mr Chairman,

As regards Chapter VI, regarding the protection of the atmosphere, the Spanish Delegation would like, first of all, to congratulate Mr. Shinya Murase on the presentation of his fourth report on this issue. Our congratulations are also extended to the Commission for the texts approved provisionally over the course of this year, which were, in the end, three preambular paragraphs and the draft of Guideline 9.

We see no problems regarding the new preambular paragraphs, insofar as their content is concerned. As to their placement, it seems to us that putting the paragraph that begins “Noting the close interaction (...)” thirdly breaks up the logical connection between the second paragraph and the former third paragraph, now the fourth.

Regarding *draft Guideline 9 (“Interrelationship among relevant rules”)*, we should begin by expressing our satisfaction that Guidelines 9 and 12 have been fused into a single one.

Having said this, we must express a certain amount of dissatisfaction for (with) what this single draft Guideline says, and also how it is said.

Beginning with the content, we do not clearly see the relevance, in an instrument for protection of the atmosphere, of a guideline that simply refers to the relationship between different fields of international law, without favouring the atmosphere. This Delegation does not advocate the establishment of a kind of *pro atmosphaera* principle; we simply point out that, expressed in such neutral terms, the presence in this draft Guideline of the provisions set forth in paragraphs 1 and 2 makes no sense.

As regards the terms employed, no matter how much they follow or try to follow the conclusions of the Commission’s Study Group on fragmentation, it does not seem to us that they are, from a technical viewpoint, as precise as they should be.

Beginning with paragraph 1, we do not believe that the integrated interpretation of the rules of international law relating to the protection of the atmosphere and other physical environments gives rise to “a single set of compatible obligations”. Each instrument should give rise to its own obligations; the goal to be sought is for the instruments in which these

obligations originate to be interpreted in a way that is compatible amongst them, so that the resulting obligations are, as well. In reality, the conclusions of the Commission's Study Group on fragmentation refer to "a single set of compatible obligations" when dealing with different rules regarding the same issue, and not to rules referring to different fields, which is what we are dealing with here.

In this same paragraph, the principle of harmonization is mentioned, which we are not sure falls under the aegis of international law. In reality, this reference to the principles of harmonization and systemic interpretation could be struck out, without the slightest effect on the meaning of the text. On the one hand, we understand the principle of harmonization to call for interpretation in conformity of different sources of international law, an idea that is already expressed elsewhere in paragraph 1. On the other, the principle of systemic or systematic interpretation is enshrined in Article 31, paragraph 3(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a precept which is expressly cited.

The last sentence of this same paragraph 1 mentions the "relevant rules set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969" and "the principles and rules of customary international law". If the idea here is to distinguish between the provisions of the Vienna Convention of 1969 and customary international rules, the Vienna provisions cannot be called "rules", because, as is well known, this expression is reserved for customary rules, in view of their general scope. References to the content of the Vienna Convention should mention its "provisions", not its "rules".

Article 30 of the Vienna Convention does not provide for compatibility between different treaties binding two or more parties together. We do not, therefore, consider it appropriate to make a specific mention of said provision in this regard. We have nothing to object, however, to quoting Article 31, paragraph 3, letter c), which, in fact, does add to the systematic interpretation, by setting forth that a treaty shall be interpreted taking into account any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

Moving on from paragraph 1 to focus on paragraph 2, once again the word "rules" is used mistakenly as a synonym of a source of international law. Moreover, rules or other sources are not "developed". Finally, the term "harmonious" is not strictly legal in nature. Why not allude to the "compatibility" of the contents of international instruments adopted by States, or of international rules that are binding for them in the field of protection of the atmosphere and in other fields? After all, the word "compatible" is used in the preceding paragraph.

As for paragraph 3, about persons and groups particularly vulnerable to atmospheric pollution and atmospheric degradation, we are not convinced that the provision it contains should be presented as a criterion to guide the application of the preceding paragraphs.

Rather, this provision should be a specific draft Guideline, because a new consideration is being introduced.

Furthermore, it is not a matter of persons and groups being “particularly vulnerable to atmospheric pollution and atmospheric degradation”, but that they are vulnerable to the *effects* of the former and of the latter.

As regards the text of the Commentary, we do not quite see the relevance of mentioning the principle of non-discrimination in paragraph 13. Actually, the content of the paragraph is highly speculative; in fact, the paragraph begins by referring to the fact that “One *possible* consideration is the relevance of the principle of non-discrimination” and goes on to quote “Some authors”—nothing very solid. This Delegation would, therefore, propose the elimination of paragraph 13.

Chapter VII: Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction

Mr Chairman,

Regarding Chapter VII, on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, the Delegation of Spain would like, firstly, to repeat its congratulations to our fellow Spaniard Ms. Concepción Escobar Hernández, for the submission in 2016 of her fifth report. We would also like to express our recognition of the Commission for having completed its analysis during this session, and for the provisional approval of draft Article 7.

Nevertheless, Mr. Chairman, as we have already brought forward more generally in our previous intervention, we believe that on this subject, as in all the others, the Commission should make a clear distinction on whether it is acting on a *de lege lata* or a *de lege ferenda* basis. And, in any case, it should avoid giving the impression of being creating Law. Otherwise, the final effect will be precisely the opposite of the intended one.

With regards to the particular issue we are now dealing with, my delegation has no doubts, for example, about the consideration as customary international law of the immunity of former Heads of State and of Government and former Ministers of Foreign Affairs. However, if we are being honest, we cannot say the same thing about the exceptions and limits to the immunity *ratione materiae*. In this regard, identifying (and perhaps also analysing) both State practice and *opinio iuris* proves particularly difficult. State practice is scarce and the necessary legal consensus cannot be found either. Such a lack of consensus can be discerned, firstly, from the fact that the International Court of Justice has avoided, at least twice, to pronounce itself on the customary nature (or not) of this issue. As we all know, the lack of consensus became clearly evident within the Commission itself.

As we already brought forward in our intervention on Wednesday on the general issues of the report, it is really striking that the approval of article 7 resulted from a vote in the Commission, and it is no less striking that the Commentary reflects the discrepancy of those members who were in the minority. Yesterday, we listened with attention to the explanations given by the President of the Commission. However, we still think that both circumstances, certainly exceptional, weaken the draft Article, and above all, they place States in an impossible position: forcing us to decide whether or not there is a trend toward the inapplicability of immunity for certain international crimes. If the Commission intends to make a *de lege ferenda* proposal, the least that can be asked is that within the Commission there be agreement on this; otherwise, we greatly fear, and we are very sad to say it, that the proposal will be stillborn.

In any case, it wouldn't be an obstacle to confirm, at the same time, that if there is a "trend", the most recent Spanish legislation would certainly be in line with it. The Law on Immunity of States and International Organisations based in Spain, approved on October 27th 2015, which regulates, *inter alia*, the immunity of former Heads of State and of Government and former Ministers of Foreign Affairs, excludes immunity from the crimes of genocide, forced disappearance, war crimes, and crimes against humanity that they may have committed while in office. These four crimes are included in paragraph 1 of draft Article 7, which completes the list with the crime of apartheid and torture.

When defining the crimes in paragraph 1, there were two options: referring to the definitions contained in the treaties of reference, or restating said definitions. In this case, the former option was chosen. However, in the draft Articles on crimes against humanity, the definitions used in the 1998 Rome Statute are restated. We cannot quite understand the reason for the Commission's different approach.

Moving on to different considerations, we agree with Ms Escobar Hernández in that the issue of the limits or exceptions to immunity (or, if preferred, of the identification of the cases in which immunity *ratione materiae* does not operate) is an issue that is prior to the procedural aspects of immunity. However, issues such as State officials' waiver of immunity would not be part of those procedural issues, the treatment of which may be left for the end. Moving to the sphere of State immunities, here we can mention, as an example, the *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* of 2004, which addresses the waiver of immunity in Part II, on General Principles, and not in Part V, which includes procedural aspects.

Lastly, the reference in the draft Article's heading and text to immunity *ratione materiae* leads us to insist on what we pointed out last year at this same forum with regard to paragraph 3 of draft Article 6: That in this provision it is necessary to explicitly classify the immunity of Heads of State and of Government and Ministers of Foreign Affairs after the end of their mandates as immunity *ratione materiae*. To the arguments we presented then,

we can add another: that there be no doubt that the provision in draft Article 7 would be applicable to them.

Thank you very much, Mr Chairman.