



ESPAÑA

INTERVENCIÓN DEL
PROFESSOR JOSÉ MARTÍN 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 III: CAPÍTULO VIII (Normas imperativas de Derecho internacional
general (*ius cogens*)), IX (La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del
Estado) y X (Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados)

Nueva York, 31 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 III: CHAPTERS VIII (Peremptory norms of general international law
[*ius cogens*]), IX (Succession of States in respect of State responsibility) and X
(Protection of the environment in relation to armed conflicts)

New York, 31 October 2017

(Check against delivery)

Sr. Presidente,

Permítame comenzar mi tercera 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 particular, en esta ocasión, en relación con los temas abordados en los capítulos VIII y IX de su Informe. En cambio, el tema objeto del capítulo X no ha experimentado apenas avances.

Capítulo VIII: Normas imperativas de Derecho internacional general (ius cogens)

Sr. Presidente,

En relación con el capítulo VIII, dedicado a las normas imperativas de Derecho Internacional general (ius cogens), la delegación española desea expresar su reconocimiento al Relator Especial sobre la materia, Sr. Dire Tladi, por el segundo informe que ha presentado a la Comisión, y a ésta por el examen del tema.

Antes de centrarnos en los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, España desea reiterar cuanto ha expuesto en varias ocasiones en esta misma sede: que resulta fundamental preservar el carácter abierto y flexible del proceso de formación de las normas de ius cogens y que la elaboración de una lista de tales normas podría cuestionar dicho objetivo.

Además, también con carácter general, quisiéremos manifestar que la versión de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción da respuesta a muchas de nuestras observaciones a los proyectos tal y como se recogían en el informe del Relator Especial.

En cuanto al proyecto de conclusión 1 ('Alcance'), hay que significar que, al circunscribir su alcance a las normas imperativas de Derecho internacional general, deja fuera el ius cogens regional. Convendría que en el comentario quedara constancia de su posible existencia. El hecho de que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se refiera al Derecho Internacional general y exija, por ende, la opinio iuris cogentis de "la

comunidad internacional de Estados en su conjunto”, no significa que no puedan existir normas de ius cogens cuyo alcance se limite a un grupo de Estados. Cuestión distinta es que dichas normas no puedan operar, con carácter general, como causa de nulidad de los tratados; sólo lo harán con respecto a los tratados celebrados entre los Estados a quienes dicho ius cogens regional obliga.

Vistos los debates habidos en la Comisión, en el comentario a este mismo proyecto de conclusión debería aclararse que la referencia al Derecho Internacional general no excluye la existencia de normas de ius cogens en ámbitos materiales específicos, como podría ser, claramente, el Derecho humanitario.

En el proyecto de conclusión 2 (‘Naturaleza general de las normas imperativas de Derecho internacional general (ius cogens)’), seguimos sin ver la alusión a la superioridad jerárquica de este tipo de normas. Dicha posición no es sino una consecuencia de su carácter indisponible, afirmado en el proyecto de conclusión 3.

Por otra parte, al hilo de la aplicación universal de las normas de ius cogens, España considera que en el comentario sería necesario aludir a la diferencia entre la naturaleza de ius cogens de una norma y su alcance erga omnes. Máxime teniendo presente que, en su jurisprudencia, la Corte Internacional de Justicia alude siempre al carácter erga omnes, sin afirmar expressis verbis el carácter de ius cogens de normas y principios que todos coincidiríamos en calificar como tales.

Por lo que respecta a este proyecto de conclusión 3 (‘Definición de una norma imperativa de Derecho internacional general (ius cogens)’), España desea celebrar que el Comité de Redacción recogiera su crítica y eliminara la expresión “abrogación”, dejando sólo la referencia a la derogación y la modificación.

En cuanto al proyecto de conclusión 5 (‘Bases de las normas imperativas de Derecho internacional general (ius cogens)’), nos parece que la alusión en el apartado 2 a los tratados deberá acompañarse de una explicación en el futuro comentario. De una explicación que, ante el característico efecto inter partes de los tratados, apunte a la interrelación tratado-costumbre,

en sus distintas modalidades de consolidación, cristalización o generación. En este sentido, compartimos la opinión del Sr. Murphy cuando sugería que se hablara de los tratados no como bases de las normas imperativas de Derecho internacional general, sino como reflejo de ellas. En cuanto a los principios generales del Derecho, defendemos la idea (reflejada en el apartado 2) de que las normas imperativas internacionales generales puedan tener su base en ellos.

Por lo que concierne al proyecto de conclusión 6 ('Aceptación y reconocimiento'), nos parece que su rúbrica debería completarse, no sólo porque en sí misma resulta un poco desconcertante, sino también por asemejarla a las rúbricas del resto de proyectos de conclusiones. A lo mejor se podría añadir 'Aceptación y reconocimiento como un criterio para la identificación de las normas imperativas de Derecho internacional general (ius cogens)'.

Con respecto al proyecto de conclusión 7 ('Comunidad internacional de Estados en su conjunto'), aplaudimos el reforzamiento de la mayoría de Estados requerida para poder entender que representan a la comunidad internacional de Estados en su conjunto: de "gran mayoría" hemos pasado a "muy gran mayoría".

En el apartado 3 se aborda la posición de otros sujetos distintos a los Estados. En la medida en que en la definición de las normas de ius cogens del proyecto de conclusión 3 y en los criterios que se fijan para su identificación en el proyecto de conclusión 4 se habla de la "comunidad internacional de Estados", resulta coherente que la posición de otros sujetos sea instrumental para determinar la posición de aquéllos. Ahora bien, en el caso específico de las organizaciones internacionales, nos cuesta asumir que no puedan tener un papel autónomo; que, con su actuación, no puedan reflejar la aceptación por su parte de que determinadas normas del Derecho Internacional son imperativas y eso no sea relevante.

Siguiendo con este apartado 3 del proyecto de conclusión 7, del que solo contamos con la versión inglesa, nos gustaría realizar, preventivamente, dos advertencias de cara a su traducción al español. Lo hacemos aleccionados por la traducción al español que se hizo del proyecto de conclusión obra del Relator Especial. En primer lugar, "other actors" no debería traducirse por "otros agentes", sino por "otros sujetos". En segundo lugar, "assess" no debería traducirse por "evaluar", sino por "valorar".

Terminamos con una referencia al proyecto de conclusión 9 ('Prueba de aceptación y reconocimiento'), pese a que todavía no ha sido examinado por el Comité de Redacción. Como señalaron varios miembros de la Comisión, debería quedar claro que los medios de prueba que se citan son meros ejemplos y no constituyen un *numerus clausus*. Además, en esa relación podrían incluirse: los actos y normas de Derecho interno (incluidas las Constituciones), las resoluciones de los tribunales nacionales y las intervenciones en organizaciones y en conferencias internacionales.

Capítulo IX: La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

Sr. Presidente,

Abordando el capítulo IX, acerca de la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado, la delegación española desea dar la enhorabuena al Sr. Sturma, por la presentación de su primer informe sobre el tema, y a la propia Comisión, por el tratamiento que ha hecho de él.

Nos enfrentamos a un tema sobre el que apenas existen normas de Derecho Internacional. La labor de la Comisión se traducirá, pues, en propuestas de *lege ferenda*. No ocultamos nuestro escepticismo en cuanto al éxito final de la empresa.

Los dos proyectos de artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (los proyectos de artículos 1 y 2) no plantean mayores problemas. Únicamente debería tenerse presente que, en caso de que no se recogiera una previsión *ad hoc* afirmando que el hecho determinante de la sucesión ha de ser legal (en términos similares a los que emplean las Convenciones de Viena en materia de tratados y en materia de bienes, archivos y deudas, en sus artículos 6 y 3, respectivamente), entonces, en ausencia de dicho artículo, la idea debería incorporarse al proyecto de artículo 1.

En cuanto al proyecto de artículo 3 ('Pertinencia de los acuerdos para la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad'), creemos que los apartados 1 y 2 podrían refundirse y simplificarse. En definitiva, se trata de afirmar la inoponibilidad al Estado víctima de un ilícito

internacional del acuerdo sobre la transmisión de dicha responsabilidad que, en un escenario de sucesión de Estados, el Estado responsable del ilícito y predecesor pueda haber alcanzado con el Estado sucesor.

Por otra parte, el tenor literal del apartado 3 no deja claro a qué “otros acuerdos distintos de un acuerdo de transmisión” alude. Tampoco quiénes son sus partes: si se trata de acuerdos entre el Estado predecesor y el sucesor o entre cualquiera de ellos y el Estado víctima del ilícito internacional. Y, sin embargo, la afirmación de que esos acuerdos “producen plenos efectos sobre la transmisión de obligaciones o derechos derivados de la responsabilidad” dependerá de quiénes los han suscrito.

En esa misma línea, siguiendo con el apartado 3, nadie puede discutir que “[t]odo acuerdo es vinculante para las partes y ha de ser cumplido por ellas de buena fe”. Es el *pacta sunt servanda*, expuesto literalmente en los mismos términos que emplea el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. No pensamos que sea necesario reiterarlo.

Por lo que respecta al proyecto de artículo 4 (‘Declaración unilateral de un Estado sucesor’), la previsión de su apartado 1 es una obviedad. Los actos unilaterales no pueden ser fuente de derechos para el Estado autor, ergo una declaración unilateral del Estado sucesor no podrá suponer que se convierta en titular de los derechos que le correspondían, en el marco de la responsabilidad internacional, al Estado predecesor.

Desde un punto de vista conceptual, no tenemos problemas en aceptar que, a través de una declaración unilateral, el Estado sucesor puede pasar a asumir las obligaciones del Estado predecesor derivadas de un ilícito internacional. Pero no nos parece lograda la articulación entre el apartado 2 (que consagra esta idea, exigiendo sólo que la declaración se formule y términos claros y específicos) y el apartado 3, que remite, en general, a las normas de Derecho Internacional aplicables a los actos unilaterales de los Estados.

Capítulo X: Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

Sr. Presidente,

A propósito del capítulo X, relativo a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, esta delegación se limitará a celebrar que la Comisión haya decidido continuar tratando el tema y a felicitar a la Sra. Marja Lehto por su nombramiento como Relatora Especial.

Sr. Presidente, muchas gracias.

Mr Chairman,

Allow me to begin my third presentation to this VI Committee by congratulating the International Law Commission once again for the quality of the work carried out during its 69th Session, in particular, on this occasion, as regards the issues addressed in Chapters VIII and IX of its Report. However, barely any progress has been made on the issue that is the subject matter of Chapter X.

Chapter VIII: Peremptory norms of general international law (jus cogens)

Mr Chairman,

As regards Chapter VIII on the peremptory norms of general international law (jus cogens), the Spanish Delegation would like to acknowledge the Special Rapporteur on this matter, Mr Dire Tladi, for the second report that he has submitted to the Commission, and to acknowledge the Commission for examining the issue.

Before focusing on the draft conclusions approved provisionally by the Drafting Committee, Spain would like to reiterate what it has expressed several times previously in this same forum: that it is essential to preserve the open and flexible nature of the process of creating jus cogens norms, and that producing a list of such norms could call this objective into question.

Furthermore, and also generally speaking, we would like to state that the version of the draft Articles approved by the Drafting Committee responds to many of our observations on the drafts, as presented in the Special Rapporteur's report.

As to draft Conclusion 1 ("Scope"), it must be pointed out that, by limiting its scope to the peremptory norms of general international law, it leaves out regional jus cogens. It would be advisable for the Commentary to note its possible existence. The fact that Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties refers to general international law and, therefore, requires the *opinio iuris cogentis* of "the international community of States as a whole", does not mean that there can be no jus cogens norms whose scope is limited to a group of States. A

different matter is whether these norms can operate, in a general manner, as a cause for the invalidity of treaties; this would only be the case for treaties concluded between those States upon which said regional jus cogens is incumbent.

In light of the debates within the Commission, in the Commentary on this same draft Conclusion it should be clarified that the reference to general international law does not exclude the existence of jus cogens norms in specific fields, as could be, clearly, humanitarian law.

In draft Conclusion 2 (“General nature of peremptory norms of general international law [jus cogens]”), we still cannot see the reference to the hierarchical superiority of these kinds of norms. This position is nothing but a consequence of their peremptory nature, as affirmed everywhere.

Moreover, with regard to the universal application of jus cogens norms, Spain believes that in the Commentary it would be necessary to refer to the difference between the jus cogens nature of a norm and its erga omnes scope. Especially bearing in mind that, in its jurisprudence, the International Court of Justice always alludes to erga omnes nature, without stating expressis verbis the jus cogens nature of norms and principles that we would all agree on classifying as such.

As to draft Conclusion 3 (“Definition of a peremptory norm of general international law [jus cogens]”), Spain welcomes the fact that the Drafting Committee accepted its criticism and struck the expression “abrogation”, leaving only the reference to “derogation” and “modification”.

As to draft Conclusion 5 (“Bases for peremptory norms of general international law [jus cogens]”), it seems to us that the reference to treaties in paragraph 2 should be accompanied by an explanation in the future Commentary. By an explanation that, given the characteristic inter partes effect of treaties, indicates the relationship between treaties and custom, in their different forms of codification, crystallization, or generation. In this regard, we share the

opinion of Mr Murphy when he suggested that treaties be referred to not as bases of peremptory norms of general international law, but rather as a reflection of them.

As regards the general principles of law, we defend the idea (reflected in paragraph 2) that peremptory general international norms could be based on them.

As to draft Conclusion 6 (“Acceptance and recognition”), it seems to us that this title should be longer, not only because it is a bit disconcerting in and of itself, but also to make it more like the titles of the other draft Conclusions. Perhaps it could be worded as “Acceptance and recognition as a criterion for the identification of peremptory norms of general international law [jus cogens]”.

With regard to draft Conclusion 7 (“International community of States as a whole”), we welcome the strengthening of the majority of States required to be able to consider that they represent the international community of States as a whole: from “large majority” we have gone to “very large majority”.

Paragraph 3 addressed the position of actors other than States. To the extent that the definition of jus cogens norms in draft Conclusion 3 and the criteria set forth for their identification in draft Conclusion 4 refer to the “international community of States”, it would be consistent for the position of other actors to be instrumental in determining the position of the former. However, in the specific case of international organizations, it is difficult for us to accept that they cannot have an autonomous role; to accept that, with their actions, they cannot reflect acceptance on their part of the peremptory nature of certain norms of international law, and that this is not relevant.

Continuing with paragraph 3 of draft Conclusion 7, of which we have only the English version, we would like to provide some advance warnings with view to its translation into Spanish. We do this having learned our lesson with the translation into Spanish made of the draft Conclusion in the Special Rapporteur’s Report. Firstly, “other actors” should not be translated as “otros agentes”, but rather as “otros sujetos”. Secondly, “assess” should not be translated as “evaluar”, but rather as “valorar”.

Finally, we would like to refer to draft Conclusion 9 (“Evidence of acceptance and recognition”), despite the fact that it has yet to be examined by the Drafting Committee. As several members of the Commission pointed out, it should be made clear that the means of evidence cited are merely examples, and do not constitute a *numerus clausus*. Furthermore, in this regard, the following could be included: the acts and norms of domestic law (including constitutions), the decisions of national courts, and interventions in international organizations and conferences.

Chapter IX: Succession of States in respect of State responsibility

Mr Chairman,

Turning to Chapter IX, on the succession of States in respect of State responsibility, the Spanish delegation would like to congratulate Mr Šturma for his first report on this topic, and the Commission for addressing it.

We are dealing with a topic for which there are almost no international legal provisions. The work of the Commission will therefore result in proposals *de lege ferenda*. We are not hiding our scepticism as regards the ultimate success of this undertaking.

The two draft articles provisionally approved by the Drafting Committee (draft Articles 1 and 2) present no significant problems. It should however be taken into account that if no *ad hoc* provision is included stating that the determinant of the succession must be legal (in similar terms to the Vienna Conventions on the Law of Treaties and on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts in Articles 6 and 3, respectively), in the absence of such an article, the concept should be included in the draft Article 1.

As regards draft Article 3 (“Relevance of the agreements to succession of States in respect of responsibility”), it is our view that paragraphs 1 and 2 could be rewritten and simplified. In short, the aim is to set down the unenforceability of an agreement on the devolution of responsibility on a State that is a victim of an internationally wrongful act, in a situation of

succession of States, if said agreement has been reached with the predecessor State responsible for the wrongful act.

Furthermore, the literal wording of paragraph 3 does not make it clear what it is referring to by “an agreement other than a devolution agreement”. Nor does it establish who the parties are: whether they are agreements between the predecessor State and the successor State or between either of them and the State that is the victim of an internationally wrongful act. Nonetheless, the statement that these agreements produce “full effects on the transfer of obligations or rights arising from State responsibility” depends on who enters into such agreements.

Similarly, also in paragraph 3, nobody can refute that “[a]ny agreement is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” This is *pacta sunt servanda*, with exactly the same terms as Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. We do not consider it necessary to reiterate this.

Turning to draft Article 4 (“Unilateral declaration by a successor State”) the provision set down in paragraph 1 is self-evident. Unilateral acts cannot give rise to rights for the State undertaking said acts, ergo a unilateral declaration from the successor State could not result in it becoming the holder of the rights to which the predecessor State was entitled, under international law on responsibility.

From a conceptual standpoint, we do not have an objection to accepting that a successor State may assume the obligations of a predecessor State arising from an internationally wrongful act, through a unilateral declaration. However, we do not consider there to be an efficacious relationship between paragraph 2 (which enshrines this concept, requiring solely that the declaration be stated in clear and specific terms) and paragraph 3, which generally cites provisions of international law that apply to unilateral acts by States.

Chapter X: Protection of the environment in relation to armed conflicts

Mr Chairman,

As regards Chapter X, on protection of the environment in relation to armed conflicts, the Spanish delegation would merely like to applaud the Commission's decision to continue working on this topic and to congratulate Ms Marja Lehto on her appointment as Special Rapporteur.

Thank you very much, Mr Chairman.