

LA LEY Y LA PRÁCTICA EN MATERIA DE RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/477 y Add.1*

Segundo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial

[Original: francés]
[10 de mayo y 13 de junio de 1996]

ÍNDICE

	Página	
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....		41
Obras citadas en el presente informe		43
<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	
I. PANORAMA GENERAL DEL ESTUDIO.....	1-54	45
A. El primer informe sobre las reservas a los tratados y sus consecuencias.....	1-8	45
B. Los trabajos futuros de la Comisión sobre la cuestión de las reservas a los tratados	9-50	46
1. Ámbito del estudio	9-17	46
2. Forma del estudio (recordatorio).....	18-32	47
a) La preservación del acervo jurídico.....	19-22	47
b) Un proyecto de artículos comentado... ..	23	48
c) ... acompañado de cláusulas modelo.....	24-31	48
d) Forma final de la guía de la práctica	32	49
3. Esquema general del estudio.....	33-50	49
a) Características del esquema propuesto	33-36	49
b) Esquema general provisional del estudio	37	50
c) Breve comentario del esquema propuesto	38-50	51
i) Unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados.....	38	51
ii) Definición de reserva	39-40	51
iii) Formulación y retiro de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones	41	52
iv) Efectos de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones.....	42-45	52
v) Situación de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones en caso de sucesión de Estados.....	46	52
vi) Solución de controversias relacionadas con el régimen de las reservas.....	47-50	52
Conclusión	51-54	53
II. UNIDAD O DIVERSIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS (RESERVAS A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS).....	55-252	54
1. Necesidad y urgencia del examen de la cuestión por la Comisión	56-63	54
2. Objeto y plan del capítulo	64-69	55
A. Diversidad de los tratados y régimen jurídico de las reservas.....	70-88	56
1. Restricción del estudio a los tratados normativos	70-76	56
2. Tratados y disposiciones normativas.....	77-88	57

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/477/Corr.2 y A/CN.4/477/Add.1/Corr.3.

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
B. Unidad de las normas de fondo aplicables a las reservas.....	89-163	59
1. Funciones del régimen jurídico de las reservas.....	90-98	59
2. Un régimen concebido para ser de aplicación general.....	99-111	60
3. El régimen jurídico de las reservas es generalmente aplicable.....	112-162	62
a) Un debate sin conclusión posible: la oportunidad de admitir reservas a los tratados normativos.....	114-125	63
b) Adaptación del régimen de Viena a las particularidades de los tratados multilaterales normativos.....	126-162	65
i) Flexibilidad y adaptabilidad del régimen de Viena.....	129-135	65
ii) El régimen de Viena se adapta a las particularidades de los tratados normativos ...	136-162	66
a. Problemas relativos a la «integridad» de los tratados normativos.....	137-147	66
b. Problemas relativos a la «no reciprocidad» de los compromisos.....	148-158	68
c. Problemas relativos a la igualdad entre las partes.....	159-162	69
Conclusión: el régimen de Viena es aplicable en términos generales.....	163	70
C. La aplicación del régimen general de reservas (aplicación del régimen de Viena a los tratados de derechos humanos).....	164-252	71
1. El criterio fundamental del objeto y el fin del tratado.....	165-176	71
2. Los mecanismos de control de la aplicación del régimen de reservas.....	177-251	74
a) Apreciación de la licitud de las reservas por los órganos de supervisión.....	179-215	74
i) La función de los mecanismos tradicionales.....	180-192	74
ii) La función de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos	193-210	76
a. La evolución de la práctica seguida por los órganos de supervisión.....	194-201	76
b. Fundamentos del control ejercido por los órganos de supervisión.....	202-210	78
iii) La combinación de los distintos modos de supervisión de la licitud de las reservas.....	211-215	80
b) Consecuencias de las determinaciones realizadas por los órganos de control.....	216-251	81
i) Derechos y deberes del órgano de control.....	218-230	81
ii) Derechos y deberes del Estado autor de la reserva.....	231-251	83
a. La fuerza vinculante de las constataciones del órgano de control.....	234-240	84
b. Las respuestas esperadas del Estado autor de la reserva.....	241-251	85
Conclusión: la coexistencia de los mecanismos de control.....	252	86
CONCLUSIONES.....	253-260	87
Proyecto de resolución de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados normativos multilaterales, incluidos los tratados de derechos humanos.....	260	87

ANEXOS

I. Bibliografía (A/CN.4/478).....	89
II. Cuestionario sobre el tema de las reservas a los tratados dirigido a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a los que son miembros de un organismo especializado y a los que son partes en el Estatuto de la CIJ.....	101
III. Cuestionario sobre el tema de las reservas a los tratados dirigido a las organizaciones internacionales ..	111

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n.º 1021, pág. 296.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Protocolo n.º 2 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, confiriendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia de emitir dictámenes consultivos (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963)	Ibíd., vol. 1496, pág. 221. En español, véase J. M. Morenilla Rodríguez, «El Convenio europeo de derechos humanos: textos internacionales de aplicación», Ministerio de Justicia, España, 1988.
Protocolo n.º 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte (Estrasburgo, 28 de abril de 1983)	<i>Série des Traités européens</i> , n.º 114. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 258, 17 de abril de 1985.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n.º 2545, pág. 151.
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Ibíd., vol. 606, n.º 8791, pág. 288.
Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., vol. 282, pág. 306.
Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., vol. 276, n.º 3992, pág. 248.
Protocolo adicional a la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, relativo a la importación de documentos y de material de propaganda turística (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., vol. 276, n.º 3992, pág. 284.
Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos, y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 7 de septiembre de 1956)	Ibíd., vol. 266, n.º 3822, pág. 32.
Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (Nueva York, 20 de febrero de 1957)	Ibíd., vol. 309, pág. 65.
Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (París, 14 de diciembre de 1960)	Ibíd., vol. 429, n.º 6193, pág. 93.
Convención Única sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961)	Ibíd., vol. 520, pág. 167.
Protocolo de modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (Ginebra, 25 de marzo de 1972)	Ibíd., vol. 976, pág. 59.
Convención internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Roma, 26 de octubre de 1961)	Ibíd., vol. 496, n.º 7247, pág. 68.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.

	<i>Fuente</i>
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención americana sobre derechos humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	<i>Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Viena, 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10).</i>
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1249, pág. 70.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	Documento A/CONF.129/15.
Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de la Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (Estrasburgo, 26 de noviembre de 1987)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1561, pág. 363. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 258, 5 de julio de 1989.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 49, resolución 44/25, anexo.</i>
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)	Ibíd., <i>cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 49 A, resolución 45/158, anexo.</i>
Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico (Madrid, 4 de octubre de 1991)	UICN, <i>Droit international de l'environnement — Traités multilatéraux</i> , Berlín, Erich Schmidt, vol. VII, pág. 991:74/1.
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1771, n.º 30822, pág. 243.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	PNUMA, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Centro de Actividades del Programa de Derecho e Instituciones relacionadas con el Medio Ambiente, 1992. Véase también <i>Biblioteca de Textos Legales: legislación del medio ambiente</i> , 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, pág. 564.

Convención sobre la prohibición, el desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (París, 13 de enero de 1993)

Fuente

Situación de los acuerdos multilaterales de regulación de armamentos y de desarme, 4.^a ed., 1992, vol. 2 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.IX.11 (Vol. 2)), pág. 111.

Obras citadas en el presente informe

- ANAND, R. P.
«Reservations to multilateral conventions», *Indian Journal of International Law 1960-1961* (Bombay), vol. I, n.º 1, julio de 1960, págs. 84 a 91.
- BASTID, Suzanne
Les traités dans la vie internationale : conclusions et effets, París, Economica, 1985.
- BISHOP JR., William W.
«Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-II*, Leiden, Sijthoff, 1962, vol. 103, págs. 245 a 341.
- BLAY, Samuel K. N. y B. M. TSAMENYI
«Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees», *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, n.º 4, octubre de 1990, págs. 527 a 561.
- BONIFACE, Pascal
Les sources du désarmement, París, Economica, 1989.
- BOURGUIGNON, Henry J.
«The Belilos case: new light on reservations to multilateral treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 29, n.º 2, verano de 1989, págs. 347 a 386.
- BOWETT, D. W.
«Reservations to non-restricted multilateral treaties», *British Year Book of International Law, 1976-1977* (Oxford), 48.º año, págs. 67 a 92.
- CAMERON, Iain y F. HORN
«Reservations to the European Convention on Human Rights: the Belilos case», *German Yearbook of International Law*, vol. 33, 1990, págs. 69 a 129.
- CASSESE, Antonio
«A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, 1968, págs. 266 a 304.
- CERNA, Christina M.
«La Cour interaméricaine des droits de l'homme : ses premières affaires», *Annuaire français de droit international* (París), vol. XXIX, 1983, págs. 300 a 312.
- CLARK, Belinda
«The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, págs. 281 a 321.
- COCCIA, Massimo
«Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, vol. 15, n.º 1, invierno de 1985, págs. 1 a 51.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
La Convention européenne des droits de l'homme, París, Economica, 1989.
- «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)», *Revue générale de droit international public*, vol. 93/1989/2, págs. 273 a 315.
- COOK, Rebecca J.
«Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, n.º 3, primavera de 1990, págs. 643 a 716.
- DE VISSCHER, Charles
Théories et réalités en droit international public, 4.^a ed. rev. y act., París, Pedone, 1970.
- EDWARDS JR., Richard W.
«Reservations to treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, n.º 2, primavera de 1989, págs. 362 a 405.
- ELIAS, Taslim O.
The Modern Law of Treaties, Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana Publications, 1974.
- FITZMAURICE, Sir Gerald
«Reservations to multilateral conventions», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 2, parte 1, enero de 1953, págs. 1 a 26.
«The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: treaty interpretation and other treaty points», *British Year Book of International Law, 1957* (Oxford), 33.º año, págs. 203 a 293.
- FLAUSS, Jean-François
«Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse : requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 5, n.ºs 9-10, 20 de diciembre de 1993, págs. 297 a 303.
- GAMBLE JR., John King
«Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice», *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, págs. 372 a 394.
- GIEGERICH, Thomas
«Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien: Ein konstitutioneller Ansatz» (Reservations to human rights agreements — admissibility, validity, and review powers of treaty bodies: a constitutional approach), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart, Berlín y Colonia), vol. 55, 1995 (resumen en inglés, págs. 778 y 779).
- GOLSONG, Héribert
«Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme», *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* (Quatrième colloque du Département des droits de l'homme, Universidad Católica de Lovaina, 7 de diciembre de 1978), Bruselas, Bruylant, 1982, págs. 23 a 42.
- HALAJCZUK, B. T.
«Les Conventions multilatérales entre l'universalité et l'intégrité», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Ginebra), vol. XXXVIII, 1960.

- HIGGINS, Rosalyn
 «Introduction», en J. P. Gardner (ed.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, págs. xv a xxix.
 «Human rights: some questions of integrity», *Modern Law Review*, vol. 52, n.º 1, enero de 1989, págs. 1 a 21.
 «Derogations under human rights treaties», *British Year Book of International Law, 1976-1977* (Oxford), 48.º año, 1978, págs. 281 a 320.
- IMBERT, Pierre-Henri
Les réserves aux traités multilatéraux : évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951, París, Pedone, 1978.
 «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *Actes du cinquième colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme, organisé conjointement par le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Secrétariat général du Conseil de l'Europe (Francfort, 9-12 avril 1980)*, París, Pedone, 1982, págs. 7 a 140.
 «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire *Temeltasch*)», *Revue générale de droit international public*, vol. 87/1983/3, págs. 580 a 625.
- JACQUÉ, Jean-Paul
Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.
- JENEFSKY, Anna
 «Permissibility of Egypt's reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 15, n.º 2, otoño de 1991, págs. 199 a 233.
- LACHS, Manfred
 «Le développement et les fonctions des traités multilatéraux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1957-II*, Leiden, Sijthoff, 1958, t. 92, págs. 229 a 341.
- LAUTERPACHT, Sir Hersch
 «Some possible solutions of the problem of reservations to treaties», *Problems of Public and Private International Law*, Londres, Grotius Society, 1954, vol. 39, págs. 97 a 118.
- MACDONALD, R. St. J.
 «Reservations under the European Convention on Human Rights», *Revue belge de droit international*, vol. XXI, 1988-2, págs. 429 a 450.
- MARESCA, Adolfo
Il diritto dei trattati: la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio 1969, Milán, Giuffrè, 1971.
- MARKS, Susan
 «Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, parte 2, abril de 1990, págs. 300 a 327.
- MCBRIDE, Jeremy
 «Reservations and the capacity to implement human rights treaties», en J. P. Gardner (ed.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, págs. 120 a 184.
- MERON, Theodor
Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- NGUYEN QUOC, D., P. DAILLIER y A. PELLET
Droit international public, 5.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.
- PIPER, Catherine Logan
 «Reservations to multilateral treaties: the goal of universality», *Iowa Law Review*, vol. 71, n.º 1, octubre de 1985, págs. 295 a 322.
- REDGWELL, Catherine
 «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», *British Year Book of International Law, 1993*, 64.º año, págs. 245 a 282.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités, 3.ª ed. rev. y aum. por Philippe Cahier, París, Presses universitaires de France, Publicaciones del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales (Ginebra), 1995.
- RUDA, J. M.
 «Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III*, Leiden, Sijthoff, 1977, vol. 146, págs. 95 a 218.
- SCHABAS, William A.
 «Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXXII, 1994, págs. 39 a 81.
 «Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. XXI, n.º 2, 1995, págs. 277 a 325.
 «Article 64», en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, París, Economica, 1995, págs. 923 a 942.
- SCHACHTER, Oscar, M. NAWAZ y J. FRIED
Toward Wider Acceptance of UN Treaties, Nueva York, Arno Press, 1971, 190 págs.
- SCHMIDT, Markus G.
 «Reservations to United Nations human rights treaties: the case of the two Covenants», en J. P. Gardner (ed.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, págs. 20 a 34.
- SCOVAZZI, Tullio
Esercitazioni di diritto internazionale, Milán, Giuffrè, 1994.
- SHELTON, Dinah
 «State practice on reservations to human rights treaties», *Canadian Human Rights Yearbook, 1983*, págs. 205 a 234.
- SIMMA, Bruno
 «Self-contained regimes», *Netherlands Yearbook of International Law (La Haya)*, vol. XVI, 1985, págs. 111 a 136.
- SINCLAIR, Sir Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2.ª ed., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- STEWART, Gwyneth G.
 «Enforcement problems in the Endangered Species Convention: reservations regarding the reservation clauses», *Cornell International Law Journal*, vol. 14, n.º 2, verano de 1981, págs. 429 a 455.
- SUY, Erik
 «Droits des traités et droits de l'homme», *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, Berlín, Heidelberg y Nueva York, Springer-Verlag, 1983, vol. 81, págs. 935 a 948.
- TÉBOUL, Gérard
 «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *Revue générale de droit international public*, Vol. 86, 1982/4, págs. 679 a 717.
- TOMUSCHAT, Christian
 «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: comments on arts. 16 and 17 of the ILC's 1966 draft articles on the law of treaties», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, págs. 463 a 482.

VASAK, Karel

«Le droit international des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1974-IV*, Leiden, Sijthoff, 1976, vol. 140, págs. 333 a 416.

VELU, Jacques y R. ERGEC

La Convention européenne des droits de l'homme. Extracto del Répertoire pratique du droit belge, Complément, vol. VII, Bruselas, Bruylant, 1990.

ZEMANEK, Karl

«Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Études de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, La Haya, Boston y Lancaster, Martinus Nijhoff (Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de Polonia), 1984, págs. 323 a 336.

CAPÍTULO I

Panorama general del estudio

A.—El primer informe sobre las reservas a los tratados y sus consecuencias

1. Con arreglo a los deseos de la Asamblea General¹, el Relator Especial presentó a la Comisión, en su 47.º período de sesiones, un informe preliminar sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados². En los tres capítulos de ese informe:

a) se describía brevemente la labor anterior de la Comisión respecto de las reservas y sus consecuencias;

b) se realizaba un inventario sucinto de los problemas planteados por el tema, y

c) se presentaban varias sugerencias sobre el alcance y la forma de los trabajos futuros de la Comisión.

2. Al finalizar el examen del tema en la Comisión, el Relator Especial resumió como sigue las conclusiones que había extraído de ese debate:

a) La Comisión considera que el título del tema debería modificarse para que diga «Las reservas a los tratados»;

b) La Comisión debería tratar de adoptar una «guía de la práctica» en materia de reservas. De conformidad con el Estatuto de la Comisión y su práctica usual, esta guía tomaría la forma de un proyecto de artículos cuyas disposiciones, junto con comentarios, constituirían directrices para la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas; estas disposiciones, de ser necesario, irían acompañadas de cláusulas modelo;

c) Las disposiciones que preceden se interpretarán con flexibilidad y si la Comisión estima que debe desviarse de ellas sustancialmente, presentaría a la Asamblea General nuevas propuestas sobre la forma que podrían tomar los resultados de su labor;

d) Existe consenso en la Comisión en el sentido de que no deben modificarse las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986³.

3. A juicio de la Comisión, esas conclusiones constituían «el resultado del estudio preliminar solicitado por las resoluciones 48/31 y 49/51 de la Asamblea General. La Comisión entendió que las cláusulas modelo sobre reservas que se incluirían en los tratados multilaterales tendrían por objeto reducir al mínimo las controversias en el futuro»⁴.

4. Como consecuencia del debate celebrado en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI, la Asamblea General, en su resolución 50/45, de 11 de diciembre de 1995, tomó nota de que habían comenzado los trabajos de la CDI relativos a ese tema y la invitó «a continuar su labor respecto de esos temas en la forma indicada en el informe»⁵.

5. Por otra parte, en su 2416.ª sesión, celebrada el 13 de julio de 1995, la Comisión «autorizó al Relator Especial a preparar un cuestionario detallado sobre las reservas a los tratados para conocer la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, en particular los depositarios de convenciones multilaterales, y los problemas con que tropiezan»⁶. En su resolución 50/45 ya mencionada, la Asamblea General invitó «a los Estados y a las organizaciones internacionales, en particular a los que son depositarios, a que contesten a la brevedad el cuestionario preparado por el Relator Especial sobre las reservas a los tratados»⁷.

6. Conforme a esas disposiciones, el Relator Especial preparó un cuestionario detallado, cuyo texto, enviado por la Secretaría a los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de un organismo especializado, o a las partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, será distribuido durante el 48.º período de sesiones de la Comisión⁸. Por ahora, han respondido al cuestionario 12 Estados⁹. Salvo San Marino, esos Estados han respondido exclusivamente a las cuestiones respecto a las

⁴ *Ibíd.*, párr. 488.

⁵ Párrafo 4.

⁶ *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 489.

⁷ Párrafos 4 y 5.

⁸ Reproducido como anexo II a este informe.

⁹ Canadá, Chile, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Reino Unido, San Marino y Suiza. El Relator Especial desea expresar su sincero agradecimiento a esos Estados, y espera que puedan completar sus respuestas y que otros Estados respondan al cuestionario en un futuro próximo.

¹ Resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, párr. 7.

² *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 133, documento A/CN.4/470.

³ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 487.

cuales el Relator Especial había llamado la atención de modo especial y que se refieren en particular a los temas tratados en el presente informe¹⁰. Varios de ellos han complementado sus respuestas con una documentación abundante y de gran interés sobre su práctica en materia de reservas.

7. El Relator Especial ha preparado además un cuestionario del mismo tipo que se enviará a las organizaciones internacionales depositarias de tratados multilaterales, cuyo texto se reproduce en el anexo III del presente informe.

8. Asimismo, como el Relator Especial se había comprometido en 1995 a hacer¹¹, se ha distribuido una bibliografía (no exhaustiva) sobre la cuestión de las reservas a los tratados que se reproduce en el anexo I del presente informe.

B.—Los trabajos futuros de la Comisión sobre la cuestión de las reservas a los tratados

1. ÁMBITO DEL ESTUDIO

9. En su informe preliminar, el Relator Especial se esforzó por elaborar un «inventario sucinto de los problemas planteados por el tema»¹², sin pretender que fuera exhaustivo y sin tratar de jerarquizar las cuestiones en función de su importancia respectiva o de sus interrelaciones lógicas.

10. Aunque el establecimiento de una «problemática general» no haya estado en el centro de los debates de la Comisión sobre el tema durante su 47.º período de sesiones, esos debates han permitido aclaraciones útiles al respecto¹³. Durante el debate sobre el informe preliminar, se examinaron detenidamente cinco importantes cuestiones de fondo¹⁴.

a) La definición de las reservas, su diferenciación de las declaraciones interpretativas y las diferencias de régimen jurídico que caracterizan a las dos instituciones¹⁵;

b) La discrepancia doctrinal (pero que tiene consecuencias prácticas importantes) entre las escuelas de la «permisibilidad» o de la «admisibilidad», por una parte, y la de la «oponibilidad», por la otra¹⁶, que se refiere,

en definitiva, al problema que se puede probablemente considerar *prima facie* que es el fundamental que plantea el tema: las condiciones de licitud y de oponibilidad de las reservas¹⁷;

c) La solución de controversias¹⁸;

d) Los efectos de la sucesión de Estados en las reservas y las objeciones a las reservas¹⁹, y

e) La cuestión de la unidad o la diversidad del régimen jurídico aplicable a las reservas en función del objeto del tratado respecto al cual se formulan²⁰.

11. Los miembros de la Comisión dieron al Relator Especial indicaciones esclarecedoras a ese respecto, si no sobre el orden en que debían tratarse los problemas²¹, al menos sobre las cuestiones a las que había que prestar una atención especial.

12. De modo análogo, los debates mantenidos en la Sexta Comisión, durante el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General, permiten hacerse una idea más exacta de las cuestiones que preocupan a los Estados a ese respecto²². Se puede destacar, en particular, que sus representantes hicieron hincapié en dos problemas de fondo esenciales:

a) La cuestión de las reservas y los tratados de derechos humanos²³, y

b) La cuestión de la distinción entre declaraciones interpretativas y reservas²⁴.

criterio para determinar la validez de una reserva es la posición adoptada por los demás Estados contratantes. Para consideraciones más amplias (pero preliminares) sobre este tema, véase *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 154 y 155, documento A/CN.4/470, párrs. 100 a 107.

¹⁷ Véase *Anuario... 1995*, vol. I, 2401.ª sesión, declaraciones de los Sres. Tomuschat, pág. 166, y Bowett, pág. 167; 2404.ª sesión, declaración del Sr. Elaraby, pág. 182; 2407.ª sesión, declaraciones de los Sres. Kabatsi, pág. 203, y Yamada, pág. 204.

¹⁸ *Ibíd.*, 2402.ª sesión, declaración del Sr. Robinson, pág. 169, y 2403.ª sesión, declaración del Sr. Villagrán Kramer, pág. 176.

¹⁹ *Ibíd.*, 2406.ª sesión, declaración del Sr. Mikulka, pág. 199, y 2407.ª sesión, declaración del Sr. Eiriksson, pág. 206.

²⁰ *Ibíd.*, 2402.ª sesión, declaración del Sr. Robinson, pág. 169; 2403.ª sesión, declaración del Sr. Villagrán Kramer, pág. 176; 2404.ª sesión, declaraciones de los Sres. de Saram, pág. 177, y Sreenivasa Rao, pág. 183; 2407.ª sesión, declaraciones de los Sres. Idris, pág. 203 y Yamada, págs. 204.

²¹ Aunque algunos miembros de la Comisión expresaron opiniones útiles a ese respecto. Se puede destacar en particular que varios miembros señalaron que «los problemas relacionados con la sucesión de Estados en materia de reservas y objeciones a los tratados no debían tener gran prioridad en los futuros trabajos de la Comisión» (*Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 109, párr. 461).

²² Véase el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo período de sesiones (A/CN.4/472/Add.1, párrs. 143 a 174).

²³ *Ibíd.*, párrs. 155 a 161; véanse también los puntos de vista de los Estados Unidos, el Pakistán, España, Sri Lanka y el Líbano (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/50/SR.13, párrs. 50 a 53), 18.ª sesión (A/C.6/50/SR.18, párr. 62), 22.ª sesión (A/C.6/50/SR.22, párr. 44), 24.ª sesión (A/C.6/50/SR.24, párr. 82) y 25.ª sesión (A/C.6/50/SR.25, párr. 20), respectivamente).

²⁴ A/CN.4/472/Add.1, párrs. 162 a 167; véanse también los puntos de vista de Venezuela y de la República de Corea (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/50/SR.24, párrs. 56 y 93, respectivamente)).

¹⁰ Véase el párrafo 6 de la nota de envío del cuestionario (anexo III del presente informe).

¹¹ *Anuario... 1995*, vol. I, 2400.ª sesión, pág. 160, párr. 7.

¹² *Ibíd.*, vol. II (primera parte), págs. 153 a 162, documento A/CN.4/470, cap. II; véanse en particular los párrafos 124, 148 y 149, en los que el Relator Especial enumeró los principales problemas que, a su juicio, guardaban relación con las ambigüedades y lagunas de las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986.

¹³ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), págs. 107 a 110, párrs. 442 a 466.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 106, párrs. 473 a 478, y vol. I, 2412.ª sesión, págs. 236 a 244.

¹⁵ *Ibíd.*, vol. I, 2401.ª sesión, declaración del Sr. Tomuschat, págs. 166 y 167; 2402.ª sesión, declaraciones de los Sres. Robinson, pág. 169, Lukashuk, pág. 172, y He, pág. 173; 2404.ª sesión, declaraciones de los Sres. Elaraby, pág. 182, y Sreenivasa Rao, pág. 183; 2407.ª sesión, declaraciones de los Sres. Yamada, pág. 204, y Eiriksson, pág. 206, y 2412.ª sesión, declaración del Sr. Al-Baharna, pág. 236.

¹⁶ Para abreviar, se puede considerar que los «permisibilistas» consideran que una reserva contraria al objeto y al fin del tratado es nula por sí misma, mientras los «oponibilistas» estiman que el único

Además, algunos representantes instaron a la Comisión a que aclarara los aspectos siguientes: los efectos de las reservas que no fueran permisibles, el régimen de las objeciones formuladas a las reservas y la diferencia precisa entre las reservas y las declaraciones interpretativas, así como la definición exacta de los efectos jurídicos de estas últimas²⁵.

13. Es interesante, y en muchos sentidos reconfortante, constatar una concordancia de opiniones tan patente entre las posiciones adoptadas por los miembros de la Comisión, por una parte²⁶, y los representantes de los Estados, por la otra, respecto a la «jerarquía» de los problemas planteados —o dejados en suspenso— por el régimen jurídico actual de las reservas a los tratados.

14. Parece, por tanto, legítimo considerar que, cuando «la Sexta Comisión, en su carácter de órgano de representantes gubernamentales, y la Comisión de Derecho Internacional, en su carácter de órgano de expertos jurídicos independientes»²⁷, concuerdan sobre la importancia particular de ciertos temas, debe prestarse una atención especial a su examen. Sin duda alguna, es el caso de:

- a) La cuestión de la propia definición de las reservas;
- b) El régimen jurídico de las declaraciones interpretativas;
- c) El efecto de las reservas contrarias al fin y al objeto del tratado;
- d) Las objeciones a las reservas, y
- e) Las normas aplicables, en caso necesario, a las reservas a ciertas categorías de tratados, y en particular, a los de derechos humanos.

15. Esta lista de problemas especialmente importantes no debe, sin embargo, limitar el campo de estudio de la Comisión sobre el tema de las reservas a los tratados. Tanto la propia Comisión, al proponer el tema²⁸, como la Asamblea General, al aprobar esa propuesta²⁹, han evocado, de modo general, «la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados», sin precisar o limitar los problemas de que debía ocuparse ese estudio. Además, parece difícil analizar seriamente las cuestiones anteriormente enumeradas³⁰ y formular útilmente proyectos de artículos respecto a ellas sin situarlas en el contexto más amplio del derecho de las reservas a los tratados. Por otra parte, apenas sería concebible redactar una guía de la práctica que no incluyera más que las cuestiones controvertidas; si esa guía van a utilizarla los Estados y las organizaciones internacionales, conviene que los «usuarios» encuentren en ella respuesta a todas las cuestiones que puedan plantearse al respecto.

16. Por consiguiente, parece razonable tener en cuenta el conjunto de cuestiones relativas a las reservas que no resuelven o que resuelven de un modo imperfecto las

convenciones de codificación existentes³¹, prestando al mismo tiempo una atención particular y prioritaria a los problemas que la CDI y la Sexta Comisión han considerado que revisten una importancia especial, y recordando las normas aplicables, tal como han sido codificadas por las convenciones vigentes o como se deducen de la práctica.

17. Además, como se recordó en el informe preliminar sobre el tema, a la lista relativamente larga de las cuestiones no resueltas o mal resueltas por las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 habría que añadir otras derivadas de la existencia de las que cabría denominar instituciones «concurrentes» de las reservas, que tratan de cualificar la participación en los tratados, pero que, al igual que ellas, ponen en peligro la integridad y la universalidad de las convenciones correspondientes (protocolos adicionales, bilateralización, aceptación selectiva de determinadas disposiciones, etc.)³². No hay dudas de que el ámbito del estudio no abarca estas técnicas: no son reservas. Sin embargo, en la medida en que pretenden lograr los mismos fines y tienen efectos comparables, parece útil tenerlas en cuenta cada vez que resulte necesario, aunque sólo sea para atraer la atención de los Estados sobre las perspectivas que abren en ciertos casos; en efecto, pueden constituir alternativas útiles a la utilización de las reservas cuando el recurso a éstas tropiece con objeciones de carácter jurídico o político. Además, las reservas a esos instrumentos plantean en sí problemas particulares que no se pueden pasar por alto³³.

2. FORMA DEL ESTUDIO (RECORDATORIO)

18. Como se ha recordado anteriormente³⁴, la CDI decidió, en su 47.º período de sesiones, elaborar en principio una «guía de la práctica en materia de reservas» y consideró que no procedía modificar las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986, en la inteligencia de que el proyecto podría complementarse, en caso necesario, con «cláusulas modelo». Esas modalidades, apoyadas por numerosos representantes en la Sexta Comisión³⁵, fueron aprobadas por la Asamblea General³⁶.

a) La preservación del acervo jurídico

19. La decisión de preservar el acervo jurídico de las Convenciones de Viena en materia de reservas constituye un punto de apoyo sólido para la continuación de los trabajos de la Comisión³⁷. En particular, puede decirse

³¹ Véanse la nota 13 *supra* y los cuestionarios destinados a los Estados y a las organizaciones internacionales (anexos II y III del presente informe).

³² Véase *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/470, párr. 149.

³³ *Ibid.*, págs. 161 y 162, párrs. 145 a 147; véanse los ejemplos brevemente expuestos respecto a los protocolos adicionales, por una parte, y el procedimiento de la bilateralización, utilizada con mucha frecuencia en las convenciones de derecho internacional privado, por la otra.

³⁴ Párrafos 2 y 3 *supra*.

³⁵ Véase A/CN.4/472/Add.1, párr. 147.

³⁶ Resolución 50/45, párr. 4.

³⁷ Véase al respecto *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 163 a 166, documento A/CN.4/470, párrs. 153 a 169.

²⁵ A/CN.4/472/Add.1, párr. 148.

²⁶ Véase el párrafo 10 *supra*.

²⁷ Resolución 50/45 de la Asamblea General, preámbulo.

²⁸ Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 104, párr. 427.

²⁹ Véase la nota 1 *supra*.

³⁰ Véase el párrafo 14 *supra*.

que el punto de partida del estudio del presente tema lo constituyen necesariamente:

a) El apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, Convención de Viena de 1969);

b) El apartado *j* del párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 20 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (en adelante, Convención de Viena de 1978), y

c) El apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (en adelante, Convención de Viena de 1986)³⁸.

20. Esa decisión constituye igualmente una limitación, ya que la Comisión tendrá que asegurarse de que los proyectos de artículos que apruebe sean coherentes en todos sus puntos con esas disposiciones, puesto que se trata únicamente de eliminar sus ambigüedades y de llenar sus lagunas³⁹.

21. El Relator Especial se propone, por tanto, recordar sistemáticamente en sus informes ulteriores, a propósito de cada una de las cuestiones que aborde, las disposiciones pertinentes de las convenciones vigentes, indicar de qué modo se relacionan con ellas los proyectos de artículos cuya aprobación proponga y determinar su conformidad con la letra y el espíritu de esas disposiciones.

22. Por otra parte, la práctica correcta consistirá probablemente en reproducir el texto de las disposiciones vigentes al comienzo de cada uno de los capítulos del proyecto de guía de la práctica en materia de reservas que se pretende elaborar.

b) *Un proyecto de artículos comentado...*

23. Esas disposiciones deberán ir seguidas, en caso necesario, del enunciado de normas complementarias o «esclarecedoras», que constituirán el cuerpo del estudio y que, como resolvió la Comisión en su 47.º período de sesiones⁴⁰, tomarán, de conformidad con su práctica usual, «la forma de un proyecto de artículos cuyas disposiciones, junto con comentarios, constituirían directrices para la práctica».

c) *... acompañado de cláusulas modelo*

24. Además, los proyectos de artículos irán seguidos, en caso necesario, de cláusulas modelo que, con arreglo a las

³⁸ *Ibid.*, págs. 147, 149, 151 y 152, párrs. 60, 70 y 89, donde esas disposiciones se reproducen *in extenso*.

³⁹ Sin duda, la Comisión estimó igualmente que las decisiones que había adoptado, incluida la relativa a la preservación del acervo jurídico, «se interpretarán con flexibilidad» y que, si «estima que debe desviarse de ellas sustancialmente, presentaría a la Asamblea General nuevas propuestas sobre la forma que podrían tomar los resultados de su labor» (*ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 487, apdo. c, lo que implica que, si surgiera la necesidad imperiosa de hacerlo, podría proponer que se enmendaran algunas de las normas incluidas en las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986. A juicio del Relator Especial, no se debería ni podría proceder de esta manera sin una cuidadosa reflexión previa.

⁴⁰ Véanse los párrafos 2 y 3 *supra*.

directrices de la Comisión, «tendrían por objeto reducir al mínimo las controversias en el futuro»⁴¹.

25. Debe comprenderse bien la función de esas cláusulas modelo.

26. La guía de la práctica que la Comisión se propone elaborar consistiría en «directrices para la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas»⁴². Se trata pues de normas generales que puedan aplicarse a todos los tratados, cualquiera que sea su objeto⁴³, a falta de disposiciones convencionales. Sin embargo, al igual que las disposiciones de las propias Convenciones de Viena⁴⁴ y las normas consuetudinarias que consagran⁴⁵, esas disposiciones serán de carácter puramente supletorio de la voluntad de las partes, no pueden tener valor vinculante y, evidentemente, las partes contratantes tendrán siempre la libertad de prescindir de ellas. Bastará para ello que los negociadores introduzcan en el tratado cláusulas específicas relativas a las reservas.

27. Se ha subrayado a menudo la conveniencia de insertar en los tratados multilaterales cláusulas relativas a las reservas⁴⁶. Por ejemplo, en su opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ señaló los inconvenientes que entrañaba la importante divergencia de opiniones entre los Estados respecto de los efectos de las reservas y las objeciones y señaló que «un artículo relativo a las reservas habría podido obviarlos»⁴⁷. De modo análogo, en el informe que presentó en 1951 a la Asamblea General, la Comisión recordó que:

Los Estados negociadores pueden siempre estipular en el texto de la propia convención los límites eventuales dentro de los cuales pueden admitirse reservas y regular el efecto que deban tener las objeciones a ellas formuladas. Generalmente sólo surgen dificultades si la propia convención no contiene disposiciones al respecto. Por consiguiente, es muy deseable que los redactores del texto de una convención se

⁴¹ Véase el párrafo 3 *supra*.

⁴² *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 487, apdo. b.

⁴³ Véase el capítulo II *infra*.

⁴⁴ Véanse, en particular: A. Maresca, *Il diritto dei trattati: La Convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio 1969*, págs. 289 y 304; P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, págs. 160, 161 y 223 a 230; J. M. Ruda, «Reservations to Treaties», *Recueil des cours... 1975-III*, pág. 180, y P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, págs. 73 a 75; ésa era también la posición de la CIJ (*C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15, citada *infra*, párr. 27) (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 25), y de los autores de la opinión disidente común: «los Estados que negocian una convención tienen libertad para modificar tanto la norma consuetudinaria que estiman que existe como la práctica, insertando en la convención las disposiciones expresas que sean convenientes, lo que por otra parte hacen frecuentemente» (*ibid.*, pág. 30).

⁴⁵ Véase *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 163 y 164, documento A/CN.4/470, párrs. 154 a 157.

⁴⁶ Aunque eso no constituya una panacea; véase, a ese respecto, Imbert, *op. cit.*, que subraya que «las cláusulas de reservas no constituyen en todos los casos una solución ideal, pero son siempre preferibles al silencio del tratado» (pág. 214); véase el capítulo que el autor consagra a la «función reducida de las cláusulas convencionales en el derecho aplicable a la admisión de reservas» (págs. 202 a 230).

⁴⁷ *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25.

planteen francamente el problema de las reservas a las convenciones multilaterales en el momento en que se está preparando tal texto; a juicio de la Comisión, este procedimiento es el que probablemente dará resultados a la larga más satisfactorios⁴⁸.

Además, en su resolución 598 (VI), de 12 de enero de 1952, la Asamblea General recomendó:

que los órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados y los Estados, en el curso de la preparación de convenciones multilaterales, tengan presente la posibilidad de insertar en ellas estipulaciones sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de reservas y los efectos que hayan de atribuirse a éstas.

28. Esas cláusulas pueden tener una triple función:

a) Remitir a las normas incluidas en las Convenciones de Viena de 1969 o 1986 explícita⁴⁹ o implícitamente, reproduciendo los términos de algunas de sus disposiciones⁵⁰;

b) Colmar sus lagunas o eliminar sus ambigüedades, precisando los puntos oscuros de las Convenciones de Viena o los que no se abordan en ellas;

c) Derogar las «normas de Viena», estableciendo un régimen especial en materia de reservas que las partes contratantes consideran más apropiado para los fines del tratado que han concertado.

29. Las cláusulas modelo que la Comisión se propone sugerir en el marco del estudio de las reservas a los tratados no pueden asemejarse al primero de esos modelos; esas cláusulas, si bien aseguran, sin discusión posible, la aplicación uniforme de un régimen de reservas, tanto si las partes en el tratado han ratificado las Convenciones de Viena como si no lo han hecho, permiten que subsistan íntegramente las lagunas y ambigüedades de las disposiciones pertinentes de esas convenciones. Por lo mismo, las cláusulas modelo no cumplirán la función de colmar esas lagunas o eliminar esas ambigüedades: ese es precisamente el objeto de la guía de la práctica cuya elaboración ha emprendido la Comisión. Por el contrario, podrá ser útil que en el futuro los Estados y las organizaciones internacionales contratantes inserten cláusulas sobre reservas que recojan los proyectos de artículos que figurarán en la futura guía de la práctica, a fin de garantizar su cristalización en normas consuetudinarias.

30. Sin embargo, la función de las cláusulas modelo, que se anexarán al proyecto de artículos propiamente dicho, es diferente. Se tratará exclusivamente de incitar a los Estados a que inserten en determinados tratados esas cláusulas modelo en materia de reservas, derogatorias del

⁴⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento n.º 9 (A/1858)*, pág. 129, párr. 27.

⁴⁹ Véase el artículo 75 de la Convención americana sobre derechos humanos: «Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969».

⁵⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (que recoge los términos del párrafo 2 del artículo 20 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966, anterior, por tanto, a la adopción de la Convención de Viena de 1969), según el cual: «No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención»; véase también el párrafo 2 del artículo 51 de la Convención sobre los Derechos del Niño, o el párrafo 2 del artículo 91 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

derecho común y mejor adaptadas al carácter particular de esos tratados o a las circunstancias en que se hayan concertado. Esa práctica tendría la ventaja de adaptar el régimen jurídico de las reservas a las exigencias particulares de esos tratados o esas circunstancias, preservando así la flexibilidad que, con buen criterio, propugnan la Comisión y los representantes de los Estados, sin volver a discutir la unidad del derecho común aplicable a las reservas a los tratados.

31. Por supuesto, esta técnica no es utilizable más que para los tratados que se concierten en el futuro. Respecto a los tratados vigentes, las dos únicas posibilidades serían: bien modificarlos, bien aprobar un protocolo adicional dedicado a las reservas, lo que no deja de plantear problemas difíciles.

d) *Forma final de la guía de la práctica*

32. En definitiva, la guía de la práctica en materia de reservas que la Comisión se propone elaborar de conformidad con la invitación que le hizo la Asamblea General, debería dividirse en capítulos⁵¹. Cada uno de esos capítulos debería presentarse en la siguiente forma:

a) Recordatorio de las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 o 1986; comentario de esas disposiciones en el que se aclaren su sentido, su alcance, sus ambigüedades y sus lagunas⁵²;

b) Proyectos de artículos destinados a colmar esas lagunas o a eliminar esas ambigüedades; comentario de esos proyectos de artículos;

c) Cláusulas modelo que, en ciertos casos, podrán insertarse en determinados tratados y derogar los proyectos de artículos; comentario de esas cláusulas modelo.

3. ESQUEMA GENERAL DEL ESTUDIO

a) *Características del esquema propuesto*

33. Conforme a lo dispuesto en la resolución 48/31 de la Asamblea General, el estudio preliminar solicitado por la Asamblea a la Comisión versa principalmente sobre la forma que se dará a la labor de la CDI en relación con el tema de las reservas a los tratados y no sobre el contenido del estudio que debe emprenderse. Aunque probablemente no es necesario establecer de entrada un plan completo y rígido del estudio, parece conveniente analizar el esquema general en el que la Comisión podrá basarse para continuar sus trabajos sobre el tema.

34. A juicio del Relator Especial, el esquema debe cumplir los requisitos siguientes:

a) Permitir que se abarque el tema «Las reservas a los tratados» en su integridad, de manera que los Estados y las organizaciones internacionales puedan encontrar

⁵¹ Véanse los párrafos 164 a 252 *infra*.

⁵² Esencialmente, debería tratarse de un breve recordatorio basado en los pasajes pertinentes del primer informe del Relator Especial sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados (véase la nota 2 *supra*).

todos los elementos útiles en este ámbito en la guía de la práctica a que dará lugar el estudio de la Comisión;

b) Poner de manifiesto los problemas que siguen sin resolverse y que preocupan lógicamente a los Estados y las organizaciones internacionales;

c) Ser lo suficientemente claro y sencillo para que los miembros de la Comisión y los representantes de los Estados en la Asamblea General puedan seguir sin demasiadas dificultades la marcha del estudio;

d) Arrojar como resultado una guía de la práctica realmente *utilizable* por los Estados y las organizaciones internacionales; huelga decir que las consideraciones teóricas no han de quedar totalmente excluidas del estudio, habida cuenta de sus importantes consecuencias prácticas, pero tampoco pueden servir de guía del enfoque general del tema, ya que el Relator Especial considera que ese enfoque debe ser más pragmático que teórico, y

e) Constituir, por último, un marco general que permita adaptaciones y adiciones en caso necesario, a medida que avancen los trabajos de la Comisión.

35. Para trazar el esquema que se presenta más adelante (párr. 37 *infra*), el Relator Especial tuvo en cuenta los elementos siguientes:

a) Las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 que, a juicio del Relator Especial, parecían ser el punto de partida fundamental de cualquier reflexión sobre el contenido del estudio, habida cuenta de que se había acordado que se debía «preservar el acervo jurídico»⁵³;

b) La relación no exhaustiva de los problemas planteados por el tema que había procurado hacer el Relator Especial en su primer informe⁵⁴; esa relación, aunque se elaboró previa realización de un estudio somero de los trabajos preparatorios de las tres Convenciones de Viena y de la doctrina, no suscitó ningún rechazo de importancia durante el debate del informe;

c) Los debates que habían tenido lugar en la CDI después de que la Sexta Comisión de la Asamblea General examinara el tema de las reservas a los tratados, debates que permitieron tener una idea más completa y precisa de los problemas planteados al respecto y «jerarquizarlos» en función de las preocupaciones expresadas por los miembros de la CDI y por los representantes de los Estados⁵⁵, y

d) Las respuestas de los Estados al cuestionario preparado por el Relator Especial⁵⁶ y los documentos recibidos de las organizaciones internacionales⁵⁷.

36. Se trata, pues, de un esquema meramente provisional, destinado a que los miembros de la Comisión tengan una visión global de lo que se propone el Relator Especial,

quien acogerá de buen grado las observaciones y sugerencias de los miembros de la Comisión al respecto.

b) Esquema general provisional del estudio

37. PLAN PROVISIONAL DEL ESTUDIO⁵⁸

I. UNIDAD O DIVERSIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS MULTILATERALES (RESERVAS A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS)

A. Unidad de las normas aplicables a los tratados multilaterales generales (párr. 148 k)

1. El régimen jurídico de las reservas es generalmente aplicable;
2. El régimen jurídico de las reservas se aplica generalmente.

B. Mecanismos de control (párrs. 124 g y 148 m y n)

1. Apreciación de la licitud de las reservas por los mecanismos de control;
2. Consecuencias de la comprobación de la ilicitud de una reserva.

II. DEFINICIÓN DE RESERVA

1. Definición positiva (1969 y 1986: art. 2, párr. 1 d, 1978: art. 1 j);
2. Diferencias entre las reservas y otros procedimientos destinados a modificar la aplicación de los tratados (párr. 149);
3. Diferencias entre las reservas y las declaraciones interpretativas (párr. 148 c);
4. Régimen jurídico de las declaraciones interpretativas (párr. 148 d a f);
5. Reservas a los tratados bilaterales (párr. 148 a y b).

III. FORMULACIÓN Y RETIRO DE LAS RESERVAS, DE LAS ACEPTACIONES Y DE LAS OBJECIONES⁵⁹

A. Formulación y retiro de las reservas

1. Momento en que puede tener lugar la formulación de una reserva (1969 y 1986: art. 19, encabezamiento);
2. Procedimiento de formulación (1969 y 1986: art. 23, párrs. 1 y 4);
3. Retiro (1969 y 1986: arts. 22, párrs. 1 y 3 a, y 23, párr. 4).

B. Formulación de las aceptaciones a las reservas

1. Procedimiento de formulación de la aceptación (1969 y 1986: art. 23, párrs. 1 y 3);
2. Aceptación implícita (1969 y 1986: art. 20, párrs. 1 y 5);
3. Obligaciones de aceptación expresa (1969 y 1986: art. 20, párrs. 1 a 3) (párrs. 124 b y 148 l).

⁵⁸ Después de cada título se menciona entre paréntesis los artículos pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 (si no se hace ninguna mención, significa que el problema no fue abordado en las Convenciones) y las preguntas formuladas en los párrafos 124 (pág. 158), y 148 y 149 (pág. 162) del primer informe del Relator Especial (véase la nota 2 *supra*).

⁵⁹ Habida cuenta de que, al parecer, la función de los depositarios ha de ser exclusivamente «mecánica» en el sistema vigente, este capítulo será probablemente el lugar idóneo, aunque tal vez no exclusivo, para referirse a esa cuestión.

⁵³ Véanse los párrafos 19 a 22 *supra*.

⁵⁴ Véase el párrafo 9 *supra* y las referencias que figuran en la nota 13.

⁵⁵ Véanse los párrafos 1 y 9 a 17 *supra*.

⁵⁶ Véase el párrafo 6 *supra*.

⁵⁷ Véase *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/470, párr. 92, nota 127.

C. Formulación y retiro de las objeciones a las reservas

1. Procedimiento de formulación de las objeciones (1969 y 1986: art. 23, párrs. 1 y 3);
2. Retiro de las objeciones (1969 y 1986: arts. 22, párrs. 2 y 3 *b*, y 23, párr. 4).

IV. EFECTOS DE LAS RESERVAS, DE LAS ACEPTACIONES Y DE LAS OBJECIONES

¿Permisibilidad u oponibilidad? Planteamiento del problema

A. Prohibición de determinadas reservas

1. Dificultades relacionadas con la aplicación de las cláusulas de reservas (1969 y 1986: art. 19 *a* y *b*);
2. Dificultades relacionadas con la determinación del objeto y el fin del tratado (1969 y 1986: art. 19 *c*);
3. Dificultades relacionadas con el carácter consuetudinario de la norma a la que afecta la reserva (148 *o* a *q*).

B. Efectos de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones en caso de que se haya formulado una reserva con arreglo a las disposiciones del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986

1. Para las relaciones entre el Estado o la organización internacional que haya formulado la reserva y la parte que haya aceptado la reserva (1969 y 1986: arts. 20, párr. 4 *a* y *c*, y 21, párr. 1) (párr. 124 *o*);
2. Para las relaciones entre el Estado o la organización internacional que haya formulado la reserva y la parte que haya formulado alguna objeción⁶⁰ (1969 y 1986: arts. 20, párr. 4 *b* y 21, párr. 3) (párr. 124 *h* a *j*, y *l* a *n*).

C. Efectos de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones en caso de que se haya formulado una reserva que no se ajuste a las disposiciones del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986

1. Para las relaciones entre el Estado o la organización internacional que haya formulado la reserva y la parte que haya aceptado la reserva⁶¹ (1969 y 1986: arts. 20, párr. 4 *a* y *c*, y 21, párr. 1) (párr. 124 *e* y *f*);
2. Para las relaciones entre el Estado o la organización internacional que haya formulado la reserva y la parte que haya formulado alguna objeción⁶² (1969 y 1986: arts. 20, párr. 4 *b*, y 21 párr. 3) (párr. 124 *k* y *l*);
3. ¿Debe considerarse nula una reserva que no se ajuste a las disposiciones del artículo 19 con independencia de que se formulen o no se formulen objeciones? (párr. 124 *c* y *d*).

D. Efectos de las reservas sobre las relaciones con las demás partes contratantes

1. Sobre la entrada en vigor del tratado (párr. 148 *g*);
2. Sobre las relaciones entre las demás partes entre sí (1969 y 1986: art. 21, párr. 2).

V. SITUACIÓN DE LAS RESERVAS, DE LAS ACEPTACIONES Y DE LAS OBJECIONES EN CASO DE SUCESIÓN DE ESTADOS

Alcance del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 respecto de los Estados de reciente independencia

A. En el caso de los Estados de reciente independencia

1. Mantenimiento optativo de las reservas (1978: art. 20, párr. 1);
2. Situación de las aceptaciones de las reservas del Estado

predecesor en caso de mantenimiento de las reservas (párr. 148 *i*);

3. Situación de las objeciones a las reservas del Estado predecesor en caso de mantenimiento de las reservas (párr. 148 *j*);
4. Posibilidad de que un Estado de reciente independencia formule nuevas reservas y consecuencias de ello (1978: art. 20, párrs. 2 y 3) (párr. 148 *i*);
5. Situación de las objeciones y de las aceptaciones del Estado predecesor en relación con las reservas formuladas por terceros Estados.

B. En los demás casos de sucesión de Estados (párr. 148 *i* y *j*)

1. En caso de sucesión respecto de una parte del territorio del Estado;
2. En caso de unificación o de separación de Estados (párr. 148 *h*);
3. En caso de disolución de Estados.

VI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL RÉGIMEN DE LAS RESERVAS

1. Silencio de las Convenciones de Viena y consecuencias negativas de ello (párr. 124 *g*);
2. Oportunidad de los mecanismos de solución de controversias — cláusulas modelo o protocolo adicional.

*c) Breve comentario del esquema propuesto**i) Unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados*

38. Se trata de determinar si el régimen jurídico de las reservas que se establece en la Convención de Viena de 1969 es aplicable a todos los tratados, cualquiera que sea su objeto. La cuestión podría haberse planteado caso por caso, en relación con cada una de las normas. No obstante, hay tres razones en favor de un estudio separado y exclusivo:

a) En primer lugar, los elementos del problema son, por lo menos en parte, los mismos para todas las disposiciones;

b) En segundo lugar, su examen puede brindar la oportunidad de reflexionar sobre determinadas cuestiones fundamentales del régimen general de las reservas, lo que es preferible hacer *in limine*;

c) Por último, esa cuestión constituye el núcleo de recientes controversias, particularmente en relación con las reservas a los tratados de derechos humanos, lo que justifica que se haga hincapié en el examen de los problemas especiales que se plantean en ese ámbito.

Además, se trata de una de las principales dificultades sobre las que insistieron los miembros de la CDI en su 47.º período de sesiones y los representantes de los Estados en la Sexta Comisión en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General⁶³.

ii) Definición de reserva

39. Lo mismo cabe decir por lo que respecta a la definición de reserva, cuestión que, durante los debates, se

⁶⁰ Incluida la cuestión de la licitud de la objeción.

⁶¹ Incluida la cuestión de la licitud de la aceptación.

⁶² Incluida la cuestión de la necesidad de la objeción.

⁶³ Véanse los párrafos 10 a 16 y las notas 21 y 24 *supra*.

vinculó en todo momento a la diferencia entre reserva y declaración interpretativa y al régimen jurídico de esta última⁶⁴. Además, parece conveniente vincular el estudio de esa cuestión al de otros procedimientos que no pueden considerarse reservas, pero cuyo objetivo y cuyo efecto son, al igual que en el caso de las reservas, permitir a los Estados modificar las obligaciones dimanantes de un tratado en el que son partes; se trata, pues, de procedimientos alternativos respecto de las reservas, cuya utilización puede permitir que, en determinados casos, se superen probablemente algunos de los problemas relacionados con las reservas.

40. En aras de la claridad, el Relator Especial propone, además, que la cuestión de las reservas a los tratados bilaterales sea abordada junto con la definición misma de reserva: ciertamente la cuestión previa que plantean las reservas a los tratados bilaterales es determinar si se trata de verdaderas reservas, por lo que, antes de su examen, es necesario contar con una definición precisa al respecto. Además, aunque la cuestión se podría haber examinado en relación con la unidad o la diversidad del régimen jurídico de las reservas, se observa a primera vista que obedece a un problema diferente.

iii) *Formulación y retiro de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones*

41. A excepción de algunos problemas planteados en relación con la aplicación de los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986⁶⁵, este capítulo no parece, *prima facie*, referirse a cuestiones que presenten graves dificultades. Ello no es óbice para que quede incluido en el estudio, ya que se refiere a cuestiones prácticas que se plantean constantemente, y no se podría esbozar ninguna guía de la práctica que no incluyese elementos al respecto⁶⁶.

iv) *Efectos de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones*

42. Se trata, sin duda alguna, de la cuestión más espinosa del estudio; los miembros de la CDI y los representantes de los Estados en la Sexta Comisión no lograron llegar a un acuerdo⁶⁷. Además, esa cuestión ha dado lugar a corrientes doctrinales que parecen ser irreconciliables y absolutamente opuestas⁶⁸.

43. Nadie discute que determinadas reservas están prohibidas; por otra parte, ello se desprende de manera absolutamente clara de las disposiciones del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. No obstante, su aplicación no deja de presentar problemas. Esas dificultades deberán plantearse en la sección IV.A (véase el párrafo 37 *supra*).

⁶⁴ *Ibíd.*, y notas 16 y 25.

⁶⁵ En los que se da una definición exacta de los tratados multilaterales de alcance limitado y de las lagunas del régimen aplicable a las reservas a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales en particular.

⁶⁶ Véase el párrafo 15 *supra*.

⁶⁷ Véanse los párrafos 10 a 16 y la nota 16 *supra*.

⁶⁸ Véase *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 154 y 155, documento A/CN.4/470, párrs. 97 a 108, y págs. 156 a 158, párrs. 115 a 123.

44. Las controversias se plantean realmente en lo que atañe a los efectos de las reservas, de su aceptación y de las objeciones que se formulen, así como en lo concerniente a las circunstancias en las que las aceptaciones u objeciones pueden ser lícitas (o ilícitas) o necesarias (o superfluas). Ese es el *quid* de las divergencias entre la escuela de la «admisibilidad» o de la «permisibilidad», por una parte, y la escuela de la «oponibilidad», por otra⁶⁹. A juicio del Relator Especial, por el momento es prematuro adoptar una posición y cabe concebir que la Comisión proponga directrices concretas que sirvan para orientar eficazmente la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales, sin que sea necesario optar por alguna de esas tesis doctrinales contrapuestas. Además, es posible que se tomen elementos de una y otra escuelas para arbitrar soluciones prácticas que sean satisfactorias y equilibradas.

45. Por ello, en el esquema general que se reproduce *supra*⁷⁰, no se adopta ninguna posición —ni siquiera implícita— sobre las cuestiones teóricas que dividen a la doctrina⁷¹. El Relator Especial, que partió de la idea de que existían ciertamente reservas lícitas e ilícitas⁷², consideró que el método más «neutral» y objetivo consistía en analizar los efectos de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones, distinguiendo entre las reservas lícitas (párr. 37, secc. IV.B) y las reservas ilícitas (párr. 37, secc. IV.C), habida cuenta de que es preciso estudiar por separado dos problemas particulares que, *prima facie*, se definen como reserva en los mismos términos —sean o no lícitas—, y que se refieren a los efectos de las reservas sobre las relaciones de las demás partes entre sí (párr. 37, secc. IV.D).

v) *Situación de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones en caso de sucesión de Estados*

46. Como se desprende del primer informe del Relator Especial⁷³ y de determinadas declaraciones formuladas durante los debates de la Comisión en 1995⁷⁴, en la Convención de Viena de 1978 subsisten numerosas lagunas e interrogantes en relación con este problema, al que únicamente se hace referencia en su artículo 20 en lo concerniente al caso de los Estados de reciente independencia, pero sin abordar la cuestión de la situación de las aceptaciones de las reservas del Estado predecesor y de las objeciones hechas a las reservas o de las aceptaciones y objeciones formuladas por el Estado predecesor a las reservas hechas por terceros Estados a un tratado en el que haya pasado a ser parte el Estado sucesor.

vi) *Solución de controversias relacionadas con el régimen de las reservas*

47. La Comisión no suele incluir en los proyectos de artículos que prepara cláusulas relativas a la solución

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Párrafo 37, parte IV.

⁷¹ No obstante, es preciso reiterar que, por muy «teóricas» que sean, esas cuestiones tienen importantes consecuencias prácticas.

⁷² Véanse los párrafos 37, secc. IV.A del esquema general, y 43 *supra*.

⁷³ *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 148 y 149, documento A/CN.4/470, párrs. 62 a 71.

⁷⁴ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 109, párrs. 458 a 460.

de controversias⁷⁵. El Relator Especial considera que, *a priori*, no hay razones para apartarse de esa práctica en la mayoría de los casos; a su juicio, el debate sobre el régimen de la solución de controversias desvía la atención del tema objeto de examen propiamente dicho, suscita debates inútiles e impide que la Comisión concluya sus trabajos en un plazo razonable. El Relator Especial considera que, en caso de que los Estados lo consideren necesario, sería más conveniente que la Comisión se ocupase de redactar proyectos de artículos de alcance general que podrían adjuntarse, por ejemplo, en forma de protocolos facultativos al conjunto de las convenciones en materia de codificación.

48. No obstante, el problema se puede plantear de manera un tanto particular en lo que se refiere al tema de las reservas a los tratados.

49. Como destacaron algunos miembros de la Comisión durante el debate celebrado sobre el tema durante el 47.º período de sesiones, existen mecanismos de solución pacífica de controversias, pero que se han utilizado en escasas ocasiones, por no decir nunca, para dirimir las divergencias entre los Estados en relación con el tema de las reservas, particularmente en lo que concierne a su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado⁷⁶. Además, aunque existan esos mecanismos, como suele ocurrir en los tratados de derechos humanos, se plantea la ardua cuestión de determinar cuáles son su alcance y sus límites en materia de reservas⁷⁷.

50. Habida cuenta de lo que antecede, tal vez sea conveniente examinar el establecimiento de mecanismos de solución de controversias en ese ámbito concreto, dado que, a juicio del Relator Especial, esos mecanismos podrían preverse en las cláusulas modelo que los Estados podrían incluir en los tratados que concluyesen en lo sucesivo o en un protocolo adicional de firma facultativa que podría incluirse como anexo de la Convención de Viena de 1969.

⁷⁵ Constituye una excepción el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados: en 1975 se previó que la Comisión podría decidir añadir una tercera parte en relación con la cuestión de la solución de controversias y con el modo de hacer efectiva la responsabilidad (*Anuario... 1975*, vol. II, págs. 60 a 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51); desde 1985 «la Comisión dio por sentado que se incluiría en el proyecto de artículos una tercera parte dedicada a la solución de las controversias y al modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional» (*Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 44, párr. 233); en 1995 la Comisión aprobó el texto de esa tercera parte en primera lectura (*ibíd.*, pág. 66, párr. 364).

⁷⁶ *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 109, párr. 455.

⁷⁷ Por ello es, cuando menos, discutible la posición de que la existencia de disposiciones en las que se prevé un mecanismo de solución de controversias hace innecesaria la inserción de una cláusula de reservas; véase, a este respecto, Imbert, *op. cit.*, donde figura, como ejemplo, la declaración del representante de Grecia, Sr. Eustathiadès, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales, según la cual la aprobación de un protocolo sobre la solución de controversias ofrecería la ventaja de «evitar el delicado problema de las reservas» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.75.V.11), pág. 312, párr. 50).

Conclusión

51. Queda claro que el esquema provisional del estudio propuesto *supra* no debería tener un carácter intangible: debe preverse que pueda ser adaptado, complementado y revisado a medida que avancen los trabajos, los cuales no cabe duda de que pondrán de manifiesto nuevas dificultades o, por el contrario, revelarán el carácter artificial de algunos de los problemas planteados.

52. Huelga decir, asimismo, que el esquema constituye una simple propuesta del Relator Especial, quien acogerá favorablemente cualquier sugerencia que pueda servir para aclararlo o perfeccionarlo. El Relator Especial hace, sin embargo, un llamamiento a los miembros de la Comisión para que, cuando formulen críticas y sugerencias, tengan en cuenta los requisitos a que debe ajustarse el esquema para que cumpla cabalmente su cometido⁷⁸.

53. En concreto, el esquema debe permitir que los miembros de la CDI y los representantes de los Estados en la Sexta Comisión se aseguren, por una parte, de que las preocupaciones que hayan transmitido durante la «etapa preliminar» se tengan debidamente en cuenta y que, por otra parte, en lo sucesivo se mantengan suficientemente al tanto de los progresos de los trabajos. El esquema está destinado a ser en cierta medida la «brújula» que permitirá al Relator Especial avanzar, bajo la supervisión de la CDI, en la difícil misión que le ha sido encomendada. Además, el esquema debe constituir el marco de la guía de la práctica que la CDI se ha propuesto preparar.

54. El Relator Especial considera que, salvo dificultades imprevistas, esa tarea puede y debería ser realizada en un plazo de cuatro años. Teniendo en cuenta el esquema indicado *supra* y el hecho de que el capítulo II del presente informe se refiere a la cuestión de la unidad o la diversidad del régimen jurídico de las reservas (capítulo I del esquema provisional del estudio):

a) Los capítulos II (Definición de reserva) y III (Formulación y retiro de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones) podrían presentarse a la Comisión en su 49.º período de sesiones;

b) El importante y difícil capítulo IV (Efectos de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones) podría examinarse el año siguiente, y

c) La primera lectura de la guía de la práctica en materia de reservas a los tratados podría concluir en 1999 con el examen de los capítulos V (Situación de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones en caso de sucesión de Estados) y VI (Solución de controversias relacionadas con el régimen de las reservas), habida cuenta de que, al igual que el propio esquema general, estas indicaciones sólo pueden tener un carácter meramente provisional.

⁷⁸ Véase el párrafo 34 *supra*.

CAPÍTULO II

Unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados (reservas a los tratados de derechos humanos)

55. El presente capítulo corresponde al punto I del esquema general propuesto con carácter provisional en el capítulo I *supra*⁷⁹. Tiene por objeto determinar si las normas aplicables en materia de reservas a los tratados, ya sea que estén codificadas en los artículos 19 a 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, o que sean de naturaleza consuetudinaria, son aplicables a todos los tratados sea cual fuere su objeto y, en particular, a los tratados de derechos humanos.

1. NECESIDAD Y URGENCIA DEL EXAMEN DE LA CUESTIÓN POR LA COMISIÓN

56. Como se recordó *supra*, la cuestión ha sido mencionada con cierta insistencia tanto en los debates de la CDI en su 47.º período de sesiones como en los debates de la Sexta Comisión en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General⁸⁰. Esas preocupaciones son fáciles de comprender.

57. Esas inquietudes, a no dudarlo, tienen su origen en las decisiones que en materia de reservas han adoptado recientemente ciertos órganos de supervisión creados en virtud de tratados de derechos humanos que, en los últimos años, consideran que les asiste el derecho de determinar la licitud de las reservas formuladas por los Estados a los instrumentos que los han creado y, según el caso, sacar de esas constataciones consecuencias de gran alcance.

58. Ese movimiento tiene su origen en la práctica de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en varias decisiones de gran trascendencia, han constatado que una reserva (o una «declaración interpretativa» que analíticamente constituye una reserva) era ilícita o no tenía el alcance que le atribuía el Estado demandado, y han sacado la doble consecuencia, por una parte, de que el Estado en cuestión no podía invocar ante ellos la reserva ilícita y, por la otra, de que no por ello estaba menos vinculado por su ratificación del Convenio europeo de derechos humanos⁸¹. La

⁷⁹ Véase el párrafo 37 *supra*.

⁸⁰ Véanse los párrafos 10 y 12 y las notas 19 y 22 *supra*.

⁸¹ Véanse los asuntos *Temeltasch c. Suisse* (Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 31, Estrasburgo, abril de 1983, demanda n.º 9116/80, pág. 120); *Belilos c. Suisse* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Séries A : Arrêts et décisions*, vol. 132, fallo de 29 de abril de 1988, Registro del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1988, pág. 1); *Chrysostomos et al. c. Turquie* (Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 68, Estrasburgo, 1993, demandas n.ºs 15299/89, 15300/89 y 15318/89, págs. 253 a 289); *F. y M. L. c. Autriche* (Consejo de Europa, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, demanda n.º 17588/90, vol. 37, La Haya, Londres y Boston, Kluwer Law International, 1994, pág. 137); *Gradinger c. Autriche* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 328, fallo de 23 de octubre de 1995, Registro del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996); *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)* (ibíd., vol. 310, fallo de 23 de marzo de 1995,

Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado una posición similar⁸².

59. Los órganos de supervisión creados en virtud de tratados de derechos humanos concluidos bajo el auspicio de las Naciones Unidas, tradicionalmente prudentes en la materia⁸³, han sido alentados a obrar con más firmeza:

a) Los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos de derechos humanos han manifestado en dos oportunidades su preocupación por la situación dimanada de las reservas a los tratados que les incumbían y han recomendado que esos órganos señalaran a la atención de los Estados la incompatibilidad de algunas de esas reservas con el derecho aplicable en materia de reservas⁸⁴;

b) El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer modificó las directrices relativas a la forma y al contenido de los informes iniciales y periódicos de los Estados partes mediante la inclusión de una sección en la cual indicó la forma en que deseaba que los Estados partes que hubieran hecho reservas presentaran sus informes al respecto⁸⁵, y

acogió con beneplácito la solicitud que había hecho la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1992/3 sobre formas contemporáneas de la esclavitud al Secretario General de que:

Recabe la opinión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer sobre la conveniencia de obtener una opinión consultiva sobre la validez y las consecuencias jurídicas de las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [...]

[y] decidió [...] apoyar las medidas adoptadas en común con otros órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos a fin de recabar una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia que aclarase la cuestión de las reservas formuladas respecto de tratados de derechos humanos y que, de esta manera, ayudase a los Estados partes a ratificar y aplicar esos instrumentos internacionales. La opinión

Registro del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1995), y *Fischer c. Autriche* (ibíd., vol. 312, fallo de 26 de abril de 1995, Registro del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1995). Esas decisiones serán objeto de análisis más precisos en la sección C del presente capítulo.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, n.º 2; y *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, ibíd., n.º 3.

⁸³ Véanse los párrafos 165 a 176 *infra*.

⁸⁴ Véanse los informes de las reuniones cuarta y quinta de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (A/47/628, anexo, párrs. 36 y 60 a 65, y A/49/537, anexo, párr. 30).

⁸⁵ Véase 15.º período de sesiones del Comité, 15 de enero a 2 de febrero de 1996, «Directrices relativas a la forma y al contenido de los informes iniciales de los Estados partes» (CEDAW/C/7/Rev.2), párr. 9.

consultiva ayudaría también al Comité en sus esfuerzos por determinar los progresos efectuados en la aplicación de la Convención⁸⁶;

c) En particular, el Comité de Derechos Humanos aprobó el 2 de noviembre de 1994 su comentario general n.º 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, por el cual se declaró claramente en favor de un concepto amplio de sus propias facultades de examen de la compatibilidad de esas reservas o declaraciones con el objeto y fin del Pacto⁸⁷.

60. Esas tomas de posición han suscitado algunas inquietudes entre los Estados y vivas críticas por parte de algunos de ellos⁸⁸. Ellas no son ajenas probablemente al reexamen de la cuestión de las reservas a los tratados que se ha emprendido en diversos foros y, en particular, en el Consejo de Europa⁸⁹.

61. Desde luego, no es superfluo que la Comisión adopte una posición respecto de los problemas y que lo haga rápidamente. Esta posición del Relator Especial, que lo ha llevado a modificar en alguna medida el orden en que se proponía abordar las cuestiones planteadas por el tema que se le ha encomendado, no se debe a su interés de estar a la moda.

62. Si es evidentemente fundamental que los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos expongan sus puntos de vista en la materia, también es esencial que la Comisión haga oír la voz del derecho internacional⁹⁰ en esta esfera tan importante, y

⁸⁶ Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 38 (A/48/38)*, cap. I, párrs. 3 y 5.

⁸⁷ Informe del Comité de Derechos Humanos (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*), vol. I, anexo V).

⁸⁸ Véanse, en particular, las observaciones sumamente críticas respecto del comentario general n.º 24 formuladas por los Estados Unidos, el Reino Unido (ibíd., anexo VI) y Francia (ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/51/40)*, vol. I, anexo VI).

⁸⁹ Véase, en particular, Consejo de Europa, *Textes adoptés par l'Assemblée, quarante-quatrième session ordinaire*, Estrasburgo, 1993, recomendación 1223 (1993) relativa a las reservas formuladas por los Estados miembros a las convenciones del Consejo de Europa, aprobada por la Asamblea Parlamentaria el 1.º de octubre de 1993, e ibíd., *Documents de séance, session de 1994*, vol. III, respuesta provisional a la recomendación 1223 (1993), aprobada por el Comité de Ministros el 17 de febrero de 1994 (documento 7031), o los trabajos del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) en su novena reunión de 21 y 22 de marzo de 1995 (documento CAHDI(95)5 de 18 de abril de 1995 y corr. de 14 de junio de 1995, párrs. 23 a 34). Al término de esa reunión se decidió que la secretaria [del Consejo de Europa] presentaría el documento [se trata de un documento de trabajo presentado por la delegación de Austria, CAHDI(95)7], junto con un ejemplar del informe de la reunión al Relator Especial de la CDI, indicando al mismo tiempo que el Comité tiene gran interés en la cuestión y está dispuesto a colaborar en el estudio. El tema continuaría en el programa de la reunión de la primavera de 1996 del Comité, para cuando se habrían recibido las primeras indicaciones de la forma en que se lleva adelante el estudio de la Comisión (ibíd., párr. 34).

⁹⁰ Al tiempo de aprobarse el comentario general n.º 24, el Comité de Derechos Humanos no se ocupó de las reglas generales de derecho internacional en materia de reservas, sino del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos propiamente dicho; véase el comentario de

sería lamentable que estuviera ausente de un debate que le interesa sobremanera: por un lado, las cuestiones respecto de las cuales se interrogan los Estados y los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos giran en torno de la aplicabilidad de las normas relativas a las reservas que se codificaron en la Convención de Viena de 1969, en cuya elaboración la Comisión participó de manera tan decisiva; por el otro, conforme a su Estatuto, la Comisión «tendrá por objeto impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación»⁹¹, expresión esta última que tiene por objeto «designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas»; en cambio la expresión «desarrollo progresivo del derecho internacional» corresponde a los temas «que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas»⁹². Ambos aspectos constituyen el tema central del debate, uno de cuyos requisitos previos es determinar si el problema se plantea en términos de codificación o de desarrollo progresivo.

63. Habida cuenta de los puntos de vista opuestos que se han manifestado, el Relator Especial considera que la Comisión bien podría hacer obra útil si se esforzara por esclarecer los términos del problema tal como éste se plantea respecto del derecho internacional público general y aprobara sobre la cuestión una resolución que la Asamblea General pudiera señalar a la atención de los Estados y de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Al concluir el presente capítulo se presenta un proyecto de resolución con ese fin (párr. 260).

2. OBJETO Y PLAN DEL CAPÍTULO

64. Con todo, como la función de la Comisión es contribuir a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional en su conjunto, y como el tema de las «reservas a los tratados» abarca el universo de los tratados, parecería oportuno reubicar los problemas especiales que plantean las reservas a los tratados de derechos humanos en un contexto más amplio e interrogarse respecto de la cuestión más general de la unidad o diversidad del régimen jurídico o de los regímenes jurídicos en materia de reservas.

65. Un primer elemento de diversidad podría ser, a este respecto, la oposición que existiría entre las normas convencionales establecidas por los artículos 19 a 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986⁹³, por un lado,

Higgins que criticó el proyecto inicial porque se remitía excesivamente a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en comparación con el Pacto, que debería, sin embargo, ser la preocupación primordial del Comité (1366.ª sesión del Comité (CCPR/C/SR.1366), párr. 58).

⁹¹ Artículo 1, párr. 1.

⁹² Artículo 15.

⁹³ Parece atinado dejar de lado, en esta etapa, los problemas que plantea el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978: aparte de que al parecer ha habido consenso en el seno de la Comisión para considerar que no se trataba de un problema prioritario (véase la nota 21 *supra*), se plantea en términos sumamente particulares. Baste decir que la

y las reglas consuetudinarias en la materia, por el otro. No hay, con todo, necesidad de hacer la distinción: si se puede indudablemente sostener que en el momento de su adopción las «reglas de Viena» correspondían, al menos en parte, al desarrollo progresivo del derecho internacional más que a su codificación en sentido estricto, ya no es así hoy día; con el sustento de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969, confirmadas en 1986, la práctica se ha consolidado en normas consuetudinarias⁹⁴. De todos modos, no obstante los matices que pueden acompañar a esa opinión⁹⁵, la inquietud expresada tanto por los miembros de la CDI como por los miembros de la Sexta Comisión de la Asamblea General de conservar las conquistas de las Convenciones de Viena existentes⁹⁶ hace que la cuestión sea relativamente insignificante, esto es, hay que situarse en relación con las normas establecidas en dichas Convenciones.

66. Una vez descartado este problema artificial, la cuestión de la unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas puede plantearse del siguiente modo: ¿hay tratados que escapan o debieran escapar a la aplicación del «régimen de Viena» en razón de su objeto? En caso afirmativo, ¿a qué régimen o regímenes están sujetos o debieran estar sujetos esos tratados en materia de reservas⁹⁷? Si se dejan de lado los tratados a los cuales las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 reconocen cierta especificidad a este respecto, el problema se ha planteado principalmente en lo que concierne a los tratados «normativos», de los cuales se ha dicho que serían antinómicos a la idea misma de las reservas (secc. A).

67. Conforme a este enfoque (aunque sin olvidar nunca el problema específico de los tratados de derechos humanos), se ha señalado que la cuestión general desembocaba en otra, de carácter más específico: «En verdad, hay dos cuestiones distintas, pero relacionadas entre sí: ¿debieran permitirse las reservas a los tratados normativos y debiera determinarse la validez de esas reservas mediante un sistema distinto del que se aplica a los tratados en general?»⁹⁸ Si el problema se plantea en esos términos, «en realidad se

(Continuación de la nota 93.)

cuestión de la sucesión en las reservas (y en las aceptaciones y objeciones) sólo parece *prima facie* accesoria en relación con la cuestión más general de la sucesión en el tratado propiamente dicho. En ese caso, cuando examine los problemas de la sucesión en las reservas, acaso la Comisión debería plantearse, con todo, al menos en forma incidental, la cuestión relativa a saber si el objeto del tratado juega un papel en las modalidades de la sucesión en los tratados. Es posible que a partir de allí la decisión que deberá adoptar próximamente la CIJ sobre las excepciones preliminares invocadas por la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* aporte nuevos elementos a este respecto.

⁹⁴ Véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), págs. 163 y 164, párrs. 153 a 157.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 164, párrs. 158 a 162.

⁹⁶ Véanse los párrafos 2 a 4 y 18 a 20 *supra*.

⁹⁷ El problema se ha planteado casi exactamente en estos términos en lo que concierne a las reservas a los tratados de derechos humanos: «El interrogante básico que plantean los tratados de derechos humanos es el de saber si se han o no de considerar como una categoría distinta de los demás tratados multilaterales y, en particular, si las normas relativas a las reservas [...] se les aplican con igual fuerza» (M. Coccia, «Reservations to multilateral treaties on human rights», pág. 16).

⁹⁸ C. Redgwell, «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», pág. 279.

está hablando de *dos tipos* de normas, esto es, sustantivas y procesales»⁹⁹.

68. Estas dos categorías de normas pueden estar vinculadas y cabe imaginar, también en este caso, que los órganos de supervisión creados en virtud de ciertos tratados multilaterales tengan facultades específicas en materia de reservas por el hecho del objeto mismo del tratado. Sin embargo, también cabe pensar que el problema de la amplitud de esas facultades se plantea de todos modos, con independencia del objeto del tratado, en todos los casos en que un instrumento crea un órgano encargado de supervisar su aplicación; en ese caso, la particularidad del régimen de las reservas dependería de la existencia del órgano y no de los atributos propios del tratado, salvo que se considere que los tratados que crean órganos de supervisión constituyen una categoría aparte...

69. Parece, pues, atinado, desde un punto de vista metodológico, distinguir el problema de principio (sustantivo) de la unidad o diversidad de las normas aplicables en materia de reservas (secc. B) del problema (procesal) de la aplicación de esas normas y, en particular, de las facultades de los órganos de supervisión, cuando existan (secc. C).

A.—Diversidad de los tratados y régimen jurídico de las reservas

1. RESTRICCIÓN DEL ESTUDIO A LOS TRATADOS NORMATIVOS

70. Dos consideraciones contrarias entre sí pueden llevar a ampliar o, por el contrario, a restringir el ámbito del presente capítulo: por una parte, la cuestión de la unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas se plantea con agudeza y urgencia sólo en lo que concierne a los tratados de derechos humanos; por otra parte, sin embargo, está establecido que existen otras categorías de tratados que plantean problemas particulares respecto a la naturaleza de las normas aplicables o a sus modalidades de aplicación; así ocurre ciertamente en el caso:

- a) de los tratados restringidos;
- b) de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y
- c) de los tratados bilaterales.

71. Parece atinado, sin embargo, excluir de la reflexión en esta etapa esas categorías de tratados, por razones a la vez teóricas y pragmáticas. Si, en verdad, es en parte común a todos los tratados, la problemática de «universalidad o diversidad» es también, por necesidad lógica, propia de cada categoría: es en función de los caracteres específicos de cada una por lo que se plantea la cuestión relativa a saber si las normas comunes se le aplican o si, por el contrario, se deben descartar. En otras palabras, la problemática de la unidad es por definición singular, pero

⁹⁹ R. Higgins, «Introduction», *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out – Reservations and Human Rights Treaties*, pág. xx.

también necesariamente la de la diversidad es plural¹⁰⁰. Dicho de otra manera, puede ser necesario efectuar un examen por separado de cada categoría particular, no habiendo inconveniente en efectuar ese examen respecto de ciertos tipos de tratados ni en diferirlo respecto de otros porque los problemas se plantean, al menos parcialmente, de una manera distinta.

72. Por otra parte, los tratados restringidos y los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son, en las propias Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, objeto de un trato por separado que se pone de manifiesto en normas específicas¹⁰¹. Las reservas a los tratados bilaterales suscitan problemas muy particulares que guardan relación con la definición misma del concepto de reservas¹⁰² y probablemente será conveniente examinarlas en el capítulo dedicado a esa definición¹⁰³.

73. Los tratados de codificación presentan cuestiones más difíciles. A veces se ha considerado que las reservas a esos tratados constituían problemas específicos¹⁰⁴. Aunque de uso corriente¹⁰⁵, la idea no está exenta de ambigüedad: la línea de demarcación entre codificación, por un lado, y desarrollo progresivo del derecho internacional, por el otro, es por lo menos incierta (en la hipótesis de que existe)¹⁰⁶; numerosos tratados contienen «cláusulas de codificación», es decir, *disposiciones* que reproducen normas consuetudinarias, sin ser por ello «tratados de codificación», por el hecho de que esas disposiciones se yuxtaponen a otras que no tienen ese carácter (el problema se plantea, por otra parte, en esos términos para muchos tratados de derechos humanos)¹⁰⁷. Es, pues, sumamente dudoso que la categoría sea «operacional» como tal a los fines del presente capítulo¹⁰⁸.

74. Es indiscutible, en cambio, que se plantea la cuestión de saber si es lícita una reserva a una norma consuetudinaria consignada en una disposición convencional¹⁰⁹. De acuerdo con el «plan provisional del estudio» que figura

¹⁰⁰ Véanse las reflexiones similares del Sr. de Saram durante el debate del primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1995*, vol. I, 2404.^a sesión, págs. 177 a 179).

¹⁰¹ Véase el artículo 20, párrs. 2 y 3.

¹⁰² Véanse las dudas sobre la oportunidad misma del examen de la cuestión expresadas por los Sres. Idris, Kabatsi y Yamada en el 47.º período de sesiones de la Comisión (*Anuario... 1995*, vol. I, 2407.^a sesión, págs. 203 a 206).

¹⁰³ Véanse los párrafos 37, secc. II.5 y 40 *supra*.

¹⁰⁴ Véanse, por ejemplo, G. Téoul, «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», y la bibliografía citada en la página 684, notas 9 y 10.

¹⁰⁵ Véanse, por ejemplo, Imbert, *op. cit.*, págs. 239 a 249, o Téoul, *loc. cit.*

¹⁰⁶ Véase *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, cuarta edición (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.88.V.1), págs. 14 a 16.

¹⁰⁷ Véanse los párrafos 85 y 86 *infra*.

¹⁰⁸ Por otra parte, la distinción entre «tratados ley» y «tratados contrato», que tuvo su momento de gloria, ha sido abandonada, principalmente por razones similares: «[...] es cierto que la mayor parte de los tratados no tienen un contenido homogéneo. Constituyen un molde en el cual se pueden verter disposiciones que presentan caracteres muy distintos [...]. Si hubiera, pues, que aplicar distinciones jurídicas materiales a las disposiciones de los tratados, habría de todos modos que examinar las disposiciones por separado sin poder contentarse con un análisis global rudimentario» (Reuter, *op. cit.*, pág. 24).

¹⁰⁹ Véanse el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 161, párrs. 143 y 144, y la declaración del Sr. Lukashuk durante

en el párrafo 37 *supra*¹¹⁰, el Relator Especial se propone examinar más a fondo este complejo problema en una etapa ulterior del estudio. Ello se justificaría, a juicio del Relator Especial, por el hecho de que lo que se discute no es el *objeto* sino la naturaleza dual, a la vez convencional y consuetudinaria, de la disposición a la que se refiere la reserva.

75. Con todo, el problema evidentemente no está del todo desvinculado del que constituye el objeto del presente capítulo. A juicio del Relator Especial, conviene obrar con pragmatismo a este respecto: inevitablemente algunas de las cuestiones abordadas en esta etapa tienen un carácter «vertical» y se plantean para el conjunto del tema en examen; no se podrán dejar completamente de lado, quedando entendido que la Comisión deberá sentirse absolutamente libre de «retocar» ulteriormente las conclusiones provisionales y fragmentarias a las que llegue en el período de sesiones de 1996.

76. En cambio, el Relator Especial está convencido de que el examen del problema «vertical» que constituye el objeto del presente capítulo, y que se plantea en todo el tema de las reservas a los tratados, podrá ser muy positivo para la continuación del estudio, para la cual fijará jalones útiles y sobre la cual arrojará una luz particular.

2. TRATADOS Y DISPOSICIONES NORMATIVAS

77. Los tratados «normativos» suscitan problemas particulares: no sólo se trata de que a su respecto los autores han insistido con más vehemencia en la inadecuación del régimen jurídico general de las reservas, sino que también se ha llegado a pretender que, por su naturaleza, esos instrumentos no se prestan a la formulación de reservas. Antes de examinar estas cuestiones (en gran medida distintas)¹¹¹, conviene, sin embargo, interrogarse sobre la consistencia y existencia misma de esta categoría de tratados.

78. Como se ha dicho:

Las convenciones multilaterales se han convertido en uno de los medios utilizados con más frecuencia para estatuir normas de conducta para el conjunto de los Estados, no solamente en sus relaciones, sino también en beneficio de las personas físicas. Mediante estos instrumentos, los Estados tienden también a aportar su contribución a la formación del derecho internacional, al hacerse intérpretes de una exigencia general de la comunidad internacional¹¹².

Esta particularidad de las convenciones «normativas», a saber, que operan, por así decirlo, en lo absoluto y no en relación con las demás partes —es decir, que surten efecto *para* cada parte *per se* y no *entre* las partes *inter se*—, junto con su otra característica, esto es, que reposan principalmente en la afirmación de derechos y obligaciones y no confieren derechos o beneficios a las partes *qua* Estados, es lo que les da su carácter jurídico particular¹¹³.

el debate del informe (*Anuario... 1995*, vol. I, 2402.^a sesión, págs. 172 y 173).

¹¹⁰ Véase el párrafo 37 *supra*, secc. IV.A.3.

¹¹¹ Véase el párrafo 83 *infra*.

¹¹² Imbert, *op. cit.*, págs. 435 y 436; véase también la abundante bibliografía citada por este autor, especialmente las notas 92 y 95.

¹¹³ G. G. Fitzmaurice, «Reservations to multilateral conventions», pág. 15.

79. Se encuentran tratados de este tipo en las esferas más diversas: jurídica (las «convenciones de codificación»¹¹⁴ del derecho internacional público y privado, incluidas las convenciones que consagran leyes uniformes), económica, técnica, social, humanitaria, etc. Las convenciones generales relativas a la protección del medio ambiente presentan las más de las veces estos atributos, y lo mismo suele ocurrir con las convenciones relativas al desarme.

80. Sin embargo, es justamente en la esfera de los derechos humanos en la que se han puesto más a menudo de manifiesto esas particularidades¹¹⁵, en la inteligencia de que la expresión «derechos humanos» se debe interpretar en el presente contexto en sentido lato y de que a los fines del presente capítulo no corresponde distinguir entre derecho humanitario, por un lado, y derechos humanos *stricto sensu*, por el otro: las consideraciones serán válidas para ambos¹¹⁶.

81. Con todo, incluso con una concepción amplia, la clasificación de un tratado como «relativo a los derechos humanos» (o al desarme o a la protección del medio ambiente) dista de ser evidente en todos los casos¹¹⁷. Una convención relativa al derecho de la familia o al estado civil puede incluir disposiciones relativas a los derechos humanos y otras que no lo son. Además, incluso en la hipótesis de que se resolviera ese problema, surgen otras dos dificultades.

82. Por un lado, la categoría de «tratados de derechos humanos» está lejos, a todas luces, de ser homogénea.

No es posible ubicar en la misma categoría [...] los Pactos de las Naciones Unidas o el Convenio europeo [de derechos humanos], que rigen casi todos los aspectos de la vida en sociedad, e instrumentos como las convenciones sobre el genocidio o la discriminación racial, que tienden a proteger un solo derecho¹¹⁸.

Estas dos subcategorías de «tratados de derechos humanos» crean problemas muy diferentes en lo que se refiere a la definición de su objeto y su fin, que es tan esencial para determinar la licitud de las reservas¹¹⁹.

83. Por otra parte, en un mismo tratado pueden coexistir cláusulas de naturaleza muy distinta, tanto en lo que concierne a su «importancia» (que, en el plano jurídico, puede corresponder a que sean o no imperativas, derogables o inderogables)¹²⁰, su naturaleza (consuetudinaria

o no consuetudinaria)¹²¹ o su consistencia (normativa o contractual). Aunque todos estos aspectos inciden sobre la cuestión que se examina¹²², resulta evidente que este último aspecto, el carácter «normativo» de los tratados de derechos humanos, es el que más gravitación tiene.

84. Conforme a la opinión común, en efecto, la particularidad esencial que caracteriza a estos instrumentos es que no tienen por objeto establecer un equilibrio entre los derechos y beneficios que se reconocen mutuamente los Estados partes, sino que se orientan a instituir una normativa internacional común, traducción de valores compartidos, que todas las partes se comprometen a respetar, cada una en lo que le concierne. Como ha declarado enérgicamente la CIJ en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

En una convención de esta naturaleza, los Estados contratantes no tienen intereses propios; sólo tienen, todos y cada uno, un interés común, el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. De ello se desprende que, respecto de una convención de esta índole, no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni tampoco de un perfecto equilibrio contractual que se ha de mantener entre derechos y obligaciones¹²³.

85. Conviene, con todo, abstenerse de adoptar una concepción demasiado lineal y simplista de las cosas; si, por regla general, las disposiciones que amparan los derechos humanos poseen un marcado carácter «normativo», esos tratados no dejan por ello de contener cláusulas típicamente contractuales: por lamentable que parezca, el «derecho de La Haya» aplicable a la conducta de los beligerantes en conflictos armados sigue siendo fundamentalmente contractual y las Convenciones de 1899 y de 1907 se aplican todavía en régimen de reciprocidad (a pesar del desuso de la famosa cláusula *si omnes*)¹²⁴. También el mecanismo de peticiones entre Estados instituido por el artículo 24 del Convenio europeo de derechos humanos¹²⁵ o el artículo 45 de la Convención americana sobre derechos humanos funciona en régimen de reciprocidad; e incluso de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se ha podido decir que

contiene algunas disposiciones de carácter normativo y otras de naturaleza contractual. Sin embargo, como ello se desprende claramente de su texto y del historial de las intervenciones de las Naciones Unidas en materia de genocidio, la intención de sus redactores era igualmente la de codificar, al menos parcialmente, el derecho internacional sustantivo y la de establecer obligaciones internacionales con miras a facilitar la cooperación internacional en la prevención y la sanción de este delito. En consecuencia, no se puede considerar que la Convención constituya un todo indivisible, y sus disposiciones normativas se deben distinguir de sus disposiciones contractuales¹²⁶.

¹¹⁴ Véase el párrafo 73 *supra*.

¹¹⁵ Véanse los párrafos 84 y 148 a 152 *infra*.

¹¹⁶ Para una presentación y justificación de esta distinción, véase K. Vasak, «Le droit international des droits de l'homme», *Recueil des cours... 1974-IV*, págs. 350 y ss.

¹¹⁷ Véase, a ese respecto, Redgwell, *loc. cit.*, pág. 280.

¹¹⁸ Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 99.

¹¹⁹ Véanse, en ese sentido, J. McBride, «Reservations and the capacity to implement human rights treaties», *Human rights as general norms...* (nota 99 *supra*), o W. A. Schabas, «Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform», pág. 48.

¹²⁰ Véase, a este respecto, la posición matizada adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el comentario general n.º 24 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, pág. 124, párr. 10), y el comentario de McBride, *loc. cit.* págs. 163 y 164; véase también Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», págs. 105 y 106.

¹²¹ Véanse los párrafos 73 y 74 *supra*.

¹²² Véanse los párrafos 90 a 98 *infra*.

¹²³ Opinión consultiva citada *supra* (nota 47), pág. 23; véanse también los párrafos 148 a 152 *infra*.

¹²⁴ Respecto de este punto, véase Imbert, *op. cit.*, págs. 256 y 257.

¹²⁵ Véase Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 115.

¹²⁶ Exposición del Sr. Rosenne, en nombre del Gobierno de Israel, durante el examen de la petición de la Asamblea General de una opinión consultiva respecto del tema de las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*C.I.J. Mémoires, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, pág. 356); asimismo, véase T. Scovazzi, *Esercizi di diritto internazionale*, págs. 69 a 71. Igualmente, en un memorando presentado al Consejo de la Sociedad de las Naciones sobre la «Facultad de formular reservas a las convenciones generales», el Director de la Oficina Internacional del Trabajo señaló que las convenciones

86. Tampoco parece en este caso que el problema se hubiera planteado en la forma debida, si es que fue planteado, en lo que concierne a los «tratados de derechos humanos»; sólo se cuestionan las «cláusulas de derechos humanos» que tengan carácter normativo o, más en general, las «cláusulas normativas», sea cual fuere el objeto del tratado en el cual figuren.

87. En efecto, si bien es evidente que los tratados de derechos humanos presentan estas características de manera particularmente patente, también cabe constatar que no son los únicos. Lo mismo ocurre con la mayoría de los tratados relativos a la protección del medio ambiente o al desarme y, de manera más general, con todos los tratados «normativos» por los cuales las partes estatuyen las normas uniformes que desean aplicar.

88. Es cierto que esta constatación no dispensa de preguntarse si, dentro de esa categoría —si tiene verdaderamente valor jurídico—, existen subcategorías que plantean problemas específicos en materia de reservas y si, en particular, ese sería el caso de los tratados de derechos humanos. Sin embargo, el punto de partida de la reflexión debe necesariamente ser más general, salvo que se postule de entrada lo que se quiere demostrar. Por lo tanto, si bien se pondrá el acento en los tratados de derechos humanos —por las razones explicadas *supra*¹²⁷—, en el presente capítulo se adoptará la perspectiva más amplia del conjunto de los tratados multilaterales normativos.

B.—Unidad de las normas de fondo aplicables a las reservas

89. La adaptación a los tratados multilaterales normativos de las normas de Viena relativas a las reservas no se puede examinar en abstracto, pues tiene que cotejarse con las funciones atribuidas a un régimen de reservas y con las intenciones de sus autores.

1. FUNCIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESERVAS

90. Se trata de dos intereses contradictorios. El primero es la extensión del ámbito de la convención. Se desea que la convención entre en vigor para el mayor número posible de Estados y, en consecuencia, se aceptan las avenencias que permitirán obtener el consentimiento de un Estado. La segunda preocupación concierne a la integridad de la convención: las mismas normas deben ser válidas para todas las partes; no interesa establecer un régimen convencional en el cual habrá lagunas o excepciones y en el cual las normas variarán según los Estados de que se trate¹²⁸.

La función de las normas aplicables a las reservas es establecer un equilibrio entre estas dos exigencias opuestas: la búsqueda de una participación lo más amplia posible, por un lado, y la preservación de la *ratio contrahendi*, de lo que constituye la razón de ser del tratado, por el otro. De esta tensión entre universalidad e integridad nace

internacionales constituían «instrumentos jurídicos enmarcados a la vez en la ley y el contrato» (Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 8.º año, n.º 7, julio de 1927, anexo 967a, pág. 883).

¹²⁷ Párrafos 56 a 63.

¹²⁸ S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale : conclusions et effets*, págs. 71 y 72.

todo régimen de las reservas¹²⁹, ya sea general (válido para todos los tratados sin prever un régimen específico), ya sea particular (es decir, instituido mediante cláusulas expresamente estipuladas en el tratado).

91. La magistrada Higgins ha expuesto en los siguientes términos el alcance del problema en lo que concierne a los tratados de derechos humanos:

El asunto es sumamente complejo. Esencialmente se trata del equilibrio que se ha de establecer entre la función legítima de los Estados de proteger sus intereses soberanos y la función igualmente legítima de los órganos creados en virtud de tratados de promover una garantía efectiva de los derechos humanos¹³⁰.

92. La primera de esas exigencias, la de la universalidad, tiende a ampliar en gran medida el derecho de los Estados de formular reservas, cosa que, a todas luces, facilita la participación universal en los tratados «normativos». Ello es igualmente válido en materia de derechos humanos:

[...] la posibilidad de formular reservas bien se puede considerar más una ventaja que una deficiencia del enfoque de los tratados en la medida en que propicia una participación más universal en los tratados de derechos humanos¹³¹.

93. Con todo, esta libertad de los Estados de formular reservas no puede ser ilimitada. Tropieza con la otra exigencia, igualmente imperativa, de preservar lo que constituye la esencia misma del tratado. Sería absurdo, por ejemplo, considerar que un Estado puede pasar a ser parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio excluyendo la aplicación de los artículos I a III, es decir, las únicas cláusulas sustantivas de la Convención.

94. También se puede plantear el problema en términos del consentimiento¹³².

95. Por definición, el derecho de los tratados es consensual. «El tratado vincula a los Estados porque éstos han querido estar vinculados por él. El tratado es, pues, un acto jurídico que manifiesta voluntades humanas»¹³³. Los Estados están vinculados *porque* se han comprometido, *porque* han expresado su consentimiento en estar vinculados.

¹²⁹ Véanse en ese sentido: B. T. Halajczuk, «Les conventions multilatérales entre l'universalité et l'intégrité», págs. 38 a 50 y 147 a 158; Ruda, *loc. cit.*, pág. 212; J. K. Gamble Jr., «Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice», págs. 372 y 373; C. L. Piper, «Reservations to multilateral treaties: the goal of universality», págs. 297, 305 y 317; R. J. Cook, «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», págs. 683, 684 y 686; S. K. N. Blay y B. M. Tsamenyi, «Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees», pág. 557; Nguyen Quoc, P. Daillier y A. Pellet, *Droit international public*.

¹³⁰ Higgins, «Introduction», pág. xv.

¹³¹ Coccia, *loc. cit.*, pág. 3. El autor remite a O. Schachter, M. Nawaz y J. Fried, *Toward Wider Acceptance of UN Treaties* (pág. 148), y añade: «Este estudio del UNITAR muestra estadísticamente que los tratados que permiten reservas, o que no las prohíben, han tenido proporcionalmente más aceptación que los tratados que o bien no permiten reservas al tratado, en todo o en parte, o que contienen sólo una cláusula sustantiva, lo que hace improbable las reservas».

¹³² Véase el primer informe de Sir Hersch Lauterpacht sobre el derecho de los tratados, en el cual explica que la cuestión del consentimiento es «una cuestión estrechamente relacionada, aunque indirectamente, con la de la justificación intrínseca de las reservas [...]» (*Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, pág. 125, documento A/CN.4/63).

¹³³ Reuter, *op. cit.*, pág. 23.

Están en libertad de obligarse o de no obligarse y sólo están vinculados por las obligaciones que han aceptado libremente y con conocimiento de causa¹³⁴. «Ningún Estado puede estar vinculado por obligaciones contractuales que no considere apropiadas»¹³⁵.

96. Ello se aplica igualmente a las reservas. «El criterio fundamental sigue siendo que ningún Estado está vinculado en derecho internacional sin su consentimiento en el tratado. Este es el punto de partida del derecho de los tratados y de las normas sobre reservas»¹³⁶. Según la CIJ: «Está bien establecido que un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, estar vinculado sin su consentimiento y, en consecuencia, ninguna reserva le es oponible en tanto y en cuanto no haya dado su asentimiento»¹³⁷. Por lo mismo, en el arbitraje entre Francia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte respecto del asunto de la *Mer d'Iroise*, el tribunal interviniente insistió en el necesario respeto del «principio del consentimiento mutuo» en la determinación de los efectos de la reserva¹³⁸.

97. Las normas aplicables a las reservas, pues, deben lograr un doble equilibrio: entre las exigencias de la universalidad e integridad del tratado, por un lado, y entre la libertad del consentimiento del Estado autor de la reserva y la libertad de los demás Estados partes, por el otro, quedando entendido que estos dos «pares dialécticos» son, en gran medida, coincidentes.

98. A la luz de estas exigencias, pues, conviene preguntarse si el régimen jurídico de las reservas previsto por las

¹³⁴ Salvo si están vinculados por otros instrumentos, pero ese es otro problema. Véase también a este respecto la intervención del representante de los Estados Unidos en la Sexta Comisión del quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/50/SR.13, párr. 53)).

¹³⁵ C. Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: comments on arts. 16 and 17 of the ILC's 1996 draft articles on the law of treaties», pág. 466. Véanse, en ese sentido, por ejemplo, *Vapeur Wimbledon*, fallo, 1923, C.P.J.I. *serie A*, n.º 1, pág. 25; o *Statut international du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva, C.I.J. *Recueil 1950*, pág. 139 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 17).

¹³⁶ W. W. Bishop Jr., «Reservations to treaties», *Recueil des cours... 1961-II*, pág. 255.

¹³⁷ Opinión consultiva mencionada en la nota 47 *supra*, pág. 21. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25. Los autores de la opinión disidente formulan esta idea de manera aún más enérgica: «El consentimiento de las partes constituye la base de las obligaciones convencionales. El derecho que rige las reservas constituye un caso particular de este principio fundamental de que el acuerdo de las partes respecto de la reserva existe antes de que ella sea enunciada, simultáneamente o más tarde» (ibíd., pág. 32). Es evidente que la mayoría y los magistrados disidentes tenían opiniones muy opuestas sobre la forma en que debe manifestarse el consentimiento de la reserva, pero que esa divergencia no afectaba al «principio del mutuo consentimiento» (véase la nota 138 *infra*), y parece discutible afirmar, como lo han hecho autores eminentes, que en la opinión de la mayoría (que constituye la fuente del régimen de Viena), «se quiebra el principio mismo del consentimiento» (Imbert, *op. cit.*, pág. 69; véanse también págs. 81 y 141 y ss.).

¹³⁸ *Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République Française*, decisiones de 30 de junio de 1977 y de 14 de marzo de 1978 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), págs. 171 y 172.

Convenciones de Viena de 1969 y 1986 es de aplicabilidad general y, en especial, si se adapta a los atributos particulares de los tratados normativos (o, más precisamente, a las «cláusulas normativas» que se consignan en los tratados multilaterales generales)¹³⁹. Previamente habrá que determinar si los autores de ese régimen tuvieron presente esas exigencias y si decidieron adoptar normas de aplicabilidad general que estuvieran en consonancia con ellas.

2. UN RÉGIMEN CONCEBIDO PARA SER DE APLICACIÓN GENERAL

99. Desde el inicio de su labor relativa a las reservas, la Comisión ha sido consciente de la necesidad de lograr el doble equilibrio mencionado anteriormente¹⁴⁰ entre las exigencias de universalidad e integridad, por un lado, y entre el respeto de la voluntad expresada por el Estado autor de la reserva y la de las otras partes, por el otro, aunque haya tomado posiciones muy contrastadas respecto del mejor medio de lograrlo.

100. Con arreglo a su posición de principio favorable a la norma de la unanimidad, el Sr. Brierly, en su primer informe, se limita a insistir sobre la necesidad del consentimiento en la reserva, admitiendo, con todo —lo que en sí es un elemento de flexibilidad—, que ese consentimiento podría ser implícito¹⁴¹. No obstante, a partir del año siguiente, en respuesta a la petición que formuló la Asamblea General a la Comisión de que estudiara la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales¹⁴², el Relator Especial expuso la cuestión en toda su amplitud:

Al abordar esta tarea, la Comisión habrá de tomar en cuenta dos principios fundamentales. En primer lugar, la conveniencia de mantener la integridad de las convenciones internacionales multilaterales. Es preferible que se mantenga cierto grado de uniformidad en las obligaciones de todas las partes en un instrumento multilateral. [...]

En segundo lugar, y por otra parte, es conveniente que las convenciones multilaterales se apliquen tan ampliamente como sea posible. [...] Si realmente han de ser eficaces, las convenciones multilaterales deben tener vigencia y aceptación general tan amplias como sea posible¹⁴³.

101. A ese respecto, la Comisión se mostró de acuerdo a la vez que confusa:

Cuando se deja una convención multilateral abierta para que puedan llegar a ser partes en ella los Estados en general, es evidentemente deseable que tenga la más amplia aceptación posible. [...] Por otra parte, también es conveniente mantener un grado razonable de uniformidad en las obligaciones de todas las partes en una convención multilateral y, con frecuencia, podrá ser más importante mantener la integridad de la convención que tratar a toda costa de conseguir la más amplia aceptación posible de la misma¹⁴⁴.

¹³⁹ Véanse los párrafos 73, 74, 85 y 86 *supra*; en el resto del presente informe, ambas expresiones se utilizan en forma indiferente.

¹⁴⁰ Párrafo 97.

¹⁴¹ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 240, documento A/CN.4/23.

¹⁴² Resolución 478 (V) de la Asamblea General, de 16 de noviembre de 1950; véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 139, párr. 14.

¹⁴³ *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, págs. 8 a 12, documento A/CN.4/41, párrs. 11, 12 y 16.

¹⁴⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento n.º 9 (A/1858)*, pág. 7, párr. 26.

Frente a este dilema:

La Comisión cree que las convenciones multilaterales son de un carácter y un objeto tan diversos que cuando los Estados negociadores no han incluido en el texto de una convención nada relativo a la admisibilidad o a cualquier otro aspecto de las reservas, ninguna regla única de aplicación uniforme puede ser enteramente satisfactoria¹⁴⁵.

Sin embargo, la Comisión

estima que el problema a que tiene que hacer frente no es el de recomendar una regla perfectamente satisfactoria, sino la que considere menos insatisfactoria y que sea adecuada para la mayoría de los casos¹⁴⁶,

habida cuenta de que siempre se puede prescindir de dicha regla ya que los Estados y las organizaciones internacionales pueden considerar «la inserción en las mismas [convenciones]» de estipulaciones sobre reservas¹⁴⁷.

102. Llegado este punto, poca importancia tiene el régimen adoptado. Cabe destacar que, desde un principio, la Comisión, si bien se daba cuenta de que había situaciones muy diversas, manifestó la voluntad de establecer una única regla de derecho común, «la menos insatisfactoria», y que pudiera aplicarse en todos los casos de silencio de los tratados.

103. En los informes presentados por Sir Hersch Lauterpacht en 1953 y 1954 se sigue la misma tesis a este respecto¹⁴⁸. Sin embargo, cabe señalar que después de una extensa exposición de los debates relativos a las reservas en el proyecto¹⁴⁹ de Pacto de Derechos Humanos¹⁵⁰, el Relator Especial sobre el derecho relativo a los tratados concluyó que correspondía a la Asamblea General elegir el régimen adecuado y que la diversidad de prácticas existentes demostraba que «no es ni necesario ni conveniente aspirar a una solución uniforme del problema»; pero, añadió que:

Lo que sí es necesario y deseable es que la codificación del derecho relativo a los tratados contenga una regla clara para los casos en que las partes no hayan adoptado ninguna disposición al respecto¹⁵¹.

104. Sir Gerald Fitzmaurice sólo trató la cuestión de las reservas en su primer informe, presentado en 1956¹⁵². Este informe reviste un doble interés en cuanto al problema que se examina:

a) Haciendo suyas las opiniones de su predecesor, el Relator Especial consideró que «aun como una cuestión de *lex lata*, la regla tradicional estricta acerca de las reservas podría considerarse como mitigada en la práctica por las siguientes consideraciones que, en conjunto, dejan a los Estados una considerable libertad en esta materia y debieran bastar para atender todas las necesidades razona-

bles»¹⁵³. De esta forma queda afirmada la idea de que la flexibilidad es prueba de adaptabilidad;

b) Por otro lado, Fitzmaurice retoma la distinción esbozada en un artículo publicado en 1953¹⁵⁴ entre «tratados de participación limitada», por un lado, y «tratados multilaterales», por el otro¹⁵⁵.

105. Dicha distinción, a la que volvió a referirse en 1962 Sir Humphrey Waldock en su primer informe¹⁵⁶, es el origen directo de las disposiciones actuales de los párrafos 2 y 3 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, a las que se llegó tras no pocas dificultades. En los prolongados debates celebrados en relación con las propuestas del Relator Especial¹⁵⁷ surgieron entre los miembros de la Comisión profundas divergencias respecto de dicha cuestión. La controversia se centró principalmente en el fundamento de la excepción a la regla general propuesta por el Relator Especial y adoptada en otra forma por el Comité de Redacción en lo que respecta a los «tratados multilaterales concertados entre un grupo reducido de Estados»¹⁵⁸. Como resumen del debate, el Relator Especial señaló a este respecto que cabían dos posibilidades:

una de ellas, la de establecer una distinción entre tratados multilaterales generales y otros tratados multilaterales; y la otra, distinguir entre tratados relativos a materias que interesan únicamente a un grupo reducido de Estados y tratados relativos a materias de interés más general¹⁵⁹.

106. Algunos miembros defendieron la primera posibilidad¹⁶⁰; otros en cambio, de forma aún más clara, pidieron expresamente que se volviera a introducir el criterio del objeto del tratado¹⁶¹. Dichas opiniones, a las que se opusieron vivamente otros miembros¹⁶², fueron sin embargo minoritarias y, después de la remisión al Comité de Redacción, se dejaron de lado definitivamente. En su informe, la Comisión se limita a indicar:

[...] la Comisión decidió asimismo que no había fundamento que justificara suficientemente una distinción en el caso de los tratados multilaterales celebrados por un número considerable de Estados, entre tratados multilaterales generales y no generales. Las normas propuestas por la Comisión se aplican a todos los tratados multilaterales, excepto a

¹⁵³ *Anuario...* 1956, vol. II, pág. 126, documento A/CN.4/101, párr. 92.

¹⁵⁴ Imbert, «Les réserves aux traités multilatéraux», pág. 13.

¹⁵⁵ *Anuario...* 1956, vol. II, pág. 127, documento A/CN.4/101, párrs. 97 y 98; no obstante, cabe señalar que mientras que en el artículo mencionado (nota 154 *supra*) Fitzmaurice se refería expresamente a convenciones de tipo «normativo», en su informe no utiliza dicha expresión.

¹⁵⁶ *Anuario...* 1962, vol. II, pág. 70, documento A/CN.4/144, proyecto de artículos 17, párr. 5, y 18, párr. 3 b.

¹⁵⁷ Para una presentación resumida de dichos debates, véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), págs. 143 y 144, párrs. 43 a 45.

¹⁵⁸ Véase sobre todo *Anuario...* 1962, vol. I, sesiones 663.^a y 664.^a, págs. 241 a 251.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 664.^a sesión, pág. 250, párr. 48.

¹⁶⁰ Véanse *ibíd.*, las posiciones del Sr. Verdross (642.^a sesión, pág. 86, párr. 56) o de Sir Humphrey Waldock (663.^a sesión, pág. 244, párrs. 91 a 93).

¹⁶¹ Véanse las posiciones de los Sres. Jiménez de Aréchaga (*ibíd.*, 652.^a sesión, págs. 157 y 158), Yasseen (664.^a sesión, pág. 249) y Bartoš (664.^a sesión, pág. 250).

¹⁶² Véase sobre todo la posición muy firme del Sr. Ago (*ibíd.*, 664.^a sesión, pág. 250).

¹⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 28.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 33.

¹⁴⁸ Véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 141, párrs. 23 a 29.

¹⁴⁹ Único en su momento.

¹⁵⁰ *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, págs. 131 a 133, documento A/CN.4/87, comentario del proyecto de artículo 9.

¹⁵¹ *Ibíd.*, pág. 133.

¹⁵² Véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 142, párrs. 30 a 33.

los celebrados entre unos pocos Estados, para los cuales se conserva la norma de la unanimidad¹⁶³.

107. Ni los Estados al hacer observaciones relativas al proyecto de artículos, ni la propia Comisión volvieron a tratar dicha cuestión ulteriormente¹⁶⁴, y en 1966, en su informe final sobre el derecho de los tratados, la Comisión adoptó casi palabra por palabra la fórmula que había utilizado en 1962:

[...] la Comisión decidió asimismo que no había fundamento que justificara suficientemente la distinción entre diversas clases de tratados multilaterales, como no fuera para exceptuar de la regla general a los celebrados entre unos pocos Estados para los cuales se conserva la norma de la unanimidad¹⁶⁵.

108. El problema volvió a surgir al margen de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, tras una enmienda presentada por los Estados Unidos en que proponía introducir el criterio de la naturaleza del tratado entre los criterios que había que tener en cuenta para establecer la admisibilidad de una reserva¹⁶⁶. La propuesta, que apoyaron algunos Estados¹⁶⁷ y rechazaron otros¹⁶⁸, se volvió a remitir al Comité de Redacción¹⁶⁹, que la rechazó¹⁷⁰. Asimismo, en la Conferencia aparentemente no se debatieron las opiniones expresadas por la OMS, según la cual el artículo 19 del proyecto¹⁷¹ debería «interpretarse en el sentido de que autoriza la reciprocidad sólo en la medida en que sea compatible con la naturaleza del tratado y de la reserva»¹⁷².

109. En los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1986 no se reflejan debates de fondo sobre

¹⁶³ *Anuario...* 1962, vol. II, págs. 207 y 208, documento A/5209, párr. 23; comentario del proyecto de artículos 18 a 20 sobre derecho de los tratados, párr. 14; véanse también págs. 206 y 209.

¹⁶⁴ Aunque sólo en forma esporádica; véase la intervención del Sr. Briggs en los debates de 1965 (*Anuario...* 1965, vol. I, 798.ª sesión, pág. 170, párrs. 83 y ss.).

¹⁶⁵ *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 227, documento A/6309/Rev.1, párr. 14. En el 47.º período de sesiones, el Sr. de Saram destacó esa frase (*Anuario...* 1995, vol. I, 2404.ª sesión, pág. 177); véanse también las posiciones del Sr. Srineevasa Rao (ibíd., pág. 183) y la de los Estados Unidos en los debates de la Sexta Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/50/SR.13, párr. 50)).

¹⁶⁶ *Documentos Oficiales de las Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.70.V.5), informes de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/14), pág. 144.

¹⁶⁷ Ibíd., *Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.68.V.7); Estados Unidos, sesiones 21.ª y 24.ª, págs. 119 y 143; España, 21.ª sesión, pág. 120, o China, 23.ª sesión, pág. 133.

¹⁶⁸ Ibíd., Ucrania, 22.ª sesión, pág. 126; Polonia, pág. 130; Ghana, pág. 131; Italia, pág. 132; Hungría, 23.ª sesión, pág. 134; Argentina, 24.ª sesión, pág. 143, o URSS, 25.ª sesión, pág. 148.

¹⁶⁹ Ibíd., 25.ª sesión, pág. 149.

¹⁷⁰ Ibíd., *Segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.70.V.6). Véase la explicación de voto de los Estados Unidos, 11.ª sesión, pág. 37.

¹⁷¹ Que pasó a ser el artículo 21.

¹⁷² Compilación analítica de los comentarios y observaciones hechos en 1966 y 1967 respecto del proyecto definitivo de artículos sobre el derecho de los tratados (A/CONF.39/5 (vol. I), pág. 178).

dicha cuestión. Como mucho cabe destacar que, después de los debates¹⁷³, la Comisión pasó por alto los deseos expresados por algunos miembros de prever un régimen particular para las reservas formuladas por las organizaciones internacionales y, en su informe de 1982, señaló:

Después de un nuevo examen detenido del problema, la Comisión ha llegado a un consenso y ha optado por una solución más sencilla que la que había adoptado en primera lectura asimilando, desde el punto de vista de la formulación de reservas, las organizaciones internacionales y los Estados¹⁷⁴.

110. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales¹⁷⁵, de 1986, volvió a hacerse hincapié en el hecho de que el régimen de reservas a los tratados en que son partes las organizaciones internacionales se ajustara al aplicable a las reservas a los tratados celebrados entre Estados. De esta forma se lograba y confirmaba la unidad fundamental del régimen de reservas establecido en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, con las excepciones de algunos tratados celebrados entre un número reducido de miembros y de los instrumentos constitutivos de una organización internacional¹⁷⁶.

111. La evolución que ha seguido la redacción de las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no deja duda alguna: de forma deliberada, y después de celebrar extensos debates sobre la cuestión, la Comisión, y posteriormente las conferencias de codificación, decidieron establecer un régimen único aplicable a las reservas a los tratados, cualquiera que fuera su naturaleza u objeto. Para llegar a ese resultado, la Comisión no partió de una idea preconcebida; como lo explicó claramente en 1962 y en 1966¹⁷⁷, constató que no había motivo determinante alguno para proceder de otra forma; cabe destacar, por un lado, que adoptó dicha posición razonada al plantearse en particular la cuestión del régimen de las reservas en los tratados de derechos humanos¹⁷⁸ y, por el otro, que en los dos únicos casos en que consideró que las normas particulares se imponían sobre determinadas cuestiones, no dudó en dejar de aplicar el régimen general¹⁷⁹.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESERVAS ES GENERALMENTE APLICABLE

112. La tesis es bien conocida. Cualesquiera que sean sus vicisitudes consiste en sostener que, dada la importancia de los tratados normativos para la comunidad internacional en su conjunto, o bien se excluye la formulación de reservas a dichos instrumentos o, al menos, se la desalienta, mientras que el «sistema flexible» de las Convenciones

¹⁷³ Véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), págs. 183 a 185, párrs. 72 a 85.

¹⁷⁴ *Anuario...* 1982, vol. II (segunda parte), pág. 36, comentario general de la sección 2, párr. 13.

¹⁷⁵ Véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 151, párrs. 87 y 88.

¹⁷⁶ Véase el párrafo 72 *supra*.

¹⁷⁷ Véanse los párrafos 106 y 107 *supra*.

¹⁷⁸ En particular, respecto de los Pactos internacionales de derechos humanos; véanse el párrafo 103 y la nota 149 *supra*.

¹⁷⁹ Véanse los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

de Viena de 1969 y 1986 permite con demasiada facilidad su formulación y amplía sus efectos.

113. No obstante, es de sana doctrina sin duda hacer distinción entre dos problemas distintos, aunque estén relacionados: por un lado, el problema, muy general, de la oportunidad de admitir o no reservas a dichos instrumentos; por el otro, la cuestión, más técnica, de saber si el régimen de Viena responde a las diferentes preocupaciones expresadas. Ahora bien, si la respuesta al primero de esos dos interrogantes no se puede dar de manera objetiva y depende, sobre todo, de preferencias políticas e incluso, *a priori*, ideológicas, más que de consideraciones de técnica jurídica, éstas permiten en cambio tomar firme partido respecto del segundo interrogante. Con todo, pueden examinarse por separado.

a) *Un debate sin conclusión posible: la oportunidad de admitir reservas a los tratados normativos*

114. Los términos del debate surgen de la oposición entre la mayoría y los magistrados disidentes de la CIJ en la opinión consultiva sobre *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. En opinión de la mayoría:

El objeto y el fin de la Convención sobre el genocidio implican para la Asamblea General y para los Estados que la han aprobado la intención de que participen en ella el mayor número posible de Estados. Si se excluye totalmente de la Convención a uno o varios Estados, además de reducir el ámbito de su aplicación, se atentaría contra la autoridad de los principios de moral y humanidad en que se sustenta¹⁸⁰.

Por el contrario, para los magistrados de la minoría:

No se trata [...] en primer lugar de lograr la universalidad a toda costa. Lo más importante es la aceptación de las obligaciones comunes —de consuno con los Estados que tienen aspiraciones semejantes— con miras a lograr un noble objetivo en beneficio de toda la humanidad [...]. Por el bien de la comunidad internacional, es preferible prescindir de la participación en la Convención de un Estado que persiste, a pesar de las objeciones, en su deseo de modificar los términos de la Convención, que permitir que dicho Estado sea parte contra la voluntad del Estado o de los Estados que han aceptado todas las obligaciones de forma irrevocable e incondicional¹⁸¹.

Dichas convenciones [«multilaterales de carácter especial»¹⁸²], por su naturaleza y la forma en que se han elaborado, forman un todo indivisible; como consecuencia de ello, no deben ser objeto de reservas, pues ello iría en contra de sus objetivos, que son el interés general, el interés social¹⁸³.

115. Tales puntos de vista, claramente opuestos, suscitan tres observaciones:

a) La oposición de los puntos de vista se manifiesta, desde el origen mismo de la controversia, en relación con un tratado de derechos humanos ideal, que corresponde, pues, a la subcategoría de tratados normativos, en torno de la cual se ha vuelto a suscitar el debate recientemente¹⁸⁴;

¹⁸⁰ C.I.J. *Recueil* 1951, opinión consultiva, pág. 24. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25.

¹⁸¹ *Ibid.*, opinión disidente común de los magistrados Guerrero, McNair, Read y Hsu Mo, pág. 47.

¹⁸² *Ibid.*, opinión disidente del magistrado Álvarez, pág. 51.

¹⁸³ *Ibid.*, pág. 53.

¹⁸⁴ Véanse los párrafos 56 a 62 *supra*.

b) Los dos «campos» parten exactamente de las mismas premisas (los fines de la Convención en interés de toda la humanidad) para llegar a conclusiones radicalmente opuestas (se deben o no se deben aceptar las reservas a la Convención);

c) Todo quedó dicho en 1951; el diálogo de sordos que se entabló entonces ha continuado durante 45 años sin solución de continuidad y sin que los distintos argumentos hayan evolucionado de forma fundamental.

116. Como la controversia no tiene salida, basta con resumir los argumentos invariables¹⁸⁵.

117. Las reservas a los tratados «normativos» tendrían consecuencias nefastas por los motivos siguientes:

a) permitirles equivaldría a alentar su aceptación parcial¹⁸⁶;

b) estimularían una redacción menos cuidada ya que las partes podrían, de todas maneras, matizar seguidamente sus obligaciones¹⁸⁷;

c) la acumulación de reservas acabaría por dejar a los tratados desprovistos de toda sustancia respecto del Estado autor de la reserva¹⁸⁸, y

d) en cualquier caso, comprometería su función cuasilegislativa y la uniformidad de su aplicación¹⁸⁹.

118. Más exactamente, por lo que respecta a las reservas a los tratados de derechos humanos:

a) [Habría] contradicción entre las dos expresiones «reservas» y «derechos humanos». Es difícil de conciliar el hecho de que un Estado que ha aceptado la vinculación a un tratado de esta forma no haga todo lo posible por cumplir todas sus obligaciones, [...] y quiera todavía protegerse con una «esfera reservada»¹⁹⁰;

b) [Sería] conveniente, en principio, que los Estados acepten la totalidad de las obligaciones [derivadas de dichos tratados], ya que las normas de derechos humanos son la expresión jurídica de los derechos básicos a que toda persona es acreedora en cuanto ser humano¹⁹¹;

c) La ratificación con reservas podría ser, para el Estado autor de las reservas, una oportunidad para mejorar con poco esfuerzo su «imagen» internacional, sin aceptar realmente compromisos de obligado cumplimiento¹⁹².

¹⁸⁵ A reserva de los aspectos más técnicos de la controversia, véanse los párrafos 126 a 162 *infra*.

¹⁸⁶ Fitzmaurice, «Reservations to multilateral conventions», págs. 17, 19 y 20.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pág. 19.

¹⁸⁸ Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 41.

¹⁸⁹ Véase, en materia de protección del medio ambiente, G. G. Stewart, «Enforcement problems in the Endangered Species Convention: reservations regarding the reservation clauses», pág. 439 y, aunque de forma matizada, en la esfera del desarme, P. Boniface, *Les sources du désarmement*, pág. 68.

¹⁹⁰ Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière des droits de l'homme», pág. 99; véase también Coccia, *loc. cit.*, pág. 16. Ambos autores se hacen eco de dicha opinión, sin hacerla propia. Véase también la posición del Sr. Robinson en el debate sobre el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1995*, vol. I, 2402.ª sesión, págs. 169 a 172).

¹⁹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, pág. 122, párr. 4.

¹⁹² Véase R. P. Anand, «Reservations to multilateral conventions»; Imbert, *op. cit.*, pág. 249, o Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 41.

119. En sentido contrario, se dice que:

a) las reservas son «un mal necesario»¹⁹³, que resulta de la actual situación de la sociedad internacional; las reservas «no pueden calificarse en el plano moral; son la expresión de un hecho: la existencia de minorías cuyos son tan respetables como los de las mayorías»¹⁹⁴;

b) desde un punto de vista más positivo, serían «una condición fundamental de la vida, del dinamismo» de las convenciones¹⁹⁵, que favorecen por esa naturaleza el desarrollo del derecho internacional¹⁹⁶;

c) facilitan la celebración de convenciones multilaterales¹⁹⁷;

d) y permiten que un número más importante de Estados llegue a ser parte en las convenciones¹⁹⁸;

e) pues, de todas formas, más vale lograr una participación parcial que ninguna en absoluto¹⁹⁹.

120. Estas consideraciones son aún más perentorias en materia de derechos humanos:

a) la posibilidad de formular reservas tal vez induzca a los Estados que estimen tener dificultades en garantizar todos los derechos enunciados en [dichos tratados] a aceptar, pese a ello, la generalidad de las obligaciones [allí] estipuladas²⁰⁰;

b) desde luego, se puede sostener que es aún más necesario disponer de un margen de flexibilidad respecto de los tratados de derechos humanos que se refieren a cuestiones sobre las que los Estados son especialmente sensibles²⁰¹;

c) en particular, cuando la convención va acompañada de un mecanismo de supervisión que garantiza una interpretación dinámica del instrumento²⁰²;

d) la formulación de reservas sería la prueba de que los Estados se toman en serio las obligaciones que les imponen las convenciones; y

e) la formulación de reservas brinda a los Estados la posibilidad de armonizar su derecho interno con las disposiciones de la convención, obligándolos al mismo tiempo a cumplir las obligaciones fundamentales previstas;

f) tanto más cuanto que la aplicación de los tratados de derechos humanos lleva su tiempo²⁰³, y

g) exige más medios, sobre todo financieros, de lo que parece²⁰⁴.

121. En el mismo horizonte doctrinario, se dice también que la utilidad de las reservas en materia de derechos humanos queda demostrada concretamente por el hecho de que muy pocas convenciones celebradas en esa esfera excluyen las reservas²⁰⁵ y de que se recurre a ellas incluso cuando el tratado se celebra entre un número reducido de Estados²⁰⁶. También es evidente que las peticiones periódicas de que se retiren las reservas a los tratados de derechos humanos encuentran un eco limitado²⁰⁷, lo que parece demostrar la utilidad de las reservas en la materia.

122. Los mismos autores consideran que, en la práctica, el alcance de las reservas a los tratados normativos, incluso en la esfera de los derechos humanos, es limitado²⁰⁸, lo que pone en duda la doctrina contraria al uso de las reservas²⁰⁹. Una vez más, todo es cuestión de apreciación

voca con frecuencia en materia de derechos humanos («Reservations to human rights agreements – admissibility, validity, and review powers of treaty bodies: a constitutional approach»). Véase también la posición del Sr. Sreenivasa Rao en los debates del primer informe del Relator Especial (nota 197 *supra*).

²⁰² Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme».

²⁰³ Véase J. McBride, *loc. cit.* Véase también la posición del Sr. Sreenivasa Rao en los debates del primer informe del Relator Especial (nota 197 *supra*).

²⁰⁴ Véase McBride, *loc. cit.*

²⁰⁵ Véase el párrafo 124 *infra*.

²⁰⁶ Por ejemplo, en el seno del Consejo de Europa; véase el artículo 64 del Convenio europeo de derechos humanos (Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 119).

²⁰⁷ Véase Consejo de Europa, *Documents de séance, session de 1994*, vol. III, Respuesta a la recomendación 1223 (1993) sobre las reservas formuladas por los Estados miembros a los convenios del Consejo de Europa (documento 7031); véase también B. Clark, «The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», pág. 288.

²⁰⁸ Coccia, *loc. cit.*, pág. 34; Gamble Jr., *loc. cit.*; Imbert, *op. cit.*, págs. 347 y ss. y «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 105; D. Shelton, «State practice on reservations to human rights treaties», págs. 225 a 227; M. G. Schmidt, «Reservations to United Nations human rights treaties: the case of the two Covenants», y Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*, pág. 77.

²⁰⁹ Véase Schabas, «Reservations to human rights treaties...», págs. 42 y 64; véanse también las preocupaciones expresadas por el Comité de Derechos Humanos, por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y por los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos (párr. 59, *supra*).

¹⁹³ *Anuario... 1965*, vol. I, 797.^a sesión, declaración del Sr. Ago, pág. 158.

¹⁹⁴ *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 39, documento A/CN.4/285, cuarto informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, del Sr. Reuter, Relator Especial, comentario general de la sección 2, párr. 3.

¹⁹⁵ Imbert, *op. cit.*, pág. 463.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pág. 464.

¹⁹⁷ *C.I.J. Recueil 1951* (nota 47 *supra*), pág. 22, (véase asimismo *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25). Véase también la posición del Sr. Sreenivasa Rao en los debates del primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1995*, vol. I, 2404.^a sesión, págs. 192 a 194, párrs. 42 a 50).

¹⁹⁸ Véase, por ejemplo, M. Lachs, «Le développement et les fonctions des traités multilatéraux», *Recueil des cours... 1957-II*, pág. 311. Véanse también las opiniones expresadas en los debates del primer informe del Relator Especial por los Sres. Villagrán Kramer (*Anuario... 1995*, vol. I, 2403.^a sesión, pág. 176) y Elaraby («En cierto sentido, las reservas son el precio que se paga por una participación más amplia», *ibid.*, 2404.^a sesión, págs. 182 y 183, párr. 35) y, en materia de medio ambiente, Stewart, *loc. cit.*, pág. 436.

¹⁹⁹ Es lo que Fitzmaurice denomina, como crítica enérgica, «the half-a-leaf doctrine» (o, para utilizar el refrán castellano, la doctrina de «a falta de pan, buenas son tortas») («Reservations to multilateral conventions», pág. 17), en el sentido de que, «en todo caso, media hogaza de pan es mejor que no tener pan, que es mejor (especialmente en cuanto al tipo de convención legislativa, en materia social y humanitaria), que los Estados sean partes aunque no puedan (o no quieran) cumplir determinadas obligaciones derivadas de la convención, y que estén vinculados al menos por algunas de las obligaciones, incluso si se desentienden del resto» (*ibid.*, pág. 11). En este sentido, véanse, por ejemplo, C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, págs. 292 y 293, o Imbert, *op. cit.*, págs. 372 y 438.

²⁰⁰ Véase la nota 191 *supra*.

²⁰¹ Redgwell, *loc. cit.*, pág. 279; véase también Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 30. T. Giegerich demuestra cómo el «relativismo cultural» se in-

y se limita a confirmar que no es posible dar una respuesta objetiva a la cuestión de saber si los inconvenientes de las reservas a dichos instrumentos pesan más que las ventajas que conllevan.

123. La «verdad» probablemente se encuentra en un punto medio y todo depende de las circunstancias y del objeto de las disposiciones de que se trate. Sin embargo, casi no hay inconveniente en dejar la cuestión sin respuesta pues en el apartado *a* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se establece el principio del derecho de formular reservas; pero, al igual que todas las normas relativas a las reservas (y como la gran mayoría de las demás normas) contenidas en dichas convenciones, en este caso sólo se trata de una norma supletoria de la voluntad de la que los negociadores se pueden apartar cuando lo consideren necesario. Si consideran que el tratado no se presta a la formulación de reservas, les bastará con incluir una cláusula que excluya expresamente las reservas, hipótesis que se contempla expresamente en el apartado *a* del artículo 19.

124. No obstante, es notable que dichas disposiciones brillen por su ausencia en los tratados normativos de derechos humanos²¹⁰ y también parecen excepcionales en la esfera del desarme²¹¹.

125. El hecho de que las cláusulas en que se prohíben las reservas no sean frecuentes tiene su explicación probablemente en la adaptación del régimen de derecho común previsto en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que se aplica en los casos de silencio de los tratados, frecuentes²¹², sobre las reservas. Otro fenómeno también muy sorprendente parece *prima facie* conducir a la misma conclusión; se trata de la gran diversidad de cláusulas de reservas que se estipulan en los tratados normativos. Si dichos instrumentos implicaran, por naturaleza, un régimen particular de reservas distinto del aplicable a otros tipos de tratados, podría esperarse que las partes recurrieran a él, si no siempre, al menos con frecuencia; sin embargo, no ocurre así: cuando existen, las cláusulas de reservas que figuran en dichos tratados, incluso en los tratados de derechos humanos, llaman la atención, en cambio, por su gran diversidad²¹³. Tales índices de «aceptabilidad» del régimen de Viena se confirman si se comparan las parti-

²¹⁰ Véanse, por ejemplo, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (art. 9), la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (art. 9, párr. 7), el Protocolo n.º 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 4) o la Convención Europea sobre la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (art. 21), que prohíben la formulación de reservas a sus disposiciones.

²¹¹ Véase, no obstante, el artículo XXII de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción. Las cláusulas en que se prohíben las reservas parecen más frecuentes en materia de protección del medio ambiente; véase el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (art. 24), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (art. 24), o el Convenio sobre la Diversidad Biológica (art. 37), en que se excluyen las reservas.

²¹² Véase el párrafo 134 *infra*.

²¹³ Véase, en ese sentido, Imbert, *op. cit.*, págs. 193 a 196, o Schabas, «Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?», pág. 286.

cularidades de los tratados de derechos humanos con las características esenciales de dicho régimen.

b) *Adaptación del régimen de Viena a las particularidades de los tratados multilaterales normativos*

126. A juicio del Relator Especial, la verdadera cuestión jurídica no radica en preguntarse si es oportuno autorizar las reservas respecto de los tratados multilaterales normativos, sino en determinar si cuando las partes contratantes guardan silencio respecto del régimen jurídico de las reservas, las normas que figuran en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 son aplicables a todos los tipos de tratados, incluidos los tratados «normativos» y, dentro de éstos, los relativos a los derechos humanos.

127. En realidad, es prácticamente indiscutible que la respuesta a esa pregunta es afirmativa; ahora bien, ello no se debe a que las reservas sean algo «bueno» o «malo», ya sea en general, para los tratados normativos o para los tratados de derechos humanos, sino porque las normas que cabe aplicarles en virtud de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 representan un justo equilibrio entre las preocupaciones y responden de forma razonable a sus argumentos respectivos, respecto de los cuales no es necesario entonces adoptar una posición.

128. La aplicabilidad general y uniforme del régimen jurídico de las reservas consagrado por las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 obedece a sus características particulares: sus autores procuraron que ese régimen fuera flexible y adaptable, precisamente para que pudiera aplicarse a todas las situaciones. De hecho, es aplicable a las circunstancias particulares de los tratados multilaterales generales de carácter normativo, incluidas las disposiciones de las convenciones de derechos humanos.

i) *Flexibilidad y adaptabilidad del régimen de Viena*

129. Esta unidad del régimen de las reservas a los tratados es consecuencia de sus atributos fundamentales, que le permiten responder a las necesidades particulares y a los aspectos específicos de todos los tipos de tratados o de disposiciones convencionales. Su flexibilidad es prueba de su adaptabilidad.

130. El sistema de la unanimidad, que era la norma aplicable, al menos en el plano universal hasta que la CIJ emitió su opinión consultiva sobre *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*²¹⁴, era engorroso y rígido. A causa de esa rigidez, acabó por preferirse el sistema panamericano, generalizado a partir de 1951. Como señaló la Corte en relación con la Convención antes mencionada:

La enorme participación en convenciones de ese género ya ha promovido una mayor *flexibilidad*^{*} en la práctica internacional de las convenciones multilaterales. La utilización más general de las reservas, formuladas en gran medida a raíz de su aceptación tácita, y la existencia de prácticas que llegan incluso a admitir que el autor de reservas que son rechazadas por otras partes contratantes se considere, no obstante, parte en la convención en sus relaciones con quienes han aceptado esas

²¹⁴ C.I.J. *Recueil 1951*, pág. 15. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25.

reservas, son manifestaciones de una nueva necesidad de *adaptabilidad** en el juego de las convenciones multilaterales²¹⁵.

131. «Flexibilidad» y «adaptabilidad» son las palabras clave del nuevo régimen jurídico de las reservas que, paulatinamente, va a reemplazar al régimen antiguo y que quedará consagrado en las Convenciones de Viena.

132. El primer informe de Sir Humphrey Waldock presentado en 1962, punto de ruptura de la Comisión con el antiguo régimen de las reservas, incluye un alegato extenso, particularmente elocuente y completo, a favor de un «sistema ‘flexible’» con arreglo al cual, «lo mismo que con arreglo al sistema de la unanimidad, los intereses esenciales de cada Estado particular están garantizados en gran parte [...]»²¹⁶. En su alegato, el Relator Especial insiste en que las normas que propone (las cuales, en líneas generales, dimanan de las que figuran en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986) son las más favorables a la universalidad de los tratados, al no comprometer seriamente ni la integridad del texto convencional ni el principio de la consensualidad²¹⁷.

133. Los principales elementos que permitirían obtener ese resultado son los siguientes:

a) La admisibilidad de las reservas debe evaluarse en relación con el objeto y el fin del tratado²¹⁸. Esa regla fundamental justifica por sí sola la inutilidad de modificar el régimen de las reservas en función del objeto del tratado, pues ese objeto se tiene en cuenta en el enunciado de la norma de base;

b) La libertad del consentimiento de las otras partes contratantes también queda cabalmente garantizada, pues éstas pueden regular, conforme a su criterio y de forma prácticamente ilimitada, el alcance de sus reservas mediante los mecanismos de la aceptación y la objeción²¹⁹;

c) «El derecho de ‘formular’ reservas establecido por las Convenciones de Viena sólo tiene un carácter supletorio: todo tratado puede limitar esa libertad y, en particular, prohibir toda reserva o determinadas reservas»²²⁰; también puede instituir su propio régimen de admisibilidad y de control de las reservas. Por consiguiente, las normas de Viena constituyen sólo una red de seguridad que los negociadores pueden, en todos los casos, soslayar o modificar, en particular si lo consideran útil por la naturaleza o el objeto del tratado.

134. Por otra parte, es significativo que, a pesar de esa posibilidad, muy pocos tratados incluyan cláusulas sobre reservas, remitiendo así implícitamente al régimen previsto por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

[E]ste silencio no tiene el mismo significado que antes: no se trata únicamente de una consecuencia de la necesidad de no reconsiderar un

²¹⁵ *Ibíd.*, págs. 21 y 22.

²¹⁶ *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 72 y 73, documento A/CN.4/144. Véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), págs. 142 y 143, párr. 36.

²¹⁷ *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 72 a 74, documento A/CN.4/144.

²¹⁸ Véase el artículo 19 *c* de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

²¹⁹ Véanse los artículos 20 (párrs. 3 a 5), 21 y 22. Véase también el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 148, párr. 61.

²²⁰ Reuter, *op. cit.*; véase también el párrafo 26 *supra* y las demás fuentes citadas en la nota 44 *supra*.

compromiso o de la imposibilidad de que los Estados lleguen a ponerse de acuerdo sobre un texto común; corresponde esencialmente al deseo de la mayor parte de ellos de someter las reservas al «sistema flexible» elaborado en el marco de las Naciones Unidas. Así pues, el silencio del tratado pasa a ser el resultado de una decisión positiva [...]»²²¹.

Las normas supletorias se convierten en el derecho común elegido deliberadamente por las partes²²².

135. También es significativo que esa solución de remisión implícita —y a veces explícita²²³— se haya utilizado en muchos tratados multilaterales generales normativos, incluso de derechos humanos. Ese hecho parece indicar que el régimen de Viena es aplicable a las características particulares que suelen tener esos tratados.

ii) *El régimen de Viena se adapta a las particularidades de los tratados normativos*

136. Las objeciones formuladas al régimen «flexible», de origen panamericano²²⁴, utilizado en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, fueron sintetizadas con elocuencia y talento por Fitzmaurice en un importante artículo publicado en 1953, en el que insiste, en particular, en los inconvenientes que se plantearían en relación con las reservas a los tratados «normativos»²²⁵. Esas tesis, que se han reafirmado en diversas oportunidades desde entonces, giran principalmente en torno a tres argumentos; el régimen panamericano, o de Viena²²⁶, no sería aplicable a ese tipo de tratados y, en particular, a los tratados de derechos humanos, pues:

a) Atentaría contra la integridad de las normas que se enuncian en esos tratados, cuya aplicación uniforme es indispensable para la comunidad de los Estados contratantes;

b) Sería incompatible con la falta de reciprocidad de los compromisos contraídos por las partes en virtud de esos instrumentos, y

c) No garantizaría la igualdad entre las partes.

a. *Problemas relativos a la «integridad» de los tratados normativos*

137. Es innegable que el régimen de Viena no garantiza la integridad absoluta de los tratados. Además, el concepto mismo de reserva es incompatible con esa concepción de integridad²²⁷; incluso por definición, la reserva se hace «con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de

²²¹ Imbert, *op. cit.*, págs. 226 y 227.

²²² *Ibíd.*, pág. 226.

²²³ Véanse las notas 18 y 19 *supra*.

²²⁴ El Sr. Barboza destacó ese origen, con razón, durante el debate del primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1995*, vol. I, 2404.ª sesión, pág. 181).

²²⁵ Fitzmaurice, «Reservations...», en particular págs. 15 a 22.

²²⁶ En realidad, aunque los dos regímenes presentan ciertas diferencias en sus modalidades de aplicación, su espíritu es idéntico, a tal punto que son objeto de críticas muy similares.

²²⁷ Como señaló la CIJ, «[n]o parece que la concepción de la integridad absoluta se haya traducido en una norma de derecho internacional» (*C.I.J. Recueil 1951*, opinión consultiva, pág. 24). (Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25.)

ciertas disposiciones del tratado»²²⁸. Por consiguiente, la única forma de preservar esa integridad de forma cabal consiste en prohibir pura y simplemente toda reserva, lo cual, como se ha recalado en innumerables ocasiones, es perfectamente compatible con las Convenciones de Viena de 1969 y 1986²²⁹.

138. En última instancia, cuando el tratado guarda silencio, las normas consagradas por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, si bien no responden cabalmente a las preocupaciones de los defensores de la integridad absoluta de los tratados normativos, garantizan, en todo caso, la preservación de los aspectos fundamentales del tratado.

139. La disposición del apartado *c* del artículo 19 prohíbe en efecto la formulación de reservas incompatibles «con el objeto y el fin del tratado», lo cual significa que en ningún caso podrá desvirtuarse un tratado mediante una reserva, contrariamente a los temores expresados a veces por los partidarios de la tesis restrictiva²³⁰. De ese principio puede dimanar la prohibición de *toda* reserva, pues es perfectamente concebible que un tratado relativo a un objeto sumamente preciso incluya pocas disposiciones que constituyan un todo indisociable. No obstante, esa situación es probablemente excepcional, aunque sólo sea por la rareza de los tratados «puramente normativos»²³¹.

140. Sin embargo, ésa es la justificación argüida por el representante de la OIT, Sr. Jenks, en su intervención ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados el 1.º de abril de 1968, cuando apoyó la prohibición, tradicional, de toda reserva a los convenios internacionales del trabajo²³². Según el Sr. Jenks:

La práctica de la OIT respecto de las reservas se basa en el principio reconocido en el artículo 16²³³ de que las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado son inadmisibles. Las reservas a los convenios internacionales del trabajo son incompatibles con el objeto y el fin de esos convenios²³⁴.

En realidad, esa explicación resulta bastante artificiosa; probablemente sea mejor considerar que, en ese caso concreto, la prohibición de las reservas se funda en una práctica que muy probablemente haya adquirido un valor consuetudinario, justificada más por la estructura tripartita de la OIT que por el objeto y el fin del tratado²³⁵.

²²⁸ Artículo 2, párr. 1, apdo. *d* de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

²²⁹ Véase el párrafo 133 *supra*.

²³⁰ Véase el párrafo 117 *supra*.

²³¹ Véase el párrafo 85 *supra*.

²³² Lo que el Sr. Razafindralambo señaló a la atención de los participantes en el debate sobre el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1995*, vol. I, 2402.ª sesión, págs. 168 y 169).

²³³ Este artículo pasó a ser el artículo 19 de la Convención.

²³⁴ El texto de la declaración fue comunicada al Relator Especial por el Consejero Jurídico de la OIT. Véase un resumen en *Documentos Oficiales de las Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.70.V.5), séptima sesión, pág. 41, párr. 11.

²³⁵ En la misma declaración, el representante de la OIT añadió que «[l]as normas de procedimiento del proyecto de artículos relativas a las reservas son inaplicables a la OIT debido al carácter tripartito de ésta» (ibíd.). (De acuerdo a la Constitución de la OIT, los representantes de los empleadores y de los trabajadores gozan de una condición equiva-

141. La obligación que tiene el Estado autor de la reserva de respetar el objeto y el fin del tratado no constituye la única garantía jurídica contra el peligro de que se desvirtúe un tratado, normativo o de otra índole, mediante la formulación de reservas. De hecho, es indudable que las disposiciones relativas a normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*) no pueden ser objeto de reservas. En el comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos se vincula esa prohibición a la de atentar contra el objeto y el fin del tratado: «Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto»²³⁶. Esa formulación es discutible²³⁷ y, en todo caso, no puede generalizarse: es muy posible que un tratado aluda de forma marginal a una norma de *jus cogens* sin que ésta dimane de su objeto y su fin; expresar reservas a una disposición de esas características no sería menos ilícito, pues sería inconcebible que un Estado pudiera, mediante una reserva a una disposición convencional, eximirse de la aplicación de una norma cuyo respeto, de todas formas, se le impone «como norma que no admite acuerdo en contrario»²³⁸.

142. Cualquiera sea su fundamento, la norma es inequívoca y puede tener efectos concretos en la esfera de los derechos humanos. En efecto, es indudable que algunas normas de protección de los derechos humanos tienen carácter imperativo; de hecho, en su informe de 1966, la Comisión dio dos ejemplos en el comentario del proyecto de artículo 50 (que se convertiría en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969): la prohibición del genocidio y de la esclavitud²³⁹. Ahora bien, no ocurre así con todas las normas de protección de los derechos humanos²⁴⁰, además de que la determinación de esas normas imperativas es una tarea difícil; ése es el principal defecto del concepto de *jus cogens*. No obstante, el principio es indiscutible: las disposiciones imperativas de los tratados no pueden ser objeto de reservas, lo cual, sumado al respeto del objeto y el fin del tratado, ofrece una garantía suplementaria en favor de la integridad de las convenciones normativas, en particular las de derechos humanos.

143. Yendo aún más lejos, ¿cabría considerar que las reservas a las disposiciones convencionales que recogen normas de derecho internacional consuetudinario serían ilícitas en todos los casos? El Comité de Derechos Humanos lo afirma basándose en las características particulares de los tratados de derechos humanos:

Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de

lente a la de sus gobiernos.) Véase también Sociedad de las Naciones, *Conférence internationale du travail, troisième session (Genève, 1921)*, vol. II (tercera parte: anexos e índice), anexo XVIII, informe del Director a la Conferencia, y el memorando del Director de la OIT de fecha 15 de junio de 1927 (nota 126 *supra*).

²³⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, pág. 123, párr. 8.

²³⁷ Véanse las dudas expresadas a ese respecto por los Estados Unidos en sus observaciones sobre el comentario general n.º 24 (ibíd., anexo VI, secc. 2, pág. 134).

²³⁸ Artículo 53 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

²³⁹ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 271.

²⁴⁰ En ese contexto, véase Coccia, *loc. cit.*, pág. 17; McBride, *loc. cit.*; Schabas, «Reservations to human rights treaties...», págs. 49 y 50, así como las dudas expresadas por E. Suy, «Droits des traités et droits de l'homme», págs. 935 a 939.

normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción²⁴¹.

144. Esa afirmación resulta bastante discutible *prima facie*.

145. Desde luego, con sujeción a un análisis más amplio²⁴², cabría pensar, como el Comité, que no quedan excluidas *a priori* las reservas a normas consuetudinarias: esas normas son de naturaleza obligatoria para los Estados independientemente de la expresión de su consentimiento a la norma convencional; ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con las normas imperativas, los Estados pueden derogarlas mediante acuerdo *inter se*; además, hay que tener en cuenta el fenómeno del «objeto persistente»: ciertamente, éste puede negarse a aplicar una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general. Por otra parte, como destaca el Reino Unido en sus observaciones sobre el comentario general n.º 24, «existe una clara distinción entre decidir no contraer obligaciones en virtud de un tratado y tratar de no acatar el derecho internacional consuetudinario»²⁴³. Ahora bien, si ese razonamiento es correcto, es difícil de comprender por qué no habría de ser igualmente válido en relación con las reservas a los tratados de derechos humanos.

146. Para fundamentar el razonamiento, el Comité de Derechos Humanos se limita a señalar que esos instrumentos tienen por objeto proteger los derechos de las personas. Se trata de una simple petición de principio: implícitamente, el Comité parte de la premisa de que los tratados de derechos humanos tienen carácter legislativo, no solamente en sentido material —lo cual, con ciertas reservas, es aceptable²⁴⁴—, sino también en sentido formal, lo cual no es aceptable y supone una mezcla de conceptos muy discutible.

147. En efecto, ello equivale a olvidar que esos instrumentos, aunque «tienen por objeto proteger a las personas», siguen siendo tratados: es cierto que benefician directamente a particulares, pero sólo porque los Estados han expresado su voluntad con ese propósito y sólo una vez expresada esa voluntad. Los derechos individuales tienen su fundamento en la expresión del consentimiento del Estado en obligarse a garantizarlos. Ahora bien, la reserva es consustancial a ese consentimiento y, a juicio del Relator Especial, no se puede invertir el orden de los factores y postular en principio —como hace el Comité— que la norma existe y se impone al Estado, en todo caso con arreglo al tratado, cuando el Estado no ha consentido en obligarse por sus disposiciones. Si, como sostiene el

²⁴¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, pág. 123, párr. 8. No sin cierta razón, Francia, en sus comentarios (véase nota 88 *supra*), destaca que «El párrafo 8 [...] está redactado de manera tal que el documento parece asociar, hasta el punto de confundirlas, dos nociones jurídicas diferentes, la de 'normas imperativas' y la de 'reglas del derecho internacional consuetudinario'» (ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 41 (A/51/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 111, párr. 3).

²⁴² Véase el párrafo 74 *supra*.

²⁴³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 136, párr. 7. (Cabe preguntarse, no obstante, los motivos reales que puede tener un Estado para proceder de esa manera.)

²⁴⁴ Véase el párrafo 85 *supra*.

Comité, los Estados pueden «reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general», no hay razón jurídica para que no ocurra lo mismo en el caso de los tratados de derechos humanos; en todo caso, el Comité no aduce ninguna.

b. *Problemas relativos a la «no reciprocidad» de los compromisos*

148. En realidad, esta cuestión, bastante marginal en definitiva, de saber si es posible formular reservas a disposiciones convencionales que incorporan normas consuetudinarias, se relaciona con otra de alcance más amplio que consiste en preguntarse si el régimen de Viena no es incompatible con la no reciprocidad, que sería una de las características fundamentales de los tratados de derechos humanos y, de manera más general, de los tratados normativos.

149. Como se ha afirmado recientemente:

A diferencia de la mayor parte de los tratados multilaterales, los acuerdos de derechos humanos no establecen una red de relaciones jurídicas bilaterales entre los Estados partes, sino un régimen objetivo para la protección de valores aceptados por todos ellos. Así pues, una reserva formulada por un Estado no puede tener el efecto recíproco de liberar a uno o a todos los demás Estados partes de sus obligaciones conforme al tratado²⁴⁵.

150. Esas premisas son en gran medida ciertas; ahora bien, aunque tal vez sugieran que las reservas a los tratados de derechos humanos deberían prohibirse o admitirse de forma restrictiva²⁴⁶ —lo cual depende exclusivamente de la decisión de las partes contratantes—, no permiten llegar a la conclusión de que el régimen común de las reservas es inaplicable a esos instrumentos.

151. Corresponde en primer lugar matizar esas afirmaciones:

a) Si son acertadas, no lo son sólo en la esfera de los derechos humanos y, al no poder hacerse una evaluación cuantitativa rigurosa, cabe preguntarse si los tratados normativos no constituyen la categoría más amplia de los tratados multilaterales que se conciertan en la actualidad;

b) En los tratados de derechos humanos se parte de la hipótesis de que las partes aceptan valores comunes. Ahora bien, aún cabe preguntarse si han de aceptar necesariamente *todos* los valores consagrados en un tratado de derechos humanos complejo;

c) Por otra parte, es preciso reconocer que hay cierto grado de reciprocidad en los tratados normativos, incluso en la esfera de los derechos humanos²⁴⁷.

152. Desde luego, la reciprocidad es menos omnipresente en los tratados de derechos humanos que en los demás tratados; además, como señaló la Comisión Europea de Derechos Humanos, las obligaciones que dimanan

²⁴⁵ Giegerich, *loc. cit.*, resumen en inglés, pág. 780; véase también, en particular, A. Cassese, «A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)», pág. 268; Clark, *loc. cit.*, pág. 296, y Cook, *loc. cit.*, pág. 646.

²⁴⁶ Véanse los párrafos 97 a 105 *supra*.

²⁴⁷ Véase el párrafo 85 *supra*.

de esos tratados «tienen un carácter esencialmente objetivo, pues están más orientadas a proteger los derechos fundamentales de las personas contra la injerencia de los Estados contratantes que a crear derechos subjetivos y recíprocos entre estos últimos»²⁴⁸. O, como afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción²⁴⁹.

153. No obstante, y en segundo lugar, es muy poco probable que de esa particularidad dimanara una inaplicabilidad de principio del régimen de las reservas.

154. Evidentemente, por necesidad y por la propia naturaleza de las cláusulas «no recíprocas» a que se refiere la reserva, «la función de reciprocidad del mecanismo de reservas carece prácticamente de sentido»²⁵⁰.

Sería sencillamente absurdo llegar a la conclusión de que las objeciones formuladas por diversos Estados europeos a las reservas de los Estados Unidos respecto de la pena capital liberan a esos Estados de obligaciones contraídas en virtud de los artículos 6 y 7 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] con respecto a los Estados Unidos, y desde luego no es esa la intención de esos Estados al formular la objeción²⁵¹.

155. Ahora bien, de lo que antecede, el Relator Especial sólo puede deducir que cuando un Estado formula una reserva a una disposición de un tratado que debe aplicarse sin reciprocidad, las disposiciones del párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no se aplican. Otro tanto ocurre cuando no es la disposición a que se refiere la reserva, sino la propia reserva, la que es de naturaleza no recíproca²⁵². Tal es el caso de las reservas de alcance territorial: sería inconcebible, por ejemplo, que Francia pudiera, respondiendo a una reserva en virtud de la cual Dinamarca resuelve no aplicar un tratado a Groenlandia, decidir no aplicar ese tratado a sus propios territorios de ultramar. Además, de una forma muy general, el principio de reciprocidad supone «una situación de relativa igualdad entre las partes, para que sea posible que un Estado ‘responda’ a una reserva»²⁵³.

156. Sin embargo, si no es por «decreto doctrinal», la reciprocidad no es una función inherente a un régimen de reservas, del cual no constituye el objeto²⁵⁴. La conciliación entre la integridad y la universalidad del tratado se realiza por medio de la preservación de su objeto y de su fin, independientemente de toda consideración vinculada con la reciprocidad de los compromisos de las partes; no

²⁴⁸ Consejo de Europa, decisión de la Comisión sobre la admisibilidad de la demanda n.º 788/60 presentada por el Gobierno de la República Federal de Austria contra el Gobierno de la República Italiana (11 de enero de 1961), *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* 1961, vol. 4, La Haya, Martinus Nijhoff, 1962, págs. 117 a 183, especialmente pág. 141, párr. 30.

²⁴⁹ Opinión consultiva OC-2/82 (nota 82 *supra*), párr. 29.

²⁵⁰ Higgins, «Human rights: some questions of integrity», pág. 12; véase también «Introduction», pág. xv.

²⁵¹ Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 65. En el mismo sentido, véase Fitzmaurice, «Reservations to multilateral conventions», págs. 15 y 16, o Higgins, «Introduction».

²⁵² En ese sentido, véase Imbert, *op. cit.*, pág. 258, y los diversos ejemplos que el autor menciona, págs. 258 a 260.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Véase el párrafo 1 *supra*.

habría por qué reintroducir mediante reservas una reciprocidad excluida por la convención.

157. Caben dos posibilidades:

a) O bien la disposición a que se refiere la reserva tiene carácter sinalagmático, en cuyo caso el equilibrio exacto de los derechos y obligaciones de cada uno queda garantizado por los mecanismos de la reserva, la aceptación y la objeción, y el párrafo 3 del artículo 21 puede y debe aplicarse plenamente;

b) O bien la disposición es «normativa» u «objetiva» y los Estados no esperan que los compromisos que han contraído sean recíprocos. En ese caso, es inútil preguntarse de qué forma se ve afectada una «reciprocidad» que no constituye una condición del compromiso de las partes, y las disposiciones del párrafo 3 del artículo 20 son totalmente irrelevantes; sencillamente no puede decirse que la reserva se «establezca *respecto de otra parte*».

158. Ello no significa que el régimen de reservas instituido por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sea inaplicable en la segunda hipótesis:

a) Las limitaciones impuestas en el artículo 19 a la libertad de formular reservas mantienen toda su razón de ser;

b) Conforme al apartado b del párrafo 4 del artículo 20, es lícito que el Estado objetor se niegue a que el tratado tenga vigor entre él y el Estado autor de la reserva;

c) Incluso aunque eso no suceda, las objeciones conservan su efecto; en particular, pueden desempeñar una función importante en la interpretación del tratado tanto por los órganos que eventualmente se establezcan en virtud del tratado²⁵⁵ como por mecanismos exteriores de solución de controversias²⁵⁶, incluidas las instancias nacionales.

c. Problemas relativos a la igualdad entre las partes

159. Muchos autores vinculan los supuestos problemas relativos a la reciprocidad al efecto que tendría el régimen de reservas instituido por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 en el principio de igualdad entre las partes en los tratados normativos. Imbert resume esa tesis²⁵⁷ de la siguiente manera:

Como consecuencia de esa falta de reciprocidad, las reservas pueden afectar a otro principio fundamental: el de la igualdad entre las partes contratantes. En efecto, los Estados que no han formulado reservas se ven obligados a respetar el tratado en forma integral, incluidas las disposiciones de las cuales se exime el Estado autor de una reserva. Así, este último se encuentra en una situación privilegiada. [...]

²⁵⁵ En ese sentido, véase Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme» y los ejemplos citados en las páginas 116 y 117; véase también Clark, *loc. cit.*, pág. 318, o Schabas, «Invalid reservations...», págs. 313 y 314.

²⁵⁶ En el caso *Loizidou c. Turquía* (nota 81 *supra*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basó en «la reacción posterior de varias Partes contratantes ante las declaraciones de Turquía» por considerar que Turquía «no ignoraba la situación jurídica», creada por declaraciones que había considerado ilícitas (párr. 95).

²⁵⁷ Propugnada por Fitzmaurice entre otros («Reservations to multilateral conventions», pág. 16, o «The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: treaty interpretation and other treaty points», págs. 278, 282 y 287).

Ahora bien, esa desigualdad no puede subsanarse formulando objeciones a las reservas, pues de todas maneras el Estado objetor se vería obligado a cumplir todas sus obligaciones, aunque se niegue a hacerlo en relación con el Estado autor de la reserva²⁵⁸.

160. En su primer informe, Sir Humphrey Waldock refutó ese argumento señalando que:

No debe atribuirse sin embargo demasiada importancia a este extremo. Pues normalmente, el Estado que desee hacer una reserva tendrá igualmente la seguridad de que el Estado que se abstenga de hacerla estará obligado a cumplir con las obligaciones del tratado por razón de sus obligaciones para con otros Estados²⁵⁹, aunque el Estado autor de la reserva se quede completamente al margen del tratado. Al participar en el tratado con sujeción a su reserva, el Estado autor de ella se somete por lo menos en cierta medida al régimen del tratado. La posición del Estado que se abstiene de hacer la reserva no se hace por ningún concepto más onerosa si el Estado autor de la reserva pasa a ser parte en el tratado de un modo limitado por razón de su reserva²⁶⁰.

La reserva no crea una desigualdad, sino que la atenúa, al permitir a su autor, que sin ella permanecería ajeno al círculo de las partes contratantes, obligarse parcialmente por el tratado²⁶¹.

161. Una vez formulada la reserva²⁶², los artículos 19 y siguientes de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 garantizan la igualdad de las partes contratantes en el sentido de que:

a) «La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*» (art. 21, párr. 2), y

b) Esas otras partes pueden formular una objeción y derivar las consecuencias que consideren apropiadas.

Sin embargo, en virtud del párrafo 4 del artículo 20, el Estado objetor puede restablecer la igualdad que considera amenazada por la reserva impidiendo la entrada en vigor del tratado entre el Estado autor de la reserva y él mismo. En ese caso, los dos Estados se encuentran en la situación en que habrían hallado si el Estado autor de la reserva no hubiera expresado su consentimiento para obligarse por el tratado.

162. Además, tanto el argumento basado en el efecto sobre la igualdad entre las partes como el basado en la no reciprocidad son difícilmente comprensibles en el

²⁵⁸ Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 34. La Comisión tuvo en consideración ese argumento en su Informe de 1951 (nota 48 *supra*), en el cual señaló que, en virtud de las convenciones normativas («creadoras de derecho»), «cada Estado acepta limitaciones a su propia libertad de acción entendiendo que los demás Estados participantes aceptarán las mismas limitaciones a base de igualdad» (pág. 6, párr. 22).

²⁵⁹ Y, el Relator Especial podría añadir, en virtud de la propia naturaleza del tratado.

²⁶⁰ *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 73. La Comisión hizo suyo ese razonamiento (véanse sus informes a la Asamblea General de 1962 (*ibíd.*, pág. 207) y de 1966 (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 226)).

²⁶¹ Cassese hace hincapié, con razón, en los efectos sobre la igualdad que podrían derivarse de la utilización de algunos mecanismos «colegiados» de control de la legitimidad de las reservas (*loc. cit.*, págs. 301 y 302). No obstante, ese es un problema completamente diferente, relativo a la posible alteración de la igualdad *entre los Estados autores de las reservas* y que, en última instancia, se deriva no del régimen de Viena (que no es colegiado) sino precisamente del rechazo de ese régimen.

²⁶² No se debe olvidar que se trata de una declaración *unilateral* (art. 2, párr. 1 *d* de la Convención de Viena de 1969).

sentido de que no queda claro por qué y cómo se habrían de aplicar a tratados que, precisamente, no se basan en la reciprocidad de las obligaciones de las partes, sino que constituyen conjuntos de compromisos unilaterales que tienden a los mismos fines. No es lógico sugerir que las partes contratantes sólo consienten en obligarse por el tratado «porque las demás harán otro tanto, pues sus obligaciones no son la contrapartida de las obligaciones que contraen las demás»²⁶³. Es bastante paradójico que sean precisamente los autores que hacen más hincapié en el carácter no recíproco de los tratados normativos y, en primer lugar, de los instrumentos de derechos humanos, quienes invoquen también los efectos que tendría en la reciprocidad y la igualdad la formulación de reservas: ¿cómo podrían las reservas afectar a la reciprocidad... de compromisos que no son recíprocos?

Conclusión: el régimen de Viena es aplicable en términos generales

163. Al cabo del examen, queda de manifiesto que:

a) Los autores del régimen de reservas consagrado por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 lo concibieron como un régimen que podía y debía aplicarse a todos los tratados multilaterales, cualquiera fuese su objeto²⁶⁴, excepción hecha de algunos tratados concluidos entre un número limitado de partes y de instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, para los cuales se previeron excepciones limitadas;

b) Por su flexibilidad, el régimen se adapta a las particularidades de los tratados normativos, incluidos los instrumentos de derechos humanos²⁶⁵;

c) Si bien no garantiza la integridad absoluta de esos tratados, lo cual sería totalmente incompatible con la propia definición de reserva, el régimen permite preservar los aspectos fundamentales de su contenido y garantiza que éste no sea desvirtuado;

d) Los argumentos fundados en los presuntos efectos sobre los principios de reciprocidad y de igualdad entre las partes no contradicen esa conclusión: si de hecho hubiera tales efectos, se derivarían de las propias reservas y no de las normas que se les aplicaran; además, esas objeciones son totalmente incompatibles con la naturaleza de los

²⁶³ Imbert, *op. cit.*, pág. 372.

²⁶⁴ Según la fórmula empleada por el Sr. Sreenivasa Rao en el examen del informe preliminar, promueve «una cierta diversidad en la unidad» (*Anuario... 1995*, vol. I, 2404.ª sesión, pág. 184, párr. 45).

²⁶⁵ Esa fue la posición de la mayor parte de los Estados cuyos representantes formularon declaraciones sobre el tema en la Sexta Comisión en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General; véanse, en particular, las intervenciones de Argelia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/50/SR.23, párr. 65)), la India, 24.ª sesión (A/C.6/50/SR.24, párr. 43) y Sri Lanka (*ibíd.*, párr. 82), que insistieron en la conveniencia de la unidad del régimen de reservas, o de los Estados Unidos, 13.ª sesión (A/C.6/50/SR.13, párrs. 50 a 53), el Pakistán, 18.ª sesión (A/C.6/50/SR.18, párr. 62), España, 22.ª sesión (A/C.6/50/SR.22, párr. 44), Francia (*ibíd.*, párr. 54), Israel, 23.ª sesión (A/C.6/50/SR.23, párr. 15), la República Checa (*ibíd.*, párr. 46) y el Líbano, 25.ª sesión (A/C.6/50/SR.25, párr. 20), que rechazaron la idea de un régimen especial para los tratados de derechos humanos; véanse asimismo las intervenciones menos terminantes de Australia, 24.ª sesión (A/C.6/50/SR.24, párr. 10) y Jamaica (*ibíd.*, párrs. 19 y 21).

tratados normativos en sí, los cuales, precisamente, no se basan en la reciprocidad de los compromisos contraídos por las partes;

e) No es necesario tomar partido respecto de la conveniencia de autorizar la formulación de reservas a las disposiciones normativas, incluso en la esfera de los derechos humanos: si se estima que deben prohibirse, las partes tienen absoluta libertad de excluirlas o de limitarlas en la medida en que les parezca necesario, incluyendo en el tratado una cláusula expresa en ese sentido, lo cual es perfectamente compatible con las normas de Viena, que sólo tienen carácter supletorio.

C. —La aplicación del régimen general de reservas (aplicación del régimen de Viena a los tratados de derechos humanos)

164. Las controversias actuales relativas al régimen de las reservas aplicables a los tratados de derechos humanos²⁶⁶ se deben probablemente, por lo menos en parte, a un malentendido: a pesar de lo que se pueda creer debido a ciertas fórmulas ambiguas o mal redactadas, los órganos de control creados por los instrumentos de derechos humanos no impugnan, en principio, la aplicabilidad a esos tratados de las normas relativas a las reservas establecidas en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, en particular, no niegan que su licitud debe interpretarse, cuando el tratado nada diga al respecto, en función del criterio fundamental del objeto y el fin del tratado. Los verdaderos problemas se plantean más allá de esa cuestión y se refieren a la existencia y amplitud de las facultades de control de esos órganos al respecto.

1. EL CRITERIO FUNDAMENTAL DEL OBJETO Y EL FIN DEL TRATADO

165. El examen de la práctica seguida por los Estados y por las organizaciones internacionales y la de los órganos de control encargados de la aplicación de los tratados, incluso los tratados de derechos humanos, confirma que el régimen de las reservas consagrado por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no solamente es aplicable en general, sino que también se aplica de manera muy generalizada. En particular, muestra que el criterio del objeto y el fin del tratado, consagrado en el apartado c del artículo 19, se aplica a título principal en caso de silencio de los tratados y a título complementario si existen cláusulas de reservas.

166. Si bien marcó el punto de partida de la evolución radical que experimentó el régimen de las reservas en el plano universal²⁶⁷, la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1951 se refería en concreto a las *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Fueron las particularidades de ese tratado las que llevaron a la Corte a separarse del régimen indiscuti-

blemente predominante en esa época²⁶⁸ de la aceptación unánime de las reservas en beneficio del régimen más flexible de la entonces Unión Panamericana:

a) La CIJ limitó estrictamente sus respuestas a las cuestiones planteadas, que se refieren exclusivamente a la Convención de 1948: «Como las cuestiones [planteadas por la Asamblea General] tienen [...] un objeto netamente definido, las respuestas que la Corte debe formular se limitan necesaria y estrictamente a dicha Convención»²⁶⁹;

b) La Corte se refirió expresamente a las características particulares de esa Convención: «El carácter de una convención multilateral, su objeto, sus disposiciones, su modo de elaboración y de adopción son también elementos que deben tomarse en cuenta para apreciar, ante el silencio de la convención, la posibilidad de formular reservas y para apreciar su regularidad y efectos»²⁷⁰;

c) La CIJ hizo hincapié en el «objetivo puramente humano y civilizador» perseguido por las partes y la falta de «intereses propios»²⁷¹;

d) Para concluir, la Corte declaró que: «Si se excluyera completamente de la Convención a uno o a varios Estados no sólo se restringiría su esfera de aplicación, sino que se atentaría contra la autoridad y los principios morales y humanitarios que constituyen su fundamento»²⁷².

167. En consecuencia, esas son las dificultades vinculadas a las reservas a un tratado de derechos humanos, eminentemente «normativo», que han sido el origen de la definición del régimen actual. Como señaló el Reino Unido en sus observaciones sobre el comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, «fue teniendo en cuenta precisamente esas características de la Convención y a la luz de la conveniencia de obtener el mayor número posible de adhesiones a ella, que la Corte estableció su punto de vista respecto de las reservas»²⁷³.

168. Al respecto, Higgins expresó:

Aunque la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue ciertamente un «tratado de derechos humanos», en 1951 preocupaba a la Corte la distinción amplia entre «tratados contractuales» y «tratados normativos». La cuestión que se debía abordar era si debía primar la antigua norma sobre la unanimidad de las reservas y si la distinción entre «contractual» y «normativo» era pertinente para esa respuesta. *Las únicas cuestiones* planteadas ante la Corte se

²⁶⁸ Como lo demuestra de manera convincente la opinión disidente común citada en la nota 137 *supra* (C.I.J. *Recueil* 1951, págs. 32 a 42; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25).

²⁶⁹ *Ibid.*, pág. 20; véase también la parte dispositiva, págs. 29 y 30. En varias presentaciones ante la CIJ se ha insistido sobre esa cuestión; especialmente así ocurrió en el caso de la presentación escrita de los Estados Unidos (C.I.J. *Mémoires, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, págs. 33 y 42 a 47); ello merece ser mencionado especialmente porque en aquel entonces ese país practicaba la norma del consentimiento unánime en el ejercicio de sus funciones de Estado depositario (véase Imbert, *op. cit.*, pág. 61, nota 98).

²⁷⁰ C.I.J. *Recueil* 1951, págs. 22 y 23. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25.

²⁷¹ *Ibid.*, pág. 23; véase también el párrafo 114 *supra*.

²⁷² *Ibid.*, pág. 24.

²⁷³ *Documents Officiels de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 135, párr. 4.

²⁶⁶ Véanse los párrafos 56 a 60 *supra*.

²⁶⁷ Véase K. Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», págs. 323 a 336.

relacionaban con las consecuencias jurídicas para los Estados ratificantes de las reservas formuladas que habían sido objetadas (y a veces objetadas por algunos Estados, pero no por otros).

La Corte se mostró a favor de una respuesta «flexible», más que de la norma de la unanimidad, en relación con las cuestiones precisas que se le plantearon, y al respecto estimó que no habría diferencia entre tratados contrato y tratados normativos.

Sin embargo, añadió que:

[...] no se puede decir que ello solucione una cuestión muy distinta: en un tratado de derechos humanos, respecto del cual se han otorgado ciertas funciones a un organismo de supervisión, ¿está implícito en sus funciones y en el funcionamiento de los principios del párrafo 3 del artículo 19 de la Convención de Viena que ese organismo creado en virtud del tratado, más que los Estados contratantes, es el encargado de decidir si una reserva es compatible o no con el propósito y el fin del tratado?²⁷⁴

169. En efecto, esa cuestión es diferente y será objeto de un examen detallado más adelante²⁷⁵. Pero, en lo que respecta al problema aquí analizado, se puede constatar que Higgins admite que se puede deducir del fallo de 1951 que la CIJ rechazó la distinción entre «tratados contrato» y «tratados normativos», habida cuenta del establecimiento del régimen de reservas y que considera que el comentario general n.º 24, en cuya elaboración tuvo una participación decisiva²⁷⁶, no rechaza esa conclusión.

170. Cabe destacar especialmente además que en ese comentario general el propio Comité de Derechos Humanos consideró que, ante el silencio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «la cuestión de las reservas [...] se rige por el derecho internacional»²⁷⁷ y, para tomar esa determinación, hizo referencia expresa al párrafo 3 del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969. Ciertamente pretende ver allí únicamente una «orientación pertinente»²⁷⁸, pero inmediatamente, en una nota de pie de página, el Comité agrega:

Si bien la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados se concertó en 1969 y entró en vigor en 1980, es decir, después de la entrada en vigor del Pacto, sus disposiciones reflejan el derecho internacional general sobre esta cuestión, tal como ya lo había afirmado la Corte Internacional de Justicia en *The Reservations to the Genocide Convention Case*, de 1951²⁷⁹.

y aplica esa disposición para pronunciarse sobre la admisibilidad de las reservas al Pacto²⁸⁰, agregando:

Aun cuando el Pacto, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, no incluya una referencia concreta a la prueba del objeto y el fin, dicha prueba rige la cuestión de la interpretación y aceptabilidad de las reservas²⁸¹.

En 1995 el Comité aplicó nuevamente ese criterio, después de examinar el primer informe de los Estados Unidos; aplicando los principios enunciados en el comentario gene-

²⁷⁴ Higgins, «Introduction», pág. xix.

²⁷⁵ Véase el párrafo 2 *supra* y, en particular, el párrafo 178 *infra*.

²⁷⁶ Véanse las sesiones del Comité 1366.^a (CCPR/C/SR.1366), párr. 53; 1380.^a (CCPR/C/SR.1380), párr. 1, o 1382.^a (CCPR/C/SR.1382), párr. 1.

²⁷⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, pág. 123, párr. 6.

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ *Ibíd.*, nota e.

²⁸⁰ No corresponde examinar en este informe el fundamento de esa aplicación.

²⁸¹ Véase la nota 277 *supra*.

ral n.º 24, determinó que algunas de las reservas formuladas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados Unidos²⁸² «a su juicio son incompatibles con el objetivo y la finalidad de éste»²⁸³.

171. Esa convicción parece ser absolutamente general, inclusive en los casos de ausencia de cláusulas de reservas. Por ejemplo, si bien la práctica de la OIT, que se traduce en la prohibición de las reservas a los convenios internacionales del trabajo, se explica en realidad por otras consideraciones, no deja por ello de justificarse por motivos relacionados con el respeto al objeto y el fin de esos instrumentos²⁸⁴. Del mismo modo, en 1992, los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos observaron que algunas de las reservas formuladas «plantean graves problemas en cuanto a su compatibilidad con el objetivo y el propósito de los tratados de que se trata»²⁸⁵ y, de manera todavía más característica, en 1994 recomendaron a esos órganos que «declaren inequívocamente que ciertas reservas respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos son contrarias a los objetivos y el propósito de esos instrumentos y que por consiguiente son incompatibles con el derecho de los tratados»²⁸⁶. Es necesario observar que, al actuar de ese modo, se dirigieron indistintamente a los órganos encargados de la supervisión de tratados que incluyen o no cláusulas de reservas, y de esa forma manifestaron su convicción de que ese criterio constituye un principio de aplicación general.

172. Esa misma convicción se manifiesta en la redacción de las cláusulas de reservas que figuran en los instrumentos internacionales, cuya diversidad ya se ha subrayado²⁸⁷. De todos modos, a pesar de esa diversidad, es palpable la preocupación constante de sus redactores de promover un régimen de reservas calcado del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986²⁸⁸:

a) En el leal saber y entender del Relator Especial, en la esfera de los derechos humanos se encuentra la única cláusula convencional que remite expresamente a las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativa a las reservas²⁸⁹;

²⁸² *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta F.96.V.5), ST/LEG/SER.E/14, cap. IV.4, pág. 130.

²⁸³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, pág. 50, párr. 279, y anexo VI; véanse igualmente los comentarios del Presidente del Comité de Derechos Humanos, Sr. Aguilar, durante el examen del informe (1406.^a sesión del Comité, CCPR/C/SR.1406, párrs. 2 a 5).

²⁸⁴ Véase el párrafo 140 *supra*.

²⁸⁵ A/47/628 (nota 84 *supra*), anexo, párr. 60; véase también el párrafo 36.

²⁸⁶ A/49/537 (nota 84 *supra*), anexo, párr. 30.

²⁸⁷ Véase el párrafo 125 *supra*.

²⁸⁸ O, para los tratados anteriores, del «régimen flexible» de origen panamericano adoptado en la opinión consultiva de la CIJ de 1951 (véase la nota 47 *supra*).

²⁸⁹ Artículo 75 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (nota 49 *supra*). En su opinión consultiva de 1983 sobre las restricciones a la pena de muerte (nota 82 *supra*), la Corte Interamericana de Derechos Humanos examinó la licitud de las reservas de Guatemala a los párrafos 2 y 4 del artículo 4 de la Convención en función de su compatibilidad con su objeto y fin.

b) Numerosos tratados de derechos humanos hacen referencia expresa al objeto y el fin como criterio de apreciación de la licitud de las reservas²⁹⁰;

c) De los trabajos preparatorios de los tratados que no incluyen cláusulas de reservas resulta que ese silencio debe interpretarse como un reenvío, implícito pero deliberado, al régimen de derecho común consagrado por la Convención de Viena de 1969.

173. El ejemplo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aquí también muy significativo: después de largos titubeos²⁹¹, se decidió no incluir allí cláusulas de reservas, pero ese silencio no debe interpretarse como un rechazo de las reservas, sino como la expresión de la voluntad de los negociadores de remitirse al «principio de derecho internacional aceptado» según el cual todo Estado tenía el derecho de «hacer reservas a un tratado multilateral [...] con la condición de que tal reserva no fuese incompatible con el objeto y fin del tratado»²⁹².

174. Por su parte, el Convenio europeo de derechos humanos contiene una cláusula de reservas, pero en ella no se hace alusión a ese criterio²⁹³. Según algunos autores, la opinión de que las reservas a ese convenio no sólo deben respetar las condiciones impuestas por el artículo 64, sino también conformarse al objeto y el fin de ese instrumento «parece difícil de sostener»²⁹⁴. No obstante, la Comisión Europea de Derechos Humanos, de manera muy nítida, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera menos clara, no dejan de examinar las reservas cuya licitud se controvierte ante ellos a la luz del criterio fundamental del objeto y el fin del tratado²⁹⁵. Esto que parece sumamente lógico, a menos que se admita que una reserva pueda desvirtuar el sentido de un tratado, demuestra la universalidad del criterio del objeto y el fin,

²⁹⁰ Véanse los ejemplos mencionados en la nota 50 *supra*.

²⁹¹ Véase Imbert, *op. cit.*, págs. 223 y 224, y Higgins, «Derogations under human rights treaties», págs. 317 y 318.

²⁹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo primer período de sesiones*, documento A/6546, párr. 142; véanse también las declaraciones de los representantes de varios Estados, citados por Imbert, *op. cit.*, págs. 224, 411 y 412.

²⁹³ Artículo 64:

«1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esa disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate».

²⁹⁴ Schabas, «Article 64», pág. 938; en contra: J. Velu y R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, extracto del Répertoire pratique du droit belge, págs. 159 y 160.

²⁹⁵ Véase la nota 81 *supra*: decisión de la Comisión en el asunto *Chrysostomos et al. c. Turquie* (pág. 277, párr. 19), o el fallo del Tribunal en el caso *Loizidou c. Turquie* (párrs. 73 y 75), en el que el Tribunal se basa en el fin y el objeto de los artículos 25 y 46 del Convenio pero aparentemente se refiere más a las normas relativas a la interpretación de los tratados que a las relativas a las reservas. En el asunto *Temeltasch c. Suisse* (párr. 68), la Comisión estimó que las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 enunciaban esencialmente normas consuetudinarias en materia de reservas, y se basó en la definición del apartado d del párrafo 1 del artículo 2 de esa Convención para apreciar la naturaleza real de una declaración interpretativa del Estado demandado (párrs. 69 y ss.); véase al respecto Coccia, *loc. cit.*, págs. 14 y 15.

y parece implicar que todo tratado contiene una cláusula implícita que limita la posibilidad de formular reservas en ese sentido.

175. Las objeciones de los Estados a las reservas a los tratados de derechos humanos a menudo también están expresamente motivadas en la incompatibilidad de esas reservas con el objeto y el fin de esos instrumentos. Ello merece destacarse especialmente porque, de manera general, los Estados se muestran poco inclinados a formular objeciones²⁹⁶ y que, cuando lo hacen, rara vez las fundamentan²⁹⁷. En consecuencia, resulta sumamente revelador que, por ejemplo, nueve Estados partes en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁹⁸ hayan motivado de esa manera sus objeciones contra ciertas reservas²⁹⁹, y que uno de ellos³⁰⁰ haya hecho referencia expresa al apartado c del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969³⁰¹. Igualmente, varias objeciones a las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se han justificado por la incompatibilidad de esas reservas con el objeto y el fin de ese tratado. De esa manera, los 11 Estados europeos que formularon objeciones en relación con las reservas de los Estados Unidos³⁰² justificaron su posición en la incompatibilidad de algunas de esas reservas con el objeto y el fin tanto del Pacto en su conjunto como de algunas de sus disposiciones³⁰³.

176. No cabe duda entonces de que «existe un acuerdo general en que el criterio que debe aplicarse es el principio de Viena del 'objeto y el fin'»³⁰⁴. En lo que respecta a ese punto fundamental, elemento central del «sistema flexible» mantenido por la CIJ en 1951 y consagrado por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, la naturaleza particular de los tratados de derechos humanos o, de manera más general, de los tratados normativos, no tiene entonces consecuencias para el régimen de las reservas.

²⁹⁶ Véase Coccia, *loc. cit.*, págs. 34 y 35, y apéndice, págs. 50 y 51; Imbert, *op. cit.*, págs. 419 a 434, o Shelton, *loc. cit.*, págs. 227 y 228.

²⁹⁷ Véase D. Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties», pág. 75; Redgwell, *loc. cit.*, pág. 276, o Zemanek, *loc. cit.*, pág. 334. Véanse igualmente las observaciones del Comité de Derechos Humanos en el comentario general n.º 24 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, págs. 125 y 126, párr. 17).

²⁹⁸ Alemania, Austria, Canadá, Finlandia, México, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia.

²⁹⁹ Especialmente las formuladas por Bangladesh, Brasil, Egipto, India, Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Jamaica, Jordania, Malawi, Maldivas, Marruecos, Mauricio, Nueva Zelanda, República de Corea, Tailandia y Túnez.

³⁰⁰ Portugal.

³⁰¹ Respecto de esas objeciones (y, de manera más general, respecto de las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), véase Clark, *loc. cit.*, págs. 299 a 302, o Cook, *loc. cit.*, págs. 687 a 707; véase también A. Jenefsky, «Permissibility of Egypt's reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», págs. 199 a 233.

³⁰² Véase el párrafo 170 *supra*. Esos Estados son Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia.

³⁰³ Schabas, «Invalid reservations...», págs. 310 a 314, y, para otros ejemplos, véase pág. 289.

³⁰⁴ Higgins, «Introduction», pág. xxi.

2. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESERVAS

177. Uno de los principales «misterios» del régimen de reservas establecido por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se refiere, sin ninguna duda, a las relaciones que existen, que podrían existir o que deberían existir entre el artículo 19, por una parte, y los siguientes, por la otra. En el marco del presente informe no corresponde tratar de disipar ese misterio, porque para ello habría que tomar partido prematuramente en la discrepancia entre «oponibilidad» y «admisibilidad»³⁰⁵.

178. Por otra parte, quizás baste constatar que «de manera general la mayor parte de los problemas planteados por el apartado c del artículo 19 desaparecen en la práctica [...]»³⁰⁶, y que las modalidades y los efectos del control de la licitud de las reservas es un problema esencialmente práctico. De todos modos, no sería exacto afirmar que «desaparecen» cuando un tratado establece un mecanismo para supervisar su aplicación. A las incertidumbres propias del régimen de Viena se superponen otras, que aparentemente los redactores de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no tuvieron en cuenta³⁰⁷, y que se relacionan con la concurrencia de los sistemas de control de la licitud de las reservas que se pueden prever, esto es, ¿de conformidad con las reglas —«más vagas» que «flexibles»— dimanadas de estas convenciones, o con arreglo a los propios mecanismos de supervisión? Y si la respuesta da cabida a esos mecanismos, inmediatamente se plantea un segundo interrogante: ¿cuál es o cuál debe ser el efecto del control que realicen?

a) *Apreciación de la licitud de las reservas por los órganos de supervisión*

179. Como ya se ha visto³⁰⁸, el régimen de Viena, concebido como un régimen de aplicación general, se ha adaptado, en cuanto al fondo, a las exigencias particulares de los tratados de derechos humanos, y los mecanismos generales de determinación de la licitud de las reservas se aplican igualmente a las reservas formuladas en esa esfera. Sin embargo, desde hace unos 15 años se han elaborado paralelamente controles complementarios, efectuados directamente por los órganos de supervisión de los instrumentos de derechos humanos y cuya existencia o licitud difícilmente se pueda contravertir, lo que plantea

³⁰⁵ Véanse los párrafos 42 a 45 *supra*, y el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), págs. 154 a 158, párrs. 97 a 108 y 115 a 123.

³⁰⁶ Imbert, *op. cit.*, pág. 138.

³⁰⁷ Como señala Higgins: «La cuestión nunca se planteó ante la Corte en el asunto de las *Réserves*, ni en la preparación de la Convención de Viena. De hecho, no se pudo haber planteado. Ni en 1951 ni en 1969 existía la red de tratados multilaterales de derechos humanos con sus propios organismos creados en virtud de esos tratados. Ese fenómeno se produjo posteriormente» («Introduction», pág. xix); véase también el párrafo 168 *supra* y, en el mismo sentido, Shelton, *loc. cit.*, pág. 229. No obstante, algunos comentaristas no han ocultado desde un principio su perplejidad al respecto; véase, por ejemplo, Maresca: «La perplejidad se puede presentar, y se pueden plantear interrogantes, en particular sobre tres aspectos de la norma codificada: a) ¿qué sujeto, qué órgano o qué entidad tiene facultades para establecer si la reserva formulada es compatible o no con el objeto y el propósito del tratado?» (*loc. cit.*, nota 44, pág. 304).

³⁰⁸ Párrafos 70 a 88 *supra*.

el problema de la coexistencia y combinación de esos dos tipos de control.

i) *La función de los mecanismos tradicionales*

180. Más allá de las incertidumbres que se pueden plantear en lo relativo a la relación existente entre los artículos 19 y 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, los tratadistas están de acuerdo en considerar que el régimen de las reservas instituido en esas Convenciones «se basa en el carácter consensual de los tratados»³⁰⁹. Esa afirmación constituye el «credo» fundamental de la escuela de la «oponibilidad», que se fundamenta en la idea de que «la validez de la reserva depende únicamente de la aceptación de la reserva por otro Estado contratante»³¹⁰. No obstante, este propósito no es rechazado por quienes apoyan la «admisibilidad»; por ejemplo, Bowett afirma que, a falta en el tratado de disposiciones relativas a la solución de controversias «en la actualidad no hay alternativas al sistema según el cual cada parte decide por sí misma si las reservas de la otra parte son admisibles»³¹¹.

181. Ese mecanismo clásico, e imperfecto, de control de la licitud de las reservas se puso en práctica en los tratados de derechos humanos:

a) En algunos de ellos se incluyeron ciertas cláusulas de reservas que las «someten expresamente al ‘mecanismo de las aceptaciones y objeciones’»³¹²;

b) Los Estados no dudan en plantear objeciones a las reservas formuladas por otras partes en esos tratados, aun en el caso de silencio de esos tratados³¹³;

c) Esas objeciones pueden hacer que el Estado que había planteado la reserva la retire³¹⁴;

d) Los órganos de supervisión de la aplicación de los tratados pueden tener en cuenta las reservas cuando interpretan el tratado o para determinar el tipo de reserva³¹⁵;

e) Los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos han considerado «que, para que el sistema actual de la presentación de reservas funcione de manera correcta, es indispensable que los Estados que son ya partes en un determinado tratado estudien detenidamente la presentación de una objeción en cada ocasión que sea apropiada»³¹⁶.

³⁰⁹ T. O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, pág. 34. Véase también Bishop Jr., *loc. cit.*, pág. 337; Redgwell, *loc. cit.*, pág. 268, y Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 466.

³¹⁰ Ruda, *loc. cit.*, pág. 190. Véase también el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 154, párr. 102.

³¹¹ Bowett, *loc. cit.*, pág. 81.

³¹² Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 122; véanse, por ejemplo, el artículo 8 de la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada y el artículo 75 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (nota 49 *supra*), que remiten a la Convención de Viena de 1969.

³¹³ Véase el párrafo 175 *supra*.

³¹⁴ Australia y la República de Corea retiraron algunas de sus reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tras las objeciones formuladas por otros Estados partes (véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (nota 282 *supra*), págs. 128, 135 y 138 a 141).

³¹⁵ Véase el párrafo 158 *supra*.

³¹⁶ A/47/628, anexo (nota 84 *supra*), párr. 64; véase también el párrafo 36 y el Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación

182. Claro está que nada impide que las partes prevean un sistema diferente de apreciación de la validez de las reservas, colegiado o jurisdiccional, y esas dos posibilidades fueron examinadas, y luego descartadas, en diferentes etapas de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969. De ese modo, los dos primeros de los cuatro «proyectos alternativos» formulados *de lege ferenda* por Sir Hersch Lauterpacht en 1953 en su primer informe sobre el derecho de los tratados se fundaban en el control colegiado de la validez de las reservas por las dos terceras partes de los Estados interesados³¹⁷, mientras que los dos otros confiaban ese control a un comité constituido por las partes³¹⁸ o a la sala de procedimiento sumario de la CIJ^{319, 320}.

183. Pero si bien esas propuestas no se introdujeron en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, se las ha retomado en algunas cláusulas de reservas incluidas en tratados multilaterales. Por ejemplo, en materia de derechos humanos, el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, establece:

No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención, ni se permitirá ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos en virtud de la presente Convención. Se considerará que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados partes en la Convención formulan objeciones a la misma³²¹.

184. En esas hipótesis, la apreciación de la admisibilidad de la reserva no se confía a cada uno de los Estados contratantes en función de sus propios intereses, sino al conjunto de las partes en calidad de órgano colectivo. En consecuencia, la esencia del sistema no se ha modifi-

contra la Mujer (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 38 (A/48/38)*, pág. 2, cap. I, párr. 4 d).

³¹⁷ *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, págs. 124 a 133, documento A/CN.4/63.

³¹⁸ *Ibid.*, págs. 133 y 134.

³¹⁹ *Ibid.*, págs. 134 y 135.

³²⁰ Véase también la posición de Lauterpacht en «Some possible solutions of the problem of reservations to treaties», págs. 108 y ss. Curiosamente, Fitzmaurice, que consideraba que el sistema colegiado era un «sistema ideal» («Reservations to multilateral conventions», págs. 23 a 26), no retomó esa posición en su primer informe (véase *Yearbook of the International Law Commission 1956*, vol. II, pág. 104, documento A/CN.4/101). Durante los debates de 1962, varios de los miembros de la Comisión se mostraron a favor de un sistema de ese tipo, en tanto que otros se opusieron con éxito (véase Cassese, *loc. cit.*, pág. 272); del mismo modo, algunos Estados presentaron enmiendas en ese sentido después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados: véanse, por ejemplo, las propuestas del Japón y del Reino Unido (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, A/CONF.39/11*, págs. 121, y 125 y 126, respectivamente) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.68.V.7).

³²¹ Para un comentario a fondo de esa disposición, véase Cassese, *loc. cit.*, págs. 266 a 304. Existen cláusulas similares en otras esferas; véase, por ejemplo, el artículo 39 del Convenio sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera, el artículo 20 de la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo (y el artículo 14 de su Protocolo adicional relativo a la importación de documentos y de material de propaganda turística) o el artículo 50 sobre la Convención única sobre estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972. Otros tratados, especialmente los celebrados bajo los auspicios de la FAO, mantienen el principio de consentimiento unánime de las partes (véase Imbert, *op. cit.*, págs. 174 y 175).

cado, y el consentimiento de las partes se expresa: a) por la adopción de la cláusula de reservas misma, y b) colectivamente, por el sistema clásico de las aceptaciones (eventualmente tácitas) y de las objeciones.

185. Ese segundo elemento del principio consensual desaparece si el control de la admisibilidad de la reserva se confía a un órgano de tipo jurisdiccional o cuasijurisdiccional.

186. En el leal saber y entender del Relator Especial, no existen cláusulas de reservas expresas en ese sentido. No obstante, el Relator Especial considera que, por el simple hecho de que un tratado prevea que la solución de las controversias vinculadas a su aplicación estará a cargo de un órgano jurisdiccional o arbitral, ese órgano se encuentra, por ello mismo, habilitado a examinar la admisibilidad de las reservas o el fundamento de las objeciones.

Como la cuestión de la permisibilidad, que se rige por el propio tratado, se trata eminentemente de una cuestión jurídica que se presta perfectamente a su determinación judicial y, en la medida en que el tratado mismo u otro tratado general que establezca la solución de controversias prevea que las partes presenten ese tipo de cuestión jurídica ante un tribunal, ése sería el medio adecuado de resolver la cuestión³²².

Nuevamente aquí nos encontramos dentro del marco de mecanismos bien establecidos en derecho internacional general.

187. Existe además una práctica arbitral y judicial en ese sentido, si bien ciertamente limitada.

188. Así pues, en el asunto de la *Mer d'Iroise*, el Reino Unido sostuvo ante el tribunal arbitral interviniente que las tres reservas formuladas por Francia al artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental «no se debían tener absolutamente en cuenta, porque eran inadmisibles o porque no se trataba de verdaderas reservas»³²³. En su decisión, el tribunal se reconoció implícitamente competente para pronunciarse sobre esas cuestiones y consideró «que las tres reservas al artículo 6 eran reservas verdaderas y permitidas»³²⁴.

189. Igualmente, en el caso *Droit de passage sur territoire indien*, la CIJ examinó y rechazó la primera excepción preliminar de la India, según la cual «la declaración de Portugal de aceptación de la jurisdicción de la Corte, de 19 de diciembre de 1955, está viciada de nulidad porque la tercera condición de la declaración es incompatible con el objeto y el fin de la disposición facultativa»³²⁵. Y si bien la Corte misma nunca declaró ilícita una reserva a una declaración facultativa de aceptación de su jurisdicción obligatoria, Sir Hersh Lauterpacht, por dos veces,

³²² Bowett, *loc. cit.*, pág. 81. En el mismo sentido, véase Coccia (*loc. cit.*, pág. 26), quien, no obstante, considera que un Estado que ha aceptado la reserva no tiene fundamentos para argüir su inadmisibilidad.

³²³ Decisión de 30 de junio de 1977 (nota 138 *supra*), pág. 167, párr. 49.

³²⁴ *Ibid.*, pág. 170, párr. 56; véanse también págs. 167 a 169, párrs. 50 a 55.

³²⁵ *C.I.J. Recueil 1957*, fallo, pág. 141; véase la respuesta de la Corte, págs. 141 a 144. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 58.

en unas opiniones ampliamente fundadas, consideró que debió haberlo hecho^{326, 327}.

190. Las facultades de la CIJ en materia contenciosa evidentemente se aplican también a sus funciones consultivas. Las cuestiones que se le plantearon en 1959 tenían, como la propia Corte subrayó,

[u]n carácter puramente abstracto. No apuntaban ni a las reservas que de hecho han sido formuladas a la Convención por algunos Estados, ni a las objeciones formuladas por otros Estados a esas reservas. Tampoco se referían a las reservas que, eventualmente, se podrían formular de manera relativa a tal o cual artículo, ni tampoco a las objeciones que podrían plantearse eventualmente a esas reservas³²⁸.

Nada impide, con todo, que se actúe de esa manera, y los órganos encargados de la supervisión de la aplicación de los tratados de derechos humanos tendrían perfecto derecho a solicitar una opinión consultiva sobre la licitud de las reservas formuladas a esos instrumentos, como de hecho algunos de ellos prevén³²⁹, y, desde el punto de vista jurídico, nada se opone a que pidan «al Consejo Económico y Social o a la Asamblea General, según proceda, que soliciten de la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre el problema» si, en su opinión, existen algunas reservas que «planteen importantes problemas en términos de su aparente incompatibilidad con el objetivo y el propósito del tratado», o a que, en un futuro tratado de derechos humanos se incluya «una disposición que permita al órgano del tratado solicitar una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en relación con cualquier reserva que pueda ser incompatible con el objetivo y el propósito del tratado», como en 1992 postularon los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos³³⁰.

191. La Corte Interamericana de Derechos Humanos podría igualmente ejercer su competencia consultiva en esa esfera, incluso en lo relativo a posibles problemas dimanados de la interpretación o la aplicación de otros tratados además de la Convención americana sobre derechos humanos³³¹, al igual que el Tribunal europeo de

derechos humanos³³², al que se ha propuesto someter preventivamente la cuestión de la conformidad de reservas futuras con el artículo 64 del Convenio europeo de derechos humanos³³³.

192. Desde todos esos puntos de vista, los mecanismos de control de la licitud de las reservas a los tratados de derechos humanos son los más clásicos:

a) El mecanismo de derecho común es el sistema interestatal de derecho común, reflejado en el artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986;

b) En ocasiones es modificado o corregido por cláusulas de reservas que prevén concretamente una apreciación mayoritaria o unánime de esa licitud;

c) Los órganos jurisdiccionales o arbitrales competentes para solucionar las controversias sobre aplicación de tratados nunca han dudado en pronunciarse, en caso de necesidad, sobre la licitud de las reservas formuladas por las partes;

d) *A fortiori*, esos órganos tienen competencia para emitir opiniones consultivas sobre esa cuestión.

ii) *La función de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos*

193. Desde el principio del decenio de 1980, a esos mecanismos tradicionales de control de la licitud de las reservas se han superpuesto otros en materia de derechos humanos, de modo de que se ha reconocido a los órganos encargados de la supervisión de la aplicación de los tratados concluidos en esa esfera un derecho y un deber de control al respecto que, en principio, no parece que se deba impugnar.

a. *La evolución de la práctica seguida por los órganos de supervisión*

194. A decir verdad, en sus comienzos esos órganos mostraron al respecto muchos titubeos y cautela:

a) En 1978, de conformidad con una opinión jurídica muy firme dirigida al Director de la División de Derechos Humanos por la Oficina de Asuntos Jurídicos³³⁴, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial decidió: «El Comité debe tener en cuenta las reservas formuladas por los Estados partes al momento de ratificar la Convención o de adherirse a ella; no está facultado para actuar de otra manera. Ninguna decisión del Comité, aun-

³²⁶ C.I.J. *Recueil* 1957, fallo, *Certains emprunts norvégiens*, opinión individual, págs. 34 a 66, especialmente págs. 43 a 55, y C.I.J. *Recueil* 1959, fallo, *Interhandel, exceptions préliminaires*, opinión en disidencia, págs. 95 a 122, especialmente págs. 103 a 106; véanse también las opiniones en disidencia del Presidente Klaestad (págs. 76 a 82) y del magistrado Armand-Hugon, (págs. 85 a 94). Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 64.

³²⁷ En el fallo *Loizidou c. Turquie*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que las reservas a su competencia no podían examinarse según los mismos criterios que los aplicables al examen de la licitud de las reservas a las declaraciones formuladas en aplicación del párrafo 2 del Artículo 6 del Estatuto de la CIJ (nota 81 *supra*, pág. 29, párrs. 83 a 85). Si bien se trata de una distinción dudosa, se refiere al fondo del derecho aplicable y no a las modalidades de control.

³²⁸ C.I.J. *Recueil* 1951, pág. 21. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25.

³²⁹ Véase el Informe del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (nota 86 *supra*).

³³⁰ A/47/628 (nota 84 *supra*), párrs. 61 y 65.

³³¹ Véase el párrafo 1 del artículo 64 de la Convención, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, «*Otros tratados*» – *Objeto de la función consultiva de la Corte* (art. 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, n.º 1; véase, en ese sentido, Cook, *loc. cit.*, pág. 711.

³³² Véase el Protocolo n.º 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, confiriendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia de emitir dictámenes consultivos.

³³³ Véase *Chorherr c. Autriche*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 266-B, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1993, opinión parcialmente disidente del magistrado Valticos, págs. 39 a 43.

³³⁴ Memorando de 5 de abril de 1976 (véase especialmente el párrafo 8, cuya redacción fue adoptada prácticamente en su integridad por el Comité), Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1976* (n.º de venta S.78.V.5), págs. 234 a 236. Véase también la «Nota del Secretario General», CERD/C/R.93.

que sea unánime, en el sentido de declarar inaceptable una reserva, puede tener efecto jurídico alguno»³³⁵.

b) El Asesor Jurídico de las Naciones Unidas adoptó la misma posición en lo relativo a las facultades del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³³⁶ y, si bien algunos de sus miembros interrogaron a los representantes de los Estados sobre la entidad de las reservas formuladas cuando examinaron los informes nacionales³³⁷, hasta 1987 el Comité mismo se abstuvo siempre de adoptar una posición al respecto³³⁸.

c) A ese respecto el Comité de Derechos Humanos se mantuvo, durante mucho tiempo, en una expectativa prudente y algunos de sus miembros se pronunciaron después del examen del informe de los Estados en favor del examen de la validez de las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mientras que otros se mostraron en contra³³⁹; de todos modos, cabe pensar que si bien el Comité estaba dispuesto en algunos casos a «recalificar» una declaración interpretativa sobre las reservas, no parecía nada inclinado a examinar la licitud de las reservas³⁴⁰.

195. En el plano regional, los órganos creados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos han adoptado hace tiempo una actitud de espera y han tratado de no tomar partido en el debate que oponía a los especialistas sobre la cuestión de saber si les correspondía pronunciarse acerca de la licitud de las reservas al Convenio³⁴¹. En un primer momento, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideraron que debían interpretar

³³⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 18 (A/33/18)*, pág. 93, párr. 374, apdo. a. Véanse al respecto las observaciones de Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», págs. 125 y 126, y Shelton, *loc. cit.*, págs. 229 y 230.

³³⁶ Véase el informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 45 (A/39/45)*, vol. II, anexo III.

³³⁷ Véanse los ejemplos mencionados al respecto por Cook, *loc. cit.*, nota 303, pág. 708.

³³⁸ Véase Clark, *loc. cit.*, págs. 283 a 289.

³³⁹ Véanse los ejemplos mencionados al respecto por Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», págs. 127 y 128, y Shelton, *loc. cit.*, págs. 230 y 231.

³⁴⁰ Véanse las decisiones de admisibilidad adoptadas el 8 de noviembre de 1989, *T. K. c. Francia y M. K. c. Francia* (comunicaciones n.º 220/1987 y 222/1987) (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/45/40)*, vol. II, anexo X, págs. 127 a 132, y 136 a 140, respectivamente), en las que el Comité declaró que las solicitudes eran inadmisibles porque la «declaración» de Francia relativa al artículo 27 del Pacto era una verdadera reserva; en contra: la opinión de Higgins (ibíd., apéndice II, págs. 134 y 135, y 142 y 143, respectivamente), que considera que se trata de una declaración que no obliga al Comité, lo que a contrario parecía indicar en ambos casos que éste no era competente para examinar la licitud de las reservas formuladas por los Estados partes. Véase en ese sentido Schmidt, *loc. cit.*, págs. 20 a 34.

³⁴¹ Véase especialmente la controversia que enfrentó a Golsong (*Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1976, reunión del 7 de noviembre de 1975, págs. 269 y 270, y «Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme», págs. 23 a 42) e Imbert («La question des réserves et les conventions en matière des droits de l'homme», especialmente págs. 113 y 114).

esas reservas y darles un sentido útil³⁴², pero esos órganos se cuidaron de no ir más lejos e incluso de dejar entender que podrían ejercer un control de licitud.

196. El punto de inflexión al respecto lo constituyó el informe aprobado por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 5 de mayo de 1982 en el asunto *Temeltasch*³⁴³, en el que subrayó que:

aun cuando se supusiera que se podría otorgar algún valor a una aceptación o a una objeción formulada en relación a una reserva al Convenio, no por ello se podría excluir la competencia de la Comisión para pronunciarse sobre la conformidad con el Convenio de una reserva o de una declaración interpretativa determinada³⁴⁴,

y, basándose en la «naturaleza particular» del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Comisión «estima que el propio sistema del Convenio le confiere competencia para examinar si en un caso concreto una reserva o una declaración interpretativa fue o no formulada con arreglo a sus disposiciones»³⁴⁵. En consecuencia, la Comisión considera que la declaración interpretativa de Suiza relativa al apartado e del artículo 6 del Convenio constituye una reserva³⁴⁶, y que no se encuentra en conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Convenio³⁴⁷.

197. Como curiosamente la Comisión no recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue el Comité de Ministros, en aplicación del artículo 32 del Convenio Europeo, el órgano que aprobó el informe de la Comisión sobre este asunto³⁴⁸, y sólo seis años más tarde, en su fallo en el asunto *Belilos*, el Tribunal Europeo hizo suya la posición de principio de la Comisión³⁴⁹. A su vez, procedió a «recalificar» como reserva una «declaración interpretativa» de Suiza (relativa al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio)³⁵⁰ y consideró que «la declaración litigiosa no responde a dos de los imperativos del artículo 64 del Convenio, por lo que corresponde considerarla inválida»³⁵¹, después de haber constatado que:

en el caso no se puede poner en duda la competencia del Tribunal para considerar, en relación con el artículo 64, la validez de una reserva o, si

³⁴² Véanse, por ejemplo, Consejo de Europa, demanda n.º 473/59, decisión de la Comisión de 29 de agosto de 1959, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1958-1959*, vol. 2, págs. 400 a 406, especialmente pág. 405; demanda n.º 1008/61, decisión de la Comisión de 5 de marzo de 1962, ibíd., 1962, vol. 5, págs. 82 a 86, especialmente pág. 87, y los extractos citados por Imbert, *op. cit.*, págs. 176 a 277.

³⁴³ Demanda n.º 9116/80 (nota 81 *supra*); véase especialmente: G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, págs. 86 a 93, e Imbert, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*)».

³⁴⁴ Demanda n.º 9116/80 (nota 81 *supra*), párr. 61.

³⁴⁵ Ibíd., párr. 65.

³⁴⁶ Ibíd., párrs. 68 a 82.

³⁴⁷ Ibíd., párrs. 83 a 92.

³⁴⁸ Ibíd., resolución DH (83) 6, de 24 de marzo de 1983, pág. 137.

³⁴⁹ Fallo de 29 de abril de 1988 (nota 81 *supra*); véase H. J. Bourguignon, «The *Belilos* case: new light on reservations to multilateral treaties»; I. Cameron y F. Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights: the *Belilos* case»; Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)»; R. J. S. MacDonald, «Reservations under the European Convention on Human Rights», o S. Marks, «Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights».

³⁵⁰ Fallo de 29 de abril de 1988 (nota 81 *supra*), párrs. 40 a 49.

³⁵¹ Ibíd., párr. 60; véanse también párrs. 51 a 59.

procede, de una declaración interpretativa. Ello resulta tanto de los artículos 45 y 49 del Convenio [...] como del artículo 19 y de la jurisprudencia del Tribunal (véase, como referencia más reciente, el fallo *Ettl et autres*, de 23 de abril de 1987, série A n.º 117, pág. 19, párr. 42)³⁵².

198. Desde entonces, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han aplicado esa jurisprudencia de manera casi rutinaria³⁵³ y la han ampliado a las reservas formuladas por los Estados en relación con su propia competencia. Por ejemplo, en su fallo de 4 de marzo de 1991 sobre la admisibilidad de tres demandas contra Turquía³⁵⁴, la Comisión consideró que algunas restricciones a su competencia formuladas por el Estado demandado en su declaración de aceptación de las demandas individuales, con fundamento en el artículo 25, no estaban «autorizadas por ese artículo»³⁵⁵. De manera más categórica, en el fallo *Loizidou c. Turquía*³⁵⁶, el Tribunal Europeo dictaminó que «el objeto y el fin del sistema del Convenio»³⁵⁷ se oponen a que los Estados limiten la entidad de sus declaraciones en virtud de los artículos 25 y 46 del Convenio mediante declaraciones o reservas, lo que confirma la práctica seguida por los Estados partes:

Habida cuenta de la naturaleza del Convenio, del sentido ordinario de los artículos 25 y 46 en su contexto y a la luz de su objeto y fin, así como de la práctica de las partes contratantes, el Tribunal concluye que no son válidas las restricciones *ratione loci* adjuntas a las declaraciones de Turquía en relación con los artículos 25 y 46³⁵⁸.

199. En el leal saber y entender del Relator Especial, hasta el momento no se ha pedido directamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se expida, en un caso contencioso, sobre la licitud de las reservas formuladas por los Estados partes en aplicación del artículo 75 de la Convención americana sobre derechos humanos. No obstante, de algunas de sus opiniones consultivas se puede deducir que, en tal caso, adoptaría una posición similar a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en su opinión consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, sobre *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*³⁵⁹, la Corte consideró que las partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y el fin de la Convención y «son libres de afirmar su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquella»³⁶⁰. Especialmente en su opinión consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983 en el caso sobre las *Restricciones a la*

³⁵² *Ibid.*, párr. 50; en el párrafo 42 del fallo *Ettl et autres* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 117, fallo de 23 de abril de 1987, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1987, pág. 19), el Tribunal aplicó la reserva de Austria al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio y se remitió al asunto *Ringeisen* (*ibid.*, vol. 13, fallo de 16 de julio de 1971, págs. 40 y 41, párr. 98), que se limita a establecer las consecuencias de esa reserva, interpretada de manera muy liberal (en favor del Estado).

³⁵³ Véanse los ejemplos citados en la nota 81 *supra*.

³⁵⁴ *Chrysostomos et al c. Turquía* (véase la nota 81 *supra*).

³⁵⁵ *Ibid.*, párr. 42.

³⁵⁶ Véase la nota 81 *supra*.

³⁵⁷ Fallo de 23 de marzo de 1995 (véase la nota 81 *supra*), párr. 75.

³⁵⁸ *Ibid.*, párr. 89; véanse también párrs. 65 a 89.

³⁵⁹ Véase la nota 82 *supra*.

³⁶⁰ Opinión consultiva OC-2/82 (véase la nota 82 *supra*), párr. 38.

*pena de muerte*³⁶¹, la Corte consideró que algunas de las reservas de Guatemala no eran admisibles³⁶².

200. Es en ese contexto en el que los órganos de supervisión establecidos por los instrumentos universales de derechos humanos han adoptado en relación con la validez de las reservas una actitud mucho más crítica que la tradicional, que era muy prudente³⁶³. Ello es especialmente notable en lo relativo al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³⁶⁴ y, en particular, al Comité de Derechos Humanos.

201. En el comentario general n.º 24³⁶⁵, el Comité de Derechos Humanos afirmó:

Por necesidad ha de ser el Comité quien decida si una determinada reserva es compatible con el objeto y fin del Pacto. Ello se debe en parte [...] a que se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos y, en parte, a que es una tarea que el Comité no puede eludir en el desempeño de sus funciones. A fin de conocer el alcance de su deber de examinar el cumplimiento del Pacto por un Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 o una comunicación presentada con arreglo al Primer Protocolo Facultativo, el Comité ha de adoptar necesariamente una opinión sobre la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Pacto y con el derecho internacional en general. Dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos, debe establecerse objetivamente la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Pacto en relación con un principio jurídico³⁶⁶.

b. *Fundamentos del control ejercido por los órganos de supervisión*

202. Esa motivación, que se une a la invocada por los órganos regionales europeos e interamericanos³⁶⁷, es también la que invoca parte de la doctrina en favor de la competencia del control de la licitud de las reservas por parte de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos. Por ejemplo, se aduce que:

a) La naturaleza específica de esos instrumentos excluye

[el] juego de oposición y de aceptación por parte de otros Estados contratantes elaborado por el derecho internacional consuetudinario tras la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Convención contra el Genocidio y del que se encuentran vestigios en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados³⁶⁸;

b) Su carácter objetivo hace necesario un control objetivo³⁶⁹;

c) Sería imposible que los órganos por ellos creados cumplieran sus funciones generales de supervisión «sin establecer qué obligaciones vinculan a la parte interesada»³⁷⁰;

³⁶¹ Véase la nota 82 *supra*.

³⁶² Véase la nota 289 *supra*.

³⁶³ Véase el párrafo 194 *supra*.

³⁶⁴ Véase el párrafo 59 *supra*.

³⁶⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40, (A/50/40)*, vol. I, anexo V.

³⁶⁶ *Ibid.*, pág. 127, párr. 18.

³⁶⁷ Véanse los párrafos 196 a 199 *supra*.

³⁶⁸ Golsong, *Actes du quatrième colloque...* (véase la nota 341 *supra*), pág. 269; véase también la opinión del magistrado Valticos en el fallo *Chorherr c. Autriche* (nota 333 *supra*), pág. 15.

³⁶⁹ Véase Giegerich, *loc. cit.*, págs. 780 y 781, o Higgins, «Introduction», pág. xxii.

³⁷⁰ Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 68.

d) En la práctica, el sistema de las objeciones apenas funcionaría³⁷¹.

203. Esos argumentos han sido controvertidos y ciertamente no todos tienen igual peso.

204. En primer lugar, como se señaló más arriba³⁷², ni la naturaleza presuntamente «objetiva» de los tratados de derechos humanos ni la falta de reciprocidad que caracteriza a la mayor parte de sus disposiciones de fondo constituyen razones convincentes en favor de un régimen derogatorio del derecho común. Como mucho se podría esgrimir el argumento de que podría ser *deseable* que la licitud de las reservas a esos instrumentos fuera examinada por un órgano independiente y técnicamente calificado, pero de ello no resultaría que los mecanismos existentes tienen competencia para realizar ese examen si no se la prevé en los tratados que los crean³⁷³.

205. En cuanto a afirmar que el mecanismo de aceptaciones y objeciones no funciona de manera satisfactoria, se trata de una cuestión de apreciación que, de todos modos, no constituye un argumento: no porque el mecanismo existente merezca críticas se debe interpretar que el otro sistema sería jurídicamente aceptable; especialmente, las críticas a la eficacia del régimen de Viena, en realidad, ponen en tela de juicio los fundamentos mismos del derecho internacional contemporáneo. Como manifestó Sir Humphrey Waldock en su condición de experto consultor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados:

Es cierto que, si bien la Comisión de Derecho Internacional ha querido adoptar un criterio objetivo, el método de aplicación previsto tiene un carácter subjetivo, pues depende de la apreciación de los Estados. Pero esa es una situación característica de muchos campos del derecho internacional, a falta de una decisión judicial que, de todas formas, sólo obliga al Estado interesado y únicamente en relación con la cuestión de que se trate³⁷⁴.

Se puede considerar que se trata de una situación poco feliz, pero esa es la característica fundamental del derecho internacional en su conjunto y, por tanto, afecta la aplicación de todo tratado, cualquiera sea su objeto.

206. En realidad, desde el punto de vista del régimen de las reservas, la verdadera particularidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los instrumentos europeos o americanos de derechos humanos o de otros instrumentos de alcance más limitado, no reside en que sean tratados de derechos humanos, sino en que esos instrumentos crean órganos encargados de supervisar su aplicación. A partir de su creación, según un principio general del derecho bien establecido y acogido en el derecho internacional general, esos órganos tienen a su cargo la determinación de su propia competencia. Ese es el único argumento verdaderamente convincente en favor

del control de la licitud de las reservas: esos órganos no podrían ejercer las funciones que le corresponden si no pudieran asegurarse de la extensión exacta de su competencia en relación con los Estados interesados, ya sea cuando examinan las demandas estatales o individuales o los informes periódicos, o incluso cuando ejercen su competencia consultiva.

207. Al respecto se ha dicho que los órganos creados en virtud de tratados funcionarían en un contexto que «se distingue claramente» del de la CIJ, a la que «se pide especialmente que examine, en relación con los principios del derecho internacional, todos los conflictos jurídicos entre Estados que se planteen en cualquier parte del mundo» en relación con «todas las esferas del derecho internacional», mientras que esos órganos «ejercen exclusivamente funciones de control en relación con un tratado normativo» y que, en consecuencia, no es posible establecer ninguna analogía entre las competencias de esos órganos y la de la Corte³⁷⁵. Se trata un razonamiento sumamente discutible e incluso pernicioso.

208. El primer motivo que justifica que los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos ejerzan una facultad de control sobre la licitud de las reservas es la necesidad de asegurar su competencia, y luego se trata de determinar la amplitud exacta de los compromisos asumidos por el Estado de que se trate, lo que sólo se puede hacer en función de las reservas que el Estado, si fuera el caso, ha formulado; como la facultad de formular reservas no es ilimitada, ello significa que esas reservas deben ser lícitas. Este razonamiento se aplica tanto a esos órganos como a la CIJ³⁷⁶, sin que importe cuál sea el órgano jurisdiccional o cuasijurisdiccional que deba aplicar el tratado, y tiene su fundamento en el principio del «mutuo consentimiento»³⁷⁷, que debe respetarse con una fuerza particular en la hipótesis de una controversia entre Estados. Al respecto, se puede afirmar además que las funciones de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos nunca se limitan exclusivamente al examen de las demandas de particulares; todos tienen igualmente ciertas facultades para conocer de denuncias efectuadas por otros Estados partes³⁷⁸ y, en esas circunstancias, no cabe duda de que les corresponde determinar la amplitud de su competencia.

209. En consecuencia, no se debe a su originalidad —por cierto indiscutible— el que los tratados de derechos humanos incluyan el control de la licitud de las reservas formuladas a su respecto por parte de los órganos de supervisión sino, más bien, a la condición de «señorío banal» de esos órganos: creados en virtud de tratados, reciben su competencia de esos instrumentos convencionales y deben velar por la amplitud de esa competencia en función del consentimiento de los Estados partes y de las reglas generales del derecho de los tratados.

³⁷¹ Véase McBride, *loc. cit.*, o Higgins, «Introduction», pág. xxiv.

³⁷² Véanse especialmente los párrafos 136 a 162 *supra*.

³⁷³ Véanse las observaciones de Jamaica a la Sexta Comisión (Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24.ª sesión (A/C.6/50/SR.24, párr. 20)).

³⁷⁴ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.68.V.7), pág. 139, párr. 10.

³⁷⁵ Caso *Loizidou c. Turquía* (véase la nota 81 *supra*), párrs. 84 y 85.

³⁷⁶ Véase el párrafo 189 *supra*.

³⁷⁷ Véase el párrafo 96 *supra*.

³⁷⁸ Véase el artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 24 del Convenio europeo de derechos humanos o el artículo 45 de la Convención americana sobre derechos humanos; véanse las observaciones del Reino Unido en relación con el comentario general n.º 24 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/50/40), vol. I, anexo VI, págs. 135 y 136, párr. 5).

210. A ello se puede añadir que, aun si se pusiera en duda la validez de esa conclusión, las posiciones concordantes, y en la actualidad numerosas, adoptadas por esos órganos de supervisión de tratados de derechos humanos han creado probablemente una situación que con toda certeza será difícil de cambiar. A ello se suma que, en cuanto al principio mismo del control, la actitud de los Estados interesados no se encamina a establecer la existencia de una *opinio juris* contraria:

a) Tras los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Belilos* y *Weber*, Suiza no denunció el Convenio europeo de derechos humanos, si bien había considerado hacerlo³⁷⁹;

b) Tampoco lo hizo Turquía después del fallo en el caso *Loizidou*;

c) El Comité de Ministros del Consejo de Europa mantuvo la solución de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Temeltasch*³⁸⁰;

d) La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha querido ampliar la jurisprudencia de los órganos del Convenio al respecto³⁸¹;

e) Aparentemente Guatemala ha respondido favorablemente ante la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso relativo a las *Restricciones a la pena de muerte*³⁸², y

f) Por negativas que hayan sido las reacciones de algunos Estados frente al comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos³⁸³, sus críticas se centran más en las consecuencias del control por el Comité de la licitud de las reservas que en el principio mismo de ese control³⁸⁴.

iii) *La combinación de los distintos modos de supervisión de la licitud de las reservas*

211. En consecuencia, la situación actual de la supervisión de la licitud de las reservas o de los tratados de derechos humanos se caracteriza por la concurrencia o, en todo caso, la coexistencia de varios mecanismos de supervisión de la licitud de las reservas:

a) Uno, que constituye el derecho común, es el puramente interestatal, consagrado en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y al que se puede acceder por conducto de las cláusulas de reservas particulares que figuren en los tratados de que se trate;

b) Cuando el tratado crea un órgano de supervisión de su aplicación, en la actualidad, y por razones que no son del todo desacertadas, se considera que ese órgano puede también pronunciarse sobre la admisibilidad de las reservas;

c) Pero ello permite que subsista la posibilidad de que los Estados partes recurran, si fuere necesario, a las modalidades habituales de solución pacífica de controversias, incluso las jurisdiccionales o arbitrales, si se tratase de una controversia entre ellos relativa a la licitud de una reserva³⁸⁵, y

d) Además, no se excluye que los tribunales nacionales mismos, siguiendo el ejemplo de los tribunales suizos³⁸⁶, se consideren igualmente con derecho de examinar la validez de una reserva en relación con el derecho internacional.

212. Claro está que la multiplicidad de posibilidades de supervisión tiene algunos inconvenientes, de los que el menor no es el riesgo de contradicciones entre las posiciones que los distintos interesados podrían adoptar sobre la misma reserva (o sobre dos reservas idénticas de Estados diferentes)³⁸⁷. En verdad, sin embargo, ese riesgo es propio de todo sistema de supervisión (en el curso del tiempo, un mismo órgano puede adoptar decisiones contradictorias) y quizás sea mejor que haya un exceso de control que carecer por completo de él.

213. Más grave es la amenaza constituida por la sucesión de controles en el tiempo en ausencia de toda limitación de la duración del plazo durante el que pueden tener lugar. El problema no se plantea en lo relativo al régimen de Viena, ya que el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 limita a 12 meses desde la fecha de recepción de la notificación de la reserva (o de la expresión de consentimiento del Estado que formuló la objeción)³⁸⁸ el plazo durante el que un Estado puede formular una objeción. En cambio, el problema se plantea con gravedad en todos los casos de control jurisdiccional o cuasijurisdiccional que, a priori, es aleatorio y depende de la constitución del órgano de decisión o de supervisión. Para prevenir ese problema, se ha propuesto limitar también a 12 meses el derecho a pronunciarse de

³⁸⁵ Todo ello siempre bajo reserva de la existencia de «regímenes autosuficientes», entre los que ciertamente se deben incluir los creados por el Convenio europeo y la Convención americana sobre derechos humanos (véase B. Simma, «Self-contained Regimes», págs. 130 y ss., y T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, págs. 230 y ss.).

³⁸⁶ Véase la decisión del Tribunal Federal de Suiza, de 17 de diciembre de 1992, en el caso *Elisabeth F. c. Conseil d'État du canton de Thurgovie, Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 20, n.º 31, marzo de 1993, pág. 17; véase, de manera más general, el artículo muy detallado de J.-F. Flauss, «Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse : requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6, párr. 1».

³⁸⁷ Véase especialmente Imbert, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», págs. 617 a 619; el autor subraya los riesgos de incompatibilidad interna en el sistema del Convenio europeo, especialmente entre las posiciones adoptadas por el Tribunal y el Comité de Ministros.

³⁸⁸ De todos modos debe tenerse en cuenta que el problema se plantea igualmente debido a la sucesión en el tiempo de las ratificaciones y las adhesiones.

³⁷⁹ Véase Cameron y Horn, *loc. cit.*, pág. 117.

³⁸⁰ Véase el párrafo 197 *supra*.

³⁸¹ Véase la recomendación 1223 (1993) (nota 89 *supra*), párr. 7.A.ii.

³⁸² Véase C. M. Cerna, «La Cour interaméricaine des droits de l'homme : ses premières affaires», pág. 312.

³⁸³ Véase el párrafo 60 *supra*.

³⁸⁴ Por ejemplo: «El Reino Unido está de acuerdo con la conclusión de que el Comité debe necesariamente poder adoptar una opinión sobre la situación y el efecto de una reserva cuando ello se requiera a fin de permitir al Comité desempeñar las funciones sustantivas que le incumben en virtud del Pacto» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 137, párr. 11).

los órganos de supervisión³⁸⁹. Además de que ninguno de los textos pertinentes actualmente en vigor prevé una limitación de ese tipo, ésta no parece casi compatible con el fundamento mismo de la intervención de los órganos de control, que trata de velar por el respeto de los principios generales del derecho internacional (la preservación del objeto y el fin del tratado). Además, como se ha señalado, una de las razones por las que los Estados formulan pocas objeciones es precisamente que la regla de los 12 meses a menudo resulta breve³⁹⁰; se corre el riesgo de plantear *a fortiori* el mismo problema a los órganos de supervisión y que éstos se paralicen.

214. Se puede considerar además que, por el contrario, las posibilidades de contar con controles cruzados aumentan las posibilidades de que el régimen de reservas cumpla su verdadero papel. El problema no reside en oponer esos controles o que un sistema trate de afirmar su monopolio en relación con los demás³⁹¹, sino en combinarlos a fin de reforzar su eficacia global, porque si bien sus modalidades son diferentes, su finalidad es la misma: en todos los casos se trata de conciliar las dos exigencias contradictorias, pero fundamentales, de la integridad del tratado y de la universalidad de la participación³⁹². Es normal que los Estados que han querido el tratado puedan hacer valer su punto de vista, así como que los órganos de control cumplan plenamente la función de guardianes de los tratados que les han confiado las partes.

215. Esa situación no excluye, sino que por el contrario implica, cierto carácter complementario entre los distintos modos de control y la existencia de cooperación entre los órganos encargados de la supervisión. En particular, es indispensable que, cuando examinan la licitud de una reserva, los órganos de supervisión (al igual que los órganos de solución de controversias) tengan plenamente en cuenta las posiciones adoptadas por las partes contratantes en sus aceptaciones u objeciones. Por el contrario, los Estados, que deben conformarse a las decisiones adoptadas por los órganos de supervisión a los que han dotado de poder jurisdiccional, deberán tener en cuenta seriamente las posiciones motivadas y fundadas de esos órganos, aunque no se trate de decisiones jurídicamente vinculantes³⁹³.

³⁸⁹ Véase Imbert, *op. cit.*, pág. 146, nota 25, y «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», págs. 113, 114, 130 y 131; en contra: Golsong, «Les réserves aux instruments...», pág. 34, o R. W. Edwards Jr., «Reservations to treaties», págs. 387 y 388.

³⁹⁰ Véase Clark, *loc. cit.*, págs. 312 a 314.

³⁹¹ Aunque ésa es su tendencia natural; véanse las opiniones opuestas del Comité de Derechos Humanos («se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, pág. 127, párr. 18)) y de Francia («corresponde [a los Estados Partes] y a ellos únicamente, salvo que el tratado disponga otra cosa, pronunciarse sobre una posible incompatibilidad entre una reserva y el objeto y fin del tratado» (ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/51/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 113, párr. 14)).

³⁹² Véanse los párrafos 90 a 98 *supra*.

³⁹³ Véase, no obstante, la respuesta extremadamente enérgica al comentario general n.º 24 que se infiere del proyecto de ley presentado al Senado de los Estados Unidos por el senador Helms el 9 de junio de 1995 (*Foreign Relations Revitalization Act of 1995*, Senado de los Estados Unidos de América, 104.º Congreso, primera reunión, S. 908 (informe n.º 104-95), título III, cap. 2, secc. 314), según el cual «no se podrán comprometer o desembolsar fondos autorizados por esta ley o

b) Consecuencias de las determinaciones realizadas por los órganos de control

216. Se plantea aquí muy directamente la cuestión de saber cuáles son las consecuencias de la determinación de la ilicitud de una reserva por un órgano de supervisión de un tratado de derechos humanos.

217. Una vez admitido que un órgano de esta naturaleza está facultado para decidir si una reserva cumple las condiciones de licitud exigidas por el derecho común (compatibilidad con el objeto y el fin del tratado) o por una cláusula de reserva en particular, «queda por determinar lo que [ese órgano] puede hacer en el caso de que considere que una u otra reserva no reúnen esa condición», cuestión especialmente importante y delicada, como subrayó la Sra. Higgins durante la elaboración del comentario general n.º 24³⁹⁴, y que, en efecto, dio lugar a un animado debate. A esta cuestión se debe añadir otra, a la que está estrechamente ligada, pero que parece preferible abordar de manera diferente para dar mayor claridad a la exposición, y que consiste en preguntarse sobre las obligaciones (y los derechos) de los Estados cuya reserva ha sido considerada ilícita.

i) Derechos y deberes del órgano de control

218. El problema de la conducta que debe seguir el órgano de control cuando constata que una reserva es ilícita en general se plantea en términos de «divisibilidad»³⁹⁵, en el sentido de que los tratadistas y los propios órganos de control se preguntan si se puede separar la reserva del consentimiento para vincularse y si el Estado autor de la reserva puede ser considerado vinculado por el conjunto del tratado a pesar de la ilicitud de la reserva formulada.

219. Hasta el presente, todos los órganos de control que se han planteado la pregunta han respondido de manera afirmativa:

a) En el caso *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó, en un lacónico considerando: «No cabe duda de que, independientemente de la validez de la

por cualquier otra ley para realizar ningún tipo de actividad cuyo propósito sea:

A) Presentar informes al Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o

B) Responder a cualquiera de las actividades del Comité de Derechos Humanos encaminadas a utilizar los procedimientos de los artículos 41 y 42 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a fin de entender en denuncias formuladas por otras partes en el Pacto de que los Estados Unidos no cumplen las obligaciones que les corresponden en virtud del Pacto, hasta que el Presidente haya presentado al Congreso la declaración que se describe en el párrafo 2.

2) Declaración. La declaración a que se hace referencia en el párrafo 1 es una declaración del Presidente al Congreso de que el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha:

A) Dejado sin efecto su comentario general n.º 24, adoptado el 2 de noviembre de 1994, y

B) Reconocido expresamente la validez, con arreglo al derecho internacional, de las reservas, entendimientos y declaraciones que figuran en el instrumento de ratificación de los Estados Unidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.»

³⁹⁴ CCPR/C/SR.1366, párr. 54 (1366.ª reunión del Comité).

³⁹⁵ Véase Edwards Jr., *loc. cit.*, pág. 376.

declaración, Suiza se considera vinculada por el Convenio»³⁹⁶.

b) El Tribunal fue un poco más explícito en el caso *Loizidou*, en el que después de recordar su fallo de 1988³⁹⁷, dejó de lado las declaraciones formuladas por Turquía en materia procesal, pero:

habida cuenta de la práctica uniforme de las partes contratantes en relación con los artículos 25 y 46, que consiste en aceptar sin condiciones la competencia de la Comisión y del Tribunal, recuerda que el Gobierno denunciado no pudo dejar de ser consciente de que en el sistema del Convenio se podía controvertir la validez de las cláusulas restrictivas denunciadas y que los órganos pertinentes las podían considerar inadmisibles.

[...]

La reacción posterior de varias partes contratantes frente a las declaraciones de Turquía [...] presta un sólido apoyo a la observación precedente, según la cual Turquía no ignoraba la situación jurídica. [...] A la luz de esos hechos, el Gobierno denunciado no puede invocar las declaraciones *ex post facto* de los representantes de Turquía para indicar un retroceso frente a la intención fundamental, aunque atenuada, de aceptar la competencia de la Comisión y del Tribunal.

En consecuencia, corresponde al Tribunal, en ejercicio de las responsabilidades que le confiere el artículo 19, resolver la cuestión haciendo referencia al texto de las declaraciones respectivas y a la naturaleza particular del régimen del Convenio. No obstante, este último es favorable a la separación de las cláusulas atacadas, porque por ese medio se pueden garantizar los derechos y las libertades consagradas en el Convenio en todas las esferas pertinentes de la «jurisdicción» de Turquía, en el sentido del artículo 1 del Convenio.

El Tribunal ha examinado el texto de las declaraciones y la redacción de las restricciones a fin de investigar si las restricciones impugnadas se pueden separar de los instrumentos de aceptación o si forman una parte integral indivisible de ellos. Aun examinando como un todo los textos de las declaraciones de los artículos 25 y 46, el Tribunal considera que las restricciones denunciadas se pueden separar del resto del texto, dejando intacta la aceptación de las cláusulas facultativas³⁹⁸.

c) Por su parte, el Comité de Derechos Humanos afirmó que:

La consecuencia normal de una reserva inaceptable no es la de que el Pacto carezca de todo vigor para la parte que formula la reserva. Antes bien, será posible considerar independientemente esa reserva, en el sentido de que el Pacto será aplicable para la parte que formule la reserva sin que la reserva se tenga en cuenta³⁹⁹.

220. Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en las diferencias existentes entre el control que aplica y el relativo al funcionamiento de la Corte Internacional de Justicia⁴⁰⁰, las similitudes entre ese razonamiento y el de Sir Hersch Lauterpacht en la opinión individual anexa al fallo de la CIJ en el caso de *Certains emprunts norvégiens*⁴⁰¹ son muy notables, aunque el Tribunal se muestra menos circunspecto que el magistrado de la Corte en su aplicación y, sobre todo, deja completamente de lado el punto de partida de todo su razonamiento, que se fundamentaba en una alternativa clara:

³⁹⁶ Fallo de 29 de abril de 1988 (nota 81 *supra*), párr. 60.

³⁹⁷ Fallo de 23 de marzo de 1995 (nota 81 *supra*), párr. 94.

³⁹⁸ *Ibid.*, párrs. 95 a 97.

³⁹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, párr. 127, párr. 18.

⁴⁰⁰ Véase la nota 327 *supra*.

⁴⁰¹ *C.I.J. Recueil 1957*, págs. 56 a 59 (véase la nota 326 *supra*); véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 55.

Si la cláusula insertada en la aceptación a fin de reservar el derecho de decisión unilateral del gobierno declarante es nula, la Corte *sólo tiene una alternativa*^{*}: o bien puede considerar nula esa parte de la reserva contraria al Estatuto, o bien puede considerar que toda la aceptación está viciada de nulidad. (Hay una tercera posibilidad —*que basta mencionar para descartar*^{*}—, a saber, que esa parte de la reserva no anula toda la aceptación, sino solamente la reserva. Eso significaría que toda la reserva sobre los asuntos de competencia nacional sería considerada nula, aunque la declaración de aceptación, como tal, sería considerada plenamente válida⁴⁰².)

221. Justamente fue esa «tercera posibilidad» (que Lauterpacht sólo menciona para descartarla inmediatamente) la que el Tribunal Europeo puso en práctica en los fallos citados precedentemente y que es la considerada por el Comité de Derechos Humanos en el comentario general n.º 24.

222. Esas posiciones quizás se expliquen por una confusión entre dos nociones muy diferentes:

a) En primer lugar, la de «divisibilidad» de las disposiciones del propio tratado⁴⁰³ que, en materia de reservas, plantea la cuestión de saber si la disposición a que se refiere la reserva se puede separar del tratado sin comprometer su objeto y fin; sin duda se puede considerar que se trata de una condición necesaria para la licitud de la reserva, a falta de la cual las disposiciones del párrafo 4 del artículo 20 y del párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 carecerían de sentido⁴⁰⁴;

b) En segundo lugar, la de «separabilidad» de la reserva en relación con el consentimiento del Estado autor de la reserva de estar vinculado en general al tratado, lo que es una cuestión completamente diferente⁴⁰⁵ y que lleva a preguntarse si la reserva era o no una condición *sine qua non* para obligar al Estado.

223. Por cierto, no es imposible prever cuáles podrían ser las consecuencias de la «divisibilidad» de la disposición a que se refiere la reserva considerada ilícita. En sus observaciones sobre el comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, el Reino Unido se sumó al razonamiento de Lauterpacht⁴⁰⁶ en los siguientes términos:

El Reino Unido conviene en que cierta separabilidad⁴⁰⁷ puede perfectamente ofrecer una solución en los casos apropiados, aunque sus matices están sólo comenzando a explorarse en la práctica de los Estados. Sin embargo, el Reino Unido tiene absolutamente claro que la separabilidad entrañaría la eliminación tanto de la reserva *como* de las partes del tratado a las que se aplica. Consideraría cualquier otra solución profundamente contraria a los principios, especialmente a la norma fundamental recogida en el párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de que las convenciones internacionales establecen reglas «expresamente reconocidas» por los Estados contratantes.⁴⁰⁸

⁴⁰² *Ibid.*, págs. 55 y 56.

⁴⁰³ Reuter, *op. cit.*, págs. 37 y 38.

⁴⁰⁴ La doctrina más autorizada en materia de reservas habla de «divisibilidad» en el caso de esta primera acepción (véase, por ejemplo, Reuter, *op. cit.*, pág. 84; Bowett, *loc. cit.*, pág. 89, o Sinclair, *op. cit.*, pág. 68).

⁴⁰⁵ Pero que aparentemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confundió con la noción precedente en el caso *Loizidou* (véanse el párrafo 219 y la nota 81 *supra*).

⁴⁰⁶ Véase el párrafo 220 *supra*.

⁴⁰⁷ El Reino Unido designa aquí como «separabilidad» lo que se define como «divisibilidad» (véase el párrafo 222 *supra*).

⁴⁰⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI,

224. Pero es justamente a esta «otra solución» a la que conduce la «separabilidad» practicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y prevista por el Comité de Derechos Humanos⁴⁰⁹.

225. Durante el debate del proyecto de comentario general n.º 24 ante el Comité de Derechos Humanos, la Sra. Higgins explicó que, en el caso de los instrumentos de derechos humanos, no era deseable excluir Estados partes sino que, por el contrario, era preferible mantenerlos; ese es el motivo de la redacción empleada en la penúltima frase del párrafo 20⁴¹⁰, ⁴¹¹. En el leal saber y entender del Relator Especial, esa es la única explicación de la «separabilidad» que se encuentra en los trabajos preparatorios del comentario general n.º 24 y es también la justificación principal de los tratadistas partidarios de esa doctrina⁴¹².

226. Ello plantea problemas jurídicos muy graves. En derecho no se trata de saber si hace falta o no «proteger» a los Estados partes que han formulado reservas, sino de determinar si han prestado su consentimiento o no para estar vinculados y, parafraseando al Comité de Derechos Humanos, son los propios Estados y no los órganos externos, por más bien intencionados y técnicamente irreprochables que sean, los que se encuentran «en condiciones especialmente adecuadas para realizar esta tarea»⁴¹³; es difícil admitir que dichos órganos puedan ponerse en el lugar de los Estados a fin de realizar esa determinación. La solución inversa puede ser fuente de graves problemas políticos y constitucionales para el Estado autor de la reserva, sobre todo cuando el parlamento ha agregado condiciones a la autorización de ratificación o de adhesión⁴¹⁴.

227. Además parece singular que los órganos de control puedan ir más allá que los propios Estados en sus relaciones *inter se*. Según las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y de acuerdo a la práctica, esos órganos cuentan solamente con dos posibilidades: la exclusión de la aplicación de la disposición a que se refiere la reserva (apartado *a* del párrafo 1 del artículo 21) o del tratado en su conjunto (apartado *b* del párrafo 4 del artículo 20), pero en ningún caso se prevé «la posibilidad de que el tratado entre en vigor en su totalidad para el Estado que formula la reserva»⁴¹⁵.

228. De todos modos, la crítica más grave que se puede formular a la «separabilidad» es que desconoce totalmente el carácter consensual que constituye la esencia misma de todo compromiso convencional. Los tres Estados que hasta el momento han formulado observaciones en rela-

ción con el comentario general n.º 24 están de acuerdo en esa cuestión, que fue expresada con particular claridad por Francia, que consideró necesario recordar que

los acuerdos, sea cual fuere su índole, se rigen por el derecho de los tratados; que se basan en el consentimiento de los Estados y que las reservas son las condiciones que los Estados ponen a ese consentimiento; que de lo anterior se deduce necesariamente que, si se consideran esas reservas incompatibles con el fin y objeto del tratado, la única consecuencia que de ello cabe sacar es declarar que ese consentimiento no es válido y decidir que no se considere a esos Estados partes en el instrumento de que se trate⁴¹⁶.

229. Sin perjuicio de las posibles consecuencias de la «divisibilidad» sobre la disposición a que se refiere la reserva⁴¹⁷, parece imponerse la conclusión siguiente: cualquiera sea su objeto, el tratado es un acto jurídico cuyo fundamento reposa en la voluntad de los Estados, cuyo sentido no puede presumirse ni inventarse. Los tratados de derechos humanos no escapan a la regla común: su objeto y su fin no dan lugar a ninguna «transustanciación» y no los transforman en una «legislación» internacional que se puede imponer a los Estados contra su voluntad.

230. Ahora bien, ese es el riesgo en que incurren los órganos de control cuando se aventuran a investigar cuál era la *intención* del Estado en el momento del compromiso, *al mismo tiempo* que formulaba la reserva. No sólo la determinación de esa intención puede ser extremadamente delicada⁴¹⁸, no sólo son los precedentes de los casos *Belilos* y *Loizidou* poco convincentes al respecto⁴¹⁹, sino que, en su principio mismo, una investigación de ese tipo da lugar a objeciones graves.

ii) Derechos y deberes del Estado autor de la reserva

231. Si se da por cierto lo manifestado precedentemente:

a) Los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos pueden examinar la licitud de las reservas formuladas por los Estados a la luz del régimen de reservas aplicable;

b) Si consideran que la reserva no es lícita, sólo pueden concluir que el Estado autor de la reserva no se encuentra vinculado en ese momento⁴²⁰;

⁴¹⁶ *Ibíd.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/51/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 113, párr. 13; véanse también las observaciones de los Estados Unidos (*ibíd.*, *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI, secc. 5, págs. 133 y 134) y del Reino Unido (*ibíd.*, pág. 138, párr. 14).

⁴¹⁷ Véase el párrafo 223 *supra*.

⁴¹⁸ Véase la opinión de Sir Hersch Lauterpacht en el caso *Interhandel* (nota 326 *supra*), págs. 112 a 116; véase también Edwards Jr., *loc. cit.*, pág. 375.

⁴¹⁹ En el caso *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subestimó de manera muy evidente la importancia de la reserva para las autoridades de Suiza, como lo demuestra la hesitación de Suiza en continuar siendo parte en el Convenio después de pronunciado el fallo (véase la nota 379, *supra*). Y los motivos (exactamente opuestos) aducidos por el Tribunal para fundamentar su decisión en el caso *Loizidou*, fueron por lo menos desdeñosos hacia un Estado soberano, cuyas declaraciones solemnes formuladas ante el Tribunal durante las actuaciones fueron puestas pura y simplemente en duda (véase el párrafo 219 *supra*).

⁴²⁰ Excepto en la hipótesis, difícil de imaginar concretamente, de la «divisibilidad» (véanse los párrafos 220 a 223 *supra*).

pág. 138, párr. 14. La posibilidad de que ello ocurra en concreto sólo se presentará raramente.

⁴⁰⁹ Véase el párrafo 219 *supra*.

⁴¹⁰ Pasó a ser el párrafo 18.

⁴¹¹ CCPR/C/CR.1382, párr. 11 (1382.ª reunión del Comité).

⁴¹² Véase Giegerich, *loc. cit.*, pág. 782; no obstante, ese autor añade curiosamente que esa solución «también impide la incertidumbre jurídica en lo que respecta a la situación del Estado que formula la reserva en su condición de parte contratante».

⁴¹³ Véase la nota 366 *supra*.

⁴¹⁴ Véase al respecto la declaración de los Estados Unidos (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 13.ª sesión (A/C.6/50/SR.13, párr. 53)*).

⁴¹⁵ *Ibíd.*, *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI, secc. 5, pág. 134.

c) Pero no les corresponde ponerse en el lugar del Estado para determinar si consideraba o no estar vinculado al tratado a pesar de la ilicitud de la reserva a la que había incluido su expresión de consentimiento para estar vinculado.

232. En consecuencia, la actitud del Estado que formula la reserva es crucial y el problema que se plantea es saber si está vinculado por normas jurídicas o si se beneficia de una competencia exclusivamente discrecional.

233. También aquí resulta más conveniente dividir el problema en dos interrogantes diferentes, si bien vinculados:

a) ¿Se imponen al Estado que formula la reserva las constataciones del órgano de control?

b) Cualquiera sea la respuesta a la pregunta precedente, ¿puede el Estado elegir entre distintos tipos de respuesta?

a. *La fuerza vinculante de las constataciones del órgano de control*

234. Aunque parezca controvertida⁴²¹, la respuesta a la primera pregunta prácticamente no plantea problemas. En efecto, parece casi evidente que la autoridad de las constataciones efectuadas por el órgano de control en materia de reservas depende de la competencia que se le ha otorgado: tendrán fuerza de cosa juzgada si el órgano tiene carácter jurisdiccional o arbitral con facultades decisorias, y valor de opinión consultiva o de recomendación en los demás casos.

235. En la práctica, es cierto que la cuestión es un poco más compleja. En efecto, por un lado, no es siempre fácil determinar la naturaleza exacta del órgano que debe pronunciarse, y todavía menos cuando un mismo órgano puede ejercer en distintos casos competencias diversas. Por otra parte, esas cuestiones no se encuadran necesariamente en categorías bien determinadas y claramente identificadas en derecho. Por último, el alcance exacto de algunos instrumentos es objeto de controversias en la doctrina y, aunque ése no sea el caso, se pueden plantear al respecto problemas objetivos⁴²². No obstante, todos esos problemas, que son reales, no tienen ninguna especificidad en la esfera de las reservas. En consecuencia, basta con respetar la directiva muy general enunciada en el párrafo 234 *supra*.

236. No obstante, se puede señalar que, incluso sobre esta cuestión, el comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos no ha escapado a las críticas. En particular, el Reino Unido ha criticado el empleo de «la expresión ‘decida’ en relación con el papel que cabe al Comité con respecto a las reservas», y de haberlo hecho además «en el contexto de su aseveración de que la tarea en cuestión es inadecuada para los Estados partes»⁴²³.

⁴²¹ Véanse los párrafos 236 y ss., *infra*.

⁴²² Véase, por ejemplo, el párrafo 241 *infra*.

⁴²³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 137, párr. 11.

237. Si el Comité de Derechos Humanos entendía por ello que le correspondía tomar decisiones obligatorias para los Estados partes, muy probablemente esa objeción estuvo bien fundada: las «observaciones», los «informes» y las «conclusiones» adoptados por el Comité en aplicación de los artículos 40 y 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o del artículo 5 de su Protocolo Opcional I por cierto no tienen valor jurídicamente obligatorio⁴²⁴. Quizás hubiera sido más exacto emplear el término «constatar» pero ciertamente es verdad que «no se debe leer demasiado en el verbo ‘decidir’»⁴²⁵: el Comité puede tomar una posición sobre la licitud o ilicitud de las reservas formuladas por los Estados partes en el Pacto en el ejercicio de sus funciones generales de supervisión de la aplicación de ese instrumento, pero no se debe confundir «la competencia para hacer algo con el efecto obligatorio de lo que se hace»⁴²⁶.

238. Después de haber examinado el primer informe de los Estados Unidos, presentado tras la aprobación del comentario general n.º 24, el Comité de Derechos Humanos se limitó a lamentar «la amplitud de las reservas, declaraciones e interpretaciones del Pacto hechas por el Estado parte» y que «está especialmente preocupado por las reservas expresadas con respecto al párrafo 5 del artículo 6 y al artículo 7 del Pacto, que a su juicio son incompatibles con el objetivo y la finalidad de éste»⁴²⁷. Durante el último período de sesiones dedicado al examen de ese informe, en su respuesta a las preocupaciones expresadas por los Estados Unidos, el presidente del Comité dijo lo siguiente: «Las interpretaciones del Comité establecidas en sus comentarios generales no son estrictamente obligatorias, si bien el Comité espera que esos comentarios conlleven cierto peso y autoridad»⁴²⁸.

239. Las fórmulas empleadas por los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos en sus informes de 1992 y 1994⁴²⁹ recurren a las mismas observaciones: las fórmulas son diversas y, de todos modos, no podrían implicar que los órganos de que se trate tienen más facultades en esa esfera que las que les confieren sus estatutos.

240. Esas facultades son igualmente muy variables según las circunstancias y cambian de un órgano a otro. No es menos cierto que, al ratificar los tratados que los

⁴²⁴ «La naturaleza jurídicamente obligatoria de toda ‘decisión’ adoptada por el Comité, ya sea sobre la cuestión o por otras causas, es problemática» (Higgins, «Introduction», pág. xviii, nota 7).

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.*, pág. xxii.

⁴²⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, pág. 50, párr. 279.

⁴²⁸ CCPR/C/SR.1406, párr. 3 (1406.ª sesión del Comité).

⁴²⁹ Véase la nota 84 *supra*. «Los órganos creados en virtud de tratados deberían examinar sistemáticamente las reservas formuladas al considerar los informes y deberían incluir en la lista de preguntas a los gobiernos informantes una relativa a la necesidad de mantener una determinada reserva o a la posibilidad de que el Estado parte retirase una reserva que el órgano respectivo pudiese considerar incompatible con el objeto y el propósito del tratado» (A/47/628, párr. 36). «Los presidentes recomiendan que los órganos creados en virtud de tratados declaren inequívocamente que ciertas reservas respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos son contrarias a los objetivos y el propósito de esos instrumentos y que por consiguiente son incompatibles con el derecho de los tratados» (A/49/537, párr. 30).

crean, los Estados partes se comprometen a aplicarlos de buena fe, lo que como mínimo significa que examinará de buena fe las observaciones y las recomendaciones que les formulan esos órganos⁴³⁰.

b. *Las respuestas esperadas del Estado autor de la reserva*

241. Evidentemente, el valor jurídico de las constataciones efectuadas por los órganos de control influyen sobre la naturaleza y el alcance de las obligaciones que surgen para el Estado autor de una reserva declarada ilícita. Si un órgano de control cuenta con facultades decisorias, el Estado debe conformarse a las decisiones. No obstante, esta regla se ve atenuada por dos elementos:

a) En primer lugar, estrictamente en derecho, no es absolutamente evidente que un Estado está jurídicamente obligado a retirar una reserva declarada ilícita si esa cuestión no constituye el objeto mismo de la decisión; además, en el caso de los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, un caso de ese tipo sólo se produciría muy raramente⁴³¹;

b) En segundo lugar, siempre estrictamente en derecho, en el supuesto de que se dictara una decisión de ese tipo, ésta tendría la autoridad *relativa* de la cosa juzgada y sólo impondría obligaciones al Estado demandado en relación con el o los demandantes⁴³².

242. No obstante, no se debe otorgar una importancia excesiva a esas consideraciones estrictamente técnicas: prácticamente no se puede concebir que un Estado deseoso de respetar la ley —y consciente de su imagen internacional— adopte una posición tan restrictiva. Ello se aplica al menos a las constataciones que se realizarían en esas circunstancias, así como a las recomendaciones o las opiniones consultivas: si bien esos instrumentos no son vinculantes, dan permiso⁴³³, y los Estados partes no podrían, sin quebrantar el principio de la buena fe, permanecer indiferentes a constataciones relativas al alcance de sus propios compromisos, formuladas, en el ejercicio de sus funciones (contenciosas, consultivas o de otro tipo), por un órgano creado en virtud de un tratado al que se han querido vincular.

243. En todos los casos en que un órgano de control constate la ilicitud de la reserva, el Estado se enfrenta a una elección puesto que, salvo caso excepcional, sólo a él

⁴³⁰ Véase Higgins, «Introduction», pág. xviii, y, de manera más general, Nguyen Quoc, Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 372.

⁴³¹ No obstante, ello podría ocurrir si un Estado (que formula una reserva o una objeción) se dirigiera al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un caso relativo a las reservas en virtud del artículo 46 del Convenio europeo de derechos humanos o del artículo 62 de la Convención americana sobre derechos humanos. En cambio, en general se considera que el principio de la autoridad de cosa juzgada sólo se aplica a la parte dispositiva de las decisiones jurisdiccionales o arbitrales y a los considerandos que constituyen su fundamento necesario, pero no a su conjunto; además, si un órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la licitud de una reserva con motivo de una investigación, individual o interestatal, relativa a la aplicación del instrumento, es dudoso que las constataciones hechas sobre esa cuestión puedan considerarse cosa juzgada.

⁴³² Véase la posición de Sir Humphrey Waldock (párr. 205 *supra*).

⁴³³ Véase, por ejemplo, J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, pág. 238, o Nguyen Quoc, Daillier y Pellet, *op. cit.*, págs. 373 y 374.

le corresponde determinar si la reserva ilícita a la que ha agregado la expresión de su consentimiento de vincularse constituye un elemento esencial de éste⁴³⁴.

244. El Estado cuenta con dos opciones: a) el retiro puro y simple de la reserva, o b) la terminación de su participación en el tratado.

245. En ambas hipótesis, sin duda se debe considerar que su decisión produjo efectos, en todo caso algunos efectos, *ab initio*: por definición, si la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado⁴³⁵ lo desnaturaliza y le quita toda sustancia, al punto que no es difícil considerar que el Estado autor de la reserva no fue realmente parte en el tratado⁴³⁶. Sin embargo, el Relator Especial no puede tener una concepción demasiado absoluta de la nulidad que resultaría de la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado: la constatación de su ilicitud puede ocurrir mucho después de la expresión del consentimiento del Estado para estar vinculado⁴³⁷ y haber producido entretanto efectos jurídicos que sería difícil o imposible revertir.

246. Sin duda, la decisión del Estado autor de la reserva de desvincularse del instrumento tras la constatación de la ilicitud de esa reserva presenta inconvenientes reales. En particular, como observa MacDonald, «excluir la aplicación de una obligación en razón de una reserva inválida es en realidad dar plena fuerza y efecto a la reserva»⁴³⁸. No obstante, esa afirmación da lugar a dos observaciones:

a) Primero, ese autor se coloca aquí en la hipótesis de la «divisibilidad»⁴³⁹; pero la situación evocada es diferente: el Estado renuncia a los beneficios del tratado en su conjunto (o retira la reserva objetada);

b) Segundo, a partir de entonces, la decisión del Estado que formula la reserva de desvincularse tiene simplemente como efecto restablecer el *statu quo ante*.

247. Como corolario, si se traslada esa situación de «todo o nada» a las funciones del régimen de las reservas⁴⁴⁰, esa situación no es satisfactoria y se corre el riesgo de comprometer el objetivo de la universalidad, porque se incita al Estado que formula la reserva a salir del círculo de la convención. En consecuencia, se plantea la pregunta de saber si el Estado no se puede orientar hacia una solución intermedia que preserve la integridad del tratado y que, al mismo tiempo, le permita mantener su participación sin causarle dificultades insuperables. En otros términos: ¿se puede concebir jurídicamente que el Estado

⁴³⁴ Véanse los párrafos 228 a 231 *supra*.

⁴³⁵ Bowett (*loc. cit.*, pág. 77) hace una distinción entre una reserva «fundamentalmente incompatible con el objeto y el fin del tratado» y una reserva simplemente «inadmisible», y concluye que «sólo la primera está viciada de nulidad (absoluta) y, si fuera separable, se la puede descartar» (ibíd., pág. 84). En contra: Redgwell, *loc. cit.*, págs. 267 y 268.

⁴³⁶ Independientemente de la hipótesis evocada en la nota precedente, se podría llegar a una conclusión diferente si una reserva estuviera prohibida por el tratado —por existir una cláusula sobre reservas— pero, no obstante, no se la puede considerar contraria al objeto o al fin del tratado.

⁴³⁷ Véase el párrafo 213 *supra*.

⁴³⁸ MacDonald, *loc. cit.*, pág. 449.

⁴³⁹ Véase el párrafo 222 *supra*.

⁴⁴⁰ Véanse los párrafos 90 a 98 *supra*.

interesado modifique su reserva para hacerla compatible con el objeto y el fin del tratado⁴⁴¹?

248. *Prima facie* parece difícil que una solución intermedia de ese tipo sea compatible con el régimen de Viena porque, de conformidad con las disposiciones del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, sólo se puede formular una reserva «en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo». Además, la facultad de formular una objeción o una reserva está limitada por los plazos establecidos en el párrafo 5 del artículo 20.

249. Con todo, no parece que la objeción sea dirimente. Por una parte, si se considera que, en realidad, el Estado nunca expresó un consentimiento válido para considerarse vinculado al tratado⁴⁴², la «regularización» de su reserva parece acompañar la expresión de su consentimiento a estar vinculado. Por otra parte, y especialmente si, como parece inevitable, a menos que se atente gravemente contra el principio fundamental del consentimiento que es la base misma de todo compromiso convencional⁴⁴³, el Estado que formula la reserva puede renunciar a su participación en el tratado, no se comprende por qué del mismo modo no podría modificar el sentido de la reserva a fin de volverla compatible con el objeto y el fin del tratado y, en consecuencia, hacerla admisible. Esa solución, que no es incompatible con las normas de Viena, tiene la gran ventaja de conciliar las exigencias de integridad y de universalidad, propias de todo régimen de reservas.

250. Como manifestó el magistrado Valticos, en la opinión en disidencia parcial adjuntada al fallo *Chorherr c. Autriche* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el rechazo de esa posibilidad

no sería [...] razonable, ya que sólo se informó al Gobierno interesado de la invalidez de su reserva muchos años después de la ratificación. En consecuencia, el Gobierno interesado debió haber tenido la posibilidad de rectificar la situación y de formular una reserva válida, en un plazo razonable y sobre la base de la reserva anterior⁴⁴⁴.

251. En ese sentido existe, por lo menos, un precedente. En efecto, si bien en el fallo *Belilos* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que Suiza estaba vinculada «independientemente de la validez de la declaración», de la que acababa de constatar que no era conforme con el artículo 64 del Convenio europeo de derechos humanos⁴⁴⁵, ese país, con arreglo además a una sugerencia que había formulado ante el Tribunal y que éste no ha-

⁴⁴¹ O que el Estado remedie la causa que dio origen a la ilicitud de su reserva.

⁴⁴² Véase el párrafo 245 *supra*.

⁴⁴³ Véase el párrafo 228 *supra*.

⁴⁴⁴ Fallo de 25 de agosto de 1993 (nota 333 *supra*), págs. 16 y 17. El magistrado Valticos sugiere además que se presente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos toda nueva declaración o reserva a fin de apreciar su validez; nada se opone a ello *de lege ferenda*, pero para ello sería necesario que lo previera un texto expreso, salvo que se utilizara el procedimiento de opinión consultiva del Protocolo n.º 2 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, confiriendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia de emitir dictámenes consultivos.

⁴⁴⁵ Véase el párrafo 219 *supra*.

bía acordado⁴⁴⁶, formuló una nueva declaración⁴⁴⁷, sin aparentemente suscitar objeciones ni protestas. Además, de manera más general, no cabe dudas de que se puede admitir que los Estados, que en todo momento pueden retirar sus reservas, igualmente las pueden «atenuar»; nuevamente la práctica reciente del Secretario General en su condición de depositario se orienta en ese sentido⁴⁴⁸.

Conclusión: la coexistencia de los mecanismos de control

252. En conclusión, aparentemente:

a) Si bien los tratados de derechos humanos no presentan, en cuanto a su contenido, un carácter específico que justifique que se les aplique un régimen de reservas derogatorio, por el contrario, la creación por la mayoría de ellos de órganos de supervisión de su aplicación tiene influencia en las modalidades de control de la licitud de las reservas;

b) Si bien ello no fue previsto en sus estatutos, esos órganos se han dedicado a controlar la licitud de las reservas de los instrumentos que los crean, por lo que se les debe reconocer competencia con ese fin: ello es una condición necesaria para el ejercicio de las funciones generales de supervisión que se les han otorgado;

c) Al igual que las propias partes contratantes en sus relaciones *inter se*, o los demás órganos de solución de controversias que puedan ser competentes, los órganos de supervisión controlan la licitud de las reservas de los tratados de derechos humanos con fundamento en el criterio del objeto y el fin, confirmando de esta manera la adaptación de esos instrumentos al régimen flexible de reservas consagrado por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986;

d) El valor jurídico de las constataciones realizadas por esos órganos en el ejercicio de sus facultades de control no puede exceder el resultante de las facultades que se les han otorgado para cumplir su misión general de supervisión; de todos modos, los Estados deben examinar en todos los casos esas constataciones de buena fe y, según proceda, subsanar las ilicitudes constatadas;

⁴⁴⁶ Véase Schabas, «Reservations to human rights treaties...», págs. 76 y 77.

⁴⁴⁷ Consejo de Europa, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1988, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, vol. 31, pág. 5. El año siguiente Suiza modificó una vez más su declaración y Liechtenstein, cuya propia declaración, idéntica, no había sido hasta entonces declarada inválida por el Tribunal, hizo otro tanto en 1992 (véase Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 77).

⁴⁴⁸ Después de varias objeciones, el 5 de julio de 1995, el Gobierno de la Jamahiriya Árabe Libia informó al Secretario General de su intención de «modificar y hacer más específica» la reserva general que había formulado después de su adhesión a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Secretario General comunicó esa modificación (véase *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général* (nota 282 *supra*), cap. IV.8, págs. 180, 186 a 189 y 190, nota 20), sin dar lugar a oposiciones ni a críticas. (Véase igualmente la notificación dirigida al Secretario General por el Gobierno de Finlandia, de fecha 10 de febrero de 1994, destinada a modificar, reduciendo su entidad, una reserva a la Convención internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 26 de octubre de 1961 (ibíd., nota 5, pág. 698).)

e) Los órganos de control de la licitud de las reservas, cualesquiera sean, no pueden ponerse en el lugar del Estado autor de la reserva para determinar sus intenciones en cuanto a la amplitud de las obligaciones convencionales que está dispuesto a asumir; en consecuencia, sólo a éste le corresponde decidir de qué manera es conveniente poner fin al vicio que afecta la expresión de su consentimiento en relación con la ilicitud de la reserva;

f) Esa «puesta en conformidad» se puede traducir en el retiro puro y simple de la reserva ilícita o en su modificación.

CONCLUSIONES

253. Habida cuenta de la importancia de los problemas que plantea la práctica reciente de los órganos encargados de la supervisión de la aplicación de los tratados de derechos humanos en lo relativo a las reservas y la magnitud de las controversias que ello suscita, el Relator Especial ha considerado necesario alejarse un poco de la intención prevista cuando presentó su primer informe en cuanto al orden de presentación de las distintas cuestiones planteadas por el tema «Las reservas a los tratados». En efecto, le ha parecido necesario que la Comisión exponga el punto de vista del derecho internacional general, del que es uno de sus órganos, en este debate a veces oscurecido y, en todo caso, desvirtuado por posiciones inspiradas en las mejores intenciones, pero que, por ser demasiado sectoriales, tienden a exagerar las particularidades de ciertas esferas o ramas del derecho o de ciertos tratados, en detrimento de la unidad de las normas de derecho internacional.

254. Es cierto que la unidad no es un objetivo en sí mismo y es perfectamente posible concebir la aplicación de normas diferentes en situaciones distintas, cuando ello se justifique. De todos modos, no parece que las reservas a los tratados exijan una diversificación normativa de ese tipo: el régimen en vigor se caracteriza por su flexibilidad y adaptabilidad y logra de manera satisfactoria el equilibrio que necesariamente debe existir entre las exigencias contradictorias de la integridad y la universalidad de los tratados.

255. Sin que importe lo que se haya dicho o escrito, ese objetivo de equilibrio es universal. Cualquiera sea su objeto, un tratado sigue siendo un tratado y expresa la voluntad de los Estados (o de las organizaciones internacionales) partes. El objetivo del régimen de las reservas es permitir que esas voluntades se expresen de manera equilibrada y satisfactoria en su conjunto. Sería lamentable ponerlo en peligro dando una importancia indebida a consideraciones sectoriales que perfectamente se pueden encuadrar en el régimen existente.

256. No obstante, esa conclusión general se debe atenuar con dos consideraciones:

a) Primero, no se puede negar que el derecho no se detuvo ni en 1951 ni en 1969⁴⁴⁹; hay ahora problemas que entonces casi no se planteaban ni existían y que conviene

resolver; a juicio del Relator Especial, esa respuesta se puede y debe encontrar en el espíritu de las normas de Viena, en el entendimiento de que se las debe adaptar y ampliar, según el caso, cuando sea necesario;

b) Segundo, se debe mantener el espíritu de que el modo normal de adaptar las normas generales de derecho internacional a las necesidades y a las circunstancias particulares es adoptar, por la vía convencional, las normas adecuadas, lo que en la esfera de las reservas se puede lograr fácilmente mediante la adopción de cláusulas de reservas derogatorias, si las partes lo consideran necesario.

257. Más concretamente, no parece existir ninguna razón decisiva que obligue a adoptar un régimen particular de reservas para los tratados normativos, incluidos los tratados de derechos humanos. Las particularidades de esos instrumentos estuvieron perfectamente presentes en el espíritu de los magistrados de 1951 y de los «codificadores» de años posteriores y no les pareció necesario, con justa razón a juicio del Relator Especial, justificar un régimen derogatorio general.

258. Por el contrario, se puede legítimamente considerar que los redactores de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 casi no previeron la función que podrían llegar a cumplir los órganos de supervisión de la aplicación de algunos tratados, especialmente en la esfera de la protección de los derechos humanos, cuando se aplicara el régimen de reservas por ellos consagrado. En verdad, esa función se podría circunscribir fácilmente mediante la aplicación simultánea de los principios generales del derecho internacional, conservando simultáneamente el espíritu y las funciones de un régimen de reservas y los que corresponden a esos órganos.

259. De todos modos, existen dos circunstancias (especialmente la segunda) que permiten justificar la adopción de cláusulas de reservas particulares, lo que, en todos los casos, permite evitar controversias estériles.

260. Habida cuenta de esas observaciones, el Relator Especial considera que la Comisión cumpliría plenamente su función de promoción del desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional⁴⁵⁰ si adoptase una resolución, para su aprobación por la Asamblea General, y que ésta se podría señalar a la atención de los Estados de las distintas partes participantes en los debates, con la esperanza, por lo menos, de precisar y aclarar sus fundamentos jurídicos. En ese espíritu, el Relator Especial ha redactado el proyecto de resolución que se reproduce a continuación.

PROYECTO DE RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS NORMATIVOS MULTILATERALES, INCLUIDOS LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo examinado en su 48.º período de sesiones la cuestión de la unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas,

⁴⁴⁹ Véase el primer informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 164, párrs. 161 y 162.

⁴⁵⁰ Véase el Artículo 1.º del Estatuto de la Comisión.

Consciente de los debates que se plantean en la actualidad en otros foros en relación con el régimen de las reservas a los tratados normativos multilaterales, en particular los relativos a los derechos humanos,

Deseando que en esos debates se oiga la voz del derecho internacional,

1. *Reafirma* su adhesión a la aplicación efectiva del régimen de reservas consagrado en los artículos 19 a 23 de las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y 1986, y particularmente al criterio fundamental del objeto y el fin del tratado como criterio fundamental para apreciar la licitud de las reservas;

2. *Considera* que, por su flexibilidad y adaptabilidad, ese régimen se adecua a las exigencias de los tratados en general, cualquiera sea su objeto o naturaleza, y logra un equilibrio satisfactorio entre los objetivos de mantener la integridad del texto del tratado y la universalidad de la participación en él;

3. *Estima* que esos objetivos son totalmente válidos en el caso de las reservas a los tratados normativos multilaterales, incluso en la esfera de los derechos humanos, y que las normas generales enunciadas en las Convenciones de Viena mencionadas *supra* se aplican plenamente a las reservas formuladas a esos instrumentos;

4. *Considera no obstante* que la creación, en numerosos tratados de derechos humanos, de mecanismos de supervisión plantea problemas particulares, que no se previeron cuando se concertaron esas Convenciones, en lo relativo al control de la licitud de las reservas formuladas por los Estados;

5. *Considera además* que, aunque esos tratados nada dicen al respecto, los órganos por ellos creados necesariamente son competentes para ejercer esa tarea de control, indispensable para el ejercicio de las

funciones que les han sido confiadas, pero que la supervisión que pueden ejercer sobre la licitud de las reservas no excluye las modalidades tradicionales de control que, por una parte, pueden aplicar las Partes contratantes de conformidad con las disposiciones citadas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, según el caso, los órganos de arreglo de una controversia que pudiera plantearse en cuanto a la aplicación del tratado;

6. *Considera igualmente cierto* que sólo corresponde al Estado que formula la reserva determinar las consecuencias de la incompatibilidad de la reserva sobre el objeto y el fin del tratado; para ello, el Estado puede renunciar a ser parte, retirar su reserva o modificarla a fin de remediar la ilicitud constatada;

7. *Hace un llamamiento* a los Estados a fin de que cooperen plenamente y de buena fe con los órganos de supervisión de la licitud de las reservas, cuando éstos existan;

8. *Sugiere* que sería deseable que, en el futuro, se incluyeran cláusulas concretas en los tratados normativos multilaterales, especialmente en los relativos a los derechos humanos, a fin de eliminar las incertidumbres relativas al régimen de reservas aplicable, a las facultades de control de los órganos de supervisión por ellos creados y a los efectos jurídicos de ese control;

9. *Expresa la esperanza* de que los principios enunciados *supra* permitan elucidar el régimen de reservas aplicable a los tratados normativos multilaterales, en particular en la esfera de los derechos humanos, y

10. *Sugiere* a la Asamblea General que señale la presente resolución a la atención de los Estados y de los órganos encargados del control de la licitud de esas reservas.