



MISION PERMANENTE DE CHILE ANTE NACIONES
UNIDAS
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Intervención de la Embajadora Mariana Durney

**Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio
de Relaciones Exteriores de Chile**

con ocasión del

**73° PERÍODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL
SEXTA COMISIÓN**

**TEMA 80: INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL (A/73/10)**

Nueva York, octubre de 2018

CLUSTER I

(Capítulo IV Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”. Capítulo V “Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario”. Capítulo XII Celebración del 70° aniversario de la Comisión)

Señor Presidente (E. Sr. Michel Xavier Biang (Gabón):

Permítame comenzar mi intervención expresando el honor que representa para mí participar, por primera vez, en esta Sexta Comisión.

Quisiera felicitarle a Ud. por su elección para presidir esta Comisión, extendiendo este reconocimiento a los demás miembros de la Mesa y a su dedicado trabajo en pos de desarrollar unas jornadas exitosas.

Asimismo, me permito destacar la labor del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional, por la presentación del completo Informe sobre la labor efectuada durante su último período de sesiones. Junto con agradecer la calidad de la investigación y del trabajo realizado por la Comisión y los Relatores Especiales en cada uno de los temas incluidos en su programa de trabajo, quisiera felicitarlo por las cualitativas sesiones de conmemoración que marcaron el septuagésimo aniversario de dicho órgano.

Permitidme ahora formular nuestras observaciones al Reporte de la Comisión.

Señor Presidente,

En primer lugar, me referiré al tema **“Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”**.

Al respecto, quisiera felicitar al profesor Nolte por la contribución realizada en su calidad de Relator Especial, habiendo preparado 5 excelentes Informes a lo largo de sendos periodos de sesiones. El resultado alcanzado ha sido posible gracias a su responsable liderazgo, cuyo trabajo ha permitido sistematizar de modo preciso las normas y precedentes existentes en la materia, con la evidente utilidad práctica que ello implica para los abogados internacionalistas y la claridad teórica que aporta desde el punto de vista académico.

Dentro de las 13 conclusiones y sus comentarios, aprobadas en segunda lectura, nos parece importante comenzar con lo establecido en la Conclusión 5, en relación a la identificación del comportamiento que constituye práctica ulterior para los efectos de los artículos 31 y 32 de VCLT, en cuanto enfatiza que lo relevante es el comportamiento de: (1) una parte y (2) en la aplicación de un tratado. Así, aborda el importante punto del autor del comportamiento y el objetivo o propósito del comportamiento. Comportamientos realizados por actores no ejerciendo funciones estatales y/o por cualquier otro motivo que no sea “en aplicación de un tratado”,

aunque recaigan sobre materias reguladas por el mismo, son irrelevantes para estos efectos. Además, como indican los comentarios, la expresión “cualquier comportamiento”, utilizada en el párrafo 1, debe entenderse en el sentido de que “puede consistir” en una práctica ulterior que las demás partes del tratado deben conocer y pueden evaluar. Añaden correctamente los comentarios que “esta aclaración reviste especial importancia en relación con el comportamiento de los órganos estatales que pueden contradecir una posición expresada oficialmente por el Estado con respecto a un asunto determinado y contribuir así a que el comportamiento del Estado sea equívoco”.

En forma relacionada y coherente con lo anterior, tratándose de la Conclusión número 6, ella identifica correctamente uno de los requisitos esenciales para determinar cuándo se podrá estar en presencia de un acuerdo o práctica ulterior como medio auténtico de interpretación. Éste consiste en la cuestión crucial de determinar si a través del acuerdo o práctica las partes han adoptado una posición con respecto a la interpretación o aplicación, o han seguido este comportamiento por otros motivos, caso en el que la conducta no tendrá *per se* efectos en la interpretación. Como bien reitera el comentario a la Conclusión 6 “un comportamiento ulterior que no esté motivado por una obligación convencional no es “en la aplicación del tratado” o “acerca de” su interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3.”

En lo que respecta a la *conclusión 7 (“Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación”)*, ésta aborda correctamente los posibles efectos que generalmente pueden llegar a tener los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la operación que se lleva a cabo -en combinación con otros medios-, para aclarar el sentido de un tratado, ya sea clarificando y dándole un sentido actualizado a sus términos o al alcance del Tratado en su conjunto, pero sin que ello implique un cambio o modificación del tratado mismo. Concordantemente, el párrafo 3 de la conclusión explicita que “se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo o una práctica en relación con la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretarlo, y no de enmendarlo o modificarlo”.

En efecto, la interpretación no puede ir más allá de la determinación del sentido del tratado, y un acuerdo sobre dicha interpretación no constituye *per se* una modificación del Tratado, a menos que las partes así expresamente lo convengan. En este caso nos salimos del ámbito de los art. 31 y 32 de la Convención y entramos al terreno del art. 39 o de aquellas normas aplicables a la modificación y/o enmienda según el derecho internacional consuetudinario. Consideramos que esta conclusión constituye una adecuada aproximación al tema, y es consistente con las normas bien establecidas en materia de derecho de los tratados, que distinguen entre interpretación, por una parte, y modificación y enmienda, por la otra; todo lo cual va en refuerzo de la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones convencionales.

Por otro lado, en relación con la *conclusión número 10* (“Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado”), ella enfatiza adecuadamente el requisito esencial que una práctica debe cumplir para constituir un medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafos 3 a) y b), de la CVDT. Dicho requisito es que la práctica *demuestre un entendimiento común* de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Se aclara por tanto que lo relevante es justamente el acuerdo interpretativo (esto es, la coincidencia en la atribución de un determinado sentido al tratado), que emana de la práctica ulterior. Además, al añadir que ese entendimiento común debe ser reconocido y aceptado por las partes, da el valor que corresponde a la voluntad de las partes tanto en cuanto a la finalidad –interpretativa– de ese acuerdo o entendimiento, como en cuanto a su contenido.

Asimismo, nos parece importante lo señalado en el *párrafo 2 de la misma conclusión*, en cuanto a que el silencio de una o más partes frente a una práctica ulterior, puede constituir aceptación de ésta, cuando las circunstancias requieran alguna reacción. Estas circunstancias deben ser objetivas. Tal formulación, consistente con la utilizada por la Corte Internacional de Justicia en el caso de Preah Vihear (“Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C. J. Reports 1962, p. 23), precisa que el silencio en este contexto no constituye práctica bajo el artículo 31, párrafo 3 b) de la CVDT, sino una forma de aceptación tácita de la práctica que establece el acuerdo interpretativo del tratado. Asimismo, la redacción deja en claro que el silencio no implicará en sí mismo aceptación, sino que ello sólo será así cuando las circunstancias objetivas exijan una reacción. De ese modo, queda claro que un Estado no resulta obligado a reaccionar a cada documento o acción que pudiera ocurrir en el ámbito internacional. Esta aproximación nos parece la manera adecuada de entender la inacción en el contexto de la interpretación de los tratados.

En relación con la *conclusión 13* (“pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado”), compartimos la opinión expresada por la Comisión, en cuanto a que la relevancia del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado para la interpretación de éste, depende de las normas aplicables del tratado, reconociendo siempre la primacía de éstas últimas por sobre aquellos pronunciamientos. Asimismo, en relación con el *párrafo 3 de la misma conclusión*, estamos de acuerdo con lo señalado por la Comisión en cuanto a que “un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no puede, de por sí, constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3, a) o b)” de la CVDT, dado que los expertos que ejercen funciones en dicho órgano desempeñan funciones a título personal, según lo señala el párrafo 1 de la Conclusión. No se trataría entonces de un acuerdo de las partes, como lo requiere la Convención de Viena. Puede agregarse la consideración de que, por tratarse de la opinión de expertos, la inacción de los Estados a su respecto no debe entenderse como aquiescencia al contenido de aquella.

Antes de finalizar los comentarios sobre este satisfactorio trabajo de conclusiones, aprovecho la oportunidad de expresar una vez más mis felicitaciones al profesor Nolte

por la calidad del trabajo realizado, y esperamos que su ejemplo inspire la labor de los Relatores Especiales que la Comisión vaya a nombrar en el futuro.

Señor Presidente,

Paso ahora a referirme al Capítulo V del Informe de la Comisión, relativo a la **“Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario”**. Quisiera dedicar mis primeras palabras para elogiar el sobresaliente trabajo realizado en esta materia por el Relator Especial, Sir Michael Wood. Su esfuerzo y rigurosidad científica han permitido la adopción en segunda lectura de un sólido proyecto de conclusiones con sus respectivos comentarios, el que constituirá de ahora en adelante una herramienta práctica fundamental para asistir a académicos, jueces, litigantes, y demás juristas internacionales en la ardua pero necesaria labor de identificar las normas consuetudinarias de derecho internacional.

Manifestando nuestro apoyo al referido proyecto de conclusiones y comentarios, quisiéramos destacar algunos de sus aspectos que merecen especial atención.

En lo que respecta a la Conclusión número 4, su texto y comentario manifiestan correctamente que es la práctica de los Estados la que desempeña el principal rol en la formación del derecho internacional consuetudinario, sin perjuicio de que la conducta de las organizaciones internacionales también puede tener un rol en la formación de este tipo de normas, en la medida en que la práctica en que se basa esté comprendida en el mandato de la organización respectiva y tienda a establecer una regla que resulte aplicable respecto de las organizaciones internacionales (o al menos respecto de una categoría o grupo entre ellas). Se hace la importante aclaración en los comentarios que se refiere este párrafo a la práctica que se atribuye a las organizaciones internacionales, manifestada a través de sus órganos competentes, y no a la práctica de los Estados que actúan dentro de ellas o en relación con ellas (que se atribuye a los Estados en cuestión).

Apoyamos la redacción de la *conclusión 5 (“Comportamiento del Estado como práctica del Estado”)*, y nos parece conveniente destacar lo señalado en el comentario a la referida conclusión, en cuanto a que “para contribuir a la formación e identificación de las normas de derecho consuetudinario, la práctica del Estado ha de ser conocida por otros, sea o no de dominio público”.

Luego, en relación con la conclusión número 6, cabe destacar la cuidadosa redacción del Artículo, en que se señala que la inacción de un Estado sólo podrá considerarse como una forma de práctica en algunos casos. Como bien aclara el comentario, para que ello ocurra debe tratarse de una abstención deliberada del Estado, lo que requiere prueba, sin que pueda presumirse sin más que la inacción o no actuación obedece a una decisión intencional.

También debe notarse con aprobación el contenido del párrafo 3, que deja en claro que, en abstracto, no existe una jerarquía establecida entre las diferentes formas de

práctica, cualquiera sea su naturaleza u origen. Sin perjuicio de ello, como bien recoge el respectivo comentario, cada tipo de práctica podrá tener un peso diferente en el caso concreto, y de hecho existen algunos que tienen una relevancia *prima facie* mayor, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva, como bien apunta el comentario de la Conclusión 7 siguiente, en su párrafo 5.

Al analizar la Conclusión número 8, puede destacarse positivamente que ella agrupa los requisitos de la práctica en cuanto a constancia, representatividad y extensión bajo la característica de generalidad. Para concluir que concurre éste último requisito, el respectivo comentario bien señala que debe tenerse en cuenta la práctica que sustenta la costumbre, pero también la que resulte incoherente o contradictoria, dado que ella puede afectar la apreciación de generalidad.

Asimismo, se aprecia especialmente la flexibilidad que manifiesta el segundo párrafo de la Conclusión en cuanto a la duración de la práctica, al señalar que no se requiere una duración “concreta” o mejor dicho “determinada”, siempre que la práctica sea general, según las características señaladas en el párrafo primero.

En cuanto al contenido de la Conclusión número 9, su texto resulta satisfactorio. La forma en que está redactado no obsta a que, al menos durante el proceso de formación de la costumbre, la práctica haya sido realizada con el convencimiento de que se trataba de una conducta meramente permitida, que podía no ser jurídicamente exigible, pero que sí obedecía a una necesidad jurídica y que se seguía por ello con una clara intención normativa. El alcance recién referido es relevante, ya que si un convencimiento de esa naturaleza no pudiera proporcionar una base inicial para la formación de la *opinio juris*, las normas consuetudinarias sólo podrían surgir muy difícilmente y casi no admitirían modificación. Ello, ya que enfrentarían una dificultad lógica que el juez James Crawford ha formulado de la siguiente manera: “*rules can only come into existence if we deceive ourselves as to their already existing*”.¹ A raíz de tal dificultad, refiriéndose a los orígenes modernos de la noción de *opinio juris* en el derecho internacional, el profesor Crawford señala que los primeros usos del término se referían a una práctica realizada con una cierta “conciencia jurídica”. En línea con ello, proporciona luego una convincente y razonable explicación sobre cómo se origina una norma consuetudinaria. Ella indica que, en su momento de formación, sólo se requiere de un “juicio proto-jurídico” que considere deseable la existencia de una norma de conducta para regular una cierta materia, y que considere, además, que un determinado patrón de comportamiento ya identificado (la práctica) constituye o puede llegar a constituir una norma apropiada para regular la situación.² Dado que la Conclusión bajo análisis y su respectivo comentario no obstan a la posibilidad recién referida, su contenido se estima satisfactorio.

¹ Crawford, James Richard, “Chance, Order, Change : The Course of International Law (Volume 365, p. 25).

² *Íd.*, p. 75.

Respecto a la *conclusión 12* (“Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales”), estimamos que la redacción sugerida por el Relator Especial, y la correspondiente explicación en los comentarios de esta conclusión, recoge adecuadamente las inquietudes planteadas por varias delegaciones, incluida la nuestra, durante el 71° período de sesiones. En particular, en cuanto a que los efectos generador y cristizador de las resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales, estarían comprendidos en la expresión “contribuir al desarrollo” de una norma de derecho internacional consuetudinario, efecto que se reconoce explícitamente en la *conclusión 11*, referida a los tratados. Creemos que este punto merece mayores profundizaciones, ya que parece necesario resaltar que debe tratarse de resoluciones con objetivo general, y cuya votación refleje el acuerdo general.

Por último, en relación con la *conclusión 15* (“Objetor persistente”), aunque se trata de una materia controvertida que requiere un análisis cuidadoso, celebramos la inclusión del párrafo 3 en el texto de la conclusión, en la forma de una “cláusula de sin perjuicio”, que recoge observaciones efectuadas en el seno de esta Sexta Comisión en lo que respecta a la aplicabilidad de la institución del “objeto persistente” a las normas de *jus cogens*. Ello permite asegurar la coherencia entre este proyecto de la Comisión de Derecho Internacional y el otro trabajo que ella realiza actualmente en relación con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*), a cargo del Relator Especial, Profesor Dire Tladi. Esperamos con gran interés el trabajo del Profesor Tladi en la materia.

Por último, tomamos conocimiento del Memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, el cual constituye una herramienta muy útil para los profesionales del derecho internacional, y esperamos pueda ser mayormente complementada en el futuro.

Reiteramos nuestro aprecio a la labor del Relator Especial Sir Michael Wood, y resaltamos la importancia de la identificación de las normas del Derecho Internacional Consuetudinario.

Señor Presidente,

Finalmente, quisiera terminar esta intervención refiriéndonos brevemente al **Capítulo XII del Informe**, en el que se describen los numerosos actos de conmemoración del aniversario número 70 de la Comisión, felicitándola nuevamente. Aprovechamos esta oportunidad para destacar la valiosa labor de la Comisión durante estos 70 años, especialmente su extraordinario aporte al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Creemos que el trabajo de la Comisión es de importancia fundamental para el derecho internacional y destacamos su capacidad de adaptarse a las cambiantes demandas de la comunidad internacional.

Quisiéramos destacar también la importante interacción entre la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión, y cómo estos órganos se han influido y retroalimentado entre sí. Valoramos y alentamos a que continúe este fructífero diálogo.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la Comisión de Derecho Internacional aún tiene algunos desafíos futuros. En especial, consideramos que la insuficiencia en la equidad género en la composición de la Comisión es uno de los desafíos más apremiantes, no sólo por un asunto de justicia, sino que porque la adecuada representación de la comunidad internacional está recogida en el propio Estatuto de la Comisión (Art. 8). Nos preocupa que, en sus 70 años de existencia, sólo 7 mujeres hayan sido elegidas para formar parte de la Comisión de Derecho Internacional, de las cuales 4 ocupan actualmente el cargo. El escaso número de mujeres en la Comisión en caso alguno se debe a una falta de interés de las mujeres en el trabajo de ésta o de expertas en la disciplina. La consecución de la igualdad de género en la composición de la Comisión de Derecho Internacional requiere, entre otras medidas más estructurales, que los Gobiernos nominen más mujeres a la Comisión, de manera que en ella estén efectivamente representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

Muchas gracias señor Presidente.