

Intervención de Chile

S.E. Embajador Claudio Troncoso, Director Jurídico del Ministerio de RR.EE. de Chile

Informe de la Comisión de Derecho Internacional (segunda parte)

Sexta Comisión, Nueva York, 27 Octubre 2016

Sr. Presidente:

En esta segunda y última intervención, debido al limitado tiempo que disponemos, me referiré solo a los siguientes temas: los “Acuerdos posteriores y la posterior práctica en relación con la interpretación de los tratados”; “Crímenes de lesa humanidad”; el “*Jus cogens*”; la “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”; y la “Aplicación provisional de tratados.”

Comienzo con el tema de los acuerdos posteriores y la posterior práctica en relación con la interpretación de los tratados, que se contiene en el capítulo sexto del informe de la CDI y cuya base se encuentra en el artículo 31, párrafo 3, letras a) y b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Este es un tema que la Comisión viene considerando desde el año 2008, primero por un grupo de estudio que se abocó al análisis de “los tratados en el tiempo”, el cual fue presidido por el sr. Georg Nolte y posteriormente, a partir de 2013, bajo su actual denominación con el mismo Profesor Nolte como Relator Especial, quien desde entonces ha venido presentando en estos años consistentes informes.

El debate que hemos tenido estos años, ha demostrado que bajo el liderazgo del Profesor Nolte, ha sido posible llegar a ciertos consensos en esta importante materia.

En el último período de sesiones de la Comisión, sobre la base del Informe del Comité de Redacción, ella adoptó, en primera lectura, un conjunto de 13 proyectos de conclusiones y los correspondientes comentarios respecto de este tema, decidiendo, de conformidad con su Estatuto, transmitir el referido proyecto de conclusiones a los Gobiernos, a través del Secretario General, a fin de que estos presenten sus comentarios y observaciones antes del 1 de enero de 2018.

Sin perjuicio de que mi delegación efectuará sus comentarios y observaciones en esa oportunidad, se permite en esta ocasión hacer referencia a un asunto que inicialmente dio origen a diversas opiniones, contenido hoy en el proyecto de conclusión 7, párrafo 3, y que dispone “se presume que las partes de un tratado, mediante una práctica seguida en

la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado y no de enmendarlo o modificarlo. La posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general.” Consideramos que esta constituye una adecuada aproximación a este tema.

Dada la calidad del trabajo realizado y la seriedad con que se ha llevado este asunto, estamos convencidos que el resultado final será el de una gran contribución al derecho internacional y, por ello, expresamos nuestras felicitaciones al profesor Georg Nolte.

En segundo lugar, me referiré al tema “Crímenes de lesa humanidad”, que se contiene en el capítulo séptimo del informe. En este período de sesiones el Relator Especial, Sr. Sean Murphy, presentó a la Comisión su segundo informe. Además, la Comisión tuvo ante ella el Memorando requerido a la Secretaría con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que pueden ser de relevancia para la futura labor de la Comisión de Derecho Internacional.

En este segundo informe, el Relator Especial examinó variados temas, entre otros: la criminalización en el derecho nacional; el establecimiento de la competencia nacional; la investigación general y la cooperación para identificar a los presuntos infractores; el ejercicio de la competencia nacional cuando se encuentre presente el presunto infractor; el principio *aut dedere aut iudicare*; y el trato justo al presunto infractor. El Relator Especial propuso seis proyectos de artículos que correspondían a las cuestiones examinadas en los temas mencionados.

En el período de sesiones examinado, la Comisión aprobó provisionalmente los seis proyectos de artículos, además de los comentarios a cada uno de ellos.

El proyecto de artículo 5 sobre criminalización en el derecho internacional, aborda de manera muy adecuada y ordenada distintos temas en sus 7 párrafos. En ellos, establece las diversas medidas que todo Estado debe adoptar para que en su derecho penal estén tipificados los crímenes de lesa humanidad, para que no se invoque como eximente la orden de un superior o la prescripción de los delitos, y se prevean penas apropiadas proporcionales a la gravedad de esos delitos. Además, en su último párrafo, dedica un acápite especial sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Apoyamos irrestrictamente la redacción del párrafo 3 del proyecto de artículo 5 sobre responsabilidad de los jefes u otros superiores. Este párrafo no sólo complementa, sino que viene a profundizar lo ya señalado por el artículo 28 del Estatuto de Roma, el que prescribe de manera detallada la imputación de responsabilidad penal al jefe militar, o a quien actúe efectivamente en esta posición, por los actos de otras personas. Las legislaciones nacionales, en general, reconocen la responsabilidad de quien directamente

o en calidad de partícipe ha cometido un delito, pero nos parece de suma relevancia que por la gravedad que inviste la comisión de crímenes de lesa humanidad quede plasmada en las legislaciones nacionales la responsabilidad de los jefes militares. Tipificar esto a la brevedad, está en directa relación con la obligación de los Estados de prevenir y sancionar de manera efectiva dichos delitos.

Celebramos, además, la redacción del párrafo 4 del proyecto de artículo 5 en cuanto señala: "Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo se cometiera en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior, militar o civil, no sea motivo para eximir de responsabilidad penal a un subordinado". En este punto, el Relator Especial también ha seguido los lineamientos señalados en el mismo Estatuto de Roma al respecto, aunque el artículo 33 de dicho instrumento establece una eximente de responsabilidad penal en esta materia que es limitada, dado que opera sólo en el caso de crímenes de guerra, y no para quien comete actos de genocidio o crímenes de lesa humanidad.

Apoyamos y celebramos la redacción y el contenido del párrafo 5 del proyecto de artículo 5, que insta a los Estados a que adopten las medidas necesarias para que los crímenes de lesa humanidad no prescriban. Si bien el artículo 29 del Estatuto de Roma señala que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán, es esencial que esto también quede plasmado en las legislaciones nacionales.

Ponemos atención en el debate que se generará en cuanto la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lesa humanidad al que se refiere el párrafo final del proyecto de artículo 5. Sabemos que este es un tema en desarrollo, aún incipiente en el Derecho Internacional, por lo que esperamos tener una fructífera discusión al respecto.

Apoyamos los proyectos de artículos 6, 7, 8 y 9, los que creemos son adecuados en su redacción y contenido.

Nos parece interesante el proyecto de artículo 10 en cuanto establece directrices para el trato justo del presunto infractor, consagrando las normas internacionalmente reconocidas del debido proceso a este respecto.

En esta parte, creemos que se debe hacer una mención, que se relaciona con las materias aquí debatidas. Se trata de la iniciativa internacional impulsada por Países Bajos, en conjunto con Argentina, Bélgica y Eslovenia, para negociar un Tratado Multilateral sobre Asistencia Jurídica Mutua y Extradición para la persecución doméstica de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Se trata de una iniciativa que ha ganado mucho

apoyo, entre ellos el de mi país, por cuanto permitiría dar forma a un marco legal de alcance universal, que impactaría positivamente en la lucha contra la impunidad de estos graves crímenes internacionales. En este sentido creemos que sería interesante promover un diálogo entre el Relator Especial, la Comisión de Derecho Internacional y los coordinadores de esta iniciativa.

Felicitamos el trabajo del Relator Especial Sr. Sean Murphy, y esperamos con interés su tercer informe.

En tercer lugar, quisiera referirme al "*jus cogens*", tema contenido en el capítulo 9 del informe. En este período de sesiones, el Relator Especial, Sr. Dire Tladi, presentó su primer informe a la Comisión, cuyo objeto era exponer el enfoque general del Relator Especial y, sobre esa base, recabar las opiniones de la Comisión sobre la materia, así como ofrecer un panorama general de las cuestiones conceptuales relativas al *jus cogens*.

Una vez examinado el primer informe, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 y 3 que figuraban en él. Luego de ello, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional del Comité sobre el "*jus cogens*" en el que figuraban los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el 68º período de sesiones.

Si bien ya no existen discrepancias en cuanto a la aceptación y reconocimiento de las normas de *jus cogens* a nivel internacional, el debate que se ha dado en el seno de la Comisión sobre la manera en que debe ser redactado el proyecto sobre estas normas, demuestra lo complejo de este tema.

Creemos pertinente volver a revisar los proyectos de artículo 1 a 3, en cuanto a que su redacción no ha generado consenso en los Estados Miembros.

Sobre la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa de normas que hayan adquirido el carácter de *jus cogens*, creemos esencial seguir debatiendo al respecto, pero nos parece que la posible elaboración de dicha lista presenta más inconvenientes que ventajas, no sólo por la dificultad que se generará para establecer los acuerdos necesarios sobre qué incluir o excluir de dicha lista, sino porque una vez que ésta sea elaborada, podría ser muy fácil argumentar que las demás normas que no hayan sido incluidas –y probablemente con un estatus igualmente importante– sean consideradas como normas de rango inferior.

Creemos que la piedra angular del trabajo debe seguir siendo lo establecido por la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 53 y no apartarse de

dicha definición, además de tener en cuenta lo señalado en los trabajos preparatorios de dicha Convención.

Mi delegación está consciente de la relevancia del proyecto que se pretende elaborar. Temas como la manera en que debe identificarse una norma de *jus cogens*; la existencia o no de normas de *jus cogens* regional; o la relación de las normas de *jus cogens* con las obligaciones *erga omnes*, son sólo algunas de las discusiones que debieran abordarse en este proyecto. El debate recién comienza.

Le deseamos mucho éxito al Sr. Dire Tladi en su cometido y ofrecemos toda nuestra cooperación. Esperamos su segundo informe el próximo año.

Paso a referirme ahora al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que se contiene en el capítulo undécimo del informe de la Comisión. Este es un importante tema que justifica plenamente que la Comisión haya decidido abocarse a él en 2007 y que, desde entonces, ha venido examinando a través de sucesivos informes sometidos por sus Relatores Especiales.

La Sra. Concepción Escobar Hernández asumió como Relatora Especial en 2012, al inicio de este quinquenio, y ha venido ejerciendo esas funciones con gran responsabilidad y competencia, demostrando ser una gran jurista para llevar este complejo y, a veces, controvertido asunto y para proponer soluciones adecuadas a los problemas que este tema suscita.

El año pasado, la Comisión examinó el cuarto informe de la Relatora Especial y decidió remitir dos proyectos de artículos – el artículo 2, apartado f) sobre la definición de un acto realizado a título personal, y el artículo 6 sobre el alcance de la inmunidad *ratione materiae*- al Comité de Redacción.

En el actual período de sesiones, la Comisión aprobó de manera provisional esos dos proyectos de artículos, así como los comentarios a ellos. Mi delegación se alegra de esa decisión. Esas dos disposiciones, expresadas con un lenguaje sencillo pero, a la vez, con gran precisión, son cruciales para el destino final de este proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

En este último período de sesiones, la CDI recibió también el quinto informe de la Relatora Especial, el cual versa sobre la cuestión de las limitaciones y excepciones a dicha inmunidad.

Al respecto, quisiera adelantar algunas consideraciones sobre este importante tema. No es un asunto fácil, toda vez que en él concurren principios fundamentales como son los de

igualdad soberana de los Estados, por una parte, y por la otra, la lucha contra la impunidad de graves crímenes internacionales que contempla el actual derecho internacional.

En ese sentido, apoyamos la propuesta de aceptar lo indicado en el artículo 7 a), según el cual la inmunidad no se aplicará en relación con: “el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura y las desapariciones forzadas”.

En la misma línea, mi delegación apoya decididamente que, respecto a determinados crímenes, definidos en tratados internacionales y que menoscaban valores y principios reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto, no pueda haber impunidad.

Esperamos contar en el próximo período de sesiones con un nuevo informe de la Relatora Especial o, en todo caso, con directrices emanadas de la Comisión que nos permitan pronunciarnos sobre este fundamental problema de las limitaciones y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

Por último, me referiré al capítulo décimo segundo del informe sobre la “Aplicación provisional de los tratados”, el cual contiene el cuarto informe del Relator Especial, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo.

Dicho informe contiene un análisis de la relación de la aplicación provisional de un tratado con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Respecto de tal asunto, estamos en gran parte de acuerdo con los criterios sustentados por el Relator Especial. Así, por ejemplo, en lo que respecta a las reservas, coincidimos con él que nada impide a un Estado que pueda formular reservas desde el momento en que decida aplicar provisionalmente un tratado.

Igualmente, en lo que respecta a la nulidad de los tratados, a la luz de los artículos 27 y 46 de la mencionada Convención de Viena, estamos de acuerdo de que el principio según el cual un Estado no puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, es válido también en lo que se refiere a los tratados que han sido objeto de aplicación provisional.

En lo que concierne a la terminación o suspensión de un tratado aplicado provisionalmente como consecuencia de una violación grave, creemos, al igual que el Relator Especial, que los tratados que se aplican provisionalmente producen los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor, en tanto se mantengan en tal

situación, por lo que las normas relativas a la terminación y suspensión de los tratados son también pertinentes para los tratados que se aplican provisionalmente.

También en el mencionado informe del Relator Especial se señala que la Comisión tomó nota de los proyectos de directriz 1 a 4 y 6 a 9, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Mi delegación ha estudiado tales proyectos de directrices y comparte los criterios sustentados por el Relator Especial. No obstante, la Directriz 4 b) requiere de un análisis más detenido: En efecto, dicha directriz señala que (cito) “Además del caso en que el tratado así lo disponga la aplicación provisional de un tratado podrá convenirse mediante: b) cualquier otro medio o arreglo, incluida la resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental”. Nuestra observación está dirigida a esta última parte de la oración contenida en el literal b). En efecto, a juicio de nuestra delegación debe preservarse el principio de que la aplicación provisional siempre debe sujetarse al consentimiento de cada uno de los Estados que celebran el tratado, por lo que no podría ser impuesta a ellos mediante una resolución aprobada por una organización internacional o una conferencia internacional.

Un tema importante que se contiene en el informe que estamos considerando es el que se refiere a la directriz 10 sobre el derecho interno y la observancia de la aplicación provisional de un tratado o una parte de un tratado.

El proyecto de directriz 10, propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe y que la Comisión de Derecho Internacional decidió someter a la consideración del Comité de Redacción, dice: (Cito) “Un Estado que haya consentido en contraer obligaciones mediante la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de tales obligaciones. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969” (fin de la cita).

La posibilidad de aplicar provisionalmente un tratado no depende solo de que lo disponga el tratado o que los Estados negociadores hayan convenido en ello, como lo expresa el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, sino, además, que el derecho constitucional de los Estados partes lo permita.

Desde luego, estamos de acuerdo con la directriz 10 propuesta, tal como lo señalamos anteriormente; sin embargo, creemos importante dejar constancia de que sería deseable que en el futuro también se considerase, en otra directriz, la situación de aquellos Estados que por su derecho interno deben limitar la aplicación provisional de un tratado. Es este un asunto diferente al que se refiere el proyecto de directriz 10.

Por otra parte, mi delegación comparte lo señalado por el Relator Especial en sus conclusiones contenidas en el informe, en cuanto a la conveniencia de elaborar un proyecto de directriz general que establezca que la Convención de Viena de 1969 se aplique *mutatis mutandi* a los tratados aplicados provisionalmente, de manera de dejar en claro que puedan concurrir las otras causales de nulidad y terminación previstas en la Convención distintas a las de los artículos 46 y 60.

Confiamos que este tema continuará en la agenda de la Comisión bajo la sabia conducción de su Relator Especial, Sr. Gómez Robledo. A ese respecto estamos convencidos que un análisis exhaustivo de las disposiciones convencionales que establecen la aplicación provisional de un tratado facilitarán una mejor comprensión del tema. Por ello, consideramos que puede ser de una gran utilidad el Memorando que en agosto pasado la Comisión solicitó preparar a la Secretaría respecto de la práctica de los Estados sobre los tratados, bilaterales y multilaterales, depositados o registrados ante el Secretario General en los últimos 20 años, en los que se prevean las aplicaciones provisionales de éstos.

Concluyo felicitando al Relator Especial, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, así como a todos los Relatores Especiales que con sus informes han contribuido a que este período de sesiones de la Comisión haya sido uno de los más fructíferos.

Gracias, Sr. Presidente.