

RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/558 y Add.1 y 2*

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

[Original: francés]
[1.º, 13 y 30 de junio de 2005]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe	154
Obras citadas en el presente informe	155
	<i>Párrafos</i>
LA VALIDEZ DE LAS RESERVAS	
Introducción	1-9 159
A. La presunción de validez de las reservas	10-21 160
B. Las reservas prohibidas por el tratado	22-53 163
1. Alcance de las cláusulas que prohíben las reservas	23-49 163
a) La prohibición expresa de reservas	25-33 164
b) La prohibición tácita de las reservas	34-49 166
2. El efecto de la formulación de una reserva prohibida por el tratado (reenvío)	50-53 169
C. Reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado	54-146 170
1. Aplicabilidad del criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado	57-71 171
2. La noción de objeto y fin del tratado	72-146 173
a) El sentido de la expresión «objeto y fin del tratado»	75-92 173
b) Aplicación del criterio	93-146 177
i) Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado	96-99 178
ii) Reservas a los tratados generales de derechos humanos	100-102 179
iii) Reservas relativas a la aplicación del derecho interno	103-106 180
iv) Reservas vagas y generales	107-115 181
v) Reservas relativas a disposiciones que enuncian normas consuetudinarias	116-130 183
vi) Reservas a disposiciones que enuncian normas de <i>jus cogens</i> o inderogables	131-146 187
D. La determinación de la validez de las reservas y sus consecuencias	147-208 190
1. Competencia para apreciar la validez de las reservas	151-180 190
2. Consecuencias de la falta de validez de una reserva	181-208 197
Anexo. Texto de los proyectos de directrices relativas a las reservas a los tratados propuestos en el presente informe	205

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/558/Corr.1 y A/CN.4/558/Add.1/Corr.1.

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	Enrique Díaz Retg, <i>Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania</i> , Barcelona, ALSA, 1919.
Acta General (arreglo pacífico de desacuerdos internacionales) (Ginebra, 26 de septiembre de 1928)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. XCIII, n.º 2123, pág. 343.
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 6 del 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)	Ibíd., vol. 1496, n.º 2889, pág. 281. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 258, 17 de abril de 1985.
Protocolo n.º 7 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984)	Ibíd., vol. 1525, n.º 2889, pág. 198.
Protocolo n.º 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994)	Ibíd., vol. 2061, n.º 2889, pág. 7. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 152-1998, 26 de junio de 1998, y n.º 223-1998, 17 de septiembre de 1998.
Protocolo n.º 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia (Vilna, 3 de mayo de 2002)	Ibíd., vol. 2246, n.º 2889, pág. 110.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 151.
Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Nueva York, 31 de marzo de 1953)	Ibíd., vol. 193, n.º 2613, pág. 149.
Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., vol. 276, n.º 3992, pág. 230.
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., y vol. 596, pág. 266.
Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., vol. 282, n.º 4101, pág. 249.
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.
Convenio europeo de extradición (París, 13 de diciembre de 1957)	Ibíd., vol. 359, n.º 5146, pág. 273. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 136, 8 de junio de 1982, pág. 15454.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 450, n.º 6465, pág. 241.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 311.
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 de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Acta final de la reunión especial de plenipotenciarios encargados de negociar y firmar una Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 21 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 484, n.º 7041, pág. 349. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 238, 4 de octubre de 1975, pág. 20985.
Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Ibíd., vol. 989, n.º 14458, pág. 221.
Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (Nueva York, 10 de diciembre de 1962)	Ibíd., vol. 521, n.º 7525, pág. 231.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd.
Convenio europeo en materia de adopción de niños (Estrasburgo, 24 de abril de 1967)	Ibíd., vol. 634, n.º 9067, pág. 255.
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.
Acuerdo europeo sobre trabajo de tripulaciones de los vehículos que efectúen transportes internacionales por carretera (Ginebra, 1.º de julio de 1970)	Ibíd., vol. 993, n.º 14533, pág. 143. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 277, 18 de noviembre de 1976, pág. 22902.
Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (Viena, 21 de febrero de 1971)	Ibíd., vol. 1019, n.º 14956, pág. 175.

Fuente

Convenio internacional sobre la seguridad de los contenedores (CSC) (Ginebra, 2 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 1064, n.º 16198, pág. 75.
Convención única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (con anexos) (Nueva York, 8 de agosto de 1975)	Ibíd., vol. 976, n.º 14152, pág. 105.
Convenio Internacional del Azúcar, 1977 (Ginebra, 7 de octubre de 1977)	Ibíd., vol. 1064, n.º 16200, pág. 433.
Convenio europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977)	Ibíd., vol. 1299, n.º 21537, pág. 3. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 236, 2 de octubre de 1987, pág. 29444.
Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1316, n.º 21931, pág. 238.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1249, n.º 20378, pág. 70.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1983)	Ibíd., vol. 1525, n.º 26456, pág. 37. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 312, 29 de diciembre de 2001, pág. 50207.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	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 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Ibíd., vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Ibíd., vol. 1673, n.º 28911, pág. 57.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 102.
Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Ibíd., vol. 1989, n.º 34028, pág. 309. En español, véase <i>Repertorio Cronológico de Legislación 1997</i> , Pamplona, Aranzadi, marginal 1562.
Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997)	Ibíd., vol. 2149, n.º 37517, pág. 318.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999)	Ibíd., vol. 2178, n.º 38349, pág. 267.

Obras citadas en el presente informe

ANAND, Shri R. P. «Reservations to multilateral treaties», <i>The Indian Journal of International Law</i> (Nueva Delhi), vol. 1 (1960-1961), págs. 84 a 91.	BISHOP, Jr., William W. «Reservations to treaties», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-II</i> , t. 103, Leiden, Sijthoff, 1962, págs. 245 a 341.
AUST, Anthony <i>Modern Treaty Law and Practice</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2000.	BONIFAZI, Angela «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», <i>Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme</i> , Bari, Edizioni Levante, 1974, págs. 301 a 319.
BASTID, Suzanne <i>Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets</i> , París, Economica, 1985.	BOURGUIGNON, Henry J. «The Belilos case: new light on reservations to multilateral treaties», <i>Virginia Journal of International Law</i> (Charlottesville), vol. 29, n.º 2 (primer trimestre de 1989), págs. 347 a 386.
BAXTER, R. R. «Treaties and custom», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I</i> , t. 129, Leiden, Sijthoff, 1971, págs. 25 a 105.	BOWETT, Derek William «Reservations to non-restricted multilateral treaties», <i>BYBIL 1976-1977</i> , págs. 67 a 92.
BAYLIS, Elena A. «General Comment 24: Confronting the Problem of Reservations to Human Rights Treaties», <i>Berkeley Journal of International Law</i> , vol. 17 (1999), págs. 277 a 329.	

- «Treaties and State responsibility», en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, págs. 137 a 145.
- BUFFARD, Isabelle y Karl ZEMANEK
«The 'object and purpose' of a treaty: an enigma?», *Austrian Review of International and European Law* (Viena), vol. 3 (1998), págs. 311 a 343.
- CAHIER, Philippe
«L'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son bout avant son entrée en vigueur», en *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, París, Nathan, págs. 31 a 37.
- CAMERON, Iain y Frank HORN
«Reservations to the European Convention on Human Rights: the Belilos case», *German Yearbook of International Law* (Kiel), vol. 33 (1990), págs. 69 a 129.
- CARREAU, Dominique
Droit international, 8.ª ed., París, Pedone, 2004.
- CASSESE, Antonio
«A new reservations clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)», en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra e Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, 1968, págs. 266 a 304.
- CLARK, Belinda
«The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», *AJIL*, vol. 85 (1991), págs. 281 a 321.
- COCCIA, Massimo
«Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal* (San Diego), vol. 15, n.º 1 (primer trimestre de 1985), págs. 1 a 51.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
La Convention européenne des droits de l'homme, París, Economica, 1989.
«Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux», *RGDIP*, t. C (1996), págs. 915 a 949.
- COMBACAU, Jean
Le droit des traités, París, Presses Universitaires de France, 1991 («Que sais-je?» n.º 2613).
«Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, págs. 195 a 203.
- CONNORS, Jane
«The Women's Convention in the Muslim World», 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, B.I.I.C.L., 1997, págs. 85 a 103.
- CONSEJO DE EUROPA
Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Rome 5-8 novembre 1975, Estrasburgo, Consejo de Europa, 1976.
- COOK, Rebecca
«Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women», *Virginia Journal of International Law* (Charlottesville), vol. 30, n.º 3 (segundo trimestre de 1990), págs. 643 a 716.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent
«La réserve française à l'article 15 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Journal du droit international* (París), vol. 102, n.º 2 (1975), págs. 269 a 293.
- DUPUY, Pierre-Marie
«Droit des traités, codification et responsabilité internationale», *AFDI*, t. XLIII (1997), págs. 7 a 30.
Droit international public, 7.ª ed., París, Dalloz, 2004.
- EDWARDS, Jr., Richard W.
«Reservations to treaties», *Michigan Journal of International Law* (Ann Arbor), vol. 10, n.º 2 (segundo trimestre de 1989), págs. 362 a 405.
- FITZMAURICE, Gerald G.
«Reservations to multilateral conventions», *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 2 (1953), págs. 1 a 26.
«The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and other treaty points», *BYBIL* 1957, págs. 203 a 293.
- FLAUSS, Jean-François
«Le contentieux 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.
- FODELLA, Alessandro
«The declarations of States Parties to the Basel Convention», *Comunicazioni e Studi* (Milán), vol. 22 (2002), págs. 111 a 148.
- FROWEIN, Jochen Abr.
«Reservations to the European Convention on Human Rights», en Franz Matscher y Herbert Petzold (eds.), *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Colonia, Heymanns Verlag, 1988, págs. 193 a 200.
- GAJA, Giorgio
«Unruly treaty reservations», *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. I, págs. 307 a 330.
«Le riserve al Patto sui diritti civili e politici e il diritto consuetudinario», *Rivista di Diritto Internazionale* (Milán), vol. LXXIX, n.º 2 (1996), págs. 451 y 452.
- GAMBLE, Jr., John King
«Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice», *AJIL*, vol. 74, n.º 2 (abril de 1980), págs. 383 a 394.
- GIEGERICH, Thomas
«Reservations to human rights agreements: admissibility, validity and review powers of treaty bodies. A constitutional approach», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 55 (1995), págs. 713 a 782 (en alemán; resumen en inglés, págs. 778 a 782).
- GOLSONG, Héribert
«Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme», en *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1982, págs. 23 a 42.
- GREIG, D. W.
«Reservations: equity as a balancing factor?», *Australian Yearbook of International Law* (Canberra), vol. 16 (1995), págs. 21 a 172.
- HIGGINS, Rosalyn
«Human rights: some questions of integrity», *The Modern Law Review* (Londres), vol. 52, n.º 1 (enero de 1989), págs. 1 a 21.
«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, B.I.I.C.L., 1997, págs. xv a xxix.
- HORN, Frank
Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, La Haya, T. M. C. Asser Instituut, 1988 (tesis doctoral, Universidad de Uppsala).

- IMBERT, Pierre-Henri
 «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», AFDI, t. XXIV (1978), págs. 29 a 58.
Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951, París, Pedone, 1979.
 «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*, París, Pedone, 1982, págs. 97 a 140.
 «Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire Temeltasch)», RGDIP, t. LXXXVII (1983), págs. 580 a 625.
- JACQUÉ, Jean-Paul
Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, París, LGDJ, 1972.
- JENEFSKY, Anna
 «Permissibility of Egypt's reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», en *Maryland Journal of International Law and Trade* (Baltimore), vol. 15, n.º 2 (cuarto trimestre de 1991), págs. 199 a 233.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, partes 2 a 4, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.
- KISS, Alexandre-Charles
Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, París, Éditions du CNRS, 1962.
- KOH, Jean Kyongun
 «Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», en *Harvard International Law Journal* (Cambridge, Massachusetts), vol. 23, n.º 1 (segundo trimestre de 1982), págs. 71 a 116.
- KORKELIA, Konstantin
 «New challenges to the regime of reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights», *European Journal of International Law* (Florenca), vol. 13, n.º 2 (2002), págs. 437 a 477.
- KÜHNER, Rolf
 «Reservations and Interpretative Declarations to the European Convention on Human Rights (ECHR), Article 64 ECHR and the Swiss' interpretative declaration to Article 6 (3) (e) ECHR», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 42 (1982), págs. 58 a 92 (en alemán; resumen en inglés, págs. 90 a 92).
- LIJZAAD, Liesbeth
Reservations to UN Human Rights Treaties. Ratify and Ruin?, Dordrecht, Nijhoff, 1994.
- MACDONALD, R. St. J.
 «Reservations under the European Convention on Human Rights», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. XXI 1988-2, págs. 429 a 450.
- MARCUS-HELMONS, Silvio
 «L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruselas), vol. 45, n.º 1 (1968), págs. 7 a 26.
- MCBRIDE, Jeremy
 «Reservations and the capacity of States to implement human right 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, B.I.I.C.L., 1997, págs. 120 a 184.
- MCCNAIR, Lord
The Law of Treaties, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MENDELSON, Maurice H.
 «Reservations to the constitutions of international organizations», BYBIL 1971, págs. 137 a 171.
- MERON, Theodor
 «The Geneva Conventions as customary norms», AJIL, vol. 81 (1987), págs. 348 a 370.
Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET
Droit international public, 7.ª ed., París, LGDJ, 2002.
- OUGUERGOUZ, Fatsah
 «L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général», RGDIP, t. XCVIII (1994), págs. 289 a 336.
- PELLET, Alain
 «La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (París), vol. 90, n.º 5 (septiembre-octubre de 1974), págs. 1319 a 1379.
 «Entry into force and amendment of the Statute», en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pág. 145 a 184.
 «La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle», en Nisuke Ando, Edward McWhinney y Rüdiger Wolfrum (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haya, Kluwer, 2002, págs. 507 y 508.
 «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer», en *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, París, Pedone, 2003, págs. 501 a 520.
- PIRES, Maria José Morais
As reservas à Convenção europeia dos direitos do homem, Coimbra, Almedina, 1997.
- POLAKIEWICZ, Jörg
Treaty-Making in the Council of Europe, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 1999.
- QUESTIAUX, Nicole
 «La Convention européenne des droits de l'homme et l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958», *Revue des droits de l'homme* (París), vol. III-4 (1970), págs. 651 a 663.
- RAMA-MONTALDO, Manuel
 «Human rights conventions and reservation to treaties», en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber. Persona humana y derecho internacional*, Bruselas, Bruylant, 1997, págs. 1261 a 1277.
- REDGWELL, Catherine
 «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», BYBIL 1993, págs. 245 a 282.
 «The law of reservations in respect of multilateral conventions», 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, B.I.I.C.L., 1997, págs. 3 a 19.
 «Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24(52)», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 46, 1997, págs. 390 a 412.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités, 3.ª ed. rev. y aum., París, Presses Universitaires de France, 1995.
 «Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels», en *Le développement de l'ordre juridique international. Écrits de droit international*, París, Economica, 1995, págs. 361 a 374.
- RIQUELME CORTADO, Rosa
Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena, Murcia, Universidad de Murcia, 2004.

- ROUSSEAU, Charles
Droit international public, t. I, *Introduction et sources*, París, Sirey, 1970.
- RUDA, José María
 «Reservation to treaties», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III*, t. 146, Leiden, Sijthoff, 1977, págs. 95 a 218.
- SAPIENZA, Rosario
 «Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista di Diritto Internazionale* (Milán), vol. LXX, n.º 3-4 (1987), págs. 641 a 654.
- SASSI, Andrea
 «General reservations to multilateral treaties», *Comunicazioni e Studi* (Milán), vol. 22 (2002), págs. 91 a 110.
- SCHABAS, William A.
 «Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform», *Annuaire canadien de Droit international* (Vancouver), t. XXXII (1994), págs. 39 a 81.
 «Article 64», en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1995, págs. 923 a 942.
 «Invalid reservations to the Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?», en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. XXI, n.º 2 (1995), págs. 277 a 325.
 «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *Human Rights Quarterly* (Baltimore), vol. 18, n.º 2 (1996), págs. 472 a 491.
- SHELTON, Dinah
 «State practice on reservations to human rights treaties», *Annuaire canadien des droits de la personne* (Ottawa), 1983, págs. 205 a 234.
- SICAULT, Jean-Didier
 «Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», *RGDIP*, t. LXXXIII (1979), págs. 633 a 688.
- SIMMA, Bruno
 «Self-contained regimes», *Netherlands Yearbook of International Law* (La Haya), 1985, págs. 111 a 136.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2.^a ed. rev. y aum., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SPILOPOULOU ÅKERMARK, Sia
 «Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 48, parte 3 (julio de 1999), págs. 479 a 514.
- SUCHARIPA-BEHRMANN, L.
 «The legal effects of reservations to multilateral treaties», *Austrian Review of International and European Law* (Viena), vol. 1 (1996), págs. 67 a 88.
- SUR, Serge
L'interprétation en droit international public, París, LGDJ, 1974.
- SZAFARZ, Renata
 «Reservations to multilateral treaties», *Annuaire polonais de droit international* (Breslavia), III (1970), págs. 293 a 316.
- TEBOUL, Gérard
 «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *RGDIP*, t. LXXXVI (1982), págs. 679 a 717.
- TERAYA, Koji
 «Emerging hierarchy in international human rights and beyond: from the perspective of non-derogable rights», *European Journal of International Law* (Florenca), vol. 12 (2001), págs. 917 a 941.
- TOMUSCHAT, Christian
 «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties. Comments on articles 16 and 17 of the International Law Commission's draft articles on the law of treaties», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 27 (1967), págs. 463 a 482.
- TYAGI, Yogesh
 «The conflict of law and policy on reservations to human right treaties», *BYBIL* 2000, págs. 181 a 258.
- WECKEL, Philippe
 «Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale à la lumière de l'arrêt du 25 septembre 1997», *RGDIP*, t. CII (1998), págs. 647 a 684.
- WEIL, Prosper
 «Vers une normativité relative en droit international?», *RGDIP*, t. LXXXVI (1982), págs. 5 a 47.
 «Droit des traités et droit de la responsabilité», *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, págs. 523 a 543.
- WHITEMAN, Marjorie M.
Digest of International Law, Washington D. C., Department of State Publication, 1970.
- YAHY, Abdelkader
 «La violation d'un traité: L'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. XXVI, 1993-2, págs. 437 a 469.
- ZEMANEK, Karl
 «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Nijhoff, 1984, págs. 323 a 336.

LA VALIDEZ DE LAS RESERVAS

Introducción

1. El presente informe tiene el propósito de examinar las condiciones de validez de las reservas a los tratados y propone una serie de directrices, que constituirán la tercera parte de la Guía de la práctica, tras una primera dedicada a las definiciones y una segunda relativa al procedimiento de formulación de reservas y declaraciones interpretativas. Esta parte será completada en 2006 con algunos proyectos de directrices relativas a la validez de las declaraciones interpretativas, que por lo demás no plantean mayor problema a este respecto.

2. Una primera cuestión se refiere al enunciado mismo del objeto de este informe; en efecto, tras muchas vacilaciones, el Relator Especial ha decidido volver a la expresión «validez de las reservas» para denominar el acto intelectual consistente en determinar si una declaración unilateral hecha¹ por un Estado o por una organización internacional con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado² en su aplicación a ese Estado o a esa organización puede surtir los efectos que se imputan en principio a la formulación de una reserva.

3. La Comisión, fiel a la definición que figura en el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante, la Convención de Viena de 1986), retomada en el proyecto de directriz 1.1 de la Guía de la práctica, ha admitido que todas las declaraciones unilaterales que se ajusten a esa definición constituyen reservas. Sin embargo, como la Comisión precisó con la mayor claridad en su comentario al proyecto de directriz 1.6: «Definir no es reglamentar. [...] Una reserva puede ser lícita o ilícita, pero será reserva si responde a la definición elegida»³. En primer lugar,

la determinación exacta de la naturaleza de una declaración es requisito previo indispensable para la aplicación de un régimen jurídico concreto y, ante todo, para apreciar su licitud. En tanto un instrumento concreto no se defina como reserva [...] no se puede decidir si ésta es o no lícita, apreciar su alcance jurídico y determinar sus efectos⁴.

4. Este vocabulario plantea problemas. Inicialmente, el Relator Especial había utilizado las palabras «validez», «invalidéz» o «falta de validez», con preferencia

a «licitud» e «ilicitud»⁵. Esta terminología había sido impugnada por Bowett, a cuyo juicio este concepto «crea confusión entre dos cuestiones diferentes, a saber la de la *licitud* de una reserva y la de la *oponibilidad* de una reserva (es decir, el hecho de saber si puede ser invocada contra otra parte)»⁶. La CDI retomó esta expresión en su informe sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones⁷ y el representante del Reino Unido en la Sexta Comisión declaró en 1993:

Sin embargo, sorprende un tanto a la delegación del Reino Unido que la CDI se refiera a la «validez de las reservas» en el párrafo 428 de su informe. Si el contexto indica el pensamiento de la CDI, los términos utilizados pueden interpretarse en el sentido de que favorecen la posibilidad de que una declaración a la cual se subordine el consentimiento de un Estado para quedar vinculado por un tratado, pueda de alguna manera considerarse nula. En realidad, el apartado *d* del artículo 2 de la Convención de Viena, que define una reserva no sólo como declaración «unilateral» por la cual un Estado se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones del tratado, y *a fortiori* los artículos 19 y siguientes, así como las referencias prudentes a la «formulación» de las reservas que en ellos figuran, demuestran claramente que una definición de esa índole constituye automáticamente una «reserva», pero que sus efectos jurídicos han de determinarse por la aplicación de las reglas enunciadas a continuación. Esto se desprende con toda claridad del comentario de la CDI sobre los artículos 17 a 19 del proyecto de 1962 y explica por qué, en la Convención de Viena, incluso los casos expresamente prohibidos o los que son incompatibles con el objeto y el fin de un tratado, son denominados «reservas» en el artículo 19, y también por qué el artículo 21 se refiere a una reserva «efectiva» con respecto a una tercera parte⁸.

5. Como había indicado el Relator Especial en su primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados,

la palabra «validez» en su espíritu era bastante neutra y englobaba de hecho la cuestión de la oponibilidad de la reserva que, a su juicio, estaba íntimamente ligada con la del régimen jurídico de las objeciones, aunque no dependa forzosamente en forma exclusiva de ella». [...] [S]i la palabra «licitud» parecía más apropiada, no [había] inconveniente en utilizarla. En efecto, [era] más precisa⁹.

Habría que señalar en todo caso¹⁰ que las objeciones de Bowett y del Reino Unido significaban dirimir la controversia en la doctrina, de carácter central en el ámbito de las reservas, entre los partidarios de la «oponibilidad» y los de la admisibilidad¹¹, en favor de esta segunda tesis, de la que Bowett es uno de los representantes más eminentes¹². En vista de estas observaciones, la Comisión (y

⁵ En el informe preliminar que había preparado en 1993, el futuro Relator Especial sobre la cuestión había utilizado la expresión «validez de las reservas» (véase *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), pág. 258, párrs. 21 a 25).

⁶ *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 154, párr. 97.

⁷ *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 104, párr. 428; la Comisión había precisado que la cuestión de la «validez de las reservas [...] incluía las condiciones de licitud de las reservas y su aplicabilidad a otro Estado».

⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/48/SR.24), párr. 42.

⁹ *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 154, párr. 99.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 100.

¹¹ *Ibid.*, págs. 154 y 155, párrs. 101 a 104.

¹² Véase Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties».

¹ Habida cuenta de que la simple formulación de una reserva no le permite surtir los efectos deseados por su autor, habría sido más apropiada la palabra «formulada» (véanse los párrafos 13 y 14 *infra*), pero las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 emplean la palabra «hecha» y, en principio, la Comisión no ha de modificar el texto de Viena.

² O del tratado en su conjunto en ciertos aspectos especiales (véase el proyecto de directriz 1.1.1 [1.1.4], *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 97).

³ *Ibid.*, pág. 133, párr. 2 del comentario al proyecto de directriz 1.6.

⁴ *Ibid.*, págs. 133 y 134, párr. 3 del comentario. Véanse también el comentario al proyecto de directriz 1.1.1 en *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 110, párr. 3 del comentario, e *ibid.*, vol. II (primera parte), págs. 268, 270 y 271, párrs. 154 y 175, respectivamente.

su Relator Especial) utilizaron las palabras «admisible» para calificar una reserva que pudiera surtir los efectos previstos en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 e «inadmisibles» para designar una reserva que no pudiera surtirlos.

6. En todo caso se planteó un nuevo problema cuando:

algunos miembros señalaron que ese término [«inadmisibles»] no era apropiado en el presente caso: en derecho internacional, un hecho internacionalmente ilícito entraña la responsabilidad de su autor, lo que evidentemente no es el caso de la formulación de reservas contrarias a las disposiciones del tratado a que se refieren o incompatibles con su objeto o fin¹³.

En consecuencia, la Comisión decidió en 2002 dejar el problema pendiente en espera del examen de los efectos de una reserva de esa índole¹⁴.

7. Tras reflexión, sin embargo, no conviene que la Comisión espere hasta haber estudiado los efectos de las reservas para pronunciarse sobre esta cuestión de terminología:

a) en primer lugar, la expresión *permissible* empleada en el texto en inglés de los proyectos de directrices aprobados hasta ahora y sus comentarios, da a entender que la cuestión se plantea exclusivamente desde el punto de vista de la admisibilidad y no de la oponibilidad;

b) en segundo lugar, la palabra «lícita», por su parte, da a entender que la formulación de reservas en contravención de lo dispuesto en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 da lugar a la responsabilidad del Estado o la organización internacional que formulan la reserva, cosa que sin lugar a dudas no ocurre¹⁵.

8. De todas maneras, y esto es lo único que importa en esta etapa, la palabra «validez» tiene la ventaja de ser neutra y de no prejuzgar la solución que dará la Comisión a la controversia entre oponibilidad y admisibilidad ni la cuestión de los efectos de la formulación de una reserva contraria a lo dispuesto en el artículo 19. Por una parte, no hay inconveniente para preguntarse cuál es la validez de las reservas y, por la otra, la Comisión debería, como consecuencia, reemplazar las palabras «admisibles» e «inadmisibles» por las palabras «válida» y «no válida» en los proyectos de directrices 1.6 (Alcance de las definiciones) y 2.1.8 (Procedimientos en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles])¹⁶.

9. Tras esta observación preliminar, en el presente informe se procederá al estudio más a fondo posible de la validez de las reservas a la luz del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que constituye

sin duda alguna el elemento fundamental del régimen de Viena¹⁷, con la siguiente estructura general:

a) se parte del principio de que existe una presunción de la validez de las reservas (secc. A);

b) esta disposición enuncia las hipótesis en que una reserva está expresa o tácitamente prohibida (secc. B);

c) se plantea la cuestión de la exigencia general de la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del tratado (secc. C);

d) por último, habrá que estudiar de manera general las modalidades de aplicación de estos principios (secc. D).

A. La presunción de validez de las reservas

10. El artículo 19 de la Convención de Viena de 1986 y, antes, la disposición correspondiente de la Convención de Viena de 1969, previendo que, en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, «[u]n Estado o una organización internacional [...] podrá* formular una reserva», aunque sea bajo ciertas condiciones, plantea «el principio general de que se pueden formular reservas»¹⁸. Se trata de un elemento esencial del «sistema flexible» dimanado de la opinión consultiva de la CIJ de 1951¹⁹, y no es exagerado afirmar que a este respecto revierte la presunción tradicional que dimanaría del sistema de la unanimidad²⁰, con el objetivo declarado de facilitar la mayor adhesión posible a los tratados y, por lo tanto, su universalidad.

11. A este respecto, el texto del artículo 19, tomado directamente de las propuestas del Sr. Waldock, era diametralmente opuesto a los proyectos preparados por los relatores especiales sobre el derecho de los tratados que le habían precedido y que partían de la presunción inversa y expresaban en términos negativos o restrictivos

¹⁷ Véase Ruda, «Reservation to treaties», pág. 180.

¹⁸ Comentario al proyecto de artículo 18 aprobado en primera lectura en 1962 (*Anuario... 1962*, vol. II, pág. 208, párr. 15); véase también el comentario al proyecto de artículo 16 aprobado en segunda lectura (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 227, párr. 17). Respecto de la Convención de Viena de 1986, véanse el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 19 (caso de tratados entre varias organizaciones internacionales), y el párrafo 3 del comentario al proyecto de artículo 19 *bis* (caso de tratados entre Estados y una o varias organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y uno o varios Estados), aprobados en 1977, en *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 107 y 109, respectivamente.

¹⁹ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1951, pág. 15; véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 25. Véase asimismo *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 142 y ss., párrs. 36 a 46.

²⁰ Este concepto, que sin duda se ha convertido en norma consuetudinaria en el período de entreguerras (véase la opinión disidente de los magistrados Guerrero, McNair, Read y Hsu Mo a la opinión consultiva *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1951, págs. 34 y 35), limitaba considerablemente la facultad de formular reservas; únicamente podía procederse a ello si todas las demás partes en el tratado las aceptaban, en defecto de lo cual el autor de la reserva quedaba fuera del ámbito de la convención. En sus observaciones acerca del proyecto de artículo 18 aprobado por la Comisión en 1962, el Japón proponía volver a la presunción inversa (véase el cuarto informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock, *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 48).

¹³ *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 48, párr. 7 del comentario al proyecto de directriz 2.1.8 (Procedimiento en caso de reserva o manifiestamente [inadmisibles]).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ A este respecto, véanse los párrafos 190 y 191 *infra*.

¹⁶ El texto de la directriz 1.6 debería ser entonces: «Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en el presente capítulo de la Guía de la práctica se entienden sin perjuicio de la validez [y no de la admisibilidad] y de los efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables»; y el título de la directriz 2.1.8 debería ser: «Procedimiento en caso de reservas manifiestamente no válidas» (y no «inadmisibles»). Cuando se haga la revisión final de la Guía de la práctica, habrá también que modificar los comentarios en el mismo sentido.

el principio según el cual una reserva *únicamente* puede formularse (o «hacerse»²¹) si se cumplen ciertas condiciones²². El Sr. Waldock, por su parte²³, presenta el principio como la «libertad [del Estado] de formular, esto es, de *proponer*, una reserva [...] en virtud de su soberanía»²⁴.

12. En todo caso, esta facultad no es ilimitada:

a) en primer lugar, está limitada en el tiempo porque la formulación de reservas únicamente puede tener lugar «en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él»²⁵;

b) en segundo lugar, la formulación de reservas tal vez no sea compatible con el objeto de ciertos tratados, sea porque están limitados a un pequeño grupo de Estados, hipótesis que tiene en cuenta el artículo 20, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969²⁶, que retoma el sistema de la unanimidad respecto de esos instrumentos, sea, en el marco de los tratados universales, porque las partes quieren hacer prevalecer el carácter integral de la convención sobre su universalidad o, en todo caso, limitar la facultad de los Estados de formular reservas. A este respecto, al igual que en todo lo demás, la Convención de Viena de 1969 únicamente tiene carácter supletorio de la voluntad y nada impide a los negociadores incluir en el tratado «cláusulas de reservas», que limiten o modifiquen la facultad de principio que confiere el artículo 19²⁷.

Así pues, resulta sin duda excesivo hablar de un «derecho a las reservas», por más que evidentemente la Convención de Viena de 1969 parta del principio de que existe una presunción en ese sentido.

²¹ Véanse a este respecto los párrafos 13 y 14 *infra*.

²² Véanse, por ejemplo, el artículo 10, párr. 1, del proyecto del Sr. Briery de 1950 (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/23, pág. 238), el artículo 9 de los proyectos del Sr. Lauterpacht (primer informe, *Yearbook... 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, pág. 91; segundo informe, *Yearbook... 1954*, vol. II, documento A/CN.4/87, pág. 131), y el artículo 39, párr. 1, del proyecto del Sr. Fitzmaurice (*Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 103). Véanse también las observaciones de Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, págs. 88 y 89.

²³ «En el momento de firmar, ratificar, o aceptar un tratado, o de adherirse a él, el Estado está en libertad de formular una reserva [...] salvo:» (*Anuario... 1962*, vol. II, pág. 69, art. 17, párr. 1, apdo. a).

²⁴ *Ibid.*, pág. 75, párr. 9 del comentario al artículo 17.

²⁵ Convención de Viena de 1986, art. 19. Véase también el párrafo 19 *infra*.

²⁶ «Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.»

²⁷ Respecto del carácter supletorio del régimen de Viena, véase el primer informe del Relator Especial, *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 158, párr. 123; el segundo informe, *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 48, párr. 26; pág. 65, párr. 123; pág. 66, párr. 133, y págs. 70 y 71, párr. 163; el tercer informe, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 265, párr. 136, y el quinto informe, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), pág. 203, párr. 290; véase también: Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, págs. 124 a 126; Gamble, «Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice», págs. 383 a 391; Imbert, *op. cit.*, págs. 162 a 230; McNair, *The Law of Treaties*, págs. 169 a 173; Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, págs. 85 a 90 y 101 a 104, y Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, págs. 89 a 136.

13. Ese es el sentido del propio título del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 («Formulación de reservas»), confirmado por el encabezamiento de esa disposición: «Un Estado podrá *formular** una reserva [...] *a menos**». Por cierto, al utilizar el verbo «podrá», el encabezamiento del artículo 19 reconoció un derecho a los Estados, si bien no es más que el derecho de «formular» reservas²⁸.

14. Las palabras «formular» y «formulación» se han escogido con cuidado y significan que, si bien corresponde al Estado que quiere subordinar su consentimiento a quedar obligado haciendo una reserva indicar cómo ha de limitar su participación en el tratado²⁹, esta formulación no basta por sí misma; la reserva no queda «hecha» y no surte sus efectos por el sólo hecho de la declaración. Esa es la razón por la cual una enmienda de China que apuntaba a reemplazar las palabras «formular una reserva» por «hacer reservas»³⁰ fue descartada por el Comité de Redacción de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados³¹. Como había señalado el Sr. Waldock, «decir [...] que un Estado puede 'hacer' una reserva [...] es [...] equívoco, pues precisamente la cuestión que se plantea es la de si una reserva formulada por un Estado puede considerarse como 'hecha' efectivamente mientras no haya recibido el asentimiento de los demás Estados interesados»³². Ahora bien, una reserva no sólo no es «efectiva»³³ si no se cumplen ciertas condiciones

²⁸ Imbert, *op. cit.*, pág. 83; véase también Reuter, *Introduction au droit des traités*, pág. 75, o Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 84. Cabe también destacar que una propuesta del Sr. Briggs que apuntaba a reemplazar la palabra «libertad» que figuraba en el proyecto del Sr. Waldock (véase la nota 23 *supra*) por la palabra «derecho» (*Anuario... 1962*, vol. I, 651.ª sesión, pág. 151, párr. 22) no fue aprobada, ni tampoco lo fue una enmienda en el mismo sentido presentada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (A/CONF.39/C.1/L.115) en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primero y segundo períodos de sesiones, Viena 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), informe de la Comisión Plenaria, pág. 143, párr. 175, apdo. a). El texto («Todo Estado podrá formular reservas [...], salvo») fue aprobado por el Comité de Redacción de la Comisión (*Anuario... 1962*, vol. I, 663.ª sesión, pág. 237, párr. 3) y posteriormente por la Comisión en sesión plenaria (*ibid.*, vol. II, pág. 202, art. 18, párr. 1) en 1962. La única modificación de que fue objeto en 1966 consistió en reemplazar las palabras «Todo Estado» por «Un Estado» (véase *Anuario... 1965*, vol. I, 813.ª sesión, pág. 274, párr. 1 (texto aprobado por el Comité de Redacción) y *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 126 (art. 16 aprobado en segunda lectura)).

²⁹ Véase Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», pág. 22.

³⁰ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), pág. 144, párr. 177 (A/CONF.39/C.1/L.161).

³¹ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 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), 23.ª sesión, pág. 133, párr. 2 (explicaciones de China), y 24.ª sesión, pág. 139, párr. 13 (declaración del Consultor Técnico, Sr. Waldock).

³² *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 71, párr. 1 del comentario a los proyectos de artículos 17 a 19.

³³ Encabezamiento del artículo 21 de la Convención de Viena de 1969: «Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:».

de procedimiento, muy poco restrictivas por cierto³⁴, sino que además debe respetar las condiciones de fondo enunciadas en los tres apartados del propio artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, como ponen de manifiesto las palabras «a menos»³⁵.

15. Según algunos autores, la terminología empleada en esta disposición sería, sin embargo, incongruente a este respecto porque «cuando el tratado autoriza ciertas reservas (art. 19, apdo. *b*), ellas no tienen por qué ser aceptadas por los demás Estados [...]. Por lo tanto, están ‘hechas’ desde el momento en que las formula el Estado»³⁶. Además, si el apartado *b* indica acertadamente que esas reservas «pueden hacerse*», el encabezamiento del artículo 19 induciría a error porque significaría que tampoco son «formuladas» por su autor³⁷. En realidad es una falsa polémica³⁸: el apartado *b* no se refiere a las reservas efectivas (o hechas) por el solo hecho de su formulación sino, por el contrario, a las que no están autorizadas en el tratado. Al igual que en la hipótesis del apartado *a*, estas últimas no pueden formularse: en un caso (apdo. *a*) la prohibición es expresa y en el segundo (apdo. *b*) es tácita.

16. El principio de la facultad de formular reservas constituye sin duda alguna un elemento fundamental del régimen de Viena y se plantea la cuestión de saber si tendría que ser objeto de un proyecto de directriz separado, cuyo texto podría ser el siguiente:

«3.1 [Facultad de formular una reserva] [Presunción de validez de las reservas]

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva al momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él.»

17. Con cierta vacilación, el Relator Especial, sin embargo, no propone a la Comisión proceder de esa manera. Una directriz de esa índole tendría sin duda el mérito de poner de manifiesto este principio fundamental del régimen de Viena sin apartarse de la redacción de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, porque

³⁴ Véanse los artículos 20, párrs. 3 a 5, 21, párr. 1, y 23, de la Convención de Viena de 1969, y los proyectos de directrices 2.1 a 2.2.3. Véase también Coccia, «Reservations to multilateral treaties on human rights», pág. 18.

³⁵ «Este artículo expone el principio general de que se pueden formular reservas excepto en tres casos» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 227, párr. 17 del comentario al artículo 16). La utilización de la palabra «faire» en el texto francés del comentario (*Annuaire de la Commission du Droit International 1966*, vol. II, pág. 225) es criticable pero más bien se trata de un error de traducción que de un propósito deliberado. *Contra*: Imbert, *op. cit.*, pág. 90. Por lo demás, el texto inglés del comentario es correcto (*Yearbook... 1966*, vol. II, pág. 207).

³⁶ Imbert, *op. cit.*, págs. 83 y 84.

³⁷ Véase Ruda, *loc. cit.*, págs. 179 y 180, y la crítica mucho más moderada de Horn en *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, págs. 111 y 112.

³⁸ Cabe impugnar en cambio el empleo de los verbos «formular» y «hacer» en el párrafo 2 del artículo 23; carece de congruencia precisar, al final de esta disposición, que, en caso de confirmación al momento de manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado, «se considerará que la reserva ha sido hecha*» en la fecha de su confirmación». La Comisión, al preparar la Guía de la práctica en materia de reservas, ha tratado de adoptar un vocabulario congruente a este respecto (las críticas que le hace Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 85, parecen obedecer a un error de traducción al español).

la redacción empleada no es otra que la del encabezamiento del artículo 19. Sin embargo, por regla general, la Comisión ha evitado escindir, para retomarlos en proyectos de directrices separados, varias disposiciones de un solo artículo de las Convenciones de Viena³⁹. Más fundamentalmente, el principio de la facultad de formular una reserva y, como consecuencia, de la presunción de su validez, no se puede separar de las excepciones de que es objeto.

18. De conformidad con la práctica de la Comisión hasta el presente, y de no haber motivo concluyente en contrario, parece preferible incluir al principio de la tercera parte de la Guía de la práctica, dedicada a la validez de las reservas, el texto completo del artículo 19 y, en el comentario y el proyecto de directrices complementarias, hacer precisiones y aclaraciones que puedan servir para orientar la práctica de los Estados.

19. La única cuestión que se plantea a este respecto se refiere, en relación con el encabezamiento del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, a los distintos momentos (o «casos» para retomar la terminología empleada en el proyecto de directriz 1.1.2⁴⁰), «en los cuales puede formularse una reserva». En efecto, como se destacó más arriba⁴¹, el artículo 19 recoge las limitaciones en el tiempo que figuran en la propia definición de las reservas enunciada en el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena⁴². No cabe duda de que esa repetición es superflua, como había señalado Dinamarca en el examen del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que se aprobó en 1962⁴³. Sin embargo, la Comisión no consideró necesario subsanar esta anomalía al aprobar el proyecto definitivo en 1966 y esa repetición no es un inconveniente suficientemente grave como para modificar la Convención de Viena de 1969, a la que no ha causado problema alguno.

20. En estas condiciones, parece razonable recoger en un proyecto de directriz 3.1, que podría titularse «Facultad de formular una reserva», el texto del artículo 19 de la Convención de Viena de 1986.

«3.1 Facultad de formular una reserva

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar,

³⁹ Véanse los proyectos de directrices 1.1 (Definición de las reservas), 2.2.1 (Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado) o 2.5.1 (Retiro de las reservas), que recogen, respectivamente, el texto de los artículos 2, párr. 1, apdo. *d*; 23, párr. 2, y 22, párr. 1, de la Convención de Viena de 1986. Sin embargo, la Comisión no ha aplicado esta regla general cuando el plan de la Guía de la práctica hacía necesario distribuir los diversos elementos de una sola disposición de la Convención en varias directrices (por ejemplo, las reglas enunciadas en el artículo 23 relativas al procedimiento para las reservas, las aceptaciones y las objeciones están distribuidas en varios proyectos de directrices), pero en este caso no se impone ninguna razón de este tipo. Cabe recordar que la Comisión se basa de preferencia en el texto de 1986, más completo que el de 1969.

⁴⁰ Véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 112.

⁴¹ Párr. 12

⁴² Véanse los proyectos de directriz 1.1 (Definición de las reservas) y 1.1.2 (Casos en que puede formularse una reserva) y sus comentarios, *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 108 a 110, y 112 y 113, respectivamente.

⁴³ Véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 47.

confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate, o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados *a* y *b*, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.»

21. Tal como se observa en la redacción del apartado *c* de esta disposición, no todas las condiciones de validez de las reservas previstas en el artículo 19 están en el mismo plano. Los apartados *a* y *b* enuncian las hipótesis⁴⁴ en las cuales la reserva está prohibida por el tratado, expresa o tácitamente, mientras que el apartado *c* se refiere a los casos en que no se puede formular una reserva aunque el tratado no diga nada. Habrá que referirse en forma separada a los dos supuestos.

B. Las reservas prohibidas por el tratado

22. Según Reuter, las hipótesis enunciadas en los apartados *a* y *b* del artículo 19 constituyen «casos muy sencillos»⁴⁵; esta afirmación es muy discutible. Efectivamente estas disposiciones remiten a los casos en que un tratado al cual un Estado o una organización internacional quiere hacer una reserva contiene una cláusula especial por la que se prohíbe o autoriza la formulación de reservas. Pero, además de que no todas las hipótesis están claramente comprendidas, pueden plantearse problemas delicados en cuanto al alcance exacto de una cláusula que prohíba las reservas (secc. 1) y a los efectos de una reserva formulada a pesar de esa prohibición (secc. 2).

1. ALCANCE DE LAS CLÁUSULAS QUE PROHÍBEN LAS RESERVAS

23. En el artículo 17, párr. 1, apdo. *a*, del proyecto presentado a la Comisión en 1962, el Sr. Waldock distinguía tres hipótesis:

- a) «Las estipulaciones del tratado [prohíben] hacer reservas o ello est[á] excluido por la naturaleza del tratado o por el uso establecido de una organización internacional»;
- b) La reserva de que se trate no se encuentra comprendida dentro de la categoría autorizada, y
- c) El tratado autoriza ciertas reservas⁴⁶.

El elemento común de los tres casos consiste en que, a diferencia de las reservas incompatibles con el objeto y el

fin del tratado⁴⁷, «cuando se formula una reserva que no está prohibida por el tratado, los demás Estados están llamados a indicar si la aceptan o la rechazan, pero cuando se trata de una reserva prohibida por el tratado no necesitan hacerlo, pues ya han expresado su objeción a ella en el propio tratado»⁴⁸.

24. Esta tipología, si bien la Comisión la recogió aunque en forma un tanto distinta⁴⁹, era inútilmente complicada y, en el plano de la generalidad bastante considerable en que querían moverse los redactores de la Convención de Viena de 1969, era superfluo hacer una distinción entre las dos primeras hipótesis enunciadas por el Relator Especial⁵⁰. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 18, que proponía en 1965 en vista de las observaciones de los gobiernos, el Relator Especial se limitó a distinguir entre las reservas expresamente prohibidas por el tratado (o por «las normas establecidas por una organización internacional»⁵¹) de las que lo estaban tácitamente como consecuencia de la autorización de algunas reservas en el tratado⁵². Es esta doble distinción la que se vuelve a encontrar, en forma

⁴⁷ Hipótesis prevista en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17, pero en forma bastante distinta del texto actual (véase la sección C *infra*).

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 75, párr. 9 del comentario al artículo 17.

⁴⁹ Proyecto de artículo 18, párr. 1, apdos. *b* a *d*, *ibid.*, pág. 203; véase también el párrafo 15 del comentario al artículo 18, *ibid.*, pág. 208.

⁵⁰ A la inversa, en el debate del proyecto, el Sr. Briggs había estimado que, «la distinción que hay que hacer es entre el caso previsto en el apartado *a*, en que se prohíben todas las reservas, y el previsto en los apartados *b* y *c*, en que únicamente ciertas reservas están expresamente prohibidas o tácitamente excluidas» (*ibid.*, vol. I, 663.^a sesión, pág. 238, párr. 12); véase la opinión discrepante del Sr. Waldock, *ibid.*, pág. 239, párr. 32. Como lo destaca el ejemplo del artículo 12 de la Convención sobre la plataforma continental (párrs. 39 y 40 *infra*), esta observación es muy pertinente.

⁵¹ *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 56. Si bien el principio no había sido impugnado en el debate en sesión plenaria en 1965 (pero lo había sido por el Sr. Lachs en 1962, *Anuario... 1962*, vol. I, 651.^a sesión, pág. 154, párr. 53) y se había conservado el texto aprobado en la primera parte del 17.º período de sesiones de la Comisión (véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 70), esta precisión desaparece sin explicación alguna del proyecto de artículo 16, finalmente aprobado por la Comisión en 1966 tras la revisión final del Comité de Redacción (véase *Anuario... 1966*, vol. I (parte II), 887.^a sesión, pág. 301, párr. 91). La supresión de esa expresión servía para acercar la cláusula general de salvaguardia relativa a los «tratados que sean instrumentos constitutivos de una organización internacional, o que sean adoptados en el ámbito de una organización internacional» que figuraba en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969, aprobado en la misma sesión en su texto definitivo por la Comisión (*ibid.*, pág. 300, párr. 79). En la práctica, es excepcional que se puedan formular reservas al instrumento constitutivo de una organización internacional (véase Mendelson, «Reservations to the constitutions of international organizations»). En lo que respecta a los tratados concertados en el marco de organizaciones internacionales, el mejor ejemplo de exclusión (supuesta) de reservas es el de la OIT, cuya práctica uniforme consiste en no aceptar el depósito de instrumentos de ratificación de convenios internacionales del trabajo cuando están subordinados a reservas (véase el memorando presentado por el Director de la OIT al Consejo de la Sociedad de las Naciones sobre la «Facultad de formular reservas a las convenciones generales» (Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 8.º año, n.º 7, julio de 1927, anexo 967a, pág. 882), el memorando presentado por la OIT a la CIJ en 1951 en el caso *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (C.I.J. Mémoires*, págs. 227 y 228), o la declaración del Sr. Jenks, Consejero Jurídico de la OIT (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones... (nota 31 supra)*, séptima sesión, pág. 41, párr. 11)). Véase también una crítica de esta postura en el comentario al proyecto de directriz 1.1.8 (Reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión) de la Guía de la práctica, en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 114 y ss., párrs. 3 a 5 del comentario.

⁵² *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 56.

⁴⁴ Con mayor precisión, «algunas hipótesis», ya que no todas quedan comprendidas (véanse los párrafos 31 y 32 *infra*).

⁴⁵ Reuter, «Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels», pág. 363.

⁴⁶ *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144, pág. 69.

depurada⁵³ en los apartados *a* y *b* del artículo 19 de la Convención sin que se establezca diferencia alguna en cuanto a que el tratado prohíba o autorice en todo o parte las reservas⁵⁴.

a) *La prohibición expresa de reservas*

25. Según Tomuschat, la prohibición tal y como está enunciada en el apartado *a* debería entenderse en el sentido de que comprende tanto las prohibiciones expresas como las tácitas⁵⁵. Esa interpretación puede hallar justificación en los trabajos preparatorios de esta disposición:

a) en su redacción original, propuesta por el Sr. Waldock en 1962⁵⁶, se precisaba que se refería a las reservas «expresamente prohibidas», precisión que fue descartada en 1965 sin explicación por parte del Relator Especial y sin que los debates de la Comisión aclaren mayor cosa al respecto⁵⁷;

b) en el comentario del proyecto de artículo 16, aprobado en segunda lectura en 1966, la Comisión parecía en la práctica dejar en el mismo plano a «las reservas expresas o implícitamente prohibidas por el tratado»⁵⁸.

26. Esta interpretación es, sin embargo, discutible. La idea de que algunos tratados podían, «por su naturaleza», excluir las reservas fue descartada en 1962 por la Comisión, que rechazó la propuesta en ese sentido hecha por el Sr. Waldock⁵⁹. Por lo demás, no se entiende qué pro-

hibiciones podrían dimanar «implícitamente del tratado» salvo en los casos comprendidos en los apartados *b* y *c*⁶⁰ del artículo 19⁶¹ y hay que admitir que el apartado *a* únicamente se refiere a las reservas expresamente prohibidas por el tratado. Esta interpretación es, por lo demás, la única compatible con el gran liberalismo que impregna el conjunto de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a las reservas.

27. No se plantea ningún problema (salvo el de saber si la declaración de que se trata constituye o no una reserva⁶²) si la prohibición es clara e indiscutible, en particular cuando es general, en la inteligencia, no obstante, de que existen relativamente pocos ejemplos al respecto⁶³, aunque algunos sean célebres como el del artículo I del Pacto de la Sociedad de las Naciones:

Los Miembros primitivos de la Sociedad de Naciones serán los signatarios [...] que se adhieran sin reserva a este Pacto⁶⁴.

De igual modo, en el artículo 120 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se dispone lo siguiente:

la cláusula de salvaguardia enunciada en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 (véase la nota 60 *infra*). La expresión «naturaleza del tratado» no fue objeto de mayor atención en el curso del debate (el Sr. Castrén, sin embargo, consideró que era imprecisa, *ibíd.*, 652.ª sesión, pág. 160, párr. 28; véase también la intervención del Sr. Verdross, *ibíd.*, párr. 35); finalmente fue suprimida por el Comité de Redacción (*ibíd.*, 663.ª sesión, pág. 237, párr. 3).

⁶⁰ Las enmiendas presentadas por España (A/CONF.39/C.1/L.147) y por los Estados Unidos y Colombia (A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1) (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo... (nota 28 supra)*, informe de la Comisión Plenaria, pág. 144, párr. 177), que apuntaban a volver a incorporar el concepto de «naturaleza» del tratado en el apartado *c* fueron retiradas por sus autores o rechazadas por el Comité de Redacción (véase también la reacción de los Estados Unidos en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, 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), 11.ª sesión plenaria, pág. 37, párrs. 2 y 3).

⁶¹ Esa es por lo demás la conclusión final a que llega Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 471.

⁶² Véase el proyecto de directriz 1.3.1 (Método para distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas) y su comentario, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 114 y ss.

⁶³ Incluso en materia de derechos humanos (véase Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 100, o Schabas, «Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform», pág. 46); véase sin embargo, 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 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 4) o el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (art. 21), que prohíben cualquier reserva a sus disposiciones. Las cláusulas de reservas de los tratados de derechos humanos pueden remitir a las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 que se refieren a las reservas (véase el artículo 75 de la Convención americana sobre derechos humanos) —lo cual hacen tácitamente los instrumentos que no incluyen ninguna cláusula de reserva— o reproducir su texto (véase el artículo 28, párr. 2, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, o el artículo 51, párr. 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

⁶⁴ Se puede sostener que esta norma fue abandonada cuando el Consejo de la Sociedad de las Naciones reconoció la neutralidad de Suiza (en este sentido, Mendelson, *loc. cit.*, págs. 140 y 141).

⁵³ Respecto de los cambios de redacción introducidos por la Comisión, véanse los debates sobre el proyecto de artículo 18 (*ibíd.*, vol. I, en particular las sesiones 797.ª y 798.ª, págs. 155 y 162, respectivamente) y el texto aprobado por el Comité de Redacción (*ibíd.*, 813.ª sesión, pág. 274, párr. 1) y su debate (*ibíd.*). El texto definitivo del artículo 16, apdos. *a* y *b*, aprobado en segunda lectura por la Comisión era el siguiente: «Todo Estado podrá formular una reserva [...] a menos que: *a*) La reserva esté prohibida por el tratado; *b*) El tratado autorice determinadas reservas entre las que no figure la reserva de que se trate» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 197). Véase también la nota 83 *infra*.

⁵⁴ Las «formulaciones alternativas» de *lege ferenda* propuestas en 1953 en el primer informe presentado por el Sr. Lauterpacht se referían a los tratados que «no prohíben o limitan la facultad de hacer reservas» (*Yearbook... 1953*, vol. II, págs. 91 y 92).

⁵⁵ Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties. Comments on articles 16 and 17 of the International Law Commission's draft articles on the law of treaties», pág. 469.

⁵⁶ Véase el párrafo 23 *supra*.

⁵⁷ Véase, sin embargo, la intervención del Sr. Yasseen (*Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, pág. 156, párr. 19): «podría sustituirse la expresión 'las disposiciones del tratado' por 'el tratado', con lo que el texto diría [...]: '[Salvo] cuando el tratado o las normas [...] prohibieren que se formulen reservas'. Basta con que el tratado se pronuncie al respecto, y da lo mismo que lo haga implícita o explícitamente», pero esto se refería al texto de 1962.

⁵⁸ Al igual, por lo demás, que las «expresa o implícitamente autorizadas», *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 225, párr. 10 del comentario al artículo 16; véase también pág. 227, párr. 17. En el mismo espíritu, el artículo 19, párr. 2, apdo. *a*, del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales y entre dos o más organizaciones internacionales, aprobado por la Comisión en 1981, ponía en pie de igualdad los casos en que las reservas estaban prohibidas por los tratados o en que «conste de otro modo que las organizaciones negociadoras o, según el caso, los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras han convenido que la reserva esté prohibida» (*Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 144).

⁵⁹ Véase el párrafo 24 *supra*. El Relator Especial indicó que, al redactar esa cláusula, «pensaba en la Carta de las Naciones Unidas que, por su naturaleza, no es susceptible de reservas» (*Anuario... 1962*, vol. I, 651.ª sesión, pág. 154, párr. 60). Esta excepción está comprendida en

No se admitirán reservas al presente Estatuto⁶⁵.

Igualmente, según el párrafo 1 del artículo 26 del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación:

No se podrán formular reservas ni excepciones al presente Convenio⁶⁶.

28. Sin embargo, puede ocurrir que la prohibición sea más ambigua. Así, a tenor del párrafo 14 del Acta final de la reunión especial de plenipotenciarios encargados de negociar y firmar una Convención europea sobre arbitraje comercial internacional, «las delegaciones que han participado en la negociación de la Convención [...] declaran que sus respectivos países no tienen la intención de hacer reservas a la Convención»⁶⁷; no sólo no se trata de una prohibición categórica, sino que además esta declaración de intención se hace en un instrumento distinto del tratado. En un caso de este tipo, cabe pensar que las reservas no están prohibidas estrictamente hablando, pero que si un Estado formula una, las otras Partes deberían lógicamente oponerse.

29. Con mayor frecuencia la prohibición es parcial y se refiere a una o varias reservas determinadas o a una o varias categorías de reservas. La hipótesis más sencilla (pero bastante infrecuente) es la de las cláusulas que enumeran las disposiciones del instrumento con respecto a las cuales están prohibidas las reservas⁶⁸. Así ocurre en el caso del artículo 42 de la Convención sobre el estatuto de

⁶⁵ Por categórica que pueda parecer, esta prohibición no está por lo demás totalmente desprovista de ambigüedad: el muy lamentable artículo 124 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que autoriza a «un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, [a] declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte» sobre los crímenes de guerra, constituye una excepción a la norma establecida en el artículo 120, ya que esas declaraciones equivalen a verdaderas reservas (véase Pellet, «Entry into force and amendment of the Statute», pág. 157); véase también el Convenio europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, en cuyo artículo 21 se prohíben las reservas, mientras que otras disposiciones diversas autorizan algunas. Para otros ejemplos, véanse Spiliopoulou Åkermark, «Reservation clauses in treaties concluded within the Council of Europe», págs. 493 y 494; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, pág. 181; Imbert, *op. cit.*, págs. 165 y 166; Horn, *op. cit.*, pág. 113; Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 105 a 108, y Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 46.

⁶⁶ Para un comentario muy detenido, véase Fodella, «The declarations of States parties to the Basel Convention». En el párrafo 2 del artículo 26 se autoriza a los Estados Partes a «formul[ar] declaraciones o manifestaciones, cualesquiera que sean su redacción y título, con miras, entre otras cosas, a la armonización de sus leyes y reglamentos con las disposiciones del Convenio, a condición de que no se interprete que esas declaraciones o manifestaciones excluyen o modifican los efectos jurídicos de las disposiciones del Convenio y su aplicación» a esos Estados; la distinción entre las reservas del párrafo 1 y las declaraciones del párrafo 2 puede resultar delicada, pero se trata de un problema de definición que en nada limita la prohibición establecida en el párrafo 1: si una declaración formulada en virtud del párrafo 2 resulta ser una reserva, está prohibida. La combinación de los artículos 309 y 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar plantea los mismos problemas y requiere las mismas respuestas (véase, en particular, Pellet, «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer», págs. 505 a 517; véase también la nota 87 *infra*).

⁶⁷ Ejemplo citado por Imbert, *op. cit.*, págs. 166 y 167.

⁶⁸ Esta hipótesis está muy próxima a la de que el tratado especifique las disposiciones con respecto a las cuales se permiten las reservas; véase el párrafo 39 *infra* y la observación del Sr. Briggs (nota 50 *supra*).

los refugiados⁶⁹ o el artículo 26 del Convenio internacional sobre la seguridad de los contenedores (CSC).

30. Más complicada es la hipótesis en la cual el tratado no prohíbe reservas a disposiciones determinadas, pero excluye ciertas categorías de reservas. Sirve de ejemplo de este tipo de cláusulas el artículo 78, párr. 3, del Convenio Internacional del Azúcar, 1977, que estipula lo siguiente:

Todo gobierno que tenga derecho a ser Parte en este Convenio podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, formular reservas que no afecten al funcionamiento económico de este Convenio.

31. En el proyecto del Sr. Waldock de 1962⁷⁰ se hacía la distinción entre las cláusulas de reservas de este tipo y las que excluyen «determinadas reservas». Por su parte, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no hacen esas distinciones y, a pesar de la vaguedad en sus trabajos preparatorios, hay que presumir sin ninguna duda que el apartado *a* del artículo 19 abarca a la vez las tres hipótesis que un análisis más preciso permite deducir:

- a) la de las cláusulas de reservas que prohíben cualquier reserva;
- b) la de las cláusulas de reservas que prohíben reservas a disposiciones determinadas;
- c) por último, la de las cláusulas de reservas que prohíben determinadas categorías de reservas.

32. Aunque pueda parecer obvio, resulta sin duda útil precisarlo expresamente en un proyecto de directriz 3.1.1, cuyo texto podría ser el siguiente:

«3.1.1 Reservas expresamente prohibidas por el tratado

Una reserva está prohibida por el tratado si en éste figura una disposición particular que:

- a) prohíbe cualquier reserva;
- b) prohíbe reservas a disposiciones especificadas;
- c) prohíbe determinadas categorías de reservas.»

33. Esta precisión parece tanto más útil cuanto que la tercera de estas hipótesis plantea problemas (de interpretación⁷¹) de la misma naturaleza que los que plantea el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado⁷², que determinadas cláusulas recogen por lo demás

⁶⁹ A propósito de esta disposición, Imbert señaló que «[l]a influencia de la opinión [*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, de la CIJ, adoptada dos meses antes] es clarísima, puesto que una cláusula de esa naturaleza equivale a preservar las disposiciones que no podrán ser objeto de reservas» (*op. cit.*, pág. 167); véanse los demás ejemplos mencionados en *ibíd.*, y los párrafos 31 a 39 *infra*.

⁷⁰ Véase la nota 46 *supra*.

⁷¹ «Que una reserva sea permisible en virtud de las excepciones *a*) o *b*) dependerá de la interpretación del tratado» (Aust, *op. cit.*, pág. 110).

⁷² Véase el párrafo 91 *infra*.

expresamente⁷³. Al indicar que estas reservas prohibidas sin referencia a una disposición concreta del tratado están comprendidas, sin embargo, en el apartado *a* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, la Comisión pondría de relieve útilmente la unidad del régimen jurídico aplicable a las reservas mencionadas en los tres apartados del artículo 19.

b) *La prohibición tácita de las reservas*

34. Una lectura rápida del apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 podría hacer pensar que es una de las caras de la moneda, de la que el apartado *a* sería la otra. La simetría, sin embargo, dista de ser total. Para que existiese, habría hecho falta que se dispusiese que estaba prohibida una reserva diferente de las expresamente previstas en el tratado. Pero no es ese el caso: el apartado *b* implica dos precisiones suplementarias que prohíben las simplificaciones abusivas; la prohibición tácita de determinadas reservas que se deriva de esta disposición, mucho más compleja de lo que parece, supone que se cumplan tres condiciones:

a) la cláusula de reserva que figure en el tratado debe autorizar la formulación de reservas;

b) las reservas autorizadas deben ser «determinadas»;

c) debe estar especificado que «únicamente» ellas «pueden hacerse»⁷⁴.

35. El origen del apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se remonta al párrafo 3 del proyecto de artículo 37 presentado a la Comisión en 1956 por el Sr. Fitzmaurice:

En los casos en que el propio tratado permite que se hagan ciertas reservas específicas, o cierta clase de reservas, debe presumirse que cualesquiera otras reservas están excluidas y no podrán aceptarse⁷⁵.

Esta idea, que el Sr. Waldock retomó en el proyecto de artículo 17, párr. 1, apdo. *a*, que propuso en 1962, es la que la Comisión aceptó en el proyecto de artículo 18, párr. 1, apdo. *c*, que aprobó ese mismo año⁷⁶ y que, con modificaciones menores de redacción, se convirtió en el artículo 16, apdo. *b*, del proyecto de 1966⁷⁷, y luego en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969.

36. No dejó de haber oposición, por otra parte, puesto que durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados varias enmiendas apuntaban a suprimir esta disposición⁷⁸ so pretexto de que era «dema-

siado rígida»⁷⁹, o repetía inútilmente el apartado *a*⁸⁰, o no estaba confirmada por la práctica⁸¹; sin embargo, todas fueron retiradas o rechazadas⁸².

37. La única modificación del apartado *b* fue introducida por una enmienda de Polonia para añadir la palabra «únicamente» después de la palabra «autorice», que fue aceptada por el Comité de Redacción de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados «[p]ara mayor claridad»⁸³. Esta presentación anodina no debe ocultar el gran alcance práctico de esta precisión, que en realidad invierte la presunción aceptada por la Comisión y, siempre dentro del proyecto obstinadamente perseguido por los países del Este de facilitar al máximo la formulación de reservas, abre esta posibilidad incluso cuando los negociadores han tomado la precaución de indicar expresamente disposiciones a las cuales está permitido formular una reserva⁸⁴. En todo caso, esta enmienda

el apartado *b*, y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (véase la nota 28 *supra*), Francia (A/CONF.39/C.1/L.169), Ceilán (A/CONF.39/C.1/L.139) y España (A/CONF.39/C.1/L.147), que proponían unas modificaciones de amplio alcance del artículo 16 (o de los artículos 16 y 17) que hubieran conllevado igualmente la desaparición de esta disposición. En el examen del proyecto por la Comisión, algunos miembros habían considerado igualmente que esta disposición resultaba superflua (*Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, Sres. Yasseen, pág. 156, párr. 18, y Tunkin, pág. 157, párr. 29. Para una postura más matizada, véanse también las intervenciones de los Sres. Tunkin, *ibíd.*, pág. 157, párr. 33, o Ruda, pág. 161, párr. 70).

⁷⁹ En palabras de los Estados Unidos y Polonia, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 21.ª sesión, pág. 119, párr. 8, y pág. 122, párr. 42, respectivamente); véase también la declaración de la República Federal de Alemania (*ibíd.*, pág. 120, párr. 23).

⁸⁰ Colombia, *ibíd.*, pág. 125, párr. 68.

⁸¹ Suecia, *ibíd.*, 22.ª sesión, pág. 129, párr. 29.

⁸² *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), págs. 141 a 148, párrs. 181 a 188. Véanse las explicaciones del Consultor Técnico, Sr. Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 24.ª sesión, pág. 139, párr. 6, y los resultados de las votaciones sobre esas enmiendas, *ibíd.*, 25.ª sesión, pág. 148, párrs. 23 a 25.

⁸³ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), pág. 144, párr. 177 (A/CONF.39/C.1/L.136); véase también *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 70.ª sesión, pág. 457, párr. 16. Ya en 1965, durante el examen en la Comisión del proyecto de apartado *b* del artículo 18 revisado por el Comité de redacción, el Sr. Castrén propuso añadir «sólo» después de «autorizare expresamente» (*Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, pág. 156, párr. 14, y 813.ª sesión, pág. 275, párr. 13 («solamente» después de «autorice»)); véase también la propuesta similar del Sr. Yasseen (*ibíd.*, párr. 11), que no fue finalmente aceptada tras una nueva remisión al Comité de Redacción (véase *ibíd.*, 816.ª sesión, pág. 294, párr. 41).

⁸⁴ En este sentido, véanse Horn, *op. cit.*, pág. 114; Lijnzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties. Ratify and Ruin?*, pág. 39; Ruda, *loc. cit.*, pág. 181, y Szafarz, «Reservations to multilateral treaties», págs. 299 y 300. Esas fórmulas limitativas no son por otra parte infrecuentes; véase por ejemplo el artículo 17 de la Convención para reducir los casos de apatridia:

«1. En el momento de la firma, la ratificación o la adhesión, todo Estado puede formular reservas a los artículos 11, 14 y 15;

2. No podrá hacerse ninguna otra reserva a la presente Convención.»

Véanse también los demás ejemplos que da Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 128 y 129. Sobre la importancia de la inversión de la presunción, véase la intervención del Sr. Robinson, *Anuario... 1995*, vol. I, 2402.ª sesión, pág. 170, párr. 17.

⁷³ Véanse los ejemplos dados más arriba, en la nota 63. Se trata de un ejemplo particular de «categorías de reservas prohibidas», de manera particularmente incierta, a decir verdad.

⁷⁴ Sobre esta palabra, véase el párrafo 15 *supra*.

⁷⁵ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 115; véase también pág. 127, párr. 95.

⁷⁶ Véanse los párrafos 23 y 24 *supra*.

⁷⁷ Véase la nota 53 *supra*.

⁷⁸ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), informe de la Comisión Plenaria, págs. 143 y 144, párrs. 174 a 177, enmiendas de Colombia y los Estados Unidos (A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1), y de la República Federal de Alemania (A/CONF.39/C.1/L.128), cuyo objetivo expreso era suprimir

no dispensa de respetar el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado de una reserva que no está expresamente autorizada ni tácitamente prohibida⁸⁵.

38. En la práctica, la tipología de las cláusulas de reservas permisivas es comparable a las de las disposiciones prohibitivas y plantea el mismo tipo de problemas en cuanto a la determinación *a contrario* de las reservas que no se pueden formular⁸⁶:

a) algunas cláusulas autorizan las reservas a disposiciones particulares, expresa y limitativamente enumeradas, positiva o negativamente;

b) otras autorizan categorías determinadas de reservas;

c) por último, otras (infrecuentes) autorizan las reservas en general.

39. El párrafo 1 del artículo 12 de la Convención sobre la plataforma continental parece constituir un ejemplo de la primera de estas categorías:

En el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, un Estado podrá formular reservas respecto de los artículos de la Convención, con excepción de los artículos 1 a 3 inclusive⁸⁷.

Como señaló Sinclair, «el artículo 12 de la Convención de 1958 no preveía *reservas determinadas*, aunque especificara artículos a los cuales se podían hacer reservas»⁸⁸ y ni el alcance ni los efectos de esta autorización son obvios, como lo muestran el fallo de la CIJ en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*⁸⁹ y, sobre todo, el laudo arbitral dictado en 1977 en el asunto *Mer d'Iroise*⁹⁰.

40. En este asunto, el Tribunal arbitral subrayó que:

La claridad de los términos del artículo 12 [de la Convención sobre la plataforma continental] autoriza a todo Estado contratante, en particular la República Francesa, a subordinar su consentimiento a quedar vinculado por la Convención a reservas a artículos que no sean los artículos 1 a 3 inclusive⁹¹.

⁸⁵ Véanse los párrafos 59 a 70 *infra*.

⁸⁶ Véase los párrafos 25 a 33 *supra*.

⁸⁷ Por su parte, en el artículo 309 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se dispone lo siguiente: «No se podrán formular reservas ni excepciones a esta Convención, salvo las expresamente autorizadas por otros artículos de la Convención» (sobre esta disposición, véase Pellet, «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer», págs. 505 a 511). Puede ocurrir que el tratado fije un número máximo de reservas o de disposiciones que pueden ser objeto de reservas (véase, por ejemplo, el artículo 25 del Convenio europeo sobre adopción de niños). Estas disposiciones se han de asimilar a las que autorizan a las partes a aceptar determinadas obligaciones o a elegir entre las disposiciones de un tratado, que no constituyen cláusulas de reservas *stricto sensu* (véanse los proyectos de directrices 1.4.6 y 1.4.7 de la Comisión y su comentario, *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 119 y ss.).

⁸⁸ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 73. Sobre la distinción entre reservas determinadas (*specified*) y no determinadas, véase también el párrafo 47 *infra*.

⁸⁹ Fallo, *C.I.J. Recueil 1969*, págs. 38 a 41. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 100.

⁹⁰ *Affaire de la delimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), págs. 161 a 165, párrs. 39 a 44.

⁹¹ *Ibid.*, pág. 161, párr. 39.

No obstante,

no se puede entender que el artículo 12 obligue a los Estados a aceptar por adelantado cualquier tipo de reserva a disposiciones que no sean los artículos 1 a 3. Esa interpretación del artículo 12 equivaldría casi a dar permiso a los Estados contratantes para que redactaran su propio tratado, lo cual sobrepasaría manifiestamente el objetivo de este artículo. Sólo si el artículo en cuestión hubiese autorizado la formulación de reservas específicas se podría considerar que hay Partes en la Convención que han aceptado de antemano una reserva determinada. Pues bien, eso no ocurre en este caso, ya que el artículo 12 autoriza la formulación de reservas a artículos que no sean los artículos 1 a 3 en términos muy generales⁹².

41. Algo diferente ocurre cuando la cláusula de reserva define las categorías de reservas autorizadas. Sirve de ejemplo al respecto el artículo 39 del Acta General (arreglo pacífico de desacuerdos internacionales):

1. Además de la facultad mencionada en el artículo precedente⁹³, al adherirse a la presente Acta General, una parte podrá subordinar su aceptación a las reservas enumeradas en forma restrictiva en el párrafo siguiente. Estas reservas deberán señalarse en el momento de la adhesión.

2. Esas reservas podrán formularse de manera de excluir de los procedimientos descritos en la presente Acta:

a) las controversias derivadas de hechos anteriores, bien a la adhesión de la parte que formula la reserva, bien a la adhesión de otra parte con la que la primera llegue a tener una controversia;

b) las controversias que versen sobre cuestiones que según el derecho internacional son de la competencia exclusiva de los Estados;

c) las controversias que versen sobre asuntos determinados o materias especiales netamente definidas como el estatuto territorial, o que entren dentro de categorías exactamente precisadas.

Como indicó la CIJ en su fallo de 19 de diciembre de 1978 en el caso *Plateau continental de la mer Egée*:

Cuando un tratado multilateral prevé así que sólo se admitirán reservas de categorías determinadas especialmente designadas, existe evidentemente una gran probabilidad, si no una verdadera presunción, de que las reservas formuladas en términos tomados del tratado estén destinadas a aplicarse a las categorías correspondientes contempladas por éste [aunque los Estados no sigan] escrupulosamente el esquema [previsto en la cláusula de reserva]⁹⁴.

42. Otro ejemplo, particularmente célebre y comentado⁹⁵, de cláusula que autoriza las reservas (y que entra a su vez en la segunda de las categorías mencionadas más

⁹² *Ibid.*

⁹³ En el artículo 38 se prevé que las Partes se pueden adherir a determinadas partes del Acta General solamente.

⁹⁴ *Plateau continental de la mer Egée*, fallo, *C.I.J. Recueil 1978*, pág. 23, párr. 55. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 141.

⁹⁵ Véanse Bonifazi, «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»; Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, págs. 85 a 93; Frowein, «Reservations to the European Convention on Human Rights»; Imbert, «Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire Temeltasch)»; Kühner, «Reservations and Interpretative Declarations to the European Convention on Human Rights (ECHR), Article 64 ECHR and the Swiss' interpretative declaration to Article 6 (3) (e) ECHR»; Marcus-Helmons, «L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme»; Pires, *As reservas à la Convenção europeia dos direitos do homem*, pág. 493; Sapienza, «Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo», y Schabas, «Article 64».

arriba⁹⁶) lo proporciona el artículo 57 (antes 64) del Convenio europeo de derechos humanos:

Reservas

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 esta 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.

En este caso, la facultad de formular reservas está limitada a la vez por condiciones de forma y de fondo; además de las habituales limitaciones *ratione temporis*⁹⁷, una reserva al Convenio europeo de derechos humanos debe:

a) referirse a una disposición determinada del Convenio;

b) estar justificada por el estado de la legislación de su autor al momento de la formulación de la reserva;

c) no «estar redactada en términos demasiado vagos o amplios para que se pueda apreciar el sentido y el ámbito de aplicación exactos»⁹⁸;

d) ir acompañada de una breve exposición que permita apreciar «el alcance de la disposición del Convenio cuya aplicación pretende excluir el Estado por medio de una reserva»⁹⁹.

La apreciación del cumplimiento de cada una de estas condiciones plantea problemas. Sin embargo, se puede considerar que las reservas autorizadas por el Convenio europeo de derechos humanos son «determinadas» en el sentido del artículo 19, apdo. b, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que sólo esas reservas son válidas.

43. Se ha señalado que esta redacción «no es fundamentalmente diferente»¹⁰⁰ de la escogida, por ejemplo, en el artículo 26, párr. 1, del Convenio europeo de extradición:

Toda Parte Contratante podrá, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión, formular alguna reserva con respecto a una o varias disposiciones determinadas del Convenio.

No obstante, se puede ver en ella una autorización general. Asimismo, mientras que el tipo de reservas que se

pueden formular al Convenio europeo de derechos humanos es «determinado», en el caso que nos ocupa la autorización sólo está limitada por la exclusión de las reservas transversales¹⁰¹.

44. Por lo demás, una autorización general de las reservas¹⁰² no resuelve necesariamente por sí misma todos los problemas. Deja en particular intactas las cuestiones de si las otras partes pueden no obstante formular una objeción a ellas¹⁰³ y si estas reservas expresamente autorizadas¹⁰⁴ están sometidas al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado¹⁰⁵. Esta última cuestión será examinada más adelante en la sección C.

45. En esta etapa, la única cuestión que se plantea es si es necesario precisar, en una directriz separada de la Guía de la práctica, cuál es el alcance del apartado b del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Esto se puede enfocar de dos maneras. Se puede, en primer lugar, pensar en un proyecto de directriz que fuera, por lo que se refiere a las reservas autorizadas, el equivalente del proyecto de directriz 3.1.1 cuyo texto se propone más arriba¹⁰⁶. Sin embargo, en el apartado b se precisa expresamente que sólo la autorización de «determinadas reservas» por el tratado (excluyendo cualquier otra posibilidad) prohíbe la formulación de otras reservas. Todo lo que se podría hacer sería decir entonces, *a contrario*, que si el tratado autoriza la formulación de reservas de un modo general o no «determina» las reservas que pueden ser formuladas de manera restrictiva, sigue siendo posible formular reservas. Un proyecto de ese tipo equivaldría a decir de otro modo, «negativamente», lo mismo que está ya previsto en el texto de este apartado¹⁰⁷ y no tendría mucha utilidad.

¹⁰¹ Sobre esta noción, véase el proyecto de directriz 1.1.1 de la Guía de la práctica y su comentario en *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 99 y ss.

¹⁰² Para otro ejemplo, aún más claro, véase el artículo 18, párr. 1, del Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos: «Todo Estado, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá formular una o más reservas».

¹⁰³ Lo cual prevén a veces expresamente (véanse, por ejemplo, el artículo VII de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, y las observaciones al respecto de Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 121). El párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 no resuelve el problema: permite que se «establezca» (o «haga») la reserva sin que sea necesaria una aceptación, pero nada dice en cuanto a las objeciones. Se puede sostener, sin embargo, que el párrafo 4 de este mismo artículo parece excluir la posibilidad de hacer objeciones a una «reserva expresamente autorizada por el tratado» porque excluye aparentemente la aplicación del párrafo 4 a los casos diferentes de los previstos en el párrafo 1.

¹⁰⁴ No cabe razonablemente sostener que el apartado b podría incluir reservas «tácitamente autorizadas», aunque sólo fuera porque todas las que no están prohibidas están, *a contrario*, autorizadas, a reserva de las disposiciones del apartado c. En consecuencia, la expresión «determinadas reservas» en el apartado b del artículo 19 no carece de analogía con la expresión «reserva expresamente autorizada por el tratado» que figura en el párrafo 1 del artículo 20.

¹⁰⁵ Véanse las cuestiones planteadas por Spiliopoulou Åkermark, *loc. cit.*, págs. 496 y 497, o Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 124.

¹⁰⁶ Párr. 32.

¹⁰⁷ Una directriz de este tipo debería probablemente redactarse así: «El apartado b de la directriz 3.1 no excluye la formulación de reservas no expresamente previstas por el tratado si éste autoriza las reservas de manera general o prevé la facultad de formular reservas sin especificar las que pueden formularse restrictivamente».

⁹⁶ Párr. 38. Para otros ejemplos, véanse Aust, *op. cit.*, págs. 109 y 110; Spiliopoulou Åkermark, *loc. cit.*, págs. 495 y 496; Bishop, «Reservations to treaties», págs. 323 y 324, y Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 181. Véanse también el cuadro en que se presentan los instrumentos del Consejo de Europa que incluyen cláusulas que entran en cada una de las dos primeras categorías de cláusulas de reservas permisivas mencionadas en el párrafo 38 *supra*, en Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 125, y los demás ejemplos de autorizaciones parciales que da esta autora, págs. 126 a 129.

⁹⁷ Véase el párrafo 19 *supra*.

⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Belilos*, sentencia de 29 de abril de 1988, *serie A n.º 132*, pág. 26, párr. 55.

⁹⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *Temeltasch c. Suisse*, demanda n.º 9116/80, informe de 5 de mayo de 1982, *Décisions et rapports*, vol. 31, 1983, pág. 134, párr. 90.

¹⁰⁰ Imbert, *op. cit.*, pág. 186; véase también Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 122.

46. En cambio, no es probablemente superfluo incluir en la Guía de la práctica un proyecto de directriz que defina lo que se debe entender por «determinadas reservas»: esta calificación tiene en efecto importantes consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable puesto que cabe legítimamente sostener que las reservas que no son «determinadas» están sometidas a la obligación de respetar el criterio del objeto y el fin del tratado.

47. Esta definición no es obvia. Suscitó controversias particularmente después del arbitraje *Mer d'Iroise*¹⁰⁸. Para algunos autores, una reserva es «determinada» si el tratado indica precisamente los límites dentro de los cuales puede ser formulada; estos criterios reemplazan entonces (pero solamente en este caso) al del objeto y el fin¹⁰⁹. En favor de esta postura se puede aducir el mencionado laudo arbitral de 1977, aunque éste diga más lo que una reserva determinada no es, que lo que es¹¹⁰. De él se desprende en efecto que el simple hecho de que una cláusula de reserva autorice reservas a determinadas disposiciones particulares del tratado no basta para «determinar» esas reservas en el sentido del apartado *b* del artículo 19¹¹¹, pero el Tribunal arbitral se limita a exigir que las reservas deben ser «específicas»¹¹², sin indicar cuál es la prueba de esa especificidad.

48. No sin razón, se ha señalado¹¹³, sin embargo, que es ilusorio exigir que el tratado fije con precisión el contenido de las reservas autorizadas y que ello ocurre muy excepcionalmente, salvo en el caso, infrecuente, de las «reservas negociadas»¹¹⁴. Por lo demás, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, el Sr. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, asimiló las reservas determinadas a «las que el tratado autoriza expresamente»¹¹⁵, sin más precisión. A la inversa, sin embargo, la Comisión no aceptó una propuesta del Sr. Rosenne que tenía por objeto sustituir la expresión «determinadas reservas», que juzgaba «demasiado restringida», por «reservas a determinadas disposiciones»¹¹⁶.

49. Ninguna de estas consideraciones es decisiva. Pero hay que conciliar la tesis, sin duda excesiva (ya que priva en gran medida al apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 de todo alcance real),

¹⁰⁸ Véase la nota 90 *supra*.

¹⁰⁹ Bowett, «Reservations...», págs. 71 y 72.

¹¹⁰ Véase el párrafo 40 *supra*.

¹¹¹ Véanse los párrafos 39 y 40 *supra*.

¹¹² En realidad, es la autorización la que debe referirse a reservas específicas o determinadas, términos que el Tribunal arbitral considera sinónimos (véase la nota 90 *supra*).

¹¹³ Véase sobre todo, Imbert, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», págs. 50 a 53.

¹¹⁴ Sobre esta noción, véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), págs. 183 y 184, párrs. 164 a 171. El principal ejemplo propuesto por Bowett para ilustrar su tesis se refiere precisamente a una «reserva determinada» («Reservations...», pág. 71).

¹¹⁵ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 70.ª sesión, pág. 458, párr. 23.

¹¹⁶ *Anuario... 1965*, vol. I, 813.ª sesión, pág. 274, párr. 7. Imbert (*op. cit.*, pág. 52), observa en cambio, no sin razón, que aunque no se hubiera seguido al Sr. Rosenne, el propio Sr. Waldock había procedido igualmente a esta asimilación (*Anuario... 1965*, vol. I, 813.ª sesión, pág. 276, párr. 27).

que exige que el contenido de las reservas autorizadas sea fijado con precisión por la cláusula de reserva y la que asimila una reserva determinada a una «reserva expresamente autorizada por el tratado»¹¹⁷, en circunstancias en que el apartado *b* del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 20 utilizan expresiones diferentes. A tal efecto, hay que admitir, sin duda, que las reservas determinadas en el sentido del apartado *b* de la directriz 3.1 deben, por una parte, referirse a disposiciones particulares y, por otra, cumplir determinadas condiciones especificadas en el tratado, pero sin llegar a exigir que su contenido esté predeterminado. Una definición de este tipo podría tener el texto siguiente:

«3.1.2. Definición de 'determinadas reservas'»

A los efectos de la directriz 3.1, por la expresión 'determinadas reservas' se entenderán reservas expresamente autorizadas por el tratado a disposiciones particulares y que deben cumplir condiciones especificadas por el tratado.»

2. EL EFECTO DE LA FORMULACIÓN DE UNA RESERVA PROHIBIDA POR EL TRATADO (REENVÍO)

50. Siempre se ha dado por supuesto que una reserva no puede ser formulada (y con más razón aún, «hecha») cuando una cláusula del tratado la prohíbe, expresa o tácitamente. Esta verdad de Perogrullo fue enunciada desde 1950 por el Sr. Brierly en su primer informe sobre el derecho de los tratados; los párrafos 1, 2 y 4 del proyecto de artículo 10 sobre las reservas que proponía comenzaban con la fórmula siguiente: «Salvo indicación en contrario en el tratado»¹¹⁸. Como explicaba en el comentario de esta disposición:

respecto de tratados especiales puede haberse aclarado previamente que las posibles partes no aceptarán absolutamente ninguna reserva. No es raro encontrar en los tratados cláusulas en ese sentido¹¹⁹.

51. Este postulado lógico nunca ha sido puesto en duda posteriormente¹²⁰. No hace otra cosa que recordar que las

¹¹⁷ En este sentido, Imbert, «La question des réserves...», pág. 53.

¹¹⁸ *Yearbook... 1950*, vol. II, págs. 238, 239 y 241. La versión en español (A/CN.4/23) tiene variantes: «A menos que en un tratado se indique lo contrario» (pág. 46); «A menos que en el texto del tratado se indique lo contrario» (pág. 52).

¹¹⁹ *Ibid.*, pág. 48, párr. 88. Véase asimismo *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 239, párr. 88; véase también págs. 239 y 240, párr. 90.

¹²⁰ Véanse los informes del Sr. Lauterpacht (primer informe, *Yearbook... 1953*, vol. II, pág. 136, párr. 4; segundo informe, *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 131, párr. 1); el primer informe del Sr. Waldock (*Anuario... 1962*, vol. II, pág. 69, art. 17, párr. 1, apdo. *a*, y pág. 75, párr. 9 del comentario), las explicaciones que dio con motivo de los debates de la Comisión (*ibid.*, vol. I, 653.ª sesión, pág. 171, párr. 57) y el texto aprobado por la Comisión en primera lectura (*ibid.*, vol. II, pág. 203, art. 18, párr. 1, apdo. *a*) y su comentario (*ibid.*, pág. 206, párr. 10, y pág. 208, párr. 15); el cuarto informe del Sr. Waldock (*Anuario... 1965*, vol. II, documento A/CN.4/177, pág. 52, art. 18, párr. 2, apdo. *a*) y el texto aprobado por la Comisión en 1965 (*ibid.*, pág. 172, art. 18, apdo. *a*) y su comentario (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 227, párr. 17 del comentario al artículo 16). El apartado *a* del proyecto de artículo 16 no planteó mucho problema en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados; sólo las enmiendas de España (A/CONF.39/C.1/L.147) (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), pág. 144), retiradas posteriormente (Documentos Oficiales de la Conferencia de

disposiciones de la Convención de Viena de 1969 tienen carácter supletorio¹²¹: «cuando el tratado mismo contenga disposiciones sobre reservas, la cuestión ha de regirse por el tratado»¹²² y cuando una cláusula de este tipo prohíbe la reserva prevista, ésta no puede ser formulada, mientras que a la inversa, si la permite, la cuestión de su validez no se plantea¹²³. Pero la aparente simplicidad de estas normas de sentido común¹²⁴ no deja de ocultar delicados problemas. Una vez resuelta la cuestión del alcance de una prohibición de formular reservas establecida en el tratado, se plantea la de cuál es el efecto eventual de una reserva formulada a pesar de la cláusula que la prohíbe expresa (art. 19, apdo. *a*) o tácitamente (art. 19, apdo. *b*).

52. Ninguna disposición de la Convención de Viena de 1969 da expresamente respuesta a esta pregunta, cuya importancia concreta es grande, y los trabajos preparatorios del artículo 19¹²⁵ no arrojan luz al respecto¹²⁶. Quizás esta respuesta haya parecido evidente en lo que se refiere a los apartados *a* y *b*¹²⁷. No obstante, si lo es, no existe ninguna razón para no extrapolarla a la hipótesis, en general considerada mucho más misteriosa, del apartado *c*: nada en el texto de la Convención o en la lógica justifica respuestas diferentes¹²⁸. Sin embargo, la cuestión de los

efectos de una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado (hipótesis del apartado *c*) fue objeto de largos debates, poco concluyentes, con ocasión de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969. Parece entonces preferible no disociar el estudio de los efectos de una reserva formulada a pesar de una prohibición expresa o implícita en el sentido del apartado *c* del artículo 19 del de las consecuencias de una reserva contraria al objeto y al fin del tratado.

53. Basta indicar en esta etapa que numerosos comentaristas consideran que una reserva formulada a pesar de una prohibición establecida en el tratado es nula de pleno derecho¹²⁹ y admiten que su formulación entraña la invalidez de la expresión del consentimiento a quedar obligado¹³⁰. Si así ocurre, estas conclusiones deberían influir en la respuesta a la pregunta de cuáles son los efectos de una reserva formulada a pesar de lo dispuesto en el apartado *c* del artículo 19.

C. Reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado

54. «[E]n los casos no previstos en los apartados *a* y *b*», el apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 excluye la formulación de reservas incompatibles «con el objeto y el fin del tratado». Ese principio constituye uno de los elementos fundamentales del sistema flexible consagrado por el régimen de Viena, porque mitiga el «relativismo radical»¹³¹ dimanado del sistema panamericano, que reduce los instrumentos multilaterales a una red de relaciones bilaterales¹³², y al mismo tiempo se evita la rigidez resultante del sistema de la unanimidad.

55. Aparecida en materia de reservas en la opinión consultiva de la CIJ de 1951¹³³, esta noción se impuso progresivamente y hoy día se ha convertido en el punto de equilibrio entre la necesidad de mantener los aspectos esenciales del tratado y la voluntad de facilitar la adhesión a los instrumentos multilaterales del mayor número posible de Estados. No obstante, existe una gran diferencia entre la función del criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado según la opinión consultiva de la CIJ de 1951, por un lado, y el apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 por el otro¹³⁴. En la

(Continuación de la nota 120.)

las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones... (nota 31 *supra*), 25.ª sesión, pág. 149, párr. 29), y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (A/CONF.39/C.1/L.115) (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), pág. 144), que modificaban completamente los proyectos de artículos 16 y 17, habrían implicado su supresión. Según la Unión Soviética, este apartado (así como el apartado *b*) «parece innecesario, ya que los casos en los que las reservas están prohibidas por el tratado son sumamente raros. Además, conservar dicho apartado equivaldría a establecer una norma que constituye una excepción, restringiendo así la facultad de los Estados para hacer reservas» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 21.ª sesión, págs. 118 y 119, párr. 5). Esta enmienda fue rechazada por la Comisión Plenaria por 70 votos contra 10 y 3 abstenciones (ibíd., 25.ª sesión, pág. 148, párr. 23).

¹²¹ Véanse el párrafo 12 y la nota 27 *supra*.

¹²² *Anuario...* 1962, vol. II, pág. 206, párr. 10 del comentario a los proyectos de artículos 18 a 20. Los apartados *a* y *b* del artículo 19 «no hacen mucho más que reconocer que las Partes son libres de incluir en su tratado disposiciones que establecen si está permitido hacer reservas a su texto o en qué medida» (Greig, *loc. cit.*, pág. 51).

¹²³ Véase el laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el caso *Mer d'Iroise*, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 161, párr. 39: «por el artículo 12 [de la Convención de sobre la plataforma continental], el Reino Unido se comprometió a no impugnar el derecho de la República Francesa a ser parte en la Convención con las reservas permitidas por ese artículo». Sin embargo, esto no resuelve la cuestión previa de saber si las reservas formuladas por Francia eran válidas (véase el párrafo 39 *supra*).

¹²⁴ Hasta el punto de que se ha podido considerar que «está claro que no existe ninguna necesidad de una norma adicional en la Convención de Viena» (Lijnzaad, *op. cit.*, pág. 39); véase también la nota 45 *supra*.

¹²⁵ Véase la nota 53 *supra*.

¹²⁶ Véase Greig, *loc. cit.*, págs. 52 y 53, o Fodella, *loc. cit.*, pág. 140. Véase también Tomuschat (*loc. cit.*, pág. 477), quien estima, sin embargo, que los trabajos preparatorios muestran que la Comisión consideraba que era imposible aceptar una reserva excluida en virtud de los apartados *a* y *b*.

¹²⁷ Para un análisis crítico de esta pseudoevidencia, véase Greig, *loc. cit.*, págs. 52, 53 y 154.

¹²⁸ En este sentido, Aust (*op. cit.*, pág. 118) o Bowett («Reservations...», pág. 83), quien considera que esta conclusión se impone *a fortiori* en el caso previsto por el apartado *c*.

¹²⁹ Véase, por ejemplo, Bowett, «Reservations...», pág. 84. Para un análisis más matizado, véase Greig, *loc. cit.*, págs. 56 y 57.

¹³⁰ Bowett, «Reservations...», pág. 84, o Gaja, «Unruly treaty reservations», pág. 314. Véase también Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 467. Véanse asimismo las referencias a los debates de la Comisión (Bowett, «Reservations...»); estos debates son menos concluyentes en este sentido de lo que insinúa el autor.

¹³¹ Reuter, *op. cit.*, pág. 73, párr. 130. Este autor aplica la expresión al sistema establecido por la CIJ en su opinión consultiva *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (nota 19 *supra*); la crítica es sin duda excesiva (véanse los párrafos 88 a 90 *infra*; véanse también los párrafos 93 y ss. *infra*); por el contrario, es perfectamente aplicable al sistema panamericano.

¹³² Para el sistema panamericano, véase la bibliografía citada en Imbert, *op. cit.*, págs. 485 y 486. Además de la descripción hecha por el propio Imbert (ibíd., págs. 33 a 38), véase Whiteman, *Digest of International Law*, págs. 141 a 144, o Ruda, *loc. cit.*, págs. 115 a 133.

¹³³ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951*, págs. 24 y 26.

¹³⁴ Coccia, *loc. cit.*, pág. 9; Lijnzaad, *op. cit.*, pág. 40; Ramamontaldo, «Human rights conventions and reservation to treaties», págs. 1265 y 1266, o Sinclair, *op. cit.*, pág. 61.

opinión consultiva, se aplica tanto a la formulación de las reservas como a la de las objeciones:

El objeto y el fin [del tratado] establecen de este modo límites tanto a la libertad de formular reservas como a la de objetarlas¹³⁵.

En la Convención de Viena de 1969, por su parte, se limita únicamente a las reservas: el artículo 20 no limita la facultad de los demás Estados contratantes de formular sus objeciones.

56. Dentro de ese límite, no cabe duda de que hoy día ese criterio de validez de la formulación de las reservas refleja una norma consuetudinaria que nadie discute¹³⁶. De todos modos, su contenido sigue siendo flexible (secc. 2) y las consecuencias de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado están teñidas de un cierto grado de incertidumbre (secc. 3). Sin embargo, antes de examinar las respuestas que la Comisión podría aportar a esas dos cuestiones centrales, es conveniente determinar de manera preliminar los tipos de reservas a los cuales se aplica la prueba de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado (secc. 1).

1. APLICABILIDAD DEL CRITERIO DE LA COMPATIBILIDAD DE LA RESERVA CON EL OBJETO Y EL FIN DEL TRATADO

57. El principio enunciado en el apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, según el cual no se puede formular una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado, sólo tiene un carácter subsidiario, ya que sólo se aplica a las hipótesis previstas en los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de las Convenciones¹³⁷, y si el tratado mismo no reglamenta la cuestión de las reservas.

58. Si así lo hiciera, se debe distinguir entre distintos supuestos, que dan lugar a respuestas diferentes a la cuestión de saber si las reservas así reglamentadas se someten o no a la prueba de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. En dos de esas hipótesis, la respuesta es claramente negativa:

a) no cabe ninguna duda de que una reserva expresamente prohibida por el tratado no podría considerarse válida con el pretexto de que sería compatible con el objeto y el fin del tratado¹³⁸;

¹³⁵ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951*, pág. 24.

¹³⁶ Véanse los argumentos dados en tal sentido por Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 138 a 143. Véanse igualmente las Conclusiones preliminares de la Comisión sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, en las que consideró que «los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena [...] de 1969 y la Convención de Viena [...] de 1986 regulan el régimen de reservas a los tratados y [...] que, en particular, el objeto y finalidad del tratado es el más importante de los criterios para apreciar la admisibilidad de las reservas» (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 57, párr. 1).

¹³⁷ El caso de los tratados de participación restringida o de actos constitutivos de organizaciones internacionales. Esas hipótesis no constituyen casos de prohibición tácita de formular una reserva; reintroducen, para tipos particulares de tratados, el sistema de la unanimidad.

¹³⁸ En sus observaciones sobre el proyecto aprobado en primera lectura por la Comisión, el Canadá había sugerido que «se considere la posibilidad de hacer también extensivo el criterio de la 'compatibilidad con el objeto y la finalidad del tratado' a las reservas presentadas en aplicación de disposiciones expresas del tratado, con objeto de que no

b) lo mismo se puede decir respecto de las reservas determinadas: expresamente autorizadas por el tratado en condiciones concretas, son válidas de pleno derecho, sin tener que ser aceptadas por los demás Estados contratantes¹³⁹ y no están sometidas a la prueba de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado¹⁴⁰. Estos casos evidentes indudablemente no merecen ser enunciados en las disposiciones particulares de la Guía de la práctica; son la consecuencia directa e inevitable del apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que se propone reproducir en el proyecto de directriz 3.1¹⁴¹.

59. La solución es diferente en las dos otras hipótesis que resultan *a contrario* de lo dispuesto en los apartados *a* y *b* del artículo 19:

a) una reserva tácitamente autorizada, de modo que no entra en el marco de las reservas prohibidas (apdo. *a*);

b) una reserva expresamente autorizada, pero no «determinada».

60. En ambos casos, no se debe presumir que la autorización convencional de formular las reservas equivale a un cheque en blanco que se da a los Estados o a las organizaciones internacionales para formular cualquier tipo de reservas, cuando éstas podrían vaciar al tratado de su sustancia.

61. Cuando se trata de reservas autorizadas tácitamente, el Sr. Waldock había admitido, en su cuarto informe sobre el derecho de los tratados, que una «posible excepción [al principio de la validez de pleno derecho de las reservas autorizadas por el tratado] sería el caso de un tratado que prohíbe explícitamente ciertas reservas con lo cual permite implícitamente otras, pues quizás no fuese desaceratado considerar la compatibilidad con el objeto y la finalidad como una limitación tácita a la formulación de otras reservas». No obstante, había descartado esa posibilidad, no porque fuera inexacta, sino porque «tal vez esto sea afinar demasiado la elaboración de las normas relativas a la intención de las partes, y parece conveniente que las disposiciones del artículo 18 [que pasó a ser el artículo 19 de la Convención] se formulen de la manera más sencilla posible»¹⁴². Esas consideraciones no son pertinentes en lo que respecta a la Guía de la práctica, cuya ambición es precisamente aportar a los Estados respuestas coherentes al conjunto de interrogantes que pueden plantearse en materia de reservas.

62. Es necesario entonces precisar en la Guía de la práctica que las reservas «autorizadas tácitamente», o sea que no están formalmente excluidas por el tratado, deben ser

se apliquen criterios distintos a los casos en que un tratado no contenga disposición alguna sobre las reservas y a los casos en que las admita» (*Anuario... 1965*, vol. II, pág. 47). Esa propuesta (no demasiado clara) no fue mantenida por la Comisión. En el mismo sentido, véanse las propuestas (más claras) del Sr. Briggs, *Anuario... 1962*, vol. I, 663.ª sesión, pág. 238, párr. 13, y *Anuario... 1965*, vol. I, 813.ª sesión, pág. 275, párr. 10; *contra*: Sr. Ago, *ibíd.*, párr. 16.

¹³⁹ Véase el artículo 20, párr. 1.

¹⁴⁰ Véase el párrafo 39 *supra*.

¹⁴¹ Véase el párrafo 20 *supra*.

¹⁴² *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 52, párr. 4 *in fine*.

compatibles con el objeto y el fin del tratado. En efecto, sería como mínimo paradójico que las reservas a tratados que contengan cláusulas de reserva sean admitidas más liberalmente que en el caso de tratados que no las incluyan¹⁴³.

63. El proyecto de directriz 3.1.3, en que se prevé esa hipótesis, podría tener el texto siguiente:

«3.1.3 *Reservas autorizadas tácitamente por el tratado*

Cuando el tratado prohíba la formulación de ciertas reservas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva no prohibida por el tratado cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.»

64. El problema se plantea de la misma manera cuando la prohibición de la reserva es tácita (supuesto del apartado b).

65. Como se indicó precedentemente¹⁴⁴, la enmienda de Polonia al apartado b aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados de 1968 limitó la hipótesis de la prohibición tácita de las reservas únicamente a «[q]ue el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate»¹⁴⁵. De ello resulta que si las reservas autorizadas no están determinadas, se deben someter a las mismas condiciones generales que las reservas a tratados que no incluyan cláusulas concretas.

66. La modificación incorporada al apartado c, a continuación de la enmienda de Polonia, es un argumento más en tal sentido. En el texto de la Comisión, la redacción del apartado c era la siguiente:

El tratado no contenga disposición alguna acerca de las reservas y la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado*¹⁴⁶.

Estaba en la lógica del apartado b que se prohibiera la formulación de reservas que no estuvieran autorizadas por una cláusula de reserva. En consecuencia, como una autorización no se puede interpretar más *a contrario* como que excluye automáticamente otras reservas, esa fórmula no se podía mantener¹⁴⁷; en consecuencia, el Comité de Redacción de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados lo modificó en favor del texto actual¹⁴⁸. De ello resulta *a contrario* que si una reserva no

entra en el campo de aplicación del apartado b (porque no está determinada), se la debe someter a la prueba de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

67. Por lo demás, ese fue el razonamiento en que se fundó el Tribunal arbitral que resolvió el caso *Mer d'Iroise* para decidir que el solo hecho de que el artículo 12 del Convenio sobre la plataforma continental autoriza ciertas reservas, sin determinarlas¹⁴⁹, no permite precisar automáticamente la validez de éstas¹⁵⁰.

68. En un caso de esa naturaleza, la validez de la reserva «no se puede presumir simplemente con fundamento en que es, o pretende ser, una reserva a un artículo al cual se permiten formular reservas»¹⁵¹. Su validez se debe apreciar teniendo en cuenta su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado¹⁵².

69. Esa constatación podría ser objeto de un proyecto de directriz 3.1.4, con el texto siguiente:

«3.1.4 *Reservas no determinadas autorizadas por el tratado*

Cuando el tratado autorice ciertas reservas, sin determinarlas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.»

70. Otra posibilidad sería precisar, en un proyecto de directriz única, que combinara los proyectos 3.1.3 y 3.1.4 propuestos precedentemente, los casos en que la formulación de una reserva está subordinada al respeto de la condición de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, a pesar de que en el texto del tratado exista una cláusula de reserva:

«3.1.3/3.1.4 *Compatibilidad de las reservas autorizadas por el tratado con el objeto y fin de éste*

Cuando el tratado autorice, expresa o tácitamente, ciertas reservas sin determinarlas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.»

de las categorías previstas en los apartados a y b» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 70.ª sesión, pág. 457, párr. 17). Véase una observación en tal sentido hecha por el Sr. Briggs ya en 1965 en los debates de la Comisión (*Anuario...* 1965, vol. I, 796.ª sesión, pág. 152, párr. 37).

¹⁴³ Véase el párrafo 39 *supra*.

¹⁴⁴ Caso *Mer d'Iroise*, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 161, párr. 39. Véase también el párrafo 40 *supra*.

¹⁴⁵ Bowett, «Reservations...», pág. 72. En el mismo sentido, Ruda, *loc. cit.*, pág. 182, o Teboul, «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», págs. 691 y 692. Contra: Imbert, «La question des réserves...», págs. 50 a 53; esa opinión, con argumentos muy vigorosos, no tiene suficientemente en cuenta las consecuencias de la modificación introducida al apartado c en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados (véase el párrafo 66 *supra*).

¹⁴⁶ Tomuschat (*loc. cit.*, pág. 474) da un ejemplo pertinente: «Si, por ejemplo, un convenio de protección de derechos humanos prohíbe, en una 'cláusula colonial', que se excluya del alcance del tratado a los territorios dependientes, sería absurdo suponer que, a raíz de ello, se autorizan todo tipo de reservas, incluso las relativas a las garantías más elementales de las libertades individuales, aun si con esas restricciones se privara al tratado de su sustancia misma».

¹⁴³ En el mismo sentido, véase la intervención del Sr. Rosenne, *Anuario...* 1965, vol. I, 797.ª sesión, pág. 155, párr. 10.

¹⁴⁴ Párr. 37.

¹⁴⁵ Convención de Viena de 1969, art. 19, apdo. b.

¹⁴⁶ *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 222.

¹⁴⁷ Sin embargo, Polonia no había presentado una enmienda al apartado c relativa a las consecuencias de la enmienda que había hecho adoptar en el apartado b. Por el contrario, una enmienda de Viet Nam tendiente a suprimir la expresión «El tratado no contenga disposición alguna acerca de la reserva y» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), pág. 144, párr. 177), fue rechazada por la Comisión Plenaria (*ibíd.*, pág. 147, párr. 181).

¹⁴⁸ Curiosamente, el motivo dado por el Presidente del Comité de Redacción no vincula esta modificación del apartado c a la aportada al apartado b: el Sr. Yaseen se limitó a indicar que «[a]lgunos miembros del Comité han estimado que no es concebible que un tratado contenga una disposición sobre las reservas que no esté comprendida en ninguna

71. Sin embargo, este texto fusionado tiene sin duda el inconveniente de combinar dos hipótesis diferentes, una relativa al apartado *a* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y la otra al apartado *b*, y de ser además un poco recóndito para un lector no advertido que no tenga a su disposición los comentarios. No obstante, el Relator Especial se remite a la prudencia de la Comisión para que elija un proyecto de directriz única o bien dos proyectos diferentes.

2. LA NOCIÓN DE OBJETO Y FIN DEL TRATADO

72. Dos autores concluyeron un estudio minucioso dedicado a la noción del objeto y el fin de un tratado, lamentando que la noción del «objeto y el fin de un tratado es en efecto un tanto enigmática»¹⁵³. Lo cierto es que la tentativa hecha en el apartado *c* del artículo 19 de introducir un elemento objetivo en un sistema en gran parte subjetivo no es plenamente concluyente¹⁵⁴: «Es más fácil afirmar que una reserva determinada es contraria al objeto y el fin de un tratado que demostrarlo»¹⁵⁵. En su opinión colectiva en disidencia, los magistrados disidentes criticaron la solución adoptada por la mayoría en el caso *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, afirmando que ella no permitiría «alcanzar resultados definitivos y uniformes»¹⁵⁶, y ese había sido uno de los principales motivos de la resistencia opuesta por la Comisión respecto del sistema flexible adoptado por la CIJ en 1951:

Aunque se considere intrínsecamente posible trazar la distinción entre las disposiciones que forman parte del objeto y propósito de una convención y las demás disposiciones de la misma, la Comisión no ve la forma de que pueda hacerse esa distinción sino de modo subjetivo¹⁵⁷.

73. Asimismo, el propio Sr. Waldock, en su importante primer informe sobre el derecho de los tratados, de 1962¹⁵⁸, manifestó una vez más sus dudas:

[E]l principio aplicado por la Corte es esencialmente subjetivo y poco apropiado para aplicarse como criterio general con objeto de determinar si el Estado autor de una reserva tiene o no derecho a que se le considere como parte en un tratado multilateral. Es un criterio que podría ser aplicable si pudiera dirimirse siempre de modo independiente de la cuestión de la «compatibilidad con el objeto y propósito del tratado»; pero no es así.

[...]

¹⁵³ Buffard y Zemanek, «The 'object and purpose' of a treaty: an enigma?», pág. 342. Las incertidumbres vinculadas a ese criterio han sido señaladas (y criticadas con distintos grados de virulencia) por la doctrina; véanse, por ejemplo, Aust, *op. cit.*, pág. 111; Dupuy, *Droit international public*, pág. 273; Fitzmaurice, «Reservations to multilateral conventions», pág. 12; Rama-Montaldo, *loc. cit.*, pág. 1265; Rousseau, *Droit international public*, pág. 126; Teboul, *loc. cit.*, págs. 695 y 696; y *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 155, párr. 109.

¹⁵⁴ Según Koh, «La Corte Internacional introdujo una terminología teleológica al vocabulario de las reservas, que previamente había estado dominado por el término 'consentimiento'» («Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», pág. 85).

¹⁵⁵ Lijnzaad, *op. cit.*, págs. 82 y 83.

¹⁵⁶ *C.I.J. Recueil 1951*, opinión consultiva, pág. 44.

¹⁵⁷ *Yearbook... 1951*, vol. II, pág. 128, párr. 24. En español, véase *A/CN.4/23*, pág. 6, párr. 24.

¹⁵⁸ En ese primer informe presentó a la Comisión el «sistema flexible», al que defendió enérgicamente (*Anuario... 1962*, vol. II, págs. 72 a 74, párrs. 4 a 6 del comentario a los artículos 17, 18 y 19).

No obstante, el criterio de la Corte de la «compatibilidad con el objeto y propósito de la convención» expresa realmente un concepto valioso que deben tener en cuenta tanto los Estados que formulan una reserva como los Estados que deciden si deben consentir o no a una reserva que ha formulado otro Estado. [...] El Relator Especial, aunque opina también que el principio de la Corte tiene un valor como criterio general, considera que hay cierta dificultad para usarlo como *criterio* para determinar la situación de un Estado reservante en cuanto parte en un tratado en combinación con el criterio objetivo de la aceptación o rechazo de la reserva por otros Estados¹⁵⁹.

Se trató sin duda de una prudencia táctica, ya que la «conversión» sufrida por el propio Relator Especial respecto de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, no sólo como criterio de la validez de las reservas, sino también como elemento fundamental para tener en cuenta en materia de interpretación¹⁶⁰, fue rápida¹⁶¹.

74. En efecto, ese criterio tiene muchos méritos. Y, a pesar de los inevitables «márgenes de subjetividad», limitados sin embargo por el principio general de la buena fe, el apartado *c* del artículo 19 proporciona sin duda alguna una directriz útil que permite resolver de manera razonable la mayor parte de los problemas que se plantean.

a) El sentido de la expresión «objeto y fin del tratado»

75. Los trabajos preparatorios relativos a esta disposición no son de gran ayuda para determinar el sentido de la expresión¹⁶². Como se ha señalado¹⁶³, el comentario al proyecto de artículo 16 adoptado en 1966 por la Comisión, normalmente más prolija, se redujo a un párrafo único en que no se hizo alusión alguna a los problemas vinculados a la definición del objeto y el fin del tratado, sino, muy indirectamente, mediante un prudente

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág. 75, párr. 10 del comentario al artículo 17. En el mismo sentido, véase la presentación del Sr. Waldock, *ibid.*, vol. I, 651.ª sesión, pág. 150, párrs. 4 a 6; sin embargo, durante los debates, no dudó en calificar de «criterio» el principio de la compatibilidad (véase *ibid.*, pág. 157, párr. 85. Ese párrafo demuestra también que, según el Sr. Waldock, desde un principio ese criterio era decisivo para la formulación de las reservas (por oposición a las objeciones según las cuales únicamente el principio del consentimiento le parecía practicable)). La fórmula que se mantuvo en el proyecto de artículo 17, párr. 2, apdo. *a*, propuesto por el Relator Especial reflejaba esa posición incierta: «Todo Estado que formule una reserva con arreglo a las disposiciones del apartado *a* del presente artículo [para esta disposición, véase el párrafo 23 *supra*] debe asegurarse de que dicha reserva sea compatible con el objeto y fin del tratado» (*ibid.*, vol. II, pág. 69). Ese principio fue generalmente aceptado en los debates celebrados en la Comisión en 1962 (véanse, especialmente, las intervenciones de los Sres. Briggs (*ibid.*, vol. I, 651.ª sesión, pág. 151, párr. 23); Lachs (pág. 154, párr. 54); Rosenne (quien no duda de hablar de «criterio» (pág. 156, párr. 79); véase también, pág. 156, párr. 82, e *ibid.*, 653.ª sesión, pág. 168, párr. 27); Castren (*ibid.*, 652.ª sesión, pág. 159, párr. 25)) y en 1965 (Sres. Yasseen (*Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, pág. 156, párr. 20), y Tunkin (pág. 157, párr. 25)). Véanse, sin embargo, las objeciones de los Sres. de Luna (*ibid.*, 652.ª sesión, pág. 159, párr. 18, y 653.ª sesión, pág. 172, párr. 67); Gros (*ibid.*, 652.ª sesión, págs. 161 y 162, párrs. 47 a 51), o Ago (*ibid.*, 653.ª sesión, pág. 169, párr. 34), o durante los debates de 1965, las de los Sres. Ruda (*Anuario... 1965*, vol. I, 796.ª sesión, pág. 154, párr. 55, y 797.ª sesión, pág. 161, párr. 69) y Ago (*ibid.*, 798.ª sesión, pág. 168, párr. 71). Hasta el último momento, el Sr. Tsuruoka, el miembro japonés de la Comisión, se opuso al apartado *c*, razón por la cual se abstuvo en la votación sobre el proyecto de artículo 18 (aprobado por 16 votos contra ninguno y una abstención, *ibid.*, 816.ª sesión, pág. 294, párr. 42).

¹⁶⁰ Véase el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

¹⁶¹ Buffard y Zemanek, *loc. cit.*, págs. 320 y 321.

¹⁶² Véase *ibid.*, págs. 319 a 321.

¹⁶³ Redgwell, «The law of reservations in respect of multilateral conventions», pág. 7.

(¿o imprudente?¹⁶⁴) reenvió al proyecto de artículo 17¹⁶⁵: la admisibilidad o no admisibilidad de una reserva según el apartado *c* es en todo caso materia que depende en gran medida de la apreciación de la aceptabilidad de la reserva por los demás Estados contratantes¹⁶⁶.

76. Los debates respecto del apartado *c* celebrados en la Comisión¹⁶⁷ después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados¹⁶⁸ no han dado tampoco más luz sobre el sentido de la expresión «objeto y fin del tratado» a los fines de esa disposición, al menos no más que las demás disposiciones de la Convención de Viena de 1969 en que ésta figura.

77. La expresión aparece en siete disposiciones¹⁶⁹, de las cuales una —el artículo 20, párr. 2— se refiere a las reservas. Pero en ninguna se define la noción de objeto y fin del tratado, ni se dan «pistas» particulares con ese fin¹⁷⁰. Cabe deducir entonces que resulta conveniente otorgarle un alto grado de generalidad: no se trata de «desmenuzar» el tratado ni de examinar sus disposiciones una tras otra, sino más bien de establecer la «esencia», el «proyecto» global:

a) se admite unánimemente que el artículo 18, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 no obliga al Estado signatario a respetar el tratado, sino solamente a no hacerlo inoperante el día en que exprese su consentimiento a quedar vinculado por él¹⁷¹;

b) el artículo 58, párr. 1, apdo. *b*, inc. ii), está redactado con ese mismo espíritu: no trata de imponer que se respete el tratado, ya que el objeto mismo de esa disposición es determinar en qué condiciones se puede suspender su aplicación, sino de mantener lo que es esencial a los ojos de las partes contratantes;

c) el artículo 41, párr. 1, apdo. *b*, inc. ii), se refiere también a salvaguardar «la consecución efectiva [...] del

tratado en su conjunto*»¹⁷² únicamente en los casos de modificación de éste en las relaciones entre ciertas partes;

d) del mismo modo, en el artículo 60, párr. 3, apdo. *b*, la «violación grave» del tratado se define, por oposición a una violación de otro tipo, como «la violación de una disposición esencial*», y

e) según los artículos 31, párr. 1, y 33, párr. 4, se supone que el objeto y el fin del tratado «aclaran» el sentido general del tratado a fin de permitir su interpretación¹⁷³.

78. No cabe ninguna duda de que la expresión «objeto y fin del tratado» tiene el mismo sentido en todas esas disposiciones. Una prueba de ello es que el Sr. Waldock —a quien no es exagerado considerar como «inventor» o, en todo caso, «partero» del derecho de las reservas a los tratados en la Convención de Viena de 1969— se refirió expresamente a ellas¹⁷⁴ para justificar la inclusión de ese criterio en el apartado *c* mediante una especie de razonamiento *a fortiori*: como «[e]l objeto y la finalidad del tratado [...] son criterios de fundamental importancia para la interpretación de buena fe de un tratado» y «la Comisión ha propuesto que un Estado que hubiere firmado, ratificado, aceptado o aprobado un tratado o se hubiere adherido a él, aun antes de su entrada en vigor, estará obligado a abstenerse de todo acto que tuviere por objeto frustrar sus fines», sería «extraño que [...] se reconociese la libertad de hacer reservas incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado»¹⁷⁵. Pero ello no resuelve el problema: se tiene un criterio, y un criterio único, polivalente; pero se carece de una definición del criterio.

79. La jurisprudencia internacional tampoco permite discernirlo, aun cuando su uso es corriente¹⁷⁶, si bien al respecto se encuentran algunas indicaciones útiles, especialmente en la opinión consultiva de la CIJ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, de 1951¹⁷⁷.

80. Aparentemente la expresión se utilizó por primera vez en su forma actual¹⁷⁸ en la opinión consultiva de la CPJI de 31 de julio de 1930 «*Communautés gréco-bulgares*»¹⁷⁹. Pero hubo que esperar al fallo pronunciado en 1986 en el

¹⁶⁴ El artículo 20 no resuelve en modo alguno la cuestión que se dejó pendiente.

¹⁶⁵ Que pasó a ser el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969.

¹⁶⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 227, párr. 17 del comentario. En el comentario a la disposición correspondiente aprobada en 1962 (apartado *d* del párrafo 1 del artículo 18) no se añade nada (véase *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 208, párr. 15 del comentario).

¹⁶⁷ Véase la nota 158 *supra*.

¹⁶⁸ Es importante señalar que ninguna de las enmiendas propuestas al proyecto de artículo 16 de la Comisión, ni siquiera las más radicales, ponían en duda el principio en cuestión. Cuanto mucho, en las enmiendas de España, los Estados Unidos y Colombia se proponía añadir la noción de la «naturaleza» del tratado o de sustituirla por la del objeto (véase la nota 60 *supra*).

¹⁶⁹ Véanse los artículos 18; 20, párr. 2; 31, párr. 1; 33, párr. 4; 41, párr. 1, apdo. *b*, inc. ii); 58, párr. 1, apdo. *b*, inc. ii), y 60, párr. 3, apdo. *b*. Se los puede comparar con las disposiciones relativas a las «bases» o a las «condiciones» esenciales del consentimiento en obligarse» (véase Reuter, *loc. cit.*, pág. 366).

¹⁷⁰ Como han señalado Buffard y Zemanek (*loc. cit.*, pág. 322), los comentarios de 1966 sobre el proyecto de la Comisión no dicen prácticamente nada sobre la cuestión.

¹⁷¹ Véanse, por ejemplo, Reuter, *op. cit.*, pág. 62, que define a la obligación dimanada del artículo 18 como obligación de comportamiento, o Cahier, «L'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur», pág. 31.

¹⁷² En esa disposición, las palabras «del objeto y del fin», que en la cita se reemplazaron con puntos suspensivos, oscurecen el sentido, más que aclararlo.

¹⁷³ Véase el caso *Pajzs, Csáky, Esterházy*, fallo de 16 de diciembre de 1936, 1936, *C.P.J.I. série A/B n.º 68*, pág. 60. Véanse también Bastid, *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*, pág. 131, y Sur, *L'interprétation en droit international public*, págs. 227 a 230.

¹⁷⁴ Más precisamente, los (actuales) artículos 18 y 31.

¹⁷⁵ *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 53, párr. 6.

¹⁷⁶ Véase nuevamente Buffard y Zemanek, *loc. cit.*, págs. 312 a 319, y la nota 181 *infra*.

¹⁷⁷ Véase la nota 19 *supra*.

¹⁷⁸ Buffard y Zemanek señalan (*ibíd.*, pág. 315) que ya en la opinión consultiva de la CPJI de 23 de julio de 1926, *Compétence de l'OIT pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron* (1926, *C.P.J.I. série B n.º 13*, pág. 18), se utilizó la expresión «objeto y alcance» en relación con la parte XIII del Tratado de Versalles. Los mismos autores, que citan exhaustivamente las decisiones pertinentes de la CIJ, describen el difícil establecimiento de una terminología definitiva (especialmente en inglés) en la jurisprudencia de la Corte (*loc. cit.*, págs. 315 y 316).

¹⁷⁹ Sin embargo, los términos figuran en el sentido inverso: la CPJI se basó en «el fin y el objeto» de la Convención greco-búlgara sobre emigración de 27 de noviembre de 1919 (1930, *C.P.J.I. série B n.º 17*, pág. 21).

caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*¹⁸⁰ para que la CIJ pusiera fin a lo que se había dado en llamar un «caos terminológico»¹⁸¹, sin duda bajo la influencia de la Convención de Viena de 1969¹⁸².

81. Sin embargo, es difícil inferir mucho de esa jurisprudencia relativamente abundante en lo que respecta a qué método se debe seguir para determinar el objeto y el fin de un tratado determinado: a menudo la CPJI y la CIJ proceden mediante simples afirmaciones¹⁸³ y, cuando se muestran deseosas de justificar su posición, siguen un camino empírico. A lo sumo, se puede señalar que han deducido el objeto y el fin de un tratado a partir de:

- a) su título¹⁸⁴,
- b) su preámbulo¹⁸⁵,

¹⁸⁰ Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil* 1986, págs. 136 y ss., párrs. 271 a 273, 275 y 280. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210.

¹⁸¹ Buffard y Zemanek, *loc. cit.*, pág. 316.

¹⁸² A partir de entonces aparentemente la terminología de la CIJ ha quedado firme. Véanse los casos *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil* 1988, pág. 89, párr. 46; *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, fallo, *C.I.J. Recueil* 1993, págs. 49 a 51, párrs. 25 a 27; *Différend territorial* (Jamahiriya Árabe Libia c. Chad), fallo, *C.I.J. Recueil* 1994, págs. 25 y 26, párr. 52; *Plates-formes pétrolières* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil* 1996, págs. 813 y 814, párrs. 27 y 28; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungria/Eslovaquia), fallo, *C.I.J. Recueil* 1997, pág. 64, párr. 104, y pág. 67, párr. 110; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil* 1998, pág. 318, párr. 98; *Ile de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), fallo, *C.I.J. Recueil* 1999, págs. 1072 y 1073, párr. 43; *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil* 2001, págs. 502 y 503, párr. 102; *Souveranité sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), fallo, *C.I.J. Recueil* 2002, pág. 652, párr. 51; *Avena et autres ressortissants mexicains* (México c. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil* 2004, pág. 48, párr. 85; *Licéité de l'emploi de la force* (Serbia y Montenegro c. Bélgica), excepciones preliminares, fallo, *ibíd.*, pág. 319, párr. 102, y *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, *ibíd.*, pág. 179, párr. 109. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991, 1992-1996 y 1997-2002*.

¹⁸³ Véanse, por ejemplo, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, opinión consultiva, 1927, *C.P.J.I. série A n.º 13*, pág. 64: «Es evidente que el objeto del Tratado de París [de 1856] [...] era asegurar la libertad de navegación»; *Statut international du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil* 1950, págs. 136 y 137 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 17); *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, *C.I.J. Recueil* 1993, pág. 50, párr. 27; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Recueil* 1997, pág. 67, párr. 110; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *C.I.J. Recueil* 1998, pág. 318, párr. 98; *LaGrand*, *C.I.J. Recueil* 2001, págs. 502 y 503, párr. 102, y *Licéité de l'emploi de la force* (Serbia y Montenegro c. Bélgica), *C.I.J. Recueil* 2004, pág. 319, párr. 102.

¹⁸⁴ Véase el caso *Certains emprunts norvégiens*, fallo, *C.I.J. Recueil* 1957, pág. 24 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 55). No obstante, véanse asimismo los fallos *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil* 1986, pág. 137, párr. 273, y *Plates-formes pétrolières*, *C.I.J. Recueil* 1996, pág. 814, párr. 28.

¹⁸⁵ Véase la opinión consultiva «*Communautés*» gréco-bulgares (nota 179 *supra*), o *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, fallo, *C.I.J. Recueil* 1952, pág. 196 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 176); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil* 1986, pág. 138, párr. 275; *Différend territorial* (Jamahiriya Árabe Libia c. Chad), *C.I.J. Recueil* 1994, págs. 25 y 26, párr. 52, y *Souveranité sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), *C.I.J. Recueil* 2002, pág. 652, párr. 51. Véase también la opinión disidente del magistrado Anzilotti en la opinión consultiva *Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, 1932, *C.P.J.I. série A/B n.º 50*, pág. 385.

c) el artículo primero de un tratado, que «debe considerarse que establece un objetivo a la luz del cual se deben interpretar y aplicar las demás disposiciones del tratado»¹⁸⁶,

d) un artículo de un tratado que demuestra «la principal preocupación de cada parte contratante» al momento de concluirse el tratado¹⁸⁷,

e) sus trabajos preparatorios¹⁸⁸, o

f) su estructura general¹⁸⁹.

Sin embargo, es difícil considerar que se trata de «métodos» propiamente dichos: esos distintos elementos se tienen en cuenta de manera indiferente, separada o acumulativa, y la CPJI y la CIJ se forjan una «impresión general» en que, inevitablemente, la intuición y la subjetividad juegan una gran parte¹⁹⁰.

82. A fin de mitigar los inconvenientes vinculados a esas incertidumbres, se ha preguntado si no era posible descomponer el concepto de «objeto y fin de un tratado» buscando, por un lado, cuál es su objeto y, por el otro, cuál es su fin. Así, después del debate sobre el proyecto de artículo 55 relativo a la regla *pacta sunt servanda*, el Sr. Reuter hizo valer que «una cosa es el objeto de la obligación y otra su fin»¹⁹¹. Como se ha señalado, esa es la distinción que actualmente se hace en la doctrina francesa (o de habla francesa)¹⁹², si bien es recibida con escepticismo por los autores de formación alemana o inglesa¹⁹³.

83. De todos modos, un autor (francés) demuestra de manera convincente que la jurisprudencia internacional no permite resolver la cuestión¹⁹⁴. Y ello se debe a que ni el objeto —definido como el contenido mismo del

¹⁸⁶ *Plates-formes pétrolières*, *C.I.J. Recueil* 1996, pág. 814, párr. 28.

¹⁸⁷ *Ile de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), *C.I.J. Recueil* 1999, págs. 1072 y 1073, párr. 43.

¹⁸⁸ A menudo como confirmación de la interpretación fundada en el texto mismo; véanse los casos *Différend territorial* (Jamahiriya Árabe Libia c. Chad), *C.I.J. Recueil* 1994, págs. 27 y 28, párrs. 55 y 56; *Ile de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), *C.I.J. Recueil* 1999, pág. 1074, párr. 46, y la opinión consultiva *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *C.I.J. Recueil* 2004, pág. 179, párr. 109. Véase también la opinión disidente del magistrado Anzilotti, *Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, 1932, *C.P.J.I. série A/B n.º 50*, págs. 388 y 389. En su opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 *Reserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ dio un cierto valor a los «orígenes» de la Convención (*C.I.J. Recueil* 1951, pág. 23).

¹⁸⁹ Véase *Compétence de l'OIT pour régler l'accès au travail personnel du patron*, opinión consultiva, 1926, *C.P.J.I. série B n.º 13*, pág. 18; «*Communautés*» gréco-bulgares, 1930, *C.P.J.I. série B n.º 17*, pág. 20; *Plates-formes pétrolières*, *C.I.J. Recueil* 1996, pág. 813, párr. 27, y *Souveranité sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), *C.I.J. Recueil* 2002, pág. 652, párr. 51.

¹⁹⁰ «De la misma manera también podría creerse que lo hizo simplemente por intuición» (Buffard y Zemanek, *loc. cit.*, pág. 319).

¹⁹¹ *Anuario...* 1964, vol. I, 726.ª sesión, pág. 27, párr. 77. Sin embargo, en otra parte Reuter manifiesta un cierto escepticismo en cuanto a la utilidad de la distinción («Solidarité et divisibilité...», pág. 367).

¹⁹² Buffard y Zemanek, *loc. cit.*, págs. 325 a 327.

¹⁹³ *Ibid.*, págs. 322 a 325, 327 y 328.

¹⁹⁴ Teboul, *loc. cit.*, pág. 696.

tratado¹⁹⁵— ni, todavía menos, el fin del tratado —el resultado buscado¹⁹⁶— permanecen inmutables en el tiempo, como lo demuestra claramente la teoría de la evolución del fin propuesta por Fitzmaurice, en el sentido de que «la noción de objeto o fin no es fija ni estática, sino sujeta a cambio, o más bien se desarrolla a medida que se gana experiencia en el funcionamiento y la aplicación de la convención»¹⁹⁷.

84. Por ello, no es para nada sorprendente que las tentativas de la doctrina por definir un método general de determinación del objeto y el fin de un tratado hayan resultado decepcionantes. La más convincente, debida a Buffard y Zemanek, sugiere un procedimiento en dos etapas: en la primera, convendría «recorrer al título, el preámbulo y, si existieran, los artículos programáticos del tratado»¹⁹⁸; en la segunda, la conclusión así obtenida *prima facie* debería ensayarse a la luz del texto del tratado¹⁹⁹. Sin embargo, la puesta en práctica de ese método, aparentemente lógico²⁰⁰, en casos concretos, ha demostrado ser poco concluyente: los autores sólo fueron capaces de determinar objetivamente y de manera simple el objeto y el fin de cuatro de los cinco tratados o grupos de tratados utilizados como ilustración²⁰¹ y concluyeron que, decididamente, la noción sigue siendo un «enigma»²⁰².

85. Las demás tentativas doctrinarias tampoco son muy convincentes, incluso cuando sus autores han demostrado menos modestia y a menudo han sido categóricos en cuanto a la definición del objeto y el fin del tratado estudiado. Es cierto que muchas veces se trata de instrumentos de derechos humanos, que se prestan fácilmente a sacar conclusiones inspiradas por tomas de posición orientadas ideológicamente, una de cuyas manifestaciones consiste en sostener que todas las disposiciones de fondo de esos tratados se refieren a su objeto y fin (lo que, llevado a su consecuencia lógica, hace que se excluya la validez de toda reserva)²⁰³.

¹⁹⁵ Véase, por ejemplo, Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, pág. 142, que sostiene que «el objeto de un acto reside en los derechos y obligaciones a que da nacimiento».

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and other treaty points», pág. 208; véase también Teboul, *loc. cit.*, pág. 697, y Schabas, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child».

¹⁹⁸ *Loc. cit.*, pág. 333.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Aunque invierte las prioridades dimanadas del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, que hace de los «términos del tratado» el punto de partida de toda interpretación. Véase también la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, n.º 3.

²⁰¹ Los cinco instrumentos considerados son: la Carta de las Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena de 1969, los instrumentos generales de derechos humanos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como los demás instrumentos de derechos humanos relativos a derechos específicos; el método propuesto sólo resultó convincente en la última hipótesis (Buffard y Zemanek, *loc. cit.*, págs. 334 a 342).

²⁰² Véase el párrafo 72 *supra*.

²⁰³ Para una crítica de esta postura extrema, véase Schabas, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», págs. 476 y 477, o «Invalid reservations to the Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a Party?», págs. 291 a 293. Sobre la posición del Comité de Derechos Humanos, véase el párrafo 100 *infra*.

86. Habida cuenta de la gran variedad de situaciones y de su mutabilidad a lo largo del tiempo²⁰⁴, parece imposible reducir a la unidad los métodos de determinación del objeto y el fin de un tratado, y es forzoso admitir que es inevitable una cierta dosis de subjetividad, lo que nada tiene de incongruente en el derecho en general y en el derecho internacional en particular. Se trata en el fondo de un problema de interpretación: *mutatis mutandis*, la «regla general de interpretación» del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 y los «medios de interpretación complementarios» del artículo 32 se aplican a la investigación del objeto y el fin del tratado²⁰⁵.

87. Sin duda hay que convenir en que esa conclusión es en parte tautológica²⁰⁶ ya que, según el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*.

Pero en realidad esa disposición trata de interpretar una cláusula determinada de un tratado²⁰⁷ y, del mismo modo que «[e]l objeto y la finalidad del tratado [...] son criterios de fundamental importancia para la interpretación de buena fe de un tratado»²⁰⁸, cuando se trata de determinar el del fin y el objeto del tratado en su conjunto, se lo debe interpretar de buena fe, globalmente, según el sentido ordinario de esos términos, dentro de su contexto, incluido el preámbulo, teniendo en cuenta la práctica²⁰⁹ y, según el caso, los trabajos preparatorios y «las circunstancias de su celebración»²¹⁰.

88. Como señaló el Sr. Ago en los debates de la Comisión relativos al proyecto de artículo 17 (19 en la Convención de Viena):

La admisibilidad de las reservas se puede determinar únicamente por referencia a lo que disponga en general el tratado. En principio es posible establecer una distinción entre las cláusulas esenciales de un

²⁰⁴ Véase el párrafo 83 *supra*. Se puede añadir la cuestión de saber si la acumulación de reservas puntuales, cada una de ellas admisible individualmente, no entrañaría *in fine* su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado (véase Clark, «The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», pág. 314, o Cook, «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women», págs. 706 y 707).

²⁰⁵ Véase la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Restricciones a la Pena de Muerte*, OC-3/83, Serie A, n.º 3, párr. 63, pág. 306; véase también Sucharipa-Behrmann, «The legal effects of reservations to multilateral treaties», pág. 76. Siempre consciente de que las normas relativas a la interpretación de tratados no se podían aplicar pura y simplemente a las declaraciones unilaterales formuladas por las partes en relación con un tratado (reservas y declaraciones interpretativas), la Comisión ha admitido que esas normas constituían directrices útiles a ese respecto (véase el proyecto de directriz 1.3.1 (Método para distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas) y su comentario, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 114 y ss.). *A fortiori*, ello es exacto, ya que se trata de apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado mismo.

²⁰⁶ Véase Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 48.

²⁰⁷ Como lo demuestra el párrafo 2, que incluye en la definición del contexto al texto en su conjunto «incluidos su preámbulo y anexos».

²⁰⁸ *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 53, párr. 6 del comentario al artículo 19; véase asimismo el párrafo 78 *supra*.

²⁰⁹ Véase el artículo 31, párr. 3.

²¹⁰ Art. 32.

tratado, a las que normalmente no se admiten reservas, y las cláusulas de menor importancia, a las que es posible hacerlas²¹¹.

Esos son los dos elementos fundamentales: el fin y el objeto sólo se pueden poner en evidencia tras el examen del tratado en su conjunto²¹²; y ese criterio conduce a descartar las reservas a las cláusulas «esenciales»²¹³, y únicamente a ellas.

89. En otras palabras, lo que se trata de preservar es la «eficacia»²¹⁴, la «razón de ser»²¹⁵ del tratado, su «núcleo fundamental»²¹⁶. «Entraña una distinción entre todas las obligaciones dimanadas del tratado y las obligaciones básicas que son la razón de ser del tratado»²¹⁷. Sin duda, ello debería precisarse en un proyecto de directriz 3.1.5, con el texto siguiente:

«3.1.5 Definición del objeto y el fin del tratado

A los fines de la apreciación de la validez de las reservas, se entenderá por objeto y fin del tratado las disposiciones esenciales del tratado que constituyen su razón de ser.»

90. En lo que respecta al método que se debe seguir para determinar, en cada caso concreto, el objeto y el fin del tratado, ciertamente no es fácil sintetizar en una fórmula única el conjunto de elementos que se deben tener en consideración. Sin ninguna duda, esa operación debe realizarse más con «sutileza» que con un espíritu geométrico²¹⁸, al igual que en toda interpretación, pues de una interpretación se trata²¹⁹.

91. De todos modos, si bien es indudable que las directrices muy generales aquí desarrolladas no permiten resolver todos los problemas, si se las aplica de buena fe y con un poco de sentido común, ciertamente pueden contribuir a ello, y parece legítimo traspasar a la determinación del objeto y el fin del tratado, adaptándolos, los principios aplicables a la interpretación de los tratados que figuran en los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Con ese fin, un proyecto de directriz 3.1.6 podría tener el texto siguiente:

²¹¹ *Anuario...* 1962, vol. I, 651.ª sesión, pág. 152, párr. 35.

²¹² Se trata de examinar si la reserva es compatible «con el contenido general del tratado» (Sr. Bartoš, *ibíd.*, pág. 153, párr. 40).

²¹³ Y no aquellas que se refieren «únicamente a algún detalle» (Sr. Paredes, *ibíd.*, pág. 157, párr. 90).

²¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Loizidou*, sentencia de 23 de marzo de 1995, excepciones preliminares, *serie A n.º 310*, párr. 27, párr. 75: la aceptación de regímenes distintos de aplicación del Convenio europeo de derechos humanos «amenguaría [...] la eficacia del Convenio en tanto instrumento constitucional del orden público europeo».

²¹⁵ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 21: «ninguna de las partes contratantes tiene derecho a destruir o comprometer [...] lo que es el objeto, la razón de ser de la Convención».

²¹⁶ Declaración de Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, undécimo período de sesiones, Tercera Comisión*, 703.ª sesión, párr. 34. Véase también Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. I, pág. 277.

²¹⁷ Lijnzaad, *op. cit.*, pág. 83; véase también la página 59, y Sucharipa-Behrmann, *loc. cit.*, pág. 76.

²¹⁸ Blaise Pascal, *Pensamientos*, Madrid, Alfaguara, 2003.

²¹⁹ Véanse los párrafos 89 y 90 *supra*.

«3.1.6 Determinación del objeto y el fin del tratado

1. Para determinar el objeto y el fin del tratado, el tratado en su conjunto debe interpretarse de buena fe, según el sentido ordinario que se atribuye a sus términos en su contexto.

2. A tal fin, el contexto comprende el preámbulo y los anexos. Además, se podrá recurrir especialmente a los trabajos preparatorios y a las circunstancias en que se concertó el tratado, así como al título del tratado y, según el caso, a los artículos que determinen su estructura general [y a la práctica seguida posteriormente por las partes].»

92. La expresión que figura entre corchetes refleja las consideraciones mencionadas en el párrafo 83 *supra* en lo que respecta a la mutabilidad en el tiempo del objeto y el fin del tratado. Pero se plantea la cuestión de saber si es preferible incluirla en el texto mismo del proyecto de directriz o limitarse a mencionar la cuestión en los comentarios.

b) Aplicación del criterio

93. En ciertos casos, la aplicación de esas orientaciones metodológicas no plantea problemas. Es evidente que una reserva a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en virtud de la cual un Estado se reservara la posibilidad de cometer en su territorio o en partes de él ciertos actos prohibidos, sería incompatible con el objeto y el fin de la Convención²²⁰. Por ejemplo, en tal sentido, Alemania y varios países europeos han explicado, en apoyo a su objeción a una reserva de Viet Nam a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que:

La reserva formulada en relación con el artículo 6 es contraria al principio *aut dedere aut judicare*, según el cual se debe hacer comparecer ante la justicia o extraditar al Estado que los solicita a los autores de la infracción.

En opinión del Gobierno de la República Federal de Alemania, la reserva en cuestión es contraria al objeto y el fin de la Convención, enunciados en el párrafo 1 del artículo 2, que es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional.

La reserva también puede suscitar dudas en cuanto al compromiso del Gobierno de la República Socialista de Viet Nam de respetar las disposiciones fundamentales de la Convención²²¹.

²²⁰ La cuestión se plantea de manera particular en lo que respecta al alcance de la poco gloriosa «cláusula colonial» que figura en artículo XII de la Convención y al que, no sin razón, se oponían los países del bloque soviético, que habían formulado reservas a esa disposición (véase *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 2004* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.05.V.3), ST/LEG/SER.E/23, vol. I, págs. 126 a 134): aquí se pone en duda la validez de esta cuasicláusula de reserva; pero esto plantea la cuestión de la validez de las objeciones a esas reservas.

²²¹ Véase *ibíd.*, pág. 458; en el mismo sentido, véanse las objeciones de Bélgica, Dinamarca, España, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia, y las planteadas, menos explícitamente, por Austria y Francia, *ibíd.*, págs. 458 a 460. Véase igualmente la objeción de Noruega o, menos explícitas, las objeciones de Alemania y Suecia, relativas a la declaración de Túnez en relación con la aplicación de la Convención para reducir los casos de apatridia, *ibíd.*, págs. 390 y 391. Para otro ejemplo significativo, véase la declaración del Pakistán relativa al Convenio Internacional para la represión de los

94. También es posible que la reserva prohibida se refiera a disposiciones menos centrales, pero que no por ello deje de ser contraria al objeto y el fin del tratado cuya aplicación se vuelve imposible; ello explica el recelo de la Convención de Viena de 1969 en relación con las reservas a los actos constitutivos de organizaciones internacionales²²². En tal sentido, al ratificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la República Democrática Alemana declaró que no participaría en los gastos vinculados al funcionamiento del Comité contra la Tortura, salvo en la medida en que aceptara la competencia de ese órgano²²³; esa «declaración» (que de hecho era una reserva) suscitó objeciones por parte de Luxemburgo, que con justa razón afirmó que tendría por efecto «inhibir las actividades del Comité de manera incompatible con el objeto y el fin de la Convención»²²⁴.

95. Evidentemente es imposible elaborar una lista exhaustiva de los problemas de compatibilidad que podría plantear una reserva relacionada con el objeto y el fin de un tratado. De todos modos, no cabe duda de que las reservas a ciertas categorías de tratados o de disposiciones convencionales en que éstas presentan características específicas podrían presentar a ese respecto problemas particulares que conviene examinar sucesivamente, a fin de tratar de esclarecer las directrices que puedan ayudar a los Estados a formular reservas de ese tipo y a reaccionar ante ellas con conocimiento de causa. Con esa perspectiva, se pueden estudiar:

a) reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado;

b) reservas a los tratados generales de derechos humanos;

c) reservas relativas a la aplicación del derecho interno;

(Continuación de la nota 221.)

atentados terroristas cometidos con bombas, que excluye la aplicación del Convenio a las «luchas, incluso la lucha armada, para la realización del derecho a la libre determinación libradas contra una ocupación o una dominación extranjera», *ibíd.*, vol. II, págs. 135. Varios Estados han considerado que esas declaraciones son contrarias al objeto y el fin del Convenio, que es la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, dondequiera y quienquiera los cometa; véanse las objeciones de Alemania, Australia, Austria, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, India, Italia, Japón (con fundamentos particularmente precisos), Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, *ibíd.*, págs. 136 y ss. Del mismo modo, Finlandia justificó su objeción a la reserva del Yemen al artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, debido a que «las disposiciones que prohíben la discriminación racial para la adquisición de derechos políticos y de libertades civiles tan fundamentales, como el derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a casarse y elegir el cónyuge, el derecho a la herencia, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión son capitales en una convención contra la discriminación racial» (*ibíd.*, vol. I, págs. 146 y 147).

²²² Véase el artículo 20, párr. 3: «Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización».

²²³ Véase *ibíd.*, pág. 301, nota 3; véase también Edwards, «Reservations to treaties», págs. 391 a 393, 400 y 401.

²²⁴ *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 291. Otros 15 Estados formularon objeciones en ese mismo sentido.

d) reservas vagas y generales;

e) reservas relativas a disposiciones que enuncian normas consuetudinarias, y

f) reservas a disposiciones que enuncian normas de *jus cogens* o de derechos inderogables.

i) *Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado*

96. En su primer informe sobre el derecho de los tratados, el Sr. Fitzmaurice afirmó categóricamente: «Se considera inadmisibles que puedan existir partes en un tratado que no estén sujetas a la obligación relativa al arreglo de las controversias suscitadas por el mismo, si las demás partes están sujetas a ella»²²⁵. Inspirada evidentemente por el debate de la guerra fría vinculado a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, esa posición es demasiado radical; además, fue invalidada por la CIJ que, en su providencia de 2 de junio de 1999 relativa a las solicitudes de medidas provisionales formuladas por Yugoslavia contra España y los Estados Unidos en los casos *Licéité de l'emploi de la force*, claramente reconoció la validez de las reservas formuladas por esos Estados al artículo IX de la Convención que le otorga competencia para todos los asuntos relativos a ella²²⁶, si bien ciertas partes habían considerado que esas reservas eran incompatibles con el objeto y el fin de la Convención²²⁷. En su providencia sobre medidas provisionales en el caso *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (República Democrática del Congo *c.* Rwanda), la Corte mantuvo la misma solución con respecto a la reserva hecha por Rwanda a esa misma disposición, y precisó que «dicha reserva no se refiere al fondo del derecho, sino únicamente a la competencia de la Corte» y «que en consecuencia no parece ser contraria al objeto y el fin de la Convención»²²⁸. Esa conclusión se corrobora por la naturaleza muy usual de ese tipo de reservas y la práctica errática de las objeciones que contra ellas se plantean²²⁹. Por el contrario, es evidente

²²⁵ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 127, párr. 96; tal era el objeto del proyecto de párrafo 4 del artículo 37, cuya aprobación proponía el Relator Especial (*ibíd.*, pág. 115).

²²⁶ *Licéité de l'emploi de la force*, Yugoslavia *c.* España, y Yugoslavia *c.* Estados Unidos de América, medidas provisionales, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 772, párrs. 29 a 33, y págs. 923 y 924, párrs. 21 a 25. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, págs. 118 y 129, respectivamente.

²²⁷ *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, págs. 129 a 131 (véanse especialmente las objeciones muy concretas en tal sentido hechas por el Brasil, la provincia china de Taiwán, México o los Países Bajos).

²²⁸ *C.I.J. Recueil 2002*, providencia de 10 de julio de 2002, pág. 246, párr. 72.

²²⁹ Véase, en tal sentido, Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 192 a 202. En efecto, las objeciones a reservas relativas a una cláusula de arreglo de controversias son poco comunes. Aparte de las reservas formuladas al artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pueden verse además las objeciones formuladas por varios Estados respecto de las reservas relativas al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969; véanse especialmente las objeciones de Alemania (*Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. II, pág. 362), el Canadá (*ibíd.*), Egipto (*ibíd.*), los Estados Unidos (que precisaron que la reserva de la República Árabe Siria «es incompatible con el objeto y el fin de la Convención y afecta el principio de arreglo imparcial de controversias relativo a la nulidad, la extinción y la suspensión de la aplicación de los tratados, que fue objeto de profundas negociaciones

que, si la obligación de arreglo obligatorio fuera el objeto mismo del tratado, una reserva que la excluyera sería, sin duda alguna, contraria al objeto y el fin de éste.

97. Según el Comité de Derechos Humanos, ese criterio se aplica también a las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respecto de las garantías de su aplicación:

Esas garantías constituyen el marco necesario para asegurar los derechos enunciados en el Pacto, por lo que son fundamentales para su objeto y fin. [...] El Pacto prevé también, para el mejor logro de los objetivos que en él se enuncian, una función de vigilancia por parte del Comité. Las reservas destinadas a excluir este elemento básico de la concepción del Pacto, que está destinado [...] a garantizar el disfrute de los derechos, son [...] incompatibles con su objeto y fin. Ningún Estado puede reservarse el derecho a no presentar un informe para que sea examinado por el Comité. La función del Comité con arreglo al Pacto, ya sea en virtud del artículo 40 o de los Protocolos Facultativos, entraña necesariamente la interpretación de las disposiciones del Pacto y la elaboración de una jurisprudencia. En consecuencia, toda reserva que rechace la competencia del Comité para interpretar cualquier disposición del Pacto sería también contraria al objeto y el fin de dicho tratado²³⁰.

En relación con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité añadió:

No puede formularse una reserva al Pacto valiéndose del Protocolo Facultativo, pero tal reserva serviría para garantizar que el Comité no pudiera comprobar el cumplimiento de esa obligación por el Estado con arreglo al Protocolo. Y, dado que el objeto y fin del Primer Protocolo Facultativo es el de permitir que el Comité compruebe si el Estado respeta los derechos por los que se ha comprometido a velar, toda reserva que trate de impedir esto sería contraria al objeto y fin del Primer Protocolo Facultativo, cuando no del Pacto. La reserva a una obligación sustantiva formulada por primera vez en relación con el Primer Protocolo Facultativo parecería reflejar la intención del Estado de impedir que el Comité exprese sus opiniones acerca de un determinado artículo del Pacto en un caso individual²³¹.

Con fundamento en ese razonamiento, el Comité de Derechos Humanos consideró, en el asunto *Rawle Kennedy*, que no era válida una reserva de Trinidad y Tabago por la que se excluía la competencia del Comité para examinar las comunicaciones relativas a un condenado a muerte²³².

en la Conferencia de Viena», *ibíd.*; véase también el párrafo 126 *infra*, el Japón (*ibíd.*, pág. 364), Nueva Zelandia (*ibíd.*), los Países Bajos («las disposiciones relativas al arreglo de controversias, de la manera en que se enuncian en el artículo 66 de la Convención, constituyen un elemento importante de la Convención y no se las puede disociar de las normas de fondo a que están vinculadas», *ibíd.*), el Reino Unido («Esas disposiciones están inextricablemente unidas a las disposiciones de la parte V a que se refieren. Su inclusión fue el fundamento por el cual en la Conferencia de Viena se aceptaron los elementos de la parte V que constituyen un desarrollo progresivo del derecho internacional», *ibíd.*, pág. 365) y Suecia (igual posición de fondo que el Reino Unido, *ibíd.*, pág. 366).

²³⁰ Comentario General n.º 24, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 11. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, párr. 2, y el documento de trabajo final presentado por la Sra. Françoise Hampson, E/CN.4/SUB.2/2004/42, párr. 55.

²³¹ CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 13. En el párrafo 14, el Comité «considera que las reservas relativas a los procedimientos establecidos en el Primer Protocolo Facultativo no serían compatibles con el objeto y fin de éste».

²³² Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40)*, vol. II, anexo XI, comunicación n.º 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*, pág. 268, párr. 6.7. Para justificar su reserva, Trinidad y Tabago había hecho valer que admitía «el principio según el cual los Estados no pueden utilizar el

98. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado una posición igualmente radical. En el caso *Loizidou*, dedujo de su análisis del objeto y el fin del Convenio europeo de derechos humanos «que los Estados no pueden limitar su aceptación de las cláusulas facultativas para sustraer de hecho del control de los órganos del Convenio las partes de su derecho y de su práctica relativas a su ‘jurisdicción’»²³³ y que toda restricción a su competencia *ratione loci o ratione materiae* es incompatible con la naturaleza del Convenio²³⁴.

99. De ese análisis sin duda se pueden sacar algunas conclusiones generales, que podrían ser objeto de un proyecto de directriz 3.1.13:

«3.1.13 Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado

La reserva a una disposición convencional relativa al arreglo de controversias o al control de la aplicación de un tratado no es, por sí misma, incompatible con el objeto y el fin del tratado, a menos que:

a) la disposición a que se refiera la reserva constituya la razón de ser del tratado, o

b) la reserva no tenga por efecto excluir a su autor de un mecanismo de arreglo de controversias o de control de la aplicación del tratado relativo a una disposición convencional que hubiera aceptado con anterioridad, si el objeto mismo del tratado es la aplicación de un mecanismo de esa naturaleza.»

ii) Reservas a los tratados generales de derechos humanos

100. También en materia de derechos humanos los debates son muy vivaces, en particular en lo que respecta a las reservas formuladas a los tratados generales, como el Convenio europeo de derechos humanos, la Convención americana sobre derechos humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este último caso, el Comité de Derechos Humanos declaró, en su célebre (y debatible) Comentario General n.º 24 que:

En un instrumento que enuncia un número muy elevado de derechos civiles y políticos, cada uno de los múltiples artículos y, de hecho, su relación recíproca, garantizan los objetivos del Pacto. El objeto y fin del Pacto es el de crear normas jurídicamente vinculantes

Protocolo Facultativo para formular reservas al propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero destaca que su reserva al Protocolo Facultativo no afecta de manera alguna las obligaciones que ha contraído y los compromisos que ha asumido en virtud de dicho Pacto» (*Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 230). Esa reserva se refería a las objeciones hechas por siete Estados antes de que Trinidad y Tabago denunciara pura y simplemente el Protocolo (*ibíd.*, págs. 232 y 233, nota 3).

²³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *série A n.º 310*, pág. 28, párr. 77.

²³⁴ *Ibíd.*, págs. 26 y ss., párrs. 70 a 89; véase especialmente, pág. 28, párr. 79. Véase también, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 48787/99, *Ilie Ilaşcu et al. c. Moldova et Fédération de Russie*, decisión de la Sala Superior de 4 de julio de 2001 (no informado).

para los derechos humanos al definir determinados derechos civiles y políticos e insertarlos en un marco de obligaciones que son jurídicamente vinculantes para los Estados que lo ratifican; y proporcionar un mecanismo eficaz de supervisión para las obligaciones contraídas²³⁵.

Interpretada literalmente, esa posición conduciría a considerar inválida toda reserva general relativa a cualquiera de los derechos protegidos por el Pacto²³⁶. Sin embargo, esa no es la posición de los Estados partes, que no han formulado objeciones sistemáticas contra las reservas de ese tipo²³⁷, y el Comité mismo tampoco va tan lejos ya que, en los párrafos que siguen a esa posición de principios²³⁸, expone de manera más precisa los criterios que lo conducen a garantizar la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del Pacto: de ello no resulta que, por su naturaleza, una reserva general relativa a uno de los derechos protegidos, por ese solo hecho, no sea válida²³⁹.

101. Del mismo modo, en lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño se han formulado numerosas reservas respecto de las disposiciones relativas a la adopción²⁴⁰. Como señaló un autor, al que difícilmente pueda acusarse de ser enemigo de los derechos humanos: «Sería difícil concluir que esta cuestión es tan crucial para la Convención que hace que ese tipo de reservas sea contrario a su objeto y fin»²⁴¹.

102. Habida cuenta de la diversidad de la práctica seguida en la materia, el Relator Especial considera que el proyecto de directriz 3.1.12 relativo a esta delicada cuestión debería redactarse de manera flexible, a fin de dar a quienes lo interpreten un margen de apreciación suficiente. El texto podría ser el siguiente:

²³⁵ CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (nota 230 *supra*), párr. 7. Véase también E/CN.4/SUB.2/2004/42, párr. 50.

²³⁶ Ciertos autores han sostenido que existe una total incompatibilidad entre el régimen de las reservas y los derechos humanos. Véase Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», pág. 99, que no comparte esa visión radical; Coccia, *loc. cit.*, pág. 16; Anand, «Reservations to multilateral treaties», pág. 88; Imbert, *op. cit.*, pág. 249, y Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 41. Véanse también las observaciones respecto del Comentario General n.º 24 del Comité de Derechos Humanos (nota 230 *supra*) de Baylis, «General Comment 24: Confronting the problem of reservations to human rights treaties»; Redgwell, «Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24 (52)»; Higgins, «Introduction», págs. xvii a xxix, y Korkelia, «New challenges to the regime of reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights».

²³⁷ Véase, por ejemplo, la reserva de Malta al artículo 13 (sobre las condiciones para la expulsión de extranjeros), que no fue objeto de objeción alguna (véase *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 182).

²³⁸ Comentario General n.º 24 (nota 230 *supra*), págs. 3 y 4, párrs. 8 a 10. Además de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del Pacto, esos criterios se refieren a la naturaleza consuetudinaria, imperativa o inderogable de la norma pertinente; véanse los párrafos 116 a 144 *infra*.

²³⁹ Véase, sin embargo, la nota 242 *infra*.

²⁴⁰ Arts. 20 y 21; véase *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, págs. 313 y ss.

²⁴¹ Schabas, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», pág. 480.

«3.1.12 Reservas a los tratados generales de derechos humanos»

A fin de apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado general de protección de los derechos humanos, debe tenerse en cuenta el carácter indisoluble de los derechos allí enunciados y la importancia que tiene el derecho objeto de la reserva en la estructura general del tratado o el grado en que la reserva afecta el tratado.»

iii) Reservas relativas a la aplicación del derecho interno

103. Otro interrogante se plantea frecuentemente, y no sólo en la esfera de los derechos humanos: ¿puede un Estado formular una reserva a fin de preservar la aplicación de su derecho interno²⁴²? Una vez más, aquí se impone una respuesta con matices, y ciertamente no es posible responder categóricamente de manera negativa, como lo dan a entender ciertas objeciones a las reservas de ese tipo. Es así que, por ejemplo, varios Estados han objetado la reserva formulada por el Canadá al Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, ya que ésta «hace que el respeto a la Convención dependa de ciertas disposiciones del derecho interno del Canadá»²⁴³. Igualmente, Finlandia se opuso a las reservas formuladas por varios Estados a la Convención sobre los Derechos del Niño, en razón del «principio general de interpretación de los tratados en virtud del cual una parte en un tratado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar su negativa a aplicar ese tratado»²⁴⁴.

104. Ese argumento no es convincente. Sin duda, con arreglo al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969²⁴⁵, una parte «no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado»²⁴⁶. Pero ello supone que el problema está

²⁴² En sus observaciones finales al primer informe de los Estados Unidos, de 1995, el Comité de Derechos Humanos lamentó la amplitud de las reservas, declaraciones e interpretaciones del Pacto hechas por el Estado parte. Consideraba que éstas, en su conjunto, tenían como objetivo ocultar que el Estado parte sólo aceptaba lo que ya se había incorporado a su legislación. El Comité también estaba especialmente preocupado por las reservas expresadas con respecto al párrafo 5 del artículo 6 y al artículo 7 del Pacto, que a su juicio eran incompatibles con el objetivo y la finalidad de éste (A/50/40 (nota 230 *supra*), párr. 279). Véase el análisis de Schabas, «Invalid reservations...», o McBride, «Reservations and the capacity of States to implement human right treaties», pág. 172.

²⁴³ Véanse las objeciones de España, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega y Suecia, *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. II, págs. 477 y ss.

²⁴⁴ *Ibid.*, vol. I, pág. 324. Véanse asimismo las objeciones a las reservas hechas por Indonesia, Malasia, Omán, Qatar y Singapur; véase *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, págs. 324 y 325. Véanse también, por ejemplo, las objeciones de Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, México, Noruega y Suecia a la segunda reserva de los Estados Unidos a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*ibid.*, págs. 130 y 131; para el texto de esa reserva, véase el párrafo 112 *infra*). Véase también el párrafo 110 *infra*.

²⁴⁵ Invocado expresamente, por ejemplo, por Estonia y los Países Bajos en apoyo de sus objeciones a esa misma reserva de los Estados Unidos (*ibid.*).

²⁴⁶ El texto del artículo 27 es el siguiente: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esa norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46» (que se refiere a las «ratificaciones imperfectas»). La norma establecida en el artículo 26 se refiere a los tratados en vigor pero, por definición, una reserva tiende a excluir o modificar el efecto jurídico que la aplicación de esa disposición tiene sobre el autor de la reserva.

resuelto, es decir, que las disposiciones del caso se aplican al Estado que formula la reserva; o sea, esa es toda la cuestión. Como se ha señalado correctamente, muy a menudo un Estado formula una reserva *porque* el tratado le impone obligaciones incompatibles con su derecho interno, que no está en condiciones de modificar²⁴⁷, por lo menos en un primer momento²⁴⁸. Además, el artículo 57 del Convenio europeo de derechos humanos no sólo autoriza a un Estado parte a formular una reserva en caso de oponerse su derecho interno a una disposición del Convenio, sino que limita esa facultad al único caso «en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición»²⁴⁹. Por el contrario, esa misma disposición excluye expresamente «las reservas de carácter general».

105. Lo que importa al respecto es que el Estado o la organización internacional que formula la reserva no se refugie tras su derecho interno²⁵⁰ para, en realidad, no aceptar ninguna obligación internacional nueva, cuando el objetivo del tratado es que se modifique la práctica de ese Estado u organización. Si no es exacto considerar que el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 se puede aplicar en este caso²⁵¹, conviene no obstante mantener el espíritu de que las legislaciones nacionales son «simples hechos» en relación con el derecho internacional²⁵² y que el objeto mismo de un tratado puede ser llevar a los Estados a modificarlas.

²⁴⁷ Véase Schabas, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», págs. 479 y 480, y «Reservations to human rights treaties...», pág. 59.

²⁴⁸ En la práctica, el Estado que formula la reserva indica el plazo que necesitará para adecuar su derecho interno al tratado (véase la reserva de Estonia a la aplicación del artículo 6 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1967, n.º A-2889, pág. 280]), o la de Lituania (ibíd., pág. 275) al artículo 5, párr. 3, del Convenio europeo de derechos humanos, que se limitaron a un año, o su intención de hacerlo (véanse las reservas de Chipre y Malawi al adherirse a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, lo que efectivamente hicieron posteriormente, *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 274, nota 25, y pág. 276, nota 40); véase también la declaración hecha por Indonesia cuando se adhirió al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (ibíd., vol. II, pág. 467). Es también muy frecuente que un Estado renuncie a una reserva formulada sin indicación de su duración después de haber modificado las disposiciones de su derecho interno que habían dado lugar a la reserva (véase el retiro por Francia, Irlanda y el Reino Unido de varias reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ibíd., vol. I, págs. 274, 275 y 279, notas 27, 30 y 53); véanse también las retiradas parciales sucesivas (1996, 1998, 1999, 2001) hechas por Finlandia a su reserva al artículo 6, párr. 1, del Convenio europeo de derechos humanos (<http://conventions.coe.int/>)). Esas prácticas son encomiables e indudablemente se las debe alentar (véase la directriz 2.5 de la Guía de la práctica y su comentario, *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 77); de ello no se puede deducir la invalidez de principio de las «reservas de derecho interno».

²⁴⁹ Véase el párrafo 42 *supra*.

²⁵⁰ El Relator Especial considera que existe un «derecho propio» de las organizaciones internacionales que, habida cuenta en todo caso de la cuestión que aquí se examina, debe considerarse *mutatis mutandis* de la misma manera que el derecho interno de los Estados.

²⁵¹ Véase el párrafo 104 *supra*.

²⁵² *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fondo, fallo n.º 7, 1926, C.P.J.I. *serie A n.º 7*, pág. 19; véase también Comisión de arbitraje, Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia, dictamen n.º 1, 29 de noviembre de 1991 (RGDIP, t. XCVI (1992), pág. 264). El principio se confirmó en el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26).

106. Si bien todo lo expuesto podría parecer evidente, sin duda sería oportuno recordarlo con firmeza en un proyecto de directriz 3.1.11:

«3.1.11 Reservas relativas a la aplicación del derecho interno

Un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva mediante la cual trate de excluir o modificar la aplicación de una disposición del tratado a fin de mantener la integridad de su derecho interno cuando aquella no resulte incompatible con el objeto y el fin del tratado.»

iv) Reservas vagas y generales

107. El artículo 19, apdo. c, de la Convención de Viena de 1969 no prevé expresamente esa hipótesis. Sin embargo, debe considerarse que una reserva general no es compatible con el objeto y el fin de la Convención. De la definición misma de reserva resulta que ésta tiene por objeto excluir o modificar «el efecto jurídico de *algunas disposiciones** de un tratado en su aplicación» (art. 2, apdo. d) a sus autores²⁵³.

108. En consecuencia, no se puede admitir que las reservas puedan tener por resultado impedir que el tratado en su conjunto produzca sus efectos. Y si bien las «reservas transversales» son de práctica corriente, no son válidas, como lo precisa el proyecto de directriz 1.1.1 de la Guía de la práctica²⁵⁴, cuando tratan de «excluir o modificar el efecto jurídico [...] de [l] tratado en su conjunto *con respecto a algunos aspectos específicos**». Además, resulta del carácter esencialmente consensual del derecho de los tratados en general²⁵⁵, y del derecho de las reservas en particular²⁵⁶, que si los Estados tienen libertad para formular

²⁵³ Véanse las observaciones de Israel en relación con el primer proyecto sobre el derecho de los tratados de la Comisión, que llevaron a que se ajustara el texto inglés de la definición de reserva al texto francés, mediante el cambio de la palabra «some» por «certaines» (en el texto español, «algunas») (*Anuario... 1965*, vol. II, pág. 14); véase también la declaración de Chile en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), cuarta sesión plenaria, pág. 24, párr. 5: «las palabras ‘excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado’ (apartado d) significan que la reserva debe indicar clara y categóricamente las disposiciones a que se refieren. Hay que evitar la formulación de reservas imprecisas».

²⁵⁴ Véase la nota 101 *supra*. Véanse también las observaciones de Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 172.

²⁵⁵ Reuter, *op. cit.*, págs. 20 y 21, y Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 466. Véase igualmente, por ejemplo, los casos *Vapeur Wimbledon*, fallo, 1923, C.P.J.I. *serie A n.º 1*, pág. 25, y *Statut international du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva, C.I.J. *Recueil 1950*, pág. 139.

²⁵⁶ La CII, en su opinión consultiva de 1951 en el caso *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, precisó a ese respecto que «[e]stá bien establecido que un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, estar vinculado sin su consentimiento y que, en consecuencia, no se le puede oponer reserva alguna a menos que la haya consentido» (C.I.J. *Recueil 1951*, pág. 21). En la opinión disidente común, adjunta a la opinión consultiva, esa idea se expresa de manera todavía más enérgica: «El consentimiento de las partes es el fundamento de las obligaciones convencionales. El derecho que rige las reservas constituye solamente un caso particular de ese principio fundamental; es decir, que el acuerdo de las partes sobre la reserva interviene antes de que se la enuncie, al mismo tiempo o posteriormente» (ibíd., pág. 32). Véase también el laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el caso *Mer d'Iroise*, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, págs. 171 y 172, párrs. 60 y 61, y Bishop, *loc. cit.*, pág. 255.

(no para *hacer*²⁵⁷) reservas, las demás partes también deben poder reaccionar aceptando u objetando las reservas. Ello no es posible si el texto de la reserva no permite apreciar su contenido.

109. En consecuencia, lo que causa el problema no es en sí misma la referencia al derecho interno hecha por el Estado que formula la reserva —hay reservas en tal sentido que no suscitan objeciones ni las han recibido²⁵⁸— sino el carácter a menudo vago y general de las reservas a que esas objeciones se refieren y que excluyen toda posibilidad de que los demás Estados partes puedan adoptar una posición al respecto. Ese era el espíritu de una enmienda presentada por el Perú en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, con la idea de añadir un apartado *d* al futuro artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, con el texto siguiente:

d) La reserva haga inoperante el tratado por subordinar su aplicación, de un modo general o indeterminado, a la legislación nacional²⁵⁹.

110. Las objeciones de Finlandia a las reservas de varios Estados a la Convención sobre los Derechos del Niño están ciertamente más sólidamente motivadas por ese aspecto que por una referencia al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969²⁶⁰; de ese modo, en respuesta a la reserva de Malasia, que no había aceptado varias disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño «porque no se adecuan a la Constitución, al dere-

cho interno ni a las políticas nacionales del Gobierno de Malasia»²⁶¹, Finlandia estimó que el «carácter amplio» de esa reserva no permitiría «saber en qué medida Malasia prevé aplicar la Convención y cumplir las obligaciones que ella le impone»²⁶². La declaración de Tailandia, en que precisaba que ese país «no interpreta ni aplica las disposiciones de la Convención [sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial] de manera que le impongan obligaciones que sobrepasen los límites establecidos por [su] Constitución y [su] legislación»²⁶³, fue igualmente motivo de una objeción por parte de Suecia, en que manifestaba que, de ese modo, «la aplicación de la Convención está subordinada a una reserva general que remite a los límites de la legislación nacional, cuyo contenido no se especifica»²⁶⁴.

111. De ese tipo es la objeción que suscita lo que se ha convenido en llamar la «reserva de la *sharia*»²⁶⁵, de la cual un ejemplo típico es la reserva por la cual Mauritania acepta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, «en todas y cada una de sus partes que no sean contrarias a la *sharia* islámica»²⁶⁶. Aquí, una vez más, lo que causa problemas no es la invocación en sí misma de una ley de origen religioso aplicada por ese Estado²⁶⁷, sino, como lo constató Dinamarca, que «esas reservas generales que reenvían

²⁵⁷ Véase el párrafo 14 *supra*.

²⁵⁸ Véanse, por ejemplo, la reserva de Mozambique a la Convención internacional contra la toma de rehenes (*Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. II, pág. 114) (se vuelve a encontrar la reserva relativa a la extradición de mozambiqueños en relación con otros tratados, como por ejemplo el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, *ibíd.*, pág. 165); las reservas de Guatemala y Filipinas a la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (*ibíd.*, pág. 95), o las de Colombia (formuladas al momento de la firma), la República Islámica del Irán y los Países Bajos (con todo, bastante vaga) a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (*ibíd.*, vol. I, págs. 454 y ss.). La reserva de Francia al párrafo 1 del artículo 15 del Convenio europeo de derechos humanos ha sido más debatida; véanse Questiaux, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958»; Pellet, «La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme», págs. 1358 a 1365, y Coussirat-Coustière, «La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme».

²⁵⁹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), pág. 145, párr. 177; véanse las explicaciones del representante del Perú, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 21.ª sesión, pág. 121, párr. 25. La enmienda fue rechazada por 44 votos contra 16 y 26 abstenciones (*ibíd.*, 25.ª sesión, pág. 149, párr. 26); la lectura de los debates no explica demasiado las razones del rechazo; sin duda, varias delegaciones consideraron, al igual que Italia, que era «inútil formular expresamente la hipótesis que en ella se considera, puesto que se trata ahí de un caso de reservas incompatibles con el objeto del tratado» (*ibíd.*, 22.ª sesión, pág. 132, párr. 75); en el mismo sentido, Szafarz, *loc. cit.*, pág. 302.

²⁶⁰ Véase el párrafo 103 *supra*. Del mismo modo, el motivo invocado por los Países Bajos o el Reino Unido en apoyo de sus objeciones a la segunda reserva de los Estados Unidos a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que se basaba en «la incertidumbre [que ella creaba] en cuanto al alcance de las obligaciones que el Gobierno de los Estados Unidos de América está dispuesto a asumir en lo que respecta a la Convención» (*Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 131), es más convincente que el que se fundamenta en la invocación del derecho interno (véanse las notas 245 y 246 *supra*).

²⁶¹ *Ibíd.*, pág. 318.

²⁶² *Ibíd.*, pág. 324; véanse también las objeciones de Finlandia y varios otros Estados partes a las reservas comparables de varios otros Estados, *ibíd.*, págs. 323 y ss.

²⁶³ *Ibíd.*, pág. 143.

²⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 149. En ese mismo sentido, véanse las objeciones de Noruega y Suecia, de 15 de marzo y 14 de diciembre de 1999, respecto de la reserva de Bangladesh a la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (*ibíd.*, vol. II, pág. 88), o las de Finlandia a una reserva de Guatemala a la Convención de Viena de 1969 (*ibíd.*, pág. 363), y de los Países Bajos, Suecia y Austria a una reserva comparable del Perú a la misma Convención (*ibíd.*, págs. 362 y ss.).

²⁶⁵ Para los debates doctrinarios, véase especialmente, Sassi, «General reservations to multilateral treaties», págs. 96 a 99, y más particularmente, para su aplicación a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, véase Clark, *loc. cit.*, págs. 209 a 302, 310 y 311; Connors, «The Women's Convention in the Muslim World», págs. 85 a 103; Cook, *loc. cit.*, págs. 690 a 692; McBride, *loc. cit.*, págs. 149 a 156 (con numerosos ejemplos); Tyagi, «The conflict of law and policy on reservations to human right treaties», págs. 198 a 201, y más específicamente, Jenefsky, «Permissibility of Egypt's reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women».

²⁶⁶ *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 243. Véase también la reserva de la Arabia Saudita (que menciona «las normas de la ley musulmana», *ibíd.*, pág. 243) y de Malasia (*ibíd.*, pág. 247), o la reserva inicial de Maldivas: «El Gobierno de la República de Maldivas respetará las disposiciones de la Convención, con excepción de aquellas que pueda considerar contrarias a los principios de la *sharia* islámica sobre la cual se basan todas las leyes y tradiciones de Maldivas» (*ibíd.*, pág. 277, nota 41); como esa reserva fue objeto de numerosas objeciones, Maldivas la modificó dándole un sentido menos restrictivo, pero Alemania la objetó nuevamente y Finlandia criticó la nueva reserva (*ibíd.*). Igualmente, varios Estados formularon objeciones a la reserva de la Arabia Saudita a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que sometía las disposiciones de esa Convención a la condición de «que no sean contrarias a la *sharia*» (*ibíd.*, págs. 144 y ss.).

²⁶⁷ La Santa Sede ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, a reserva de que «la aplicación de la Convención sea compatible con la naturaleza particular del Estado de la Ciudad del Vaticano y de las fuentes de su derecho objetivo» (*ibíd.*, pág. 321). Como se ha señalado (Schabas, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», págs. 478 y 479), ese texto plantea, *mutatis mutandis*, los mismos problemas que la «reserva de la *sharia*».

a las disposiciones de la *sharia* islámica [...] tienen un alcance ilimitado y un carácter indefinido»²⁶⁸; en consecuencia, según los términos del Reino Unido, una reserva de ese tipo «consiste en un reenvío general al derecho interno, cuyo tenor no se precisa, ni se indica claramente a los demás Estados partes en la Convención en qué medida el Estado que formula la reserva ha aceptado las obligaciones enunciadas en el tratado»²⁶⁹.

112. Ocurre lo mismo cuando un Estado se reserva, de un modo general, hacer prevalecer su Constitución sobre el tratado²⁷⁰. Así ocurre, por ejemplo, con la reserva de los Estados Unidos a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

Ninguna disposición de la Convención exige ni justifica la adopción por los Estados Unidos de medidas legislativas o de otro tipo prohibidas por la Constitución de los Estados Unidos, tal como es interpretada por los Estados Unidos²⁷¹.

113. En el fondo, la razón de que esas reservas entren en la esfera del artículo 19, apdo. c, de la Convención de Viena de 1969 es más la imposibilidad de apreciar su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado que la certidumbre de su incompatibilidad. Como señaló el Comité de Derechos Humanos:

Las reservas deben ser específicas y transparentes a fin de que el Comité, quienes estén sometidos a la jurisdicción del Estado que formula la reserva y los demás Estados Partes puedan tener en claro cuáles son las obligaciones de derechos humanos que han sido o no contraídas. Así pues, las reservas no deben tener carácter general sino que han de referirse a una disposición concreta del Pacto e indicar en términos precisos su ámbito en relación con él²⁷².

114. Por su parte, en el caso *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declaró inválida la declaración (equivalente a una reserva) de Suiza al artículo 6, párr. 1, del Convenio europeo de derechos humanos, ya que estaba «redactada en términos demasiado vagos o amplios para que se pudiese apreciar el sentido y el ámbito de aplicación exactos»²⁷³. Pero fue sin duda la

²⁶⁸ *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 250.

²⁶⁹ *Ibid.*, pág. 268. Véanse también las objeciones de Alemania, Austria, Finlandia, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia (*ibid.*, págs. 253 y ss.). Las reservas de numerosos Estados islámicos a disposiciones particulares de la Convención, justificadas por la incompatibilidad de éstas con la *sharia*, son ciertamente menos criticables en este aspecto, si bien muchas de ellas igualmente suscitaron objeciones de algunos Estados partes (véase, por ejemplo, Clark, *loc. cit.*, pág. 300, que señaló que la reserva del Iraq al artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, basada en la *sharia*, es específica y entraña un régimen más favorable que el de la Convención; sin embargo, esa reserva fue objeto de objeciones por parte de México, los Países Bajos y Suecia, *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, págs. 263 y ss.).

²⁷⁰ Véase la reserva del Pakistán a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*ibid.*, pág. 249) y las objeciones de Alemania, Austria, Finlandia, Noruega, Países Bajos (*ibid.*, págs. 254 y ss.) y Portugal (*ibid.*, pág. 278, nota 49).

²⁷¹ *Ibid.*, pág. 127.

²⁷² Comentario General n.º 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 19; véase también el párrafo 12, que relaciona la cuestión de la alegación del derecho interno y la de las «reservas formuladas en términos generales».

²⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Belilos*, sentencia de 29 de abril de 1988, *series A n.º 132*, pág. 26, párr. 55 (véase el párrafo 42 *supra*); para un análisis detenido de la condición de generalidad estipulada en el artículo 57 del Convenio, véanse, sobre todo, Cameron y Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights:

Comisión Europea de Derechos Humanos quien formuló el principio aplicable en la materia del modo más claro, al estimar que «[u]na reserva es de carácter general [...] cuando está redactada de un modo que no permite definir su alcance»²⁷⁴.

115. La redacción del proyecto de directriz 3.1.7 podría inspirarse en la siguiente formulación:

«3.1.7 Reservas vagas y generales

Una reserva redactada en términos vagos y generales que no permitan apreciar su alcance es incompatible con el objeto y el fin del tratado.»

v) Reservas relativas a disposiciones que enuncian normas consuetudinarias

116. Se ha producido el caso de que Estados partes en un tratado hayan formulado objeciones a reservas y les hayan negado la compatibilidad con su objeto y su fin so pretexto de que eran contrarias a normas consuetudinarias sólidamente establecidas. De este modo, Austria declaró que:

en su opinión, las reservas de Guatemala [a la Convención de Viena de 1969] se refieren casi exclusivamente a normas generales de [esa Convención], muchas de las cuales están sólidamente fundamentadas en el derecho internacional consuetudinario. Las reservas podrían poner en entredicho normas sólidamente establecidas y universalmente aceptadas. Austria estima que se pueden albergar dudas sobre la compatibilidad de estas reservas con el objeto y el fin de la Convención²⁷⁵.

Del mismo modo, los Países Bajos formularon una objeción a las reservas de varios Estados referentes a distintas disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y declararon que, en su opinión, «las disposiciones correspondientes permanecen en vigor en las relaciones entre [ellos mismos] y esos Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario»²⁷⁶.

117. A menudo se ha creído poder deducir del pronunciamiento de la CIJ en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*²⁷⁷ esa imposibilidad de formular reservas a las disposiciones convencionales que codifican normas consuetudinarias:

the *Belilos case*», págs. 97 a 109, y MacDonald, «Reservations under the European Convention on Human Rights», págs. 433 a 438 y 443 a 448.

²⁷⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *Temeltasch* (nota 99 *supra*), pág. 133, párr. 84. Véase también Imbert, «Les réserves à la Convention européenne...», págs. 599 a 607.

²⁷⁵ *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. II, pág. 362. Véanse también las objeciones formuladas en términos parecidos por Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Reino Unido y Suecia, *ibid.*, págs. 363 y ss. En el caso *Mer d'Iroise*, el Reino Unido sostuvo que la reserva de Francia al artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental tenía por objeto «las normas del derecho internacional consuetudinario» y era «inadmisible como reserva al artículo 6», Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 167, párr. 50.

²⁷⁶ *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 96. En realidad, no son las disposiciones en cuestión las que permanecen en vigor, sino las normas consuetudinarias que ellas expresan (véase el párrafo 120 *infra*). Véanse también las objeciones de Polonia a las reservas de Bahrein y la Jamahiriya Árabe Libia (*ibid.*, pág. 97), y Greig, *loc. cit.*, pág. 88.

²⁷⁷ Véase la opinión disidente del magistrado Morelli (*C.I.J. Recueil 1969*, pág. 198 y 199) y los numerosos comentarios citados por Imbert, *op. cit.*, pág. 244, nota 20; véase también Teboul, *loc. cit.*, pág. 685.

En general, es característico de una norma o una obligación puramente convencional que la facultad de formular reservas unilaterales a ella sea admitida con determinados límites; pero no podría ser así en el caso de las normas y obligaciones de derecho general o consuetudinario que por naturaleza deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional y no pueden por ello estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad en su beneficio²⁷⁸.

Aunque la redacción escogida por la Corte no sea sin duda de las más afortunadas, la conclusión que se ha creído poder extraer de ella no parece exacta si se vuelve a situar este pasaje en su contexto.

118. En efecto, la CIJ prosigue mostrándose prudente en cuanto a las deducciones a que conduce la exclusión de determinadas reservas. Constatando que la facultad de formular reservas al artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental (sobre la delimitación) no estaba excluida por el artículo 12, relativo a las reservas²⁷⁹, como lo estaba para los artículos 1 a 3, le pareció normal y

legítimo deducir de ello que se le atribuyó un valor diferente y menos fundamental y que, contrariamente a esos artículos, no reflejaba el derecho consuetudinario preexistente o en vías de formación²⁸⁰.

Por ello, «[n]o es cierto que la Corte afirme la inadmisibilidad de las reservas con respecto a las normas de derecho consuetudinario»²⁸¹; solamente constata que, en el caso en cuestión, el tratamiento diferente reservado por los autores de la Convención a los artículos 1 a 3 por una parte y al 6 por la otra, hace pensar que no consideraban que este último codificara una norma consuetudinaria, lo cual confirma la conclusión que había alcanzado la CIJ por otro lado.

119. Por lo demás, en el propio fallo se indica, en un *dictum* que generalmente se olvida, «que un Estado que hubiera formulado una reserva no quedaría liberado por ello de las obligaciones impuestas por el derecho marítimo general fuera e independientemente de la Convención sobre la plataforma continental»²⁸². El magistrado disidente Morelli no dice otra cosa cuando escribe: «Por supuesto, la facultad de formular la reserva sólo afecta a la obligación contractual que se deriva de la Convención. [...] Es obvio que la reserva no tiene nada que ver con la norma consuetudinaria como tal. Si existe esta norma, existe también para el Estado que ha formulado la reserva,

del mismo modo que existe para los Estados que no han ratificado»²⁸³. Esto implica claramente que el carácter consuetudinario de la norma recogida en una disposición convencional con respecto a la cual se formula una reserva no constituye por sí mismo un motivo de invalidez de la reserva. En efecto, «la facultad de formular reservas a una disposición convencional no depende de la cuestión de saber si esa disposición puede ser considerada o no como la expresión de una norma de derecho generalmente reconocida»²⁸⁴.

120. Aunque discutido a veces²⁸⁵, este principio es reconocido por lo demás por la doctrina mayoritaria²⁸⁶. Con razón:

a) las normas consuetudinarias obligan a los Estados con independencia de la expresión de su consentimiento a la norma convencional²⁸⁷ pero, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las normas imperativas, los Estados pueden derogarlas por acuerdo *inter se*; no se ve por qué razón no podrían hacerlo mediante una reserva²⁸⁸, si ésta es válida, pero esa es precisamente la cuestión planteada;

b) una reserva sólo concierne a la «convencionalidad» de la norma, no a su existencia como norma consuetudinaria aun cuando, en determinados casos, pueda arrojar dudas sobre su aceptación general «como derecho»²⁸⁹; como señaló el Reino Unido en sus observaciones al Comentario General n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, «existe una clara distinción entre decidir no contraer obligaciones en virtud de un tratado y tratar de no acatar el derecho internacional consuetudinario»²⁹⁰;

c) si se comprueba este carácter, los Estados permanecen obligados por la norma consuetudinaria, con independencia del tratado²⁹¹;

d) a pesar de las apariencias, pueden tener un interés (no necesariamente loable) en ello; por ejemplo, evitar

²⁸³ *Ibid.*, pág. 198.

²⁸⁴ Opinión disidente del magistrado *ad hoc* Sørensen, *ibid.*, pág. 248.

²⁸⁵ Véase la postura del Sr. Briggs en la declaración que adjuntó al laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el caso *Mer d'Iroise*, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 262.

²⁸⁶ Véanse en particular Coccia, *loc. cit.*, págs. 31 y 32; Gaja, «Le riserve al Patto sui diritti civili e politici e il diritto consuetudinario»; Imbert, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977...», pág. 48; Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 159 a 171, o Sucharipa-Behrmann, *loc. cit.*, págs. 76 y 77.

²⁸⁷ Véase la objeción de Finlandia a las reservas del Yemen al artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: «No es formulando reservas como puede un Estado, en materia de derechos humanos [pero esto es cierto por norma general], sustraerse a normas universalmente obligatorias» (*Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 147). Para la objeción mencionada, véase la nota 221 *supra*.

²⁸⁸ En este sentido, véase la opinión disidente del magistrado *ad hoc* Sørensen en los casos *Plateau continental de la mer du Nord* (C.I.J. *Recueil* 1969, pág. 248); véase también Coccia, *loc. cit.*, pág. 32. Véase, sin embargo, el párrafo 132 *infra*.

²⁸⁹ Véase el Artículo 38, párr. 1, apdo. b, del Estatuto de la CIJ. En este sentido, Baxter, «Treaties and customs», pág. 50; Coccia, *loc. cit.*, pág. 31; Gaja, «Le riserve...», pág. 451, y Teboul, *loc. cit.*, págs. 711 a 714. Puede ocurrir lo mismo, en determinadas circunstancias (pero no siempre), con la existencia de una cláusula de reserva (véase Imbert, *op. cit.*, pág. 246, y Reuter, *loc. cit.*, págs. 370 y 371, nota 16).

²⁹⁰ A/50/40 (nota 230 *supra*), pág. 136, párr. 7.

²⁹¹ Véanse los párrafos 126 y 127 *infra*.

²⁷⁸ *Ibid.*, págs. 38 y 39, párr. 63.

²⁷⁹ Véase el párrafo 39 *supra*.

²⁸⁰ C.I.J. *Recueil* 1969, pág. 40, párr. 66; véase también pág. 39, párr. 63. En el mismo sentido, véase la opinión separada del magistrado Padilla Nervo, *ibid.*, pág. 89; *contra*: opinión disidente del magistrado Koretsky, *ibid.*, pág. 163.

²⁸¹ Imbert, *op. cit.*, pág. 244; en el mismo sentido, Pellet, «La CIJ et les réserves aux traités – Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle», págs. 507 y 508. En su opinión disidente, el magistrado Tanaka adopta una postura contraria en lo referente a la «obligación de buscar una solución mediante acuerdo, ya que esta obligación se deriva del derecho internacional general y sigue imponiéndose aunque el artículo 12 de la Convención no excluya expresamente los párrafos 1 y 2 del artículo 6 del grupo de las disposiciones que pueden ser objeto de reservas» (C.I.J. *Recueil* 1969, pág. 182); es confundir la cuestión de la facultad de formular una reserva con la de sus efectos cuando la disposición a la que se refiere una reserva presenta un carácter consuetudinario o incluso imperativo (el magistrado Tanaka estima, curiosamente, que el principio de la equidistancia «debe ser reconocido como *ius cogens*» (*ibid.*)).

²⁸² *Ibid.*, pág. 40, párr. 65.

que se apliquen a las obligaciones en cuestión los mecanismos de control o de solución de diferencias previstos por el tratado o limitar la intervención de los magistrados internos que pueden tener competencias diferentes con respecto a las normas convencionales, por una parte, y las consuetudinarias, por otra²⁹²;

e) por lo demás, como señaló Francia en su comentario al Comentario General n.º 24, «no hay que confundir el deber de un Estado de ajustarse a un principio consuetudinario general con la aceptación de vincularse a su expresión convencional, y más concretamente con los despliegues y precisiones que la formalización mediante un tratado entraña»²⁹³;

f) por último, una reserva puede constituir para un «objeto persistente» el medio de manifestar la persistencia de su objeción: por medio de un tratado puede sin duda alguna rechazar la aplicación de una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general²⁹⁴.

121. Pero también en este caso, sin embargo, se plantea la cuestión de si esta solución es trasladable en materia de derechos humanos²⁹⁵. El Comité de Derechos Humanos la ha rechazado basándose en el carácter particular 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 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 jurisdicción²⁹⁶.

122. Cabe señalar en primer lugar que el Comité de Derechos Humanos confirma que no están excluidas *a priori* las reservas a normas consuetudinarias. Para establecer lo contrario en el caso particular de los tratados de derechos humanos, se limita a observar que estos instrumentos tienen por objeto proteger los derechos de las personas. Pero este postulado no tiene las consecuencias que el Comité le adjudica²⁹⁷, quedando bien entendido que, por una parte, una reserva a una disposición de un tratado de derechos humanos que refleje una norma consuetudinaria no libera en absoluto al Estado que la formula de

su obligación de respetarla como tal²⁹⁸, y por otra, que concretamente una reserva a una norma de este carácter (con mayor razón si ésta es imperativa) tiene muchas probabilidades de ser contraria al objeto y al fin del tratado en virtud de las normas generales aplicables²⁹⁹, pero este es otro problema.

123. Tratándose, más generalmente, de las convenciones de codificación, cabe preguntarse si no es contrario a su propio objeto y fin introducir reservas a ellas. No cabe duda de que «el deseo de codificar se acompaña normalmente de la preocupación de preservar la norma que se afirma»³⁰⁰. «En efecto, si en un tratado de codificación se puede formular una reserva referente a una disposición de origen consuetudinario, el tratado de codificación no habrá [...] logrado su objetivo»³⁰¹, hasta el punto de que se ha podido ver en las reservas y, en cualquier caso, en su acumulación, «la negación misma de la labor de codificación»³⁰².

124. De ello no se deriva que, por definición, cualquier reserva a un tratado de codificación sea contraria a su objeto y a su fin:

²⁹⁸ Véase el párrafo 120 *supra*. Según el Comité de Derechos Humanos (Comentario General n.º 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 8):

«un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma».

Esto es sin duda exacto, pero de ello no se deriva automáticamente que estén prohibidas las reservas a las disposiciones correspondientes del Pacto: si esos derechos deben ser respetados, ello se debe a su naturaleza consuetudinaria y, en determinados casos, imperativa, no a su inclusión en el Pacto. En el mismo sentido, véase Gaja, «Le réserve...», pág. 452. Además, el Comité procede por simples afirmaciones y no justifica la calificación de normas consuetudinarias aplicada a esas normas. Como se escribió a otro respecto, «el 'debe ser' se fusiona con el 'es', la *lex ferenda* con la *lex lata*» (Meron, «The Geneva Conventions as customary norms», pág. 361; véase también la crítica muy argumentada de Schabas con respecto a los artículos 6 y 7 del Pacto, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», págs. 296 a 310).

²⁹⁹ En este sentido, véase E/CN.4/SUB.2/1999/28, párr. 17, y E/CN.4/SUB.2/2004/42, párr. 51 (nota 230 *supra*):

«En teoría, un Estado puede formular una reserva a una disposición de un tratado sin poner necesariamente en entredicho el carácter consuetudinario de la norma o su disposición a obligarse por la norma consuetudinaria. No obstante, en la práctica se suele recelar considerablemente de las reservas a las disposiciones que reflejan normas del derecho internacional consuetudinario».

³⁰⁰ Imbert, *op. cit.*, pág. 246. Véase también Teboul, *loc. cit.*, pág. 680: «Siendo ambas útiles, las nociones de reserva y de convención de codificación no se ajustan bien la una con la otra»; en este estudio se recapitula claramente toda la cuestión de las reservas a las convenciones de codificación (véase también págs. 679 a 717, *pássim*).

³⁰¹ Reuter, *loc. cit.*, pág. 370. Este autor añade que, por ello, el tratado habrá además «engendrado una situación más alejada de su objeto y de su fin que si no hubiese existido, puesto que una norma general ve restringirse su campo de aplicación» (*ibid.*); esta segunda afirmación es más discutible: parece postular que por el hecho de formular la reserva, el Estado se encuentra liberado de la aplicación de la norma; no ocurre así (véase la nota 310 *infra*).

³⁰² Según el Sr. Ago, *Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, pág. 168, párr. 58.

²⁹² Así ocurre en Francia, donde los tratados (en virtud del artículo 55 de la Constitución) prevalecen sobre las leyes, pero no lo hacen las normas consuetudinarias (véanse los casos *Nicolo*, conclusiones del Sr. Frydman (*Recueil Lebon*, 1989, pág. 190) y *Aquarone*, conclusiones del Sr. Bachelier (*ibid.*, 1997, pág. 206)).

²⁹³ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/51/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 111, párr. 5; en el mismo sentido, véase el comentario de los Estados Unidos, A/50/40 (nota 230 *supra*), pág. 130. Véase también Cohen-Jonathan, «Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux», págs. 932 y 933.

²⁹⁴ Véase E/CN.4/SUB.2/2004/42, nota 45.

²⁹⁵ *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 67 y 68, párrs. 143 a 147.

²⁹⁶ Comentario General n.º 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 8.

²⁹⁷ *Contra*: Giegerich, «Reservations to human rights agreements: admissibility, validity and review powers of treaty bodies. A constitutional approach», pág. 744.

a) es cierto que las reservas no son muy compatibles con el objetivo perseguido de uniformar y aclarar el derecho consuetudinario, pero «bien mirado, el equilibrio de conjunto contra el cual atenta la reserva no constituye el objeto y el fin del propio tratado, sino el objeto y el fin de la negociación de la cual dimana ese tratado»³⁰³;

b) la noción misma de «convención de codificación» es incierta. Como ha señalado a menudo la Comisión, es imposible distinguir la codificación *stricto sensu* del derecho internacional de su desarrollo progresivo³⁰⁴. «¿Qué cantidad de normas de origen consuetudinario debe contener un tratado para ser calificado como ‘tratado de codificación’?»³⁰⁵.

c) la condición de las normas incluidas en un tratado no es inmutable en el tiempo: una norma que es muestra del desarrollo progresivo puede transformarse en una pura codificación y, a menudo, una «convención de codificación» cristaliza en una norma de derecho internacional general una norma que no tenía ese carácter en el momento de su adopción³⁰⁶.

125. En consecuencia, la naturaleza de las convenciones de codificación no constituye, en sí misma, un obstáculo a la formulación de reservas a algunas de sus disposiciones por la misma razón (y con los mismos límites) que las formuladas a cualquier otro tratado y los argumentos que se pueden esgrimir, de un modo general, a favor de la facultad de formular reservas a una disposición convencional que enuncia una norma consuetudinaria³⁰⁷ les son también plenamente trasladables. Por lo demás, la práctica está sólidamente establecida en este sentido: junto con los tratados de derechos humanos (que codifican además en gran medida el derecho existente), las convenciones de codificación son, de todos los tratados, las que reciben el mayor número de reservas³⁰⁸. Y si ha podido ocurrir que determinadas objeciones se basasen en el carácter consuetudinario de las normas concernidas³⁰⁹, la naturaleza propia de estas convenciones no parece haber sido alegada

³⁰³ Teboul, *loc. cit.*, pág. 700.

³⁰⁴ Véanse, por ejemplo, los informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones 8.º (1956) y 47.º (1995), respectivamente, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 251, párr. 26, y *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 94 y 95, párrs. 156 y 157.

³⁰⁵ Reuter, *loc. cit.*, pág. 371.

³⁰⁶ Véase el párrafo 83 *supra* y, sobre la cuestión de la pena de muerte en relación con los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (pero para llegar a la conclusión negativa), Schabas, «Invalid reservations...», págs. 308 a 310.

³⁰⁷ Véase el párrafo 116 *supra*.

³⁰⁸ A título de ejemplo, al 31 de diciembre de 2004, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas había sido objeto de 57 reservas o declaraciones (50 de las cuales siguen estando en vigor) por parte de 34 Estados Partes (actualmente, 31 Estados han formulado reservas que siguen en vigor) (*Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, págs. 90 y ss.) y la Convención de Viena de 1969, de 71 reservas o declaraciones (61 de las cuales siguen estando en vigor) procedentes de 35 Estados (33 actualmente) (*ibíd.*, vol. II, págs. 358 y ss.). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que parece hoy en todo caso haber codificado ampliamente el derecho internacional general en vigor, provocó 219 reservas o declaraciones (197 de las cuales siguen en vigor) por parte de 59 Estados (*ibíd.*, págs. 175 y ss., y 222 y ss.).

³⁰⁹ Véanse los párrafos 116 y 122 *supra*.

nunca para sostener una declaración de incompatibilidad con su objeto y su fin.

126. No obstante, la naturaleza consuetudinaria de una disposición objeto de una reserva tiene consecuencias importantes en cuanto a los efectos producidos por ésta: cuando se establece, paraliza la aplicación de la norma *convencional* objeto de la reserva en las relaciones del Estado que ha formulado la reserva con las demás partes en el tratado, pero no hace desaparecer la obligación que le incumbe de respetar la norma consuetudinaria (cuyo contenido es, por definición, idéntico)³¹⁰. La razón es simple y aparece con gran claridad en el célebre pronunciamiento de la CIJ en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*:

El hecho de que los principios [del derecho internacional general y consuetudinario], y reconocidos como tales, se codifiquen o incorporen en convenciones multilaterales no quiere decir que dejen de existir y de aplicarse como principios de derecho consuetudinario, incluso con respecto a países que son partes en esas convenciones³¹¹.

127. Es por ello que, con toda razón, en la objeción que hicieron a una reserva de la República Árabe Siria a la Convención de Viena de 1969, los Estados Unidos consideran que:

la ausencia de relaciones convencionales entre los Estados Unidos de América y la República Árabe Siria en lo que se refiere a determinadas disposiciones de la Parte V no afectará de ningún modo al deber que incumbe a este país de cumplir con cualquier obligación enunciada en esas disposiciones que le fuera impuesto por el derecho internacional con independencia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados³¹².

128. El magistrado *ad hoc* Sørensen, en su opinión disidente al fallo de la CIJ de 1969 en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*, resumió del siguiente modo las normas aplicables en caso de reserva a una disposición declaratoria del derecho consuetudinario:

la facultad de incorporar reservas a una disposición convencional no depende de saber si esa disposición puede ser considerada o no como la expresión de una norma de derecho generalmente reconocida. En apoyo de este punto de vista me bastará subrayar que se han formulado reservas a determinadas disposiciones de la Convención sobre la alta mar aunque las disposiciones de esta Convención sean, según su preámbulo, «declaratorias en términos generales de los principios establecidos de derecho internacional». Algunos Estados contratantes se opusieron a algunas de las reservas formuladas por otros Estados, pero otras reservas fueron tácitamente aceptadas. La aceptación tácita o expresa de una reserva hecha por una parte contratante no tiene por efecto privar a

³¹⁰ En este sentido: Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 1244; Teboul, *loc. cit.*, pág. 711, y Weil, «Vers une normativité relative en droit international?», págs. 43 y 44. Véanse también los autores citados en la nota 286 *supra*, y Schabas, «Reservations to human rights treaties...», pág. 56. Reuter sostiene un argumento en sentido contrario: «entre el Estado que formula la reserva y las partes que se abstienen de presentar una objeción, la norma consuetudinaria deja de aplicarse, puesto que por un mecanismo convencional posterior al establecimiento de la norma consuetudinaria su aplicación ha sido suspendida» (*loc. cit.*, pág. 370); en el mismo sentido, Teboul, *loc. cit.*, págs. 690 y 708. Este razonamiento se enfrenta a graves objeciones: véase el párrafo 132 *infra*.

³¹¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 424, párr. 73; véase asimismo *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 188. Véase también la opinión disidente del magistrado Morelli en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 198.

³¹² *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. II, pág. 363. Véanse también las notas 226 a 228 *supra* y las objeciones de los Países Bajos y Polonia citadas en el párrafo 116 *supra*.

toda la Convención o al artículo en cuestión de su carácter declaratorio. Su único efecto es establecer una relación contractual especial entre las partes interesadas en el marco general del derecho consuetudinario enunciado en la Convención. Si la norma consuetudinaria no pertenece a la categoría de *ius cogens*, una relación contractual especial de esta naturaleza no es nula de por sí. No existe por tanto incompatibilidad entre la facultad de formular reservas a determinados artículos de la Convención sobre la plataforma continental y el reconocimiento de esta Convención o de los artículos en cuestión como la expresión de normas de derecho internacional generalmente aceptadas³¹³.

129. De todo esto resulta que la naturaleza, por otra parte consuetudinaria, de la norma enunciada en una disposición convencional no constituye, por sí misma, un obstáculo a la formulación de una reserva, pero que una reserva de este tipo no podría, de ninguna manera, poner en entredicho el carácter obligatorio de la norma en cuestión en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que hubiera formulado la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales, sean partes o no en el tratado. Estos dos principios fundamentales deberían enunciarse en un proyecto de directriz 3.1.8:

«3.1.8 *Reservas relativas a una disposición que enuncia una norma consuetudinaria*

1. La naturaleza consuetudinaria de una norma enunciada por una disposición convencional no constituye en sí misma un obstáculo a la formulación de una reserva a esa disposición.

2. Una reserva a una disposición convencional que enuncia una norma consuetudinaria no atenta contra el carácter obligatorio de la norma consuetudinaria de que se trate en las relaciones del Estado o de la organización internacional que formule la reserva con los demás Estados u organizaciones internacionales que estén obligados por esa norma.»

130. La formulación un poco complicada de la última parte de la frase del párrafo 2 del proyecto de directriz 3.1.8 se explica por la diversidad *ratione loci* de las normas consuetudinarias: algunas pueden ser de aplicación universal, pero otras sólo tienen un alcance regional³¹⁴, o incluso sólo se aplican en un plano puramente bilateral³¹⁵.

vi) *Reservas a disposiciones que enuncian normas de jus cogens o inderogables*

131. Según Reuter, puesto que una reserva establece por medio de las aceptaciones una «relación contractual» entre las partes, no sería factible una reserva a una disposición convencional que enuncia una norma imperativa de derecho internacional general: el acuerdo resultante sería nulo de pleno derecho como consecuencia del principio establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969³¹⁶.

³¹³ C.I.J. Recueil 1969, pág. 248.

³¹⁴ Véanse en particular los fallos de la CIJ, *Droit d'asile*, C.I.J. Recueil 1950, págs. 276 y 277; *Pêcheries*, C.I.J. Recueil 1951, págs. 136 a 139, y *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, C.I.J. Recueil 1952, pág. 200. Véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, págs. 22, 29 y 35, respectivamente.

³¹⁵ Véase *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1960, pág. 39. Véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 72.

³¹⁶ *Loc. cit.*, pág. 370. Véase también Teboul, *loc. cit.*, págs. 690 y 707.

132. Este razonamiento se enfrenta a graves objeciones: se basa en uno de los postulados de la escuela de la «oponibilidad», según el cual la cuestión de la validez de las reservas se deja exclusivamente a la apreciación subjetiva de las partes contratantes y encuentra su respuesta sólo en las disposiciones del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986³¹⁷; pues bien, ésta dista mucho de ser obvia³¹⁸; además y sobre todo, asimila el mecanismo de las reservas a un puro proceso convencional. Ahora bien, una reserva es un acto *unilateral*, ligado al tratado, desde luego, pero sin efectos exógenos: por definición, tiene por objeto «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado» en su aplicación al Estado que la formula³¹⁹ y, si es aceptada, esas son, efectivamente, sus consecuencias³²⁰. En cambio, se acepte o no, deja intacto el derecho internacional «circundante»; la situación jurídica de los Estados interesados sólo se ve afectada por ella en sus *relaciones convencionales*³²¹.

133. Otros autores, más numerosos, afirman la incompatibilidad de cualquier reserva a una disposición que refleje una norma imperativa de derecho internacional general, sin exponer ninguna explicación³²² o postulando que esa reserva sería *ipso facto* contraria al objeto y el fin del tratado³²³.

134. Esa es también la postura adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el Comentario General n.º 24:

Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto³²⁴.

Esta formulación es discutible³²⁵ y, en todo caso, no se puede generalizar: se puede concebir perfectamente que

³¹⁷ «La validez de una reserva depende, según el sistema de la Convención, de si la reserva es aceptada o no por otro Estado y no del cumplimiento de la condición para su admisión sobre la base de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado» (Ruda, *loc. cit.*, pág. 190).

³¹⁸ Su conformidad a derecho se examinará con mayor detenimiento cuando se estudien los efectos de las reservas, sin duda en el undécimo informe sobre las reservas a los tratados. En todo caso, la política correcta es seguramente que la Comisión evite en la medida de lo posible prejuzgar la respuesta que dará a esta muy importante y difícil cuestión.

³¹⁹ Art. 2, párr. 1, apdo. d, de la Convención de Viena de 1969.

³²⁰ Véase el artículo 21 de la Convención de Viena de 1969.

³²¹ Véase el párrafo 126 *supra*.

³²² Véase, por ejemplo, Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 147. Véase también *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 67, párrs. 141 y 142.

³²³ Véase también la opinión disidente del magistrado Tanaka en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, pág. 182.

³²⁴ CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 8. No sin cierta razón, en sus observaciones (A/51/40 (nota 293 *supra*), pág. 111, párr. 2), Francia subraya que «[e]l párrafo 8 [...] está redactado de manera tal que el documento parece asociar, hasta el punto de confundirlas, dos nociones jurídicas diferentes, la de 'normas perentorias' y la de 'reglas del derecho internacional consuetudinario'».

³²⁵ Véanse las dudas manifestadas al respecto por los Estados Unidos que, en su observación al Comentario General n.º 24 (A/50/40 (nota 230 *supra*), pág. 131), trasladan a las disposiciones que enuncian normas imperativas la solución que se impone cuando se trata de las que formulan normas consuetudinarias:

«Es evidente que un Estado no se puede sustraer a una norma obligatoria de derecho internacional formulando una reserva al Pacto. Pero no es en absoluto evidente que un Estado no pueda excluir un medio de cumplimiento de determinadas normas formulando reservas contra la inclusión de esas normas en las obligaciones contraídas con arreglo al Pacto».

un tratado evoque, marginalmente, una norma de *jus cogens* sin que ésta se refiera a su objeto y su fin.

135. Se ha argumentado sin embargo que «la norma que prohíbe la derogación de una norma de *jus cogens* tiene por objeto no sólo las relaciones convencionales sino también todos los actos jurídicos, entre ellos los actos unilaterales»³²⁶. Esto es sin duda exacto y constituye, a decir verdad, el único motivo intelectualmente convincente para no trasladar a las reservas a normas imperativas el razonamiento que conduce a no excluir, en principio, la facultad de formular reservas a disposiciones convencionales que enuncian normas consuetudinarias³²⁷.

136. Al formular una reserva, un Estado puede sin duda querer exonerarse de la propia norma a que se refiere la reserva y, tratándose de una norma imperativa de derecho internacional general, esto no se podría aceptar³²⁸, sobre todo porque no se puede admitir que un objetor persistente pueda poner en jaque a una norma de este carácter. Pero los objetivos pretendidos por el Estado que formula la reserva pueden ser diferentes: aun aceptando el contenido de la norma, puede querer evitar las consecuencias que entraña, en particular en lo que se refiere a su control³²⁹ y, a este respecto, no hay ninguna razón para no trasladar a las normas imperativas el razonamiento seguido en cuanto a las normas consuetudinarias simplemente obligatorias. Sin embargo, por más lamentable que pueda parecer, no hay obligación de fundamentar las reservas y, en la realidad, raras veces lo están; en consecuencia, a falta en todo caso de fundamentación clara, a las demás partes contratantes o a los órganos de control les es imposible asegurarse de la validez de la reserva y es preferible plantear el principio de que toda reserva a una disposición que formula una norma de *jus cogens* es nula *ipso jure*.

137. No obstante, esta conclusión debe de ir acompañada por dos salvedades importantes. En primer lugar, esta prohibición no es consecuencia del apartado c del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 sino, *mutatis mutandis*, del principio establecido en el artículo 53. En segundo lugar, los Estados tienen otros modos de evitar las consecuencias de la «convencionalización» de una norma imperativa de derecho internacional general: tienen la posibilidad de formular una reserva, no con respecto a la disposición de fondo en cuestión, sino a

³²⁶ Teboul, *loc. cit.*, pág. 707, nota 52, que a su vez remite a Sicault, «Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», pág. 663 y a la doctrina citada.

³²⁷ Así ocurre, *a fortiori*, si se considera el binomio reserva/aceptación como un acuerdo que modifica el tratado en las relaciones entre los dos Estados concernidos (véase Coccia, *loc. cit.*, págs. 30 y 31); sin embargo, este análisis es poco convincente.

³²⁸ Por supuesto, existen pocos ejemplos de reservas claramente contrarias a una norma de *jus cogens*. Véase sin embargo la reserva formulada por Myanmar en 1991 al adherirse a la Convención sobre los Derechos del Niño, por la cual se reservaba la posibilidad de no aplicar el artículo 37 de este instrumento y ejercer «potestades de arresto, detención, exclusión, interrogatorio, indagatoria e investigación» con respecto a niños para «salvaguardar el interés nacional supremo» (*Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, págs. 331 y 332). Esta reserva, a la cual habían formulado objeciones cuatro Estados (que se basaron en la remisión a la legislación nacional y no en que la reserva fuera contraria a una norma imperativa) fue retirada en 1993 (*ibíd.*, pág. 331).

³²⁹ Véase el párrafo 120 *supra*.

artículos «secundarios» que regulan las relaciones convencionales (control, solución de controversias, interpretación), incluso limitando su alcance a una disposición de fondo determinada³³⁰.

138. En apariencia, el problema de las reservas a las cláusulas inderogables que figuran en los tratados de derechos humanos se plantea en términos muy parecidos³³¹, y los Estados basan frecuentemente sus objeciones a esas disposiciones en la prohibición convencional de suspender su aplicación cualesquiera que sean las circunstancias³³².

139. Es evidente que, en la medida en que las disposiciones inderogables se refieren a normas de *jus cogens*, el razonamiento aplicable a éstas vale para aquéllas³³³. Pero no existe necesariamente una identidad total entre unas y otras³³⁴. Según el Comité de Derechos Humanos:

Si bien no existe una correlación automática entre las reservas a las disposiciones inderogables y las reservas que van en contra del objeto y fin del Pacto, los Estados tienen la grave responsabilidad de justificar esas reservas³³⁵.

Este último punto es una pura petición de principio que responde sin ninguna duda a motivos de oportunidad loables, pero no está basado en ningún principio jurídico. La Comisión podría hacer suya esta postura, pero debe ser consciente de que en ese caso entraría en el ámbito del desarrollo progresivo del derecho internacional y no de la codificación *stricto sensu*.

140. Por lo demás, de ello se deriva *a contrario* que, según el Comité de Derechos Humanos, si un derecho inderogable no pertenece al *jus cogens*, puede en principio ser objeto de una reserva. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983 *Restricciones a la Pena de Muerte*, declaró lo siguiente:

³³⁰ En este sentido, véanse por ejemplo las reservas de Malawi y México a la Convención internacional contra la toma de rehenes, que subordinan la aplicación del artículo 16 (solución de controversias y competencia de la CIJ) a las condiciones de sus declaraciones facultativas en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CIJ, *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. II, pág. 114. No puede haber ninguna duda de que esas reservas no están excluidas por principio; véase el párrafo 96 *supra*.

³³¹ Sobre esta cuestión, véase en particular Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 152 a 159.

³³² Véanse el artículo 4, párr. 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 15, párr. 2, del Convenio europeo de derechos humanos (véanse también el artículo 3 del Protocolo n.º 6, el artículo 4, párr. 3, del Protocolo n.º 7 y el artículo 2 del Protocolo n.º 13) y el artículo 27, párr. 2, de la Convención americana sobre derechos humanos. Ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos incluyen cláusulas de este tipo (véase Ouguergouz, «L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général»).

³³³ Véase el Comentario General n.º 24 del Comité de Derechos Humanos: «en ningún caso cabe formular reservas [a algunos derechos, como la prohibición de la tortura y la privación arbitraria de la vida] dada su condición de normas perentorias» (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 10).

³³⁴ Véase la Observación General n.º 29 del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, párr. 11. Véanse también Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 153 a 155, o Teraya, «Emerging hierarchy in international human rights and beyond: from the perspective of non-derogable rights».

³³⁵ Comentario General n.º 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 10.

El artículo 27 permite a los Estados Partes la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado afectado y siempre que tal decisión no implique la suspensión o derogación de ciertos derechos básicos o esenciales, entre los cuales está el derecho a la vida garantizado por el artículo 4. En esa perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico. Como el género de reserva referido en las preguntas planteadas por la Comisión no aparece dirigido a negar el derecho a la vida como tal, la Corte concluye que, en este aspecto, debe considerarse en principio no incompatible con el objeto y fin de la Convención³³⁶.

141. En contra de cualquier posibilidad de formular reservas a una disposición inderogable se ha esgrimido que, puesto que cualquier suspensión de las obligaciones en cuestión está excluida por el tratado, «con mayor razón no se deberían admitir cualesquiera reservas, perpetuadas en el tiempo hasta que sean retiradas por el Estado en cuestión; tales reservas son [...] sin cualquier *caveat*, incompatibles con el objeto y propósito de los referidos tratados»³³⁷. Pero este argumento no logra convencer: una cosa es no poder dejar en suspenso una disposición por la cual un Estado está vinculado y otra determinar si el Estado está vinculado por la disposición en cuestión³³⁸. Pues bien, este segundo problema es el que hay que resolver.

142. Debe por tanto admitirse que si bien están sin duda excluidas determinadas reservas a disposiciones inderogables (ya sea porque pondrían en jaque a una norma imperativa, ya sea porque serían contrarias al objeto y el fin del tratado), no siempre y necesariamente ocurre así³³⁹. El carácter inderogable de un derecho protegido por un tratado de derechos humanos no es en sí mismo un obstáculo para que se formule una reserva, siempre que ésta sólo se refiera a determinados aspectos limitados relativos a la aplicación del derecho en cuestión; pero pone de relieve su importancia y constituye una guía útil para la apreciación del criterio basado en el objeto y el fin del tratado.

143. Esta solución matizada está bien ejemplificada en la objeción de Dinamarca a las reservas de los Estados Unidos a los artículos 6 y 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

Dinamarca desea recordar que, según el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, un Estado Parte no puede suspender varios artículos fundamentales, entre ellos el 6 y el 7, incluso en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación.

³³⁶ OC-3/83, *Serie A*, n.º 3, párr. 61.

³³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake*, sentencia de 22 de enero de 1999, *Serie C*, n.º 48, voto razonado del juez Cançado Trindade, pág. 39, párr. 11. Véase el comentario favorable de Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 155. En el mismo sentido, véase la objeción de los Países Bajos citada en la nota 340 *infra*.

³³⁸ Véase la observación del Reino Unido sobre el Comentario General n.º 24 del Comité de Derechos Humanos: «Sustraerse al cumplimiento de una obligación formalmente contraída y resistirse desde el comienzo a contraer la obligación no son la misma cosa», A/50/40 (nota 230 *supra*), pág. 136, párr. 6.

³³⁹ Véanse E/CN.4/SUB.2/2004/42, párr. 52; Higgins, «Human rights: some questions of integrity», pág. 15; McBride, *loc. cit.*, págs. 163 y 164; Polakiewicz, *op. cit.*, pág. 113, y Redgwell, «Reservation to treaties...», pág. 402; *contra*: Lijnzaad, *op. cit.*, pág. 91.

En opinión de Dinamarca, la reserva de los Estados Unidos en relación con la pena capital para delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, así como la reserva 3 en relación con el artículo 7, constituyen suspensiones generales de los artículos 6 y 7, mientras que según el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto no se permiten tales suspensiones.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que los artículos 6 y 7 protegen dos de los derechos más fundamentales proclamados en el Pacto, el Gobierno de Dinamarca considera dichas reservas incompatibles con el objeto y el fin del Pacto, y en consecuencia Dinamarca opone su objeción a las reservas³⁴⁰.

Dinamarca no se opuso a las reservas de los Estados Unidos porque se refiriesen a derechos inderogables sino porque, teniendo en cuenta su redacción, esas reservas vacían de toda sustancia a las disposiciones esenciales en cuestión. Conviene por lo demás señalar que, en algunos casos, las Partes no han formulado objeciones contra reservas relativas a disposiciones cuya suspensión no está permitida en ningún caso³⁴¹.

144. Es obvio que, por el contrario, el hecho de que una disposición pueda en principio ser objeto de una derogación no significa que cualquier reserva sobre ella sea válida³⁴². Se aplica igualmente en este caso el criterio de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

145. Se imponen varias consideraciones:

a) en primer lugar, se aplican principios diferentes a la apreciación de la validez de las reservas según éstas se refieran a disposiciones que enuncian normas de *jus cogens* o a normas inderogables;

b) en el primer caso, queda excluida cualquier reserva, ya que podría poner en peligro la integridad de la norma imperativa, cuya aplicación debe ser uniforme (contrariamente a lo que ocurre con las normas consuetudinarias, que permiten derogaciones);

c) por el contrario, en el segundo caso siguen siendo posibles las reservas, siempre que no pongan en entredicho el principio enunciado por la norma convencional; en esta hipótesis, las indicaciones metodológicas que figuran en el proyecto de directriz 3.1.6³⁴³ se imponen plenamente.

146. Dada la distinción radical que conviene hacer entre estas dos hipótesis, es sin duda preferible tratarlas en dos proyectos de directrices separadas:

³⁴⁰ *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 188. Véanse también en *ibíd.*, págs. 187 y ss., aunque menos claramente fundamentadas en el carácter inderogable de los artículos 6 y 7, las objeciones de Alemania, Bélgica, Finlandia, Italia, Noruega, los Países Bajos (que precisan que la reserva de los Estados Unidos al artículo 7 «tiene el mismo efecto que una suspensión general de este artículo, mientras que según el artículo 4 del Pacto no está autorizada suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales», *ibíd.*, pág. 191), Portugal y Suecia.

³⁴¹ Véanse los numerosos ejemplos ofrecidos por Schabas en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio europeo de derechos humanos y la Convención americana sobre derechos humanos («Reservations to human rights treaties...», págs. 51 y 52, nota 51).

³⁴² Véase Redgwell, «Reservation to treaties...», pág. 402.

³⁴³ «Determinación del objeto y el fin del tratado»; véase el párrafo 91 *supra*.

«3.1.9 Reservas a disposiciones que enuncian una norma de jus cogens

Un Estado o una organización internacional no puede formular una reserva a la disposición de un tratado que enuncia una norma imperativa de derecho internacional general.»

«3.1.10 Reservas a disposiciones referentes a derechos inderogables

Un Estado o una organización internacional puede formular una reserva a una disposición convencional referente a derechos inderogables siempre que la reserva en cuestión no sea incompatible con los derechos y las obligaciones esenciales que resulten de esa disposición. Al apreciar la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la disposición de que se trate, conviene tener en cuenta la importancia que las partes han acordado a los derechos en cuestión al conferirles un carácter inderogable.»

D. La determinación de la validez de las reservas y sus consecuencias

147. Es preciso reconocer que, si bien es menos «enigmática» de lo que se ha dicho³⁴⁴, la noción del objeto y el fin del tratado no se presta fácilmente a una sistematización doctrinal y da lugar, inevitablemente, a la subjetividad del intérprete³⁴⁵ que, en cada caso concreto, ha de proceder a una apreciación específica, teniendo presentes, en particular, los elementos mencionados en el proyecto de directriz 3.1.6³⁴⁶, habida cuenta de la naturaleza (consuetudinaria, inderogable o imperativa) de la norma a la que se refiera la reserva (incluso si, en realidad, esa determinación no está vinculada directamente con la del objeto y el fin³⁴⁷).

148. Sin embargo, no se deben exagerar los inconvenientes que de ello dimanar. Después de todo, las directrices, que constituyen orientaciones de carácter general por medio de las cuales el intérprete ha de dejarse guiar de buena fe, no son más vagas que las que se derivan de las reglas enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, de los que, por lo demás, están muy próximas³⁴⁸; sin embargo, se trata, como justamente se ha dicho, de «uno de los éxitos más notables» de la Convención³⁴⁹. Si en la práctica su aplicación no es necesariamente sencilla, estas directrices no plantean problemas insuperables y bien se puede decir que son razonablemente muy viables.

149. En consecuencia, aunque es perfectamente cierto que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no prevén ninguna modalidad de arreglo de las controversias que puedan surgir en cuanto a la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado al que se refiera³⁵⁰,

es inexplicable el verdadero «ataque de fijación» de la doctrina sobre la cuestión relativa a saber quién es competente para determinar la compatibilidad (o incompatibilidad) de una reserva con el objeto y el fin de un tratado. Por lo demás, como se ha demostrado más arriba, el problema se plantea en idénticos términos cuando se trata de apreciar la conformidad de una reserva con una cláusula convencional que prohíbe la formulación de reservas o limita la posibilidad de formularlas³⁵¹.

150. Esta constatación podría contribuir a moderar el debate, sumamente animado, sobre la competencia para evaluar la validez de las reservas, cuyo reexamen dará ocasión también para volver sobre algunas de las Conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, aprobadas por la Comisión en 1997³⁵². En cambio, de la indeterminación de las instituciones habilitadas para apreciar la validez de las reservas se deriva un laberinto de competencias, efectivas o potenciales, que complica todavía la respuesta que puede darse al interrogante crucial de las consecuencias de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado o con las disposiciones del tratado que prohíban expresa o implícitamente ciertas reservas o categorías de reservas.

1. COMPETENCIA PARA APRECIAR LA VALIDEZ DE LAS RESERVAS

151. Va de suyo que todo tratado puede incluir una disposición especial que prevea procedimientos especiales de apreciación de la validez de la reserva, sea por un porcentaje determinado de los Estados partes, sea por un órgano competente a ese fin. Una de las cláusulas más comunes y más comentadas a este respecto³⁵³ es la que figura en el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

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 misma*³⁵⁴.

³⁵¹ Véanse los párrafos 52 y 53 *supra*.

³⁵² *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 57. Véase también la nota 136 *supra*.

³⁵³ Véanse, por ejemplo, Cassese, «A new reservations clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)»; Redgwell, «The law of reservations...», págs. 13 y 14, o Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 317 a 322.

³⁵⁴ Véanse asimismo, por ejemplo, el artículo 20 de la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, que autoriza las reservas «si han sido aceptadas por la mayoría de los miembros de la Conferencia y se han hecho constar en el Acta Final» (párr. 1), o formuladas después de la firma si un tercio de los Estados Contratantes no han opuesto objeciones a las mismas dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que el Secretario General les comunicó las reservas (párrs. 2 y 3), y las cláusulas similares que figuran en el artículo 14 del Protocolo adicional a la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, relativo a la importación de documentos y de material de propaganda turística y en el artículo 39 de la Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera, el artículo 50, párr. 3, de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes y el artículo 32, párr. 3, del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, que subordinan la admisibilidad de la reserva a la ausencia de objeción por parte de un tercio de los Estados contratantes.

³⁴⁴ Véanse los párrafos 72 y 84 *supra*.

³⁴⁵ Véase el párrafo 72 *supra*.

³⁴⁶ Véase el párrafo 91 *supra*.

³⁴⁷ Véanse los párrafos 120 a 125, 134 a 136 y 140 a 143 *supra*.

³⁴⁸ Véase el párrafo 86 *supra*.

³⁴⁹ Reuter, *op. cit.*, pág. 89.

³⁵⁰ Véanse, por ejemplo, Combacau, «Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités», págs. 197, 198, 201 y 202, o Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», pág. 331.

152. Esta cláusula sobre las reservas se inspira sin duda en las infructuosas tentativas por incluir en la propia Convención de Viena de 1969 un mecanismo mayoritario de apreciación de la validez de las reservas³⁵⁵:

a) dos de las cuatro propuestas formuladas *de lege ferenda* en 1953 por el Sr. Lauterpacht subordinaban la aceptación de una reserva al consentimiento de las dos terceras partes de los Estados interesados³⁵⁶;

b) el Sr. Fitzmaurice no formuló ninguna propuesta expresa en ese sentido, pues se atuvo a una aplicación estricta del principio de la unanimidad³⁵⁷; con todo, en varias oportunidades, sostuvo que la apreciación colectiva de la admisibilidad de las reservas era el régimen «ideal»³⁵⁸;

c) si bien el Sr. Waldock tampoco propuso un mecanismo de esa índole en su primer informe en 1962³⁵⁹, varios miembros de la Comisión asumieron su defensa³⁶⁰;

d) durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, la enmienda en ese sentido de Filipinas, el Japón y la República de Corea³⁶¹ fue

rechazada por una importante mayoría³⁶² a pesar de contar con el apoyo de varias delegaciones³⁶³; el Consultor Técnico, Sr. Waldock³⁶⁴ y otras delegaciones³⁶⁵ se mostraron muy reticentes respecto de ese mecanismo de control colectivo.

153. Es preciso, sin embargo, reconocer que estas cláusulas, por atractivas que puedan parecer desde el punto de vista intelectual³⁶⁶, están, de todas maneras, lejos de resolver todos los problemas; en la práctica no alientan a los Estados partes a poner de manifiesto la especial vigilancia que cabría esperar³⁶⁷ y dejan sin responder importantes interrogantes:

a) ¿Excluyen la posibilidad que tienen los Estados partes de formular objeciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 20, párrs. 4 y 5, de la Convención de Viena de 1969? Habida cuenta de la enorme latitud de que disfrutaban los Estados a ese respecto, es indudable que se impone una respuesta negativa. Por lo demás, los Estados que hacen objeciones a las reservas formuladas en virtud del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, las han mantenido³⁶⁸ no obstante la ausencia de

³⁵⁵ Para una síntesis de las deliberaciones sobre la cuestión en la Comisión y durante la Conferencia de Viena, véase Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 314 y 315.

³⁵⁶ Variantes A y B, *Yearbook... 1953*, vol. II, págs. 91 y 92. Las variantes C y D confiaban la tarea de apreciar la admisibilidad de las reservas respectivamente a una comisión creada por los Estados partes y a una Sala de Procedimiento Sumario de la CIJ (ibíd., pág. 92); véanse también las propuestas formuladas con ocasión de la elaboración del «Pacto de derechos humanos», reproducidas en *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 132.

³⁵⁷ *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 114, 115 y 126 a 128.

³⁵⁸ Fitzmaurice, «Reservations to multilateral conventions», pág. 23.

³⁵⁹ *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144.

³⁶⁰ Véanse, en particular, las declaraciones de los Sres. Briggs, *Anuario... 1962*, vol. I, 651.^a sesión, pág. 151, párr. 28, y 652.^a sesión, pág. 163, párrs. 73 y 74; Gros, ibíd., 654.^a sesión, pág. 177, párr. 43; Bartoš, ibíd., págs. 179 y 180, párr. 56; *contra*: Rosenne, ibíd., 651.^a sesión, págs. 156 y 157, párr. 83; Tunkin, ibíd., 653.^a sesión, pág. 168, párrs. 24 y 25, y 654.^a sesión, pág. 176, párr. 31; Jiménez de Aréchaga, ibíd., 653.^a sesión, pág. 170, párr. 47, y Amado, ibíd., 654.^a sesión, pág. 176, párr. 34. El Sr. Waldock propuso una variante que plasmaba esas opiniones (véase ibíd., 654.^a sesión, pág. 174, párr. 16) que, a pesar de haber sido descartadas por la Comisión, aparecen en el comentario al proyecto de artículo 18 (ibíd., vol. II, pág. 206, párr. 11 del comentario) y en el de los proyectos de artículos 16 y 17 de 1966 (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 225, párr. 11 del comentario). Véase también *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 51, párr. 3.

³⁶¹ La enmienda al párrafo 2 del artículo 16 preveía que si «a la expiración del plazo de doce meses, una mayoría de los Estados contratantes hubiese formulado objeciones por tal motivo, la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión acompañadas de tal reserva quedarán sin efecto jurídico» (A/CONF.39/C.1/L.133/Rev.1) (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones...* (nota 28 *supra*), pág. 144, párr. 177.1). Inicialmente, la enmienda (A/CONF.39/C.1/L.133) proponía reducir el plazo de 12 a 3 meses. Véanse también las intervenciones del Japón (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 21.^a sesión, pág. 121, párr. 29, y 24.^a sesión, págs. 144 y 145, párrs. 62 y 63), y una enmienda en igual sentido de Australia (A/CONF.39/C.1/L.166) (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), pág. 146, párr. 179), que luego fue retirada (véase ibíd., pág. 147, párr. 181). Sin presentar una propuesta oficial, el Reino Unido indicó que «[h]ay una necesidad evidente de establecer algún modo de asegurar que el criterio se aplica de manera objetiva, bien por

algún órgano independiente o bien mediante el establecimiento de un sistema colegiado para examinar las reservas que un grupo numeroso de Estados interesados consideren incompatibles con el objeto y el fin del tratado» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 21.^a sesión, pág. 126, párr. 76).

³⁶² Por 48 votos contra 14 y 25 abstenciones (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 28 *supra*), pág. 147, párr. 182).

³⁶³ Viet Nam (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 21.^a sesión, pág. 120, párr. 22); Ghana (ibíd., 22.^a sesión, pág. 132, párrs. 71 y 72); Italia (ibíd., pág. 133, párr. 79); China (ibíd., 23.^a sesión, pág. 133, párr. 3); Singapur (ibíd., pág. 134, párr. 16); Nueva Zelandia (ibíd., 24.^a sesión, pág. 140, párr. 18); India (ibíd., págs. 141 y 142, párrs. 32 y 38, respectivamente), y Zambia (ibíd., pág. 142, párr. 41). Suecia, que apoyaba en principio la idea de un mecanismo de vigilancia, consideró que la propuesta del Japón era «una tentativa de llegar a una solución de este problema» (ibíd., 22.^a sesión, pág. 129, párr. 32). Véanse también las reservas expresadas por los Estados Unidos (ibíd., 24.^a sesión, pág. 143, párr. 49) y Suiza (ibíd., 25.^a sesión, pág. 147, párr. 9).

³⁶⁴ A propósito de la enmienda propuesta por la delegación del Japón y otras delegaciones (véase la nota 361 *supra*), el Consultor Técnico estimó «que, por muy atractivos que parezcan, las propuestas de esta clase inclinarían la balanza en el sentido de la rigidez y harían tal vez más difícil un acuerdo general sobre las reservas. Por otra parte, este sistema posiblemente sería sólo teórico, pues los Estados no hacen de buena gana objeciones a las reservas» (ibíd., 24.^a sesión, pág. 139, párr. 9).

³⁶⁵ Tailandia (ibíd., 21.^a sesión, pág. 123, párr. 47); Argentina (ibíd., 24.^a sesión, pág. 143, párr. 45); Checoslovaquia (ibíd., pág. 145, párr. 69), y Etiopía (ibíd., 25.^a sesión, pág. 148, párr. 17).

³⁶⁶ Con todo, se pueden abrigar dudas en cuanto a la razonabilidad de un régimen colegiado por cuanto la finalidad misma de una reserva es precisamente la de «defender la posición de un Estado que considera esencial una cuestión sobre la que no se ha alcanzado una mayoría de dos tercios» (*Anuario... 1962*, vol. I, declaración del Sr. Jiménez de Aréchaga, 654.^a sesión, pág. 176, párr. 37). Véanse también las vivas críticas de Cassese, *loc. cit.*, pássim y, en particular, págs. 301 a 304.

³⁶⁷ En cuanto a la inercia de los Estados en la materia, véanse las manifestaciones del Consultor Técnico en la Conferencia de Viena (nota 364 *supra*); Imbert, *op. cit.* págs. 146 y 147 o Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 316 a 321; véase también el párrafo 186 *infra*.

³⁶⁸ Véase, en particular, *Traités multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, págs. 144 y ss.

apoyo a su posición por parte de las dos terceras partes de los Estados partes, necesario para una determinación «objetiva» de la incompatibilidad en virtud de dicha disposición;

b) En cambio, el mecanismo estatuido por el artículo 20 ha disuadido al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial creado por la Convención de adoptar una posición sobre la validez de las reservas³⁶⁹, lo que plantea el interrogante relativo a saber si esa actitud dimana de una evaluación de la oportunidad o si, en ausencia de mecanismos específicos de apreciación, los órganos de vigilancia deben abstenerse de adoptar una posición. A decir verdad, nada les obliga a ese respecto: desde el momento en que se admite que esos mecanismos se superponen a los procesos previstos en las convenciones para determinar la validez de las reservas y que los órganos de derechos humanos tienen competencia para pronunciarse sobre ese asunto en el ejercicio de su cometido³⁷⁰, pueden hacerlo en todos los casos, al igual que los Estados.

154. En realidad, la querrela doctrinal más encendida a este respecto se debe a la conjugación de varios factores:

a) La cuestión sólo se plantea en realidad en relación con los tratados de derechos humanos;

b) Ello se debe, en primer lugar, a que en esta esfera, y en ella solamente, los tratados modernos crean, casi sistemáticamente, mecanismos de vigilancia de la aplicación de las normas que estatuyen; ahora bien, aunque nadie ha discutido nunca que un juez o un árbitro tenga competencia para apreciar la validez de una reserva, incluida su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado al que se refiere³⁷¹, los tratados de derechos humanos atribuyen a los órganos que instituyen unas competencias diversificadas (algunos —en el plano regional— pueden adoptar decisiones obligatorias, pero otros, incluido el Comité de Derechos Humanos, sólo pueden formular recomendaciones a los Estados, de carácter general o vinculadas con una denuncia individual);

c) Este fenómeno, relativamente novedoso, no fue tenido en cuenta por los redactores de la Convención de Viena de 1969;

³⁶⁹ «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, aunque sea unánime, en el sentido de declarar inaceptable una reserva puede tener efecto jurídico alguno» (*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 sobre el tema las observaciones de Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», págs. 125 y 126, y Shelton, «State practice on reservations to human rights treaties», págs. 229 y 230. Recientemente, el Comité ha flexibilizado su posición en alguna medida; en 2003, por ejemplo, dijo lo siguiente respecto de una reserva formulada por la Arabia Saudita: «La amplitud y la imprecisión de la reserva general formulada por el Estado Parte llevan a cuestionar su compatibilidad con el objetivo y el propósito de la Convención. El Comité invita al Estado Parte a revisar la reserva con miras a retirarla oficialmente» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 18 (A/58/18)*, pág. 37, párr. 209).

³⁷⁰ Véase el párrafo 157 *infra*.

³⁷¹ Véase la nota 383 *infra*.

d) Además, los órganos de derechos humanos se han sustentado en una concepción particularmente amplia de sus competencias en este ámbito: a más de declararse competentes para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado que los ha creado, han considerado al parecer que poseían, a ese fin, una competencia de decisión, incluso cuando por otra parte no la tengan atribuida³⁷² y, aplicando la doctrina de la «divisibilidad», han declarado que los Estados autores de reservas cuya invalidez habían constatado estaban vinculados por el tratado, incluso por la disposición o las disposiciones a que se referían dichas reservas³⁷³;

e) Han suscitado así la oposición de los Estados, poco inclinados a considerarse obligados por un tratado más allá de los límites que aceptan y deseosos de modularlos con la mayor libertad posible; algunos de esos Estados han reaccionado con especial virulencia, llegando incluso a denegar a los órganos en cuestión toda competencia en la materia³⁷⁴;

f) A ello se añade la «hipersensibilidad» de los militantes de derechos humanos y de la doctrina «derecho-humanista» en este ámbito, lo que no ha contribuido a apaciguar una querrela que, por otra parte, es fundamentalmente artificial.

155. En realidad, las cosas son sin duda menos complicadas de lo que en general se dice, lo que no significa que la situación sea enteramente satisfactoria. En primer lugar, no se debiera dudar que los órganos de derechos humanos son competentes para pronunciarse cuando, en el ejercicio de sus competencias, se les plantea la cuestión de la validez de una reserva, incluida naturalmente la de su compatibilidad con el objeto y el fin de la convención³⁷⁵. En efecto, cabe admitir que esos órganos no podrían desempeñar las funciones que tienen atribuidas si no pudieran determinar el alcance preciso de sus competencias respecto de los Estados interesados, sea con ocasión del examen de peticiones de los Estados o de particulares o de informes periódicos, sea en el ejercicio de una competencia consultiva; para ello, les incumbe apreciar la validez de las reservas formuladas por los Estados

³⁷² Véanse en este sentido las observaciones de Aust, *op. cit.*, págs. 122 y 123.

³⁷³ Comité de Derechos Humanos, Comentario General n.º 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 18, y comunicación n.º 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago* (nota 232 *supra*), párr. 6.7. Esa decisión llevó al Estado a denunciar el Protocolo Facultativo (véase *Traité multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, pág. 232, nota 3), lo que no inhibió al Comité, en una decisión ulterior de 26 de marzo de 2002, para considerar que Trinidad y Tabago había infringido varias disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre las cuales se contaba la disposición a la que se refería la reserva (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/57/40)*, vol. II, anexo IX.T, pág. 164).

³⁷⁴ Véanse, en particular, las enérgicas críticas formuladas por los Estados Unidos, A/50/40 (nota 230 *supra*), pág. 150; el Reino Unido, *ibíd.*, pág. 154, y Francia, A/51/40 (nota 293 *supra*), págs. 111 a 113.

³⁷⁵ Véase el párrafo 5 de las Conclusiones preliminares de la Comisión sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, de 1997, que dice que «cuando esos tratados guardan silencio al respecto, los órganos de vigilancia establecidos en ellos son competentes para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la admisibilidad de las reservas hechas por los Estados, a fin de cumplir las funciones que tienen asignadas» (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 57).

partes en los tratados que los crean³⁷⁶. En segundo lugar, en ese caso, no poseen ni más ni menos facultades que en los demás asuntos: el Comité de Derechos Humanos y los demás órganos universales de derechos humanos que carecen de facultades de decisión no las adquieren tampoco en materia de reservas; los tribunales regionales que puedan dictar fallos con autoridad de cosa juzgada sí las tienen, aunque dentro de ciertos límites³⁷⁷. En efecto, en tercer y último lugar, si bien casi todos los órganos de derechos humanos (o de arreglo de controversias) pueden apreciar la validez de la reserva impugnada, no pueden reemplazar con su propia apreciación el consentimiento del Estado en quedar vinculado por el tratado³⁷⁸.

156. En verdad, huelga decir que las competencias de estos órganos no vulneran las competencias de los Estados para aceptar las reservas u objetarlas, tal como están establecidas y reglamentadas por los artículos 20, 21 y 23 de la Convención de Viena de 1969³⁷⁹. Por lo mismo, nada impide que los tribunales nacionales aprecien, cuando corresponda, la validez de las reservas formuladas por un Estado con ocasión de un litigio en el que han de entender³⁸⁰, incluida la compatibilidad de esas reservas con el objeto y el fin de un tratado, puesto que están autorizados para aplicar las normas del derecho internacional convencional —en el caso de los Estados partes en la Convención de Viena de 1969— o consuetudinario, pues el principio enunciado en el apartado *c* del artículo 19 tiene valor consuetudinario³⁸¹.

157. Va de suyo que esa competencia para apreciar la validez de una reserva puede corresponder igualmente a las jurisdicciones o árbitros internacionales. Así ocurriría

³⁷⁶ Para una exposición exhaustiva de la posición de los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos, véase *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 76 y ss., documento A/CN.4/477/Add.1, párrs. 193 a 210; véanse también Greig, *loc. cit.*, págs. 90 a 107; Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 345 a 353 y, respecto en particular de los órganos del Convenio europeo de derechos humanos, Cameron y Horn, *loc. cit.*, págs. 88 a 92.

³⁷⁷ Véase el párrafo 8 de las Conclusiones preliminares de la Comisión: «La Comisión observa que el valor jurídico de las conclusiones formuladas por los órganos de vigilancia en el ejercicio de sus facultades para tratar de las reservas no podrá exceder del que resulte de las facultades que se les hayan dado para cumplir su función general de vigilancia» (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58).

³⁷⁸ La Comisión observó a ese respecto, en sus Conclusiones preliminares, que la competencia de los órganos de vigilancia para apreciar la validez de las reservas «no excluye ni afecta de ninguna manera las modalidades tradicionales de control que [...] pueden aplicar las Partes Contratantes» (*ibíd.*, párr. 6) y que, «en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbirá al Estado que formule la reserva adoptar medidas. Estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en que el Estado modifique su reserva para eliminar la inadmisibilidad, retire su reserva o renuncie a ser Parte en el tratado» (*ibíd.*, párr. 10).

³⁷⁹ Véase, sin embargo, el Comentario General n.º 24 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), párr. 18: «se trata de una tarea [la determinación de la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado] inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos». Este pasaje contradice el párrafo 17 en el cual el Comité reconocía que «la objeción a una reserva formulada por los Estados puede ofrecer cierta orientación al Comité para interpretar su compatibilidad con el objeto y fin del Pacto».

³⁸⁰ Véanse el fallo del Tribunal Federal suizo, de 17 de diciembre de 1992, en la causa *Elizabeth B. c. Conseil d'État du canton de Thurgovie* (*Journal des Tribunaux, I. Droit fédéral*, n.º 14 (1995), págs. 523 a 537), y el comentario de Flauss, «Le contentieux des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: *Requiem* pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1», págs. 297 a 303.

³⁸¹ Véase el párrafo 56 *supra*.

evidentemente si un tratado previera expresamente la intervención de un órgano jurisdiccional para dirimir una controversia relativa a la validez de las reservas, pero no parece existir una cláusula de reserva en ese sentido, a pesar de que la cuestión se presta eminentemente a la determinación jurisdiccional³⁸². Sin embargo, no cabe duda alguna de que un litigio de esa índole podría ser dirimido por un órgano designado por las Partes para pronunciarse sobre las controversias relativas a la interpretación o aplicación del tratado. En consecuencia, se ha de considerar que toda cláusula general de arreglo de controversias establece la competencia del órgano designado por las Partes en la materia. Esa ha sido, por lo demás, la posición de la CIJ en su opinión consultiva de 1951 *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*:

Puede ocurrir [...] que ciertas partes, considerando incompatible con el fin de la Convención el consentimiento manifestado por otras partes a una reserva, decidan tomar posición en el plano jurisdiccional respecto de esa divergencia y llevar adelante la solución de la controversia que se plantee, sea mediante avenencia, sea mediante la vía indicada en el artículo IX de la Convención³⁸³.

158. Es preciso, pues, considerar que la competencia para apreciar la validez de una reserva incumbe, en general, a las diferentes instancias que sean llamadas a aplicar e interpretar los tratados: los Estados, sus tribunales internos y, dentro de los límites de sus competencias, los órganos de arreglo de controversias y vigilancia de la aplicación del tratado.

159. Por el contrario, conforme al principio, esencialmente dominante, del depositario «buzón»³⁸⁴ consagrado por el artículo 77 de la Convención de Viena de 1969³⁸⁵, el depositario sólo puede en principio tomar nota de las reservas que se le notifiquen y transmitir las a los Estados contratantes³⁸⁶, sin pronunciarse respecto de su validez.

³⁸² En ese sentido, véanse Bourguignon, «The Belilos case: new light on reservations to multilateral treaties», pág. 369, o Bowett, «Reservations...», pág. 81.

³⁸³ *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 27. Por lo mismo, en su laudo de 30 de junio de 1977, el Tribunal arbitral constituido en el caso *Mer d'Iroise* se reconoció implícitamente competente para pronunciarse sobre la validez de las reservas de Francia, porque estimó «que las tres reservas al artículo 6 [de la Convención sobre la plataforma continental] son reservas auténticas y admisibles» (Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 170, párr. 56). Véase también la posición de la CIJ en lo que concierne a la validez de las «reservas» —de naturaleza particular, en verdad, y distintas de las que son objeto de la Guía de la práctica (véanse el proyecto de directriz 1.4.6 (Declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula facultativa) y su comentario (*Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 119 y ss.)— incluidas en las declaraciones facultativas de aceptación de su jurisdicción obligatoria (véanse, en particular, *Droit de passage sur territoire indien*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, págs. 141 a 144; las opiniones del magistrado Lauterpacht, separada en el caso *Certains emprunts norvégiens* (*C.I.J. Recueil 1957*, págs. 43 a 55), y disidente en el caso *Interhandel* (*C.I.J. Recueil 1959*, excepciones preliminares, fallo, págs. 103 a 106); véanse también las opiniones disidentes del presidente Klaestad y del magistrado Armand-Hugon, *ibíd.*, págs. 75 y 93, respectivamente). Véase asimismo la jurisprudencia citada en el párrafo 96 *supra*.

³⁸⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), pág. 176, párr. 165; véase también Combacau, *loc. cit.*, pág. 199.

³⁸⁵ Que corresponde al artículo 78 de la Convención de Viena de 1986.

³⁸⁶ Véanse *ibíd.*, págs. 174 a 176, párrs. 160 a 167, y el proyecto de directriz 2.1.7 (Funciones del depositario) de la Guía de la práctica y su comentario (*Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 44 y ss.).

160. Al adoptar el proyecto de directriz 2.1.8, la Comisión estimó, sin embargo, en la perspectiva del desarrollo progresivo del derecho internacional, que en caso de reservas a su juicio manifiestamente [inadmisibles]³⁸⁷ el depositario debía señalar «a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa [inadmisibilidad]»³⁸⁸. Es de mencionar que, en esa oportunidad, «[l]a Comisión estimó que no se justificaba establecer una distinción entre los diferentes tipos de 'inadmisibilidad' enumerados en el artículo 19»³⁸⁹ de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

161. La situación actual en lo que se refiere al control de la validez de las reservas a los tratados y, en particular, a los instrumentos de derechos humanos, se caracteriza, pues, por la concurrencia o, en todo caso, la coexistencia de diversos mecanismos de control de la validez de las reservas³⁹⁰:

a) uno de esos mecanismos, que constituye el derecho común, es el que, exclusivamente entre los Estados, consagra el artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que se puede aplicar mediante las cláusulas de reservas particulares que figuren en los tratados de que se trate;

b) cuando el tratado crea un órgano de vigilancia de su aplicación, se considera ahora aceptado que ese órgano puede igualmente pronunciarse sobre la validez de las reservas;

c) sin embargo, se deja así subsistir la posibilidad de que los Estados y las organizaciones internacionales partes recurran, según el caso, a las modalidades habituales de arreglo de controversias por medios pacíficos, incluidas las jurisdiccionales o arbitrales, si surge entre ellos una controversia en relación con la admisibilidad de una reserva³⁹¹;

d) además, no se excluye que los tribunales nacionales mismos, como ocurre con las jurisdicciones suizas³⁹², se consideren facultados para apreciar igualmente la validez de una reserva respecto del derecho internacional.

162. Es evidente que la multiplicidad de posibilidades de control no deja de plantear algunos inconvenientes, de los cuales el menor no es el riesgo de que haya contradicciones entre las posiciones que unos y otros puedan

³⁸⁷ En cuanto al significado de los corchetes, véase el párrafo 6 *supra*.

³⁸⁸ Directriz 2.1.8 (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]), *ibíd.*, pág. 47 y 48. Véase también el párrafo 183 *infra*.

³⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 47, párr. 5 del comentario al proyecto de directriz 2.1.8.

³⁹⁰ Véase *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 80 y 81, párrs. 211 a 215, fuente principal del desarrollo de las disposiciones que siguen. Para una posición netamente favorable a la complementariedad de los regímenes de vigilancia, véase Lijnzaad, *op. cit.*, págs. 97 y 98; véase también Cohen-Jonathan, *loc. cit.*, pág. 944.

³⁹¹ Ello, con todo, bajo reserva de la existencia de «regímenes autónomos», entre los cuales cabe mencionar indudablemente los instituidos por el Convenio europeo de derechos humanos y la Convención americana sobre derechos humanos o la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Simma, «Self-contained regimes», págs. 129 y ss., y Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, págs. 230 y ss.).

³⁹² Véase la nota 380 *supra*.

adoptar respecto de la misma reserva (o respecto de dos reservas idénticas de Estados diferentes)³⁹³. Sin embargo, a decir verdad, ese riesgo es inherente a todo régimen de control, pues en el curso del tiempo, un mismo órgano puede adoptar decisiones contradictorias, y quizás sea mejor que haya un exceso de control que una falta absoluta de éste.

163. Más grave es la amenaza que plantea la sucesión de los controles en el tiempo en ausencia de toda limitación del plazo durante el cual se pueden realizar. El problema no se plantea en lo que se refiere al «régimen de Viena» porque el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 limita a los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva (o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado) el plazo durante el cual un Estado puede formular objeción³⁹⁴. Se plantea, en cambio, con agudeza, en todos los casos de control jurisdiccional o cuasijurisdiccional que, en concreto, es aleatorio y depende del recurso al órgano de arreglo o vigilancia. Para evitarlo, se ha propuesto limitar igualmente a un plazo de 12 meses el derecho de los órganos de vigilancia a pronunciarse³⁹⁵. Aparte de que ninguno de los textos pertinentes actualmente en vigor prevé una limitación de esa índole, ésta no parece muy compatible con el fundamento mismo de la intervención de los órganos de vigilancia, que tiene por finalidad asegurar 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 cuales los Estados formulan pocas objeciones es precisamente que la regla de los 12 meses muchas veces no les da tiempo suficiente³⁹⁶; el mismo problema se podría plantear *a fortiori* a los órganos de vigilancia, esto es, que queden paralizados.

164. Por otra parte, se puede considerar que las posibilidades de controles cruzados refuerzan por el contrario las probabilidades de que el régimen de reservas y, en particular, el principio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado desempeñen su verdadera función. El problema no radica en oponerse a ellos o afirmar el monopolio de un mecanismo³⁹⁷, sino en combinarlos

³⁹³ Véase, en particular, Imbert, que señala los riesgos de incompatibilidad en el régimen del Convenio europeo de derechos humanos, en especial entre las posiciones del Tribunal y del Comité de Ministros («Les réserves à la Convention européenne...», págs. 617 a 619).

³⁹⁴ Cabe señalar, sin embargo, que el problema se plantea, no obstante, por el escalonamiento de las ratificaciones y adhesiones en el tiempo.

³⁹⁵ 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; *contra*: Golsong, intervención en un coloquio sobre el Convenio europeo de derechos humanos, *Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Rome 5-8 novembre 1975*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 1976, págs. 269 y 270, y «Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme», pág. 27, o Edwards, *loc. cit.*, págs. 387 y 388.

³⁹⁶ Véase Clark, *loc. cit.*, págs. 312 a 314.

³⁹⁷ Aunque esa es la tendencia natural de las instituciones competentes para pronunciarse; véase la oposición de puntos de vista entre el Comité de Derechos Humanos («se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos», Comentario General n.º 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 18) y Francia («corresponde, así pues, 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 el fin del tratado», A/51/40 (nota 290 *supra*), párr. 14).

de manera de reforzar su efectividad general, pues si bien sus modalidades son diferentes, su finalidad es la misma: se trata, en todos los casos, de conciliar las dos exigencias contradictorias, pero fundamentales, de la integridad del tratado y la universalidad de la participación. Es normal que los Estados, que han querido el tratado, puedan hacer valer su punto de vista; es natural que los órganos de vigilancia desempeñen cabalmente la función de custodios de los tratados que las Partes le han confiado.

165. Esta situación no excluye y, por el contrario, implica una cierta complementariedad entre las diferentes modalidades de vigilancia y una cooperación entre los órganos que tienen encomendada esa vigilancia. En particular, es indispensable que, cuando evalúan la validez de una reserva, los órganos de vigilancia (así como los órganos de arreglo de controversias) tengan plenamente en cuenta las posiciones adoptadas por las Partes contratantes por conducto de las aceptaciones u objeciones. A la inversa, los Estados, que han de conformarse a las decisiones adoptadas por los órganos de vigilancia cuando les han atribuido facultades de decisión, deberían tener muy en cuenta las posiciones ponderadas y fundamentadas de esos órganos, incluso si éstos no pueden adoptar decisiones jurídicamente vinculantes³⁹⁸.

166. El examen de la competencia para apreciar la validez de las reservas tanto respecto del objeto y el fin del tratado como respecto de las cláusulas convencionales que excluyen o limitan la facultad de formular reservas ha dado oportunidad de «reexaminar» algunas de las Conclusiones preliminares adoptadas por la Comisión en 1997 y, en particular, sus párrafos 5, 6 y 8³⁹⁹, sin que ningún elemento decisivo lleve a modificar su sentido.

³⁹⁸ 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 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.»

³⁹⁹ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58. Véase, en particular, el párrafo 155 *supra*.

Habría llegado, pues, el momento de reformularlas a fin de incluirlas, en la forma de proyectos de directrices, en la Guía de la práctica, sin mencionar de manera específica los tratados de derechos humanos, aunque de hecho sea esencialmente en cuanto a esos tratados que la concurrencia de competencias para apreciar la validez de las reservas plantea un problema.

167. La serie de proyectos de directrices pertinente debería, sin duda, comenzar con una disposición general que recordara que las diversas modalidades de control no son mutuamente excluyentes, sino que se refuerzan recíprocamente, en particular cuando el tratado establece un órgano encargado de supervisar su aplicación. Esta constatación corresponde a la que figura, bajo una forma diferente, en el párrafo 6 de las Conclusiones preliminares⁴⁰⁰. En consecuencia, el proyecto de directriz 3.2 se podría redactar de la siguiente manera:

«3.2 Competencia para apreciar la validez de las reservas

Son competentes para pronunciarse sobre la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional:

a) los demás Estados contratantes [incluidos, según el caso, sus tribunales internos] o las demás organizaciones contratantes;

b) los órganos de arreglo de controversias a los que se confiera competencia para interpretar o aplicar el tratado, y

c) los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado que éste pueda haber creado.»

168. El texto entre corchetes no se impone necesariamente porque los tribunales internos, en cuanto al derecho internacional, forman parte integrante del «Estado», a cuya responsabilidad, según el caso, pueden dar origen⁴⁰¹. La precisión podría, con todo, ser útil en la medida en que la intervención de los tribunales internos, aunque pueda tener efectos en el plano internacional, se sitúa en la esfera interna, en tanto que el primer apartado del proyecto de directriz propuesto remite ante todo a los órganos del Estado que poseen capacidad de dar origen a su responsabilidad en el plano internacional⁴⁰². Por el contrario, parece innecesario mencionar la función (limitada) del depositario en la materia, pues está abarcada por los proyectos de directrices 2.1.7 y 2.1.8 (véanse los párrafos 159 y 160 *supra*).

⁴⁰⁰ «La Comisión subraya que esa competencia de los órganos de vigilancia no excluye ni afecta de ninguna manera las modalidades tradicionales de control que, por un lado, pueden aplicar las Partes contratantes de conformidad con las disposiciones [...] de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 [relativas a las reservas] y, según el caso, los órganos de solución de cualquier controversia que pueda surgir en cuanto a la interpretación o aplicación de los tratados» (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58).

⁴⁰¹ Véase el artículo 4 (Comportamiento de los órganos del Estado) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, y la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

⁴⁰² Véase el artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

169. El proyecto de directriz 3.2 implica que los órganos de vigilancia instituidos por el tratado tienen competencia para pronunciarse sobre la validez de las reservas formuladas por las Partes contratantes, pero no la establecen en forma expresa, contrariamente al párrafo 5 de las Conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en 1997, según el cual, incluso cuando el tratado guarda silencio al respecto, los órganos de vigilancia establecidos por los tratados multilaterales normativos «son competentes para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la admisibilidad de las reservas hechas por los Estados, a fin de cumplir las funciones que tienen asignadas»⁴⁰³.

170. El sentido de esta última parte de la frase se dilucida en el párrafo 8 de las Conclusiones preliminares:

La Comisión observa que el valor jurídico de las conclusiones formuladas por los órganos de vigilancia en el ejercicio de sus facultades para tratar de las reservas no podrá exceder del que resulte de las facultades que se les hayan dado para cumplir su función general de vigilancia⁴⁰⁴.

171. Un proyecto de directriz única podría establecer a la vez la competencia de los órganos de vigilancia para pronunciarse sobre la validez de las reservas —lo que, habida cuenta de los debates sobre el tema parece imponerse— y sobre los límites de esa facultad:

«3.2.1 Competencia de los órganos de vigilancia creados por el tratado»

1. Cuando un tratado cree un órgano encargado de vigilar su aplicación, dicho órgano será competente, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, para apreciar la validez de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.

2. Las conclusiones que el órgano formule en el ejercicio de esa competencia tendrán el mismo valor jurídico que el que resulte del ejercicio de su función general de vigilancia.»

172. Conviene observar, además, que el título del proyecto de directriz 3.2 tal como se ha propuesto en el párrafo 167 *supra* sólo reproduce parcialmente la sustancia del párrafo 6 de las Conclusiones preliminares de 1997⁴⁰⁵: enumera las personas o instituciones competentes para pronunciarse sobre la validez de las reservas, pero no precisa que esas competencias sean acumulativas y no se excluyan recíprocamente. Parece indispensable precisarlo así en un proyecto de directriz distinto:

«3.2.4 Pluralidad de instancias competentes para evaluar la validez de las reservas»

Cuando el tratado cree un órgano de vigilancia de su aplicación, la competencia de ese órgano no excluirá ni afectará de otra manera la competencia de otros Estados contratantes y de otras organizaciones internacionales contratantes para apreciar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o por una organización

internacional, ni tampoco la de los órganos de arreglo de controversias que puedan ser competentes para interpretar o aplicar el tratado.»

173. No parece apropiado, por el contrario, que la Comisión apruebe, en este momento, un proyecto de directriz o unos proyectos de directrices respecto de las consecuencias de la evaluación de la validez de una reserva: esas consecuencias no se pueden en verdad determinar sin un estudio profundo de los efectos de la aceptación de las reservas y de las objeciones a las reservas, estudio que únicamente podrá realizarse el año próximo.

174. Se plantea, con todo, la cuestión relativa a saber si la Comisión desea incorporar en la Guía de la práctica, en la forma de proyectos de directrices, las recomendaciones formuladas en los párrafos 7 y 9 de las Conclusiones preliminares de 1997. Dichas recomendaciones se han formulado de la siguiente manera:

7. La Comisión sugiere que se incluyan cláusulas específicas en los tratados multilaterales normativos, en particular en los tratados de derechos humanos, o se elaboren protocolos a los tratados vigentes si los Estados desean conferir competencia al órgano de vigilancia para apreciar o determinar la admisibilidad de una reserva;

[...]

9. La Comisión pide a los Estados que cooperen con los órganos de vigilancia y consideren debidamente las recomendaciones que éstos formulen, o se atengan a la evaluación de esos órganos si se les confiaran facultades al respecto⁴⁰⁶.

175. Ciertamente no sería apropiado incluir cláusulas de este tipo en un proyecto de artículos que ha de ser adoptado en la forma de una convención internacional. Ahora bien, no se puede decir lo mismo cuando se trata de la Guía de la práctica en curso de elaboración, pues se entiende que ha de constituir un «código de prácticas recomendadas», a fin de «orientar» la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas, pero sin constituir un cuerpo de normas jurídicas vinculantes⁴⁰⁷. Por otra parte, la Comisión ha decidido incluir en la Guía por lo menos un proyecto de directriz claramente redactado en la forma de una recomendación dirigida a los Estados y a las organizaciones internacionales⁴⁰⁸.

176. Con el mismo ánimo, la Comisión acaso quiera recomendar a los Estados y a las organizaciones internacionales:

a) por una parte, que en los tratados multilaterales que concierten en el futuro y que prevean la creación de un órgano de vigilancia, incluyan cláusulas expresas que confieran a ese órgano la competencia para apreciar la validez de las reservas y precisar el efecto jurídico de dicha apreciación (o que doten a los tratados existentes de protocolos en ese sentido);

b) por otra parte, que cooperen con los órganos de ese tipo y tengan debidamente en cuenta sus conclusiones en cuanto a la validez de las reservas.

⁴⁰⁶ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58.

⁴⁰⁷ Véase, a este respecto, *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), págs. 82 y 83, comentario al proyecto de directriz 2.5.3.

⁴⁰⁸ Véase *ibíd.*, proyecto de directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas) y párrafos 2 y 3 del comentario.

⁴⁰³ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 57.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 58.

⁴⁰⁵ Véase la nota 400 *supra*.

177. El proyecto de directriz 3.2.2, que respondería a la primera de esas preocupaciones (y se haría eco del párrafo 7 de las Conclusiones preliminares de la Comisión⁴⁰⁹), se podría redactar de la siguiente manera:

«3.2.2 *Cláusulas que precisen la competencia de los órganos de vigilancia en materia de apreciación de la validez de las reservas*

Los Estados o las organizaciones internacionales deberían incorporar, en los tratados que creen órganos de vigilancia de su aplicación, unas cláusulas que precisen la naturaleza y, según el caso, los límites de las competencias de esos órganos en materia de apreciación de la validez de las reservas. A esos mismos fines se podrían elaborar protocolos a los tratados en vigor.»

178. El llamamiento a la cooperación de los Estados y de las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia, que se consigna en el párrafo 9 de las Conclusiones preliminares de la Comisión⁴¹⁰, podría plasmarse en un proyecto de directriz 3.2.3, cuya redacción, sin embargo, debería ser distinta, con la mira de eliminar la ambigüedad de la redacción aprobada en 1997: las palabras «si se les confirieran facultades al respecto» parecerían indicar que no las tienen en la actualidad. Ahora bien, ello es inexacto: estos órganos pueden sin duda alguna evaluar la validez de las reservas a los tratados cuya observancia deben vigilar⁴¹¹. Por el contrario, no pueden:

a) por un lado, imponer su evaluación a los Estados y a las organizaciones internacionales que formulan reservas, pues carecen de facultades generales de decisión⁴¹², y

b) por otro lado, en todos los casos, tomar el lugar del autor de la reserva en cuanto a las consecuencias que se han de derivar de la falta de validez de una reserva⁴¹³.

179. Habida cuenta de esas observaciones, el proyecto de directriz 3.2.3 se podría redactar de la siguiente manera:

«3.2.3 *Cooperación de los Estados y de las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia*

Los Estados y las organizaciones internacionales que han formulado reservas a un tratado que cree un órgano de vigilancia de su aplicación deben cooperar con ese órgano y tener plenamente en cuenta la apreciación que éste haga de la validez de las reservas que hayan formulado. Cuando el órgano en cuestión disponga de facultades de decisión, el autor de la reserva deberá dar efecto a la decisión de ese órgano [en tanto y en cuanto éste actúe dentro de los límites de sus competencias].»

⁴⁰⁹ Véase el párrafo 174 *supra*.

⁴¹⁰ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58.

⁴¹¹ Véase el párrafo 155 *supra*; véase también *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 79, párrs. 206 a 209.

⁴¹² Véanse el segundo apartado del proyecto de directriz 3.2.1 (párrafo 171 *supra*), y *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 84 y 85, párrs. 234 a 240.

⁴¹³ Véanse el párrafo 10 de las Conclusiones preliminares (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58), y *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 81 a 83, párrs. 218 a 230.

180. Aunque el párrafo 9 de las Conclusiones preliminares esté redactado en la forma de una recomendación («La Comisión pide a los Estados»)⁴¹⁴, se ha estimado viable proponer una redacción más firme para el proyecto de directriz 3.2.3: no cabe ninguna duda de que las Partes contratantes tienen una obligación general de cooperar con los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado que han creado y, si éstos están dotados de facultades de decisión, de que deben respetar esas decisiones. En cambio, sin haber examinado la difícil cuestión del efecto de una constatación de la falta de validez de las reservas, sería prematuro enunciar el ámbito admisible de una decisión en ese sentido. Esa redacción prudente se reforzaría sin duda si la Comisión adoptara el texto entre corchetes, que implica claramente que sigue pendiente la cuestión de los límites de las competencias de los órganos de vigilancia en la materia.

2. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE VALIDEZ DE UNA RESERVA

181. Aunque no enuncia las consecuencias de la formulación de una reserva prohibida, expresa (apdo. *a*) o implícitamente (apdo. *b*), para el tratado al que se refiere, el artículo 19 tampoco menciona los efectos de la formulación de una reserva prohibida por el apartado *c*⁴¹⁵, y nada en el texto de la Convención de Viena de 1969 indica cómo se han de conjugar estas disposiciones con las del artículo 20 relativo a la aceptación de las reservas y a las objeciones. Existe ahí, pues, una «laguna normativa»⁴¹⁶, que lleva a preguntarse si no ha sido deliberadamente querido por los autores de la Convención⁴¹⁷.

182. En todo caso, es forzoso reconocer que los trabajos preparatorios del apartado *c* del artículo 19 son confusos y no dan una clara indicación de las consecuencias que los redactores de la Convención de Viena de 1969 pretendían derivar de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de la Convención⁴¹⁸:

a) en el proyecto de artículo 17 propuesto por el Sr. Waldock en 1962, el objeto y el fin del tratado sólo aparecían como una directriz que había de guiar al Estado reservante mismo⁴¹⁹;

b) los debates sobre este proyecto fueron particularmente confusos durante las sesiones plenarias de la Comisión⁴²⁰ e hicieron ver, sobre todo, una escisión entre los miembros que se inclinaban a favor de una evaluación individual por los Estados y los que se pronunciaban a favor de un mecanismo colegiado (véase el párrafo 152 *supra*), sin que se hubieran discutido realmente las consecuencias de esa evaluación;

⁴¹⁴ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58.

⁴¹⁵ Véase Greig, *loc. cit.*, pág. 83.

⁴¹⁶ Horn, *op. cit.*, pág. 131; véase también Combacau, *loc. cit.*, pág. 199.

⁴¹⁷ Véase Imbert, *op. cit.*, págs. 137 a 140.

⁴¹⁸ Conviene recordar que la inclusión del criterio en el proyecto fue tardía, pues sólo se remonta al primer informe del Sr. Waldock en 1962 (*Anuario... 1962*, vol. II); véanse los párrafos 72 y 73 *supra*.

⁴¹⁹ Art. 17, párr. 2, apdo. *a*; véase el párrafo 73 *supra*; véase también la intervención del Sr. Waldock en el 14.º período de sesiones de la Comisión (*Anuario... 1962*, vol. I, 651.ª sesión, pág. 157, párr. 85).

⁴²⁰ Véase *ibid.*, págs. 150 a 180 y 185 a 188.

c) con todo, después de la reformulación del proyecto por el Comité de Redacción en un sentido muy próximo al de la redacción del actual artículo 19, al parecer el sentimiento dominante fue que el objeto y el fin constituían un criterio de acuerdo con el cual se debía evaluar la validez de la reserva⁴²¹; así lo corrobora la nueva modificación del artículo 18 *bis*, que se plasma, por un lado, en la inclusión del criterio de la incompatibilidad y, por el otro y en particular, en la modificación del título de esta disposición, que se cambió de «Validez de las reservas»⁴²² a «Efectos de las reservas», lo que tiende a demostrar que su validez es el objeto del proyecto de artículo 17 (que se convirtió en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969);

d) la hábil redacción del comentario a los proyectos de artículos 18 y 20 (que corresponden respectivamente a los artículos 19 y 21 de la Convención) aprobados en 1962 deja pendiente la cuestión: se dice a la vez que la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado constituye el criterio que rige la formulación de las reservas y que, como ese criterio «es hasta cierto punto una cuestión de apreciación subjetiva, [...] el único medio de aplicarlo será, en la mayoría de los casos, la aceptación o rechazo de la reserva por cada Estado», pero solamente «de no haber un tribunal u órgano con competencia permanente»⁴²³;

e) en su informe de 1965, el Sr. Waldock hizo ver igualmente, en relación con el proyecto de artículo 19 relativo a los tratados que guardan silencio sobre la cuestión de las reservas (que se convertiría en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969), que la Comisión «reconoció que el criterio de la ‘compatibilidad’ es hasta cierto punto subjetivo y que puede haber opiniones divergentes en cuanto a la compatibilidad de una determinada reserva con el objeto y la finalidad de un determinado tratado. Por otra parte, no habiendo una jurisdicción obligatoria, estimó que el único medio de aplicar el criterio es que el Estado interesado acepte o rechace la reserva»; reconoció asimismo «que las normas propuestas por la Comisión se aceptarían con más facilidad si su interpretación y aplicación se sometiesen a una decisión internacional»⁴²⁴;

f) los comentarios de la Comisión sobre los proyectos de artículos 16 y 17 (que pasaron a ser los artículos 19 y 20 de la Convención de Viena de 1969, respectivamente) no son, con todo, más claros y se limitan a indicar que «la admisibilidad o no admisibilidad de una reserva según el apartado c es en todo caso materia que depende en gran medida de la apreciación de la aceptabilidad de la reserva por los demás Estados contratantes» y que, por esa razón, es preciso interpretar que el apartado c del artículo 16 «tiene [...] que ser considerado en estrecha relación con las disposiciones del artículo 17 relativas a la aceptación de las reservas y a la objeción a las reservas»⁴²⁵;

g) en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, algunas delegaciones intentaron impartir contenido al criterio del objeto y el fin del tratado. Por ejemplo, México propuso que se previeran expresamente las consecuencias de una decisión judicial que reconociera la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado⁴²⁶; sin embargo, fueron sobre todo los defensores de un régimen de apreciación colegiada los que trataron de imputar consecuencias concretas a la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado⁴²⁷.

183. Por lo demás, como se indicó en el párrafo 52 *supra*, nada, ni en el texto del artículo 19, ni en los trabajos preparatorios, hace pensar que corresponda hacer una distinción entre unas y otras: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. En los tres casos, como se desprende del claro texto del encabezamiento del artículo 19 (véase el párrafo 53 *supra*), un Estado no puede formular una reserva y, desde el momento en que se admite que una reserva prohibida por el tratado es nula de pleno derecho en virtud de los apartados a y b del artículo 19, no hay razón para sacar conclusiones diferentes del apartado c. Con todo, se han formulado tres objeciones, de distinta importancia, respecto de esta conclusión.

184. En primer lugar, se ha hecho ver que cuando rechazan las reservas prohibidas por el tratado, los depositarios comunican a los demás Estados contratantes el texto de las reservas que, *prima facie*, son incompatibles con su objeto y fin⁴²⁸. Esa ha sido, en efecto, la práctica seguida por el Secretario General de las Naciones Unidas⁴²⁹, pero el ámbito de esa práctica se debe relativizar. En efecto,

el Secretario General deniega el depósito solamente *cuando no cabe ninguna duda** de que la declaración que acompaña al instrumento constituye una reserva no autorizada.

[...]

*En caso de duda**, el Secretario General pide al Estado interesado que precise su posición.

[...]

El Secretario General, con todo, estima que *no le corresponde pedir ese tipo de aclaraciones en forma sistemática** y que, en cambio, incumbe a los Estados formular, si lo consideran apropiado, objeciones a las declaraciones que, a su juicio, constituyan reservas no autorizadas⁴³⁰.

⁴²⁶ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 21.ª sesión, párr. 63. México propuso dos soluciones: la primera era que el Estado autor de la reserva incompatible quedara obligado a retirarla y que, de no hacerlo, no pudiera llegar a ser parte en el tratado; la segunda era considerar que el tratado, en su totalidad, dejara de estar en vigor entre el Estado que formulaba la reserva y el Estado que hubiera formulado una objeción.

⁴²⁷ Véanse, en particular, las intervenciones de las diferentes delegaciones (notas 361 y 363 *supra*).

⁴²⁸ Gaja, «Unruly treaty reservations», pág. 317.

⁴²⁹ Véase Naciones Unidas, *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.94.V.15), ST/LEG/7/Rev.1, pág. 57, párrs. 191 y 192.

⁴³⁰ *Ibid.*, págs. 57 y 58, párrs. 193, 195 y 196. La práctica seguida por el Secretario General del Consejo de Europa es similar, si bien, en caso de dificultad, puede consultar (y consulta) al Comité de Ministros (véase Polakiewicz, *op. cit.* págs. 90 a 93).

⁴²¹ Véase, en particular, *ibid.*, págs. 241 a 251: durante el debate sobre el nuevo artículo 18 *bis* (Validez de las reservas), los miembros se refirieron al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado que, sin embargo, no se había mencionado en el proyecto aprobado por el Comité de Redacción.

⁴²² *Ibid.*, págs. 241 a 251.

⁴²³ *Ibid.*, vol. II, pág. 209, párr. 22 del comentario.

⁴²⁴ *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 54, párr. 9.

⁴²⁵ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 227, párr. 17.

En otras palabras, la diferencia observada en la práctica del Secretario General no está fundada en la distinción entre las hipótesis del artículo 19, apdos. *a* y *b*, por un lado, y *c*, por el otro, sino en el carácter cierto de incompatibilidad de la reserva con el tratado: cuando se requiere interpretación, el Secretario General se remite a los Estados; así ocurre siempre cuando se trata de la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado; también puede ocurrir cuando se trata de reservas prohibidas expresa o implícitamente. Por lo demás, en el proyecto de directriz 2.1.8 de la Guía de la práctica, la Comisión, haciendo obra de desarrollo progresivo, ha estimado que «[c]uando una reserva sea manifiestamente [inadmisible]⁴³¹ a juicio del depositario, éste señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa [inadmisibilidad]⁴³²»; a ese fin, como ya se señaló en el párrafo 160 *supra*, «[l]a Comisión estimó que no se justificaba establecer una distinción entre los diferentes tipos de ‘inadmisibilidad’ enumerados en el artículo 19»⁴³³.

185. En segundo lugar, se ha hecho ver, con el mismo ánimo que en la hipótesis de los apartados *a* y *b*, que el Estado reservante no puede ignorar la prohibición y que, en consecuencia, se ha de entender que ha aceptado el tratado en su conjunto, no obstante su reserva (doctrina de la «divisibilidad») ⁴³⁴. No caben dudas de que la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado sea más difícil de apreciar objetivamente que cuando existe una cláusula de prohibición. La observación es a todas luces pertinente, pero no decisiva: la evaluación del alcance de las cláusulas de reservas es menos evidente de lo que a veces se piensa, sobre todo cuando la prohibición es implícita, como ocurre en la hipótesis del apartado *b*⁴³⁵; además, puede ser difícil determinar si una declaración unilateral es o no una reserva, y el Estado que la ha formulado puede haber pensado de buena fe que no violaba la prohibición, estimando que la aceptación de su interpretación del tratado condicionaba su consentimiento en obligarse⁴³⁶. A decir verdad, si bien un Estado no está llamado a ignorar la prohibición que se deriva de una cláusula de reserva, debe con todo tener presente que no puede privar a un tratado de su sustancia por medio de una reserva incompatible con su objeto y fin.

186. En tercer lugar y en particular, se ha señalado que los párrafos 4 y 5 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 enuncian una única limitación a la posibilidad de aceptar una reserva: la presencia de una disposición contraria en el tratado⁴³⁷; *a contrario*, de ello se derivaría una total libertad de aceptación de las reservas no obstante las disposiciones del apartado *c* del artículo 19⁴³⁸. Si bien es exacto que, en la práctica, los Estados pocas

veces objetan a las reservas, a pesar de que probablemente sean muy contrarias al objeto y el fin del tratado al que se refieren y que ello da lugar, de hecho, a privar de efecto concreto a las normas establecidas en el apartado *c* del artículo 19⁴³⁹, al menos en ausencia de un órgano competente para adoptar decisiones a ese respecto⁴⁴⁰, son numerosos los argumentos que, fundados en el texto mismo de la Convención de Viena de 1969, se oponen, sin embargo, a ese razonamiento:

a) los artículos 19 y 20 de la Convención cumplen funciones diferentes; las reglas que estatuyen intervienen en «momentos» diferentes de la formulación de una reserva: el artículo 19 enuncia los casos en los cuales no se puede formular una reserva; el artículo 20 indica qué ocurre cuando se ha formulado la reserva⁴⁴¹;

b) la interpretación propuesta privaría de todo efecto útil al apartado *c* del artículo 19: de esa interpretación resultaría que una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado produciría prácticamente el mismo efecto que una reserva compatible;

c) priva igualmente de sentido al párrafo 1 del artículo 21, que precisa que una reserva sólo es «efectiva [...] de conformidad con los artículos 19, 20 y 23» (véanse los párrafos 14 *supra* y 187 *infra*), y

d) introduce una distinción entre el alcance de los apartados *a* y *b* del artículo 19, por un lado, y *c*, por el otro, distinción que su texto en modo alguno autoriza (véanse los párrafos 52 y 183 *supra*)

187. En consecuencia, nada, ni en el texto del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ni en su contexto, ni en los trabajos preparatorios, ni siquiera en la práctica de los Estados o de los depositarios, justifica hacer una distinción de esa índole entre las consecuencias de la formulación de una reserva a pesar de una prohibición convencional, por un lado (art. 19, apdos *a* y *b*), y las de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado, por el otro (apdo. *c*). Ello podría ser objeto de un proyecto de directriz 3.3:

«3.3 Consecuencias de la falta de validez de una reserva

La reserva formulada a pesar de la prohibición expresa o implícita derivada de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, sin que proceda hacer una distinción entre esas dos causas de invalidez.»

188. Una vez que se admite que los tres apartados del artículo 19 cumplen igual función y que un Estado no puede formular una reserva contraria a sus disposiciones, se plantea, con todo, la cuestión relativa a saber qué ocurre si, a pesar de esas prohibiciones, un Estado formula

⁴³¹ En cuanto al significado de los corchetes, véase el párrafo 193 *infra*.

⁴³² *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 47.

⁴³³ *Ibid.*, párr. 5 del comentario al proyecto de directriz 2.1.8.

⁴³⁴ Véase Fodella, *loc. cit.*, págs. 143 a 147.

⁴³⁵ Véanse los párrafos 39 a 42 *supra*.

⁴³⁶ Respecto de la distinción entre reservas, por un lado, y declaraciones interpretativas, simples o condicionales, por el otro, véanse los proyectos de directrices 1.3 a 1.3.3 de la Guía de la práctica y sus comentarios (*Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 113 y ss.).

⁴³⁷ La expresión común a ambas disposiciones dice: «a menos que el tratado disponga otra cosa».

⁴³⁸ Véase Greig, *loc. cit.*, págs. 134 a 137.

⁴³⁹ Véanse, en particular, Carreau, *Droit international*, pág. 137; Gaja, «Unruly treaty reservations», págs. 315 a 318; Greig, *loc. cit.*, págs. 86 a 90, o Imbert, *op. cit.*, págs. 134 a 137.

⁴⁴⁰ Véanse los párrafos 157 y 158 *supra*; véanse también Coccia, *loc. cit.*, pág. 33, o Szafarz, *loc. cit.*, pág. 301.

⁴⁴¹ Véanse Bowett, «Reservations...», pág. 80, o Redgwell, «Reservations to treaties...», págs. 404 a 406.

una reserva. Es cierto que si, no obstante, lo hace esa reserva no puede producir los efectos jurídicos que el artículo 21 subordina claramente a que ésta sea «efectiva [...] de conformidad con los artículos 19 [en su conjunto], 20 y 23»⁴⁴². Ese efecto, de alguna manera *a contrario*, de la falta de validez de una reserva sólo se podrá examinar junto con los efectos de las reservas, su aceptación y las objeciones que se les hagan.

189. Con todo, no termina allí la cuestión: por un lado, ¿se ha de considerar que, al proceder de ese modo, el Estado reservante comete un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad internacional? Por otro lado, ¿están los demás Estados impedidos de aceptar una reserva formulada a pesar de las prohibiciones del artículo 19?

190. En lo que concierne al primero de estos dos interrogantes, se ha dicho que una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado⁴⁴³ «equivale a una violación de [la] obligación» dimanada del apartado *c* del artículo 19. «Por lo tanto, se trata de un hecho ilícito, que da lugar a la responsabilidad del Estado en cuestión respecto de cada una de las demás partes en el tratado. Ello no equivale a una violación del tratado mismo, sino de la regla general enunciada en la Convención de Viena, que prohíbe las reservas ‘incompatibles’»⁴⁴⁴. Este razonamiento, fundado expresamente en las normas del derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁴⁴⁵, es insuficiente⁴⁴⁶.

191. No hay dudas de que «[h]ay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación»⁴⁴⁷ y que la violación de una obligación de no hacer (en este caso, de no formular una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado) constituye un hecho internacionalmente ilícito susceptible de dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado a igual título que una obligación de hacer. Con todo, es preciso que la cuestión se plantee en el ámbito del derecho de la responsabilidad. Ahora bien, como lo ha recordado enérgicamente la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, esta rama del derecho y el derecho de los tratados son «evidentemente ámbitos de aplicación distintos»; por lo mismo que «[r]especto del derecho de los tratados corresponde determinar si una convención está o no en vigor y si ha sido o no suspendida o denunciada legítimamente»⁴⁴⁸,

⁴⁴² Artículo 21 (Efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas): «Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:».

⁴⁴³ Pero también debiera ocurrir lo mismo *a fortiori* con las reservas prohibidas por el tratado.

⁴⁴⁴ Coccia, *loc. cit.*, págs. 25 y 26.

⁴⁴⁵ Véanse los artículos 1 y 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (nota 401 *supra*).

⁴⁴⁶ Véase Gaja, «Unruly treaty reservations», pág. 314, nota 29.

⁴⁴⁷ Art. 12, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (nota 401 *supra*), pág. 27.

⁴⁴⁸ *C.I.J. Recueil 1997*, fallo, pág. 38, párr. 47; véase también el laudo arbitral de 30 de abril de 1990 en el asunto *Problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*,

a esa misma rama del derecho le corresponde determinar si una reserva se puede o no formular. De ello se deduce, como mínimo, que la responsabilidad eventual de un Estado reservante no se puede determinar en relación con las normas de Viena y que no tiene pertinencia a los fines del «derecho de las reservas». Además, incluso si no constituye una condición necesaria para dar lugar a la responsabilidad del Estado⁴⁴⁹, el daño condiciona el modo de hacerla efectiva y, en particular, la reparación⁴⁵⁰, si bien, para que una reserva carente de validez pueda producir consecuencias concretas en el plano del derecho de la responsabilidad, sería preciso que el Estado que la invoque pueda aducir que ha habido perjuicio, una hipótesis que es sumamente improbable.

192. El argumento no termina allí. En verdad, es revelador que nunca un Estado, al formular objeción a una reserva prohibida, haya invocado la responsabilidad del Estado reservante: las consecuencias dimanadas de la constatación de la falta de validez de una reserva pueden ser diversas⁴⁵¹, pero nunca son una obligación de reparar y, si un Estado objetante invitara al Estado reservante a retirar su reserva o a modificarla en el marco del «diálogo sobre la reserva»⁴⁵², ese Estado no se colocaría en el ámbito del derecho de la responsabilidad, sino en el del derecho de los tratados exclusivamente.

193. Esa es, por otra parte, la razón por la cual la Comisión que, en un primer tiempo, había conservado el término «ilícita» como equivalente de la palabra inglesa *impermissible* para calificar las reservas formuladas a pesar de las disposiciones del artículo 19, decidió en 2002 reservar su posición sobre este punto a la espera del examen de los efectos de esas reservas (véase el párrafo 6 *supra*). Ahora bien, no parece dudoso que la formulación de una reserva excluida por uno de los apartados del artículo 19 esté vinculada con el derecho de los tratados y no con el derecho de la responsabilidad del Estado por

Naciones Unidas, RSA, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), pág. 251, párr. 75. En cuanto a las relaciones entre ambas ramas del derecho, véanse en particular Bowett, «Treaties and State responsibility»; Combacau, *loc. cit.*, págs. 195 a 203; Dupuy, «Droit des traités, codification et responsabilité internationale»; Weckel, «Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale à la lumière de l'arrêt du 25 septembre 1997»; Weil, «Droit des traités et droit de la responsabilité», y Yahi, «La violation d'un traité: L'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale».

⁴⁴⁹ Véase en este sentido el artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (nota 401 *supra*).

⁴⁵⁰ Véanse los artículos 31 y 34 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (nota 401 *supra*).

⁴⁵¹ Esas consecuencias dimanarán, *a contrario*, del artículo 20 y, en especial, del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

⁴⁵² Después de madura reflexión, el Relator Especial llegó a la conclusión de que este concepto no se podía estudiar exclusivamente en relación con el *procedimiento* de formulación de la aceptación de las reservas o de las objeciones, pues no se podía separar de los efectos producidos por la aceptación de una reserva o por las objeciones. Contrariamente a lo que había pensado en un principio (véanse *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), pág. 190, párr. 222; *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), pág. 155, párr. 31, y *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), pág. 48, párr. 70), el «diálogo sobre la reserva» será, pues, objeto de un informe ulterior.

hechos internacionalmente ilícitos. En consecuencia, no da lugar a la responsabilidad del Estado reservante⁴⁵³.

194. Aunque al parecer huelga decirlo, sería sin duda atinado precisarlo en el proyecto de directriz 3.3.1 de la Guía de la práctica, a fin de disipar cualquier ambigüedad que pudiera subsistir. La directriz se podría redactar de la siguiente manera:

«3.3.1 Falta de validez de las reservas y responsabilidad

La formulación de una reserva carente de validez surte sus efectos en el marco del derecho de los tratados. No da lugar por sí misma a la responsabilidad del Estado o de la organización internacional que la haya formulado.»

195. También se plantea la cuestión relativa a saber si las demás Partes pueden, colectiva o unilateralmente, aceptar una reserva que no reúna las condiciones enunciadas en uno de los apartados del artículo 19. Se trata del problema central que enfrenta a los partidarios de la escuela de la oponibilidad con los que se pronuncian a favor de la tesis de la admisibilidad o permisibilidad⁴⁵⁴.

196. La cuestión central, respecto de la cual la Convención de Viena de 1969 no arroja luz, es la de saber si la validez de las reservas es una cuestión objetiva o depende de la apreciación subjetiva de los demás Estados partes. Bowett ha expuesto esa cuestión en los siguientes términos:

El problema de la «permisibilidad» es la cuestión preliminar. Debe resolverse mediante referencia al tratado y es esencialmente una cuestión de interpretación del mismo; no tiene nada que ver con la cuestión de saber si, en principio, las demás Partes consideran las reservas aceptables o no. La consecuencia de declarar «no permisible» una reserva puede ser: o bien que la reserva por sí sola constituye una nulidad (lo que significa que la reserva no puede ser aceptada por una parte que la considere no permisible), o bien que la reserva no permisible anula la aceptación por el Estado del tratado en su conjunto⁴⁵⁵.

197. Esta opinión, de particular autoridad, representa la esencia misma de la doctrina de la escuela de la «admisibilidad» (o de la «validez objetiva»). Por el contrario, para los autores que se identifican con la escuela de la oponibilidad, en el régimen estatuido por la Convención de Viena «la validez de una reserva depende exclusivamente de su aceptación por otro Estado contratante». En consecuencia, el apartado *c* del artículo 19 aparece «como

⁴⁵³ Ni tampoco, con más razón, la de los Estados que acepten implícitamente una reserva prohibida o incompatible con el objeto y el fin del tratado; véase, sin embargo, Lijnzaad, *op. cit.*, pág. 56: «La responsabilidad por las reservas incompatibles [...] la comparten el Estado autor de la reserva y los Estados que la acepten», pero aparentemente se desprende del contexto que la autora considere que ni la reserva incompatible ni su aceptación sean hechos internacionalmente ilícitos; más que de «responsabilidad» en el sentido estrictamente jurídico (*responsibility*), se debe sin duda hablar aquí de «responsabilidad» en el sentido de la obligación de rendir cuentas (*accountability*).

⁴⁵⁴ Respecto de ambas escuelas, véase *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 154 y 155, párrs. 101 a 105; los párrafos 196 a 198 *infra* se inspiran en los párrafos 101 y 102 de ese informe. Véase también, en particular, Koh, *loc. cit.*, pássim, esp. págs. 75 a 77; véanse también Redgwell, «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», esp. págs. 263 a 269; Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 73 a 82, y Sinclair, *op. cit.*, pág. 81, nota 78.

⁴⁵⁵ Bowett, «Reservations...», pág. 88.

una simple afirmación doctrinal que puede servir de guía a los Estados en lo que concierne a la aceptación de las reservas, pero nada más que eso»⁴⁵⁶.

198. Para quienes defienden la tesis de la oponibilidad, las respuestas a los interrogantes relativos a la validez de las reservas, enteramente subjetivas, figuran en las disposiciones del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986:

La validez de una reserva depende, según el sistema de la Convención, de que sea o no sea aceptada por otro Estado, y no del cumplimiento de la condición relativa a la admisión de la reserva basada en la compatibilidad de ésta con el objeto y la finalidad del tratado»⁴⁵⁷.

Por el contrario, los partidarios de la tesis de la admisibilidad consideran parte del acervo jurídico que una reserva carente de validez sea inoponible a los demás Estados. En consecuencia,

[e]l problema de la «oponibilidad» es la cuestión secundaria y presupone que la reserva es permisible. El que una Parte opte por aceptar la reserva, oponerse a la reserva u oponerse tanto a la reserva como a la entrada en vigor del tratado entre el Estado autor de la reserva y el Estado que hace la objeción es una decisión política y, como tal, no está sujeta a los criterios que rigen la permisibilidad ni tampoco a fiscalización judicial⁴⁵⁸.

199. La mayor parte de los autores, con prescindencia de que pertenezcan a una u otra de estas escuelas, estiman, con todo, que la reserva formulada a pesar de una prohibición convencional es nula de pleno derecho⁴⁵⁹, y quienes se inclinan a favor de la «admisibilidad» consideran que su formulación entraña la invalidez de la expresión del consentimiento en obligarse⁴⁶⁰. De ser así, esas conclusiones se aplican también a la cuestión relativa a saber cuáles son los efectos de la reserva formulada a pesar de las disposiciones del apartado *c* del artículo 19 (véase el párrafo 53 *supra*).

200. Es prematuro que la Comisión adopte una posición respecto de la cuestión relativa a saber si la nulidad de la reserva vicia el consentimiento mismo en obligarse: este punto, que divide a la doctrina, no se podrá dirimir hasta que se haya estudiado de manera más profunda la función de la aceptación de las reservas y de las objeciones a las reservas. Sea como fuere, parece razonable consagrar desde ahora la solución en la que coinciden los partidarios de la admisibilidad y los de la oponibilidad, igualmente conforme a las posiciones adoptadas por los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos⁴⁶¹, según la cual la inobservancia de las condiciones de validez

⁴⁵⁶ Ruda, *loc. cit.*, pág. 190. Respecto de puntos de vista similares, véanse Combacau, *Le droit des traités*, pág. 60 y *loc. cit.*, pág. 200; Gaja, «Unruly treaty reservations», págs. 313 a 320; Imbert, *op. cit.*, págs. 134 a 137; Reuter, *op. cit.*, pág. 74, o Zemanek, *loc. cit.*, págs. 331 a 333.

⁴⁵⁷ Ruda, *loc. cit.*, pág. 190.

⁴⁵⁸ Bowett, «Reservations...», pág. 88.

⁴⁵⁹ Véanse, por ejemplo, *ibíd.*, pág. 84, o Gaja, «Unruly treaty reservations», págs. 318 a 320; véase también el párrafo 53 *supra*.

⁴⁶⁰ Bowett, «Reservations...», pág. 84; véanse las críticas a esta posición formuladas por Greig, *loc. cit.*, págs. 56 y 57. Véase también Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 467; véanse asimismo las referencias a los debates de la Comisión, *ibíd.*, nota 12; esos debates son menos concluyentes en ese sentido de lo que el autor da a entender.

⁴⁶¹ *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 76 a 78, párrs. 194 a 201.

de la formulación de las reservas enunciadas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y reproducidas en el proyecto de directriz 3.1 entraña la nulidad de la reserva. En otras palabras, aunque no es posible todavía que se pronuncie respecto de las consecuencias de la nulidad de la reserva, la Comisión puede, en cambio, enunciar, en un proyecto de directriz 3.3.2, el principio de la nulidad de las reservas carentes de validez.

«3.3.2 Nulidad de las reservas carentes de validez

Una reserva que no reúna las condiciones de validez enunciadas en la directriz 3.1 es nula de pleno derecho.»

201. En consecuencia, no cabe ninguna duda de que queda excluida la aceptación unilateral de una reserva formulada a pesar de lo dispuesto en los apartados *a* y *b* del artículo 19. Ello fue confirmado con toda la claridad durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados por el Sr. Waldock, Consultor Técnico, sin suscitar objeción, a propósito de las reservas prohibidas⁴⁶². Ahora bien, como se indicó en los párrafos 52 y 183 a 187 *supra* no existe ningún motivo para que esta solución razonable no se haga extensiva a las reservas que caen dentro del ámbito del apartado *c*. En realidad, la ausencia de validez de las reservas formuladas contrariamente a lo dispuesto en cualquiera de los tres apartados del artículo 19 encuentra su fundamento en las mismas consideraciones fundamentales: un Estado no puede dar una de cal y otra de arena, ni puede, sin faltar al principio de la buena fe, ni formular una reserva prohibida, ni privar al tratado de su sustancia mediante la formulación de una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado, y las demás Partes tampoco pueden aceptarla unilateralmente⁴⁶³. En efecto, de ello resultaría una modificación del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el autor de la aceptación que no sería compatible con el artículo 41, párr. 1, apdo. *b*, inc. ii), de la Convención de Viena de 1969, que excluye toda modificación de ese tipo precisamente si se refiere a una «disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto»⁴⁶⁴.

202. En consecuencia, la aceptación, por una o varias de las Partes contratantes, de una reserva carente de validez, sea porque esté prohibida por el tratado, sea porque es incompatible con su objeto y su fin, no puede subsanar la nulidad intrínseca de la reserva: la reserva es nula porque

⁴⁶² *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 25.ª sesión, pág. 146, párr. 2. Esta interpretación fue presentada en sesión plenaria como «correcta» por el Canadá, que subordinó a ella su aceptación del artículo 16 sin que se manifestara contradicción (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones...* (nota 60 *supra*), décima sesión plenaria, pág. 31, párr. 33). Véanse también los párrafos 50 y 51 *supra*; Bowett, «Reservations...», págs. 82 y 83, y Tomuschat (*loc. cit.*, pág. 467), que señala que durante los debates de la Comisión, sus miembros se manifestaron unánimemente sobre este punto.

⁴⁶³ Véase Lijnzaad, *op. cit.*, págs. 55 a 59.

⁴⁶⁴ En ese sentido, véanse Greig, *loc. cit.*, pág. 57 o Sucharipa-Behrmann, *loc. cit.*, págs. 78 y 79; véanse *contra*, sin embargo, las observaciones de los Sres. Jiménez de Aréchaga y Amado durante los debates de las propuestas del Sr. Waldock de 1962 (*Anuario... 1962*, vol. I, 653.ª sesión, pág. 170, párrs. 44 y 45, y pág. 172, párr. 63, respectivamente).

no se conforma a las disposiciones del tratado cuyo equilibrio, deseado por el conjunto de las Partes, destruye, y «algunas de las Partes únicamente»⁴⁶⁵ no pueden alterarlas en sus relaciones *inter se*. Ello se podría precisar en el proyecto de directriz 3.3.3:

«3.3.3 Efecto de la aceptación unilateral de una reserva carente de validez

La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización internacional contratante no puede subsanar la nulidad de la reserva.»

203. El presente proyecto de directriz no tiene por objeto determinar cuáles son los efectos de la aceptación de una reserva por un Estado, sino sólo constatar que, si la reserva en cuestión no es válida, sigue siendo nula a pesar de la aceptación de la que haya sido objeto. Esa constatación es conforme al texto del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 que sólo contempla los efectos de las reservas si son «efectivas» de conformidad, no sólo con los artículos 20 y 23, sino también, expresamente, con el artículo 19. Además, el principio enunciado en el proyecto de directriz 3.3.3 se puede conciliar con las disposiciones del artículo 20; en particular, no impide que la aceptación pueda surtir otros efectos y, en especial, permitir la entrada en vigor del tratado respecto del Estado o de la organización internacional que ha formulado la reserva.

204. Ello no significa necesariamente que las Partes no puedan ponerse de acuerdo para aceptar una reserva a pesar de la prohibición prevista en el tratado. El proyecto de artículo 17, párr. 1, apdo. *b*, propuesto por el Sr. Waldock en 1962 se refería al «caso excepcional de que se trate de formular una reserva de una índole que esté efectivamente prohibida o excluida por las estipulaciones del tratado»⁴⁶⁶; el texto propuesto preveía que, en esa hipótesis, se debía haber «obtenido previamente el consentimiento de todos los demás Estados interesados»⁴⁶⁷. Esa disposición, que no se retomó en los proyectos de artículos de la Comisión de 1962⁴⁶⁸ y 1966, tampoco figura en la Convención de Viena de 1969⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Artículo 41 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente).

⁴⁶⁶ *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 75, párr. 9 del comentario.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, pág. 69.

⁴⁶⁸ Suscitó la oposición de los Sres. Tunkin (*ibid.*, vol. I, 651.ª sesión, pág. 151, párr. 19) y Castrén (*ibid.*, pág. 155, párr. 68, e *ibid.*, 652.ª sesión, pág. 160, párr. 30), que la consideraron superflua y desapareció del proyecto simplificado aprobado por el Comité de Redacción (*ibid.*, 663.ª sesión, pág. 237, párr. 3).

⁴⁶⁹ Esta solución, sin embargo, se plasmó en la cláusula de reservas del Acuerdo europeo sobre trabajo de tripulaciones de los vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera, cuyo artículo 21, párr. 2, estipula como sigue:

«Si al tiempo de depositar su instrumento de ratificación o adhesión, un Estado formulare una reserva distinta de la prevista en el párrafo 1 del presente artículo, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará dicha reserva a los Estados que, habiendo depositado ya su instrumento de ratificación o de adhesión, no hayan denunciado posteriormente el presente Acuerdo. Se estimará que la reserva queda aceptada si, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de tal comunicación, ninguno de dichos Estados se hubiere opuesto a su aceptación. En caso contrario, la reserva no será admitida, y si el Estado que la haya formulado no la retirare, el depósito del instrumento de ratificación o adhesión de ese Estado no surtirá efectos».

205. Este silencio no resuelve el problema. Se puede, en verdad, sostener que las Partes siempre están en libertad de enmendar el tratado mediante un acuerdo general *inter se* de conformidad con el artículo 39 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que nada les impide concertar un acuerdo unánime⁴⁷⁰ a ese fin en materia de reservas⁴⁷¹. Esa circunstancia, conforme al principio consensual de todo el derecho de los tratados⁴⁷², no deja tampoco de plantear problemas muy arduos. En primer lugar, el de saber si la ausencia de objeción de todas las Partes en el plazo de un año equivale a un acuerdo unánime que constituya una enmienda a la cláusula de reserva. Una respuesta positiva parece desprenderse *prima facie* del párrafo 5 del artículo 20 de la Convención.

206. Sin embargo, como bien cabe señalar, no va de suyo: el silencio del Estado parte no implica que éste adopte una posición en cuanto a la validez de la reserva; significa, a lo sumo, que la reserva le es oponible⁴⁷³ y que se abstendrá de objetarla en el futuro⁴⁷⁴. La prueba está en que no se podría sostener que los órganos de vigilancia, ya se trate de la CIJ, de un tribunal arbitral o de un órgano de supervisión de un tratado de derechos humanos, están impedidos de apreciar la validez de una reserva incluso cuando ésta no haya sido objeto de obje-

Habida cuenta de esta disposición y en ausencia de objeción de los demás Estados partes en el instrumento, los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea formularon una reserva, no autorizada por el Acuerdo, que excluyó la aplicación del Acuerdo a las operaciones. Véanse las reservas de los Estados que a la sazón eran miembros de la Comunidad, *Traitées multilatéraux...* (nota 220 *supra*), vol. I, págs. 859 y ss.

⁴⁷⁰ Pero no un acuerdo entre ciertas Partes solamente; véase el párrafo 202 *supra*.

⁴⁷¹ En ese sentido, véanse Greig, *loc. cit.*, págs. 56 y 57, o Sucharipa-Behrmann, *loc. cit.*, pág. 78. Igual posición sostiene Bowett, que considera, con todo, que esta posibilidad no corresponde al derecho de las reservas («Reservations...», pág. 84); véase también Redgwell, «Universality or integrity?...», pág. 269).

⁴⁷² Véanse las notas 254 y 255 *supra*. Además, no se podría pretender razonablemente que las reglas enunciadas en el artículo 19 y, en particular, en el apartado c, constituyen normas imperativas de derecho internacional general que las Partes no podrían derogar por mutuo acuerdo.

⁴⁷³ En ese sentido, Coccia, *loc. cit.*, pág. 26; Horn, *op. cit.*, págs. 121 y 131, o Zemanek, *loc. cit.*, págs. 331 y 332; véase también Gaja, «Unruly treaty reservations», págs. 319 y 320. Como bien lo ha señalado Lijnzaad (*op. cit.*, pág. 56), no se trata de aceptación *stricto sensu*, «[s]e trata del problema de los Estados inactivos cuyo laxismo lleva a la aceptación de reservas contrarias al objeto y el fin».

⁴⁷⁴ E incluso esto mismo no parece evidente; la Comisión deberá dirimir este importante punto cuando examine la cuestión de los efectos de la aceptación y de las objeciones.

ción⁴⁷⁵. En ausencia de práctica⁴⁷⁶, es difícil pronunciarse respecto de la conducta a seguir; quizás la Comisión quiera ella misma inspirarse en la solución que adoptó respecto de la formulación tardía de reservas y admitir que la reserva prohibida por el tratado o manifiestamente contraria a su objeto y fin no se puede formular «a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones»⁴⁷⁷ después de haber sido debidamente consultadas por el depositario⁴⁷⁸.

207. En esa hipótesis, un proyecto de directriz 3.3.4 podría prever esa circunstancia:

«3.3.4 Efecto de la aceptación colectiva de una reserva carente de validez

1. Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva prohibida expresa o implícitamente por el tratado o incompatible con su objeto y fin si ninguna de las demás Partes contratantes hace objeciones después de una consulta expresa por el depositario.

2. Al realizar esa consulta, el depositario señalará la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva a la atención de los Estados y de las organizaciones internacionales signatarios y de los Estados y de las organizaciones internacionales contratantes y, según el caso, del órgano competente de la organización de que se trate.»

208. La redacción del párrafo 2 de este proyecto de directriz, que se inspira en la párrafo 2 del proyecto de directriz 2.1.8, responde a los mismos imperativos⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ Véase Greig, *loc. cit.*, págs. 57 y 58. Durante los debates en la Comisión en 1962, el Sr. Bartoš ya había hecho ver que ni siquiera se podía pensar en que una reserva evidentemente carente de validez, por la simple aplicación de los plazos impuestos a la formulación de objeciones, «ya no pueda atacarse» (*Anuario... 1962*, vol. I, 654.^a sesión, pág. 175, párr. 29).

⁴⁷⁶ Véase, sin embargo, la «reserva de neutralidad» (Mendelson, *loc. cit.*, pág. 140) de Suiza al Pacto de la Sociedad de las Naciones, que fue aceptada a pesar de la prohibición de las reservas al Pacto (véase la nota 64 *supra*).

⁴⁷⁷ Véanse los proyectos de directrices 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3 de la Guía de la práctica y sus comentarios, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 197 y ss. Esta solución equivale a reintroducir, «por la puerta trasera», el régimen de la unanimidad, que algunas cláusulas de reservas instituyen por otra parte en forma expresa (véanse los ejemplos que menciona Bishop, *loc. cit.*, pág. 324).

⁴⁷⁸ Véase el proyecto de directriz 2.1.8 (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]) y su comentario, *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 47. Respecto del conjunto de esta problemática, véase Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 223 a 230.

⁴⁷⁹ *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 47.

TEXTO DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRICES RELATIVAS A LAS RESERVAS A LOS TRATADOS PROPUESTOS EN EL PRESENTE INFORME

3. Validez de las reservas

3.1 Facultad de formular una reserva

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate, o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados *a* y *b*, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

3.1.1 Reservas expresamente prohibidas por el tratado

Una reserva está prohibida por el tratado si en éste figura una disposición particular que:

- a) prohíbe cualquier reserva;
- b) prohíbe reservas a disposiciones especificadas;
- c) prohíbe determinadas categorías de reservas.

3.1.2 Definición de «determinadas reservas»

A los efectos de la directriz 3.1, por la expresión «determinadas reservas» se entenderán reservas expresamente autorizadas por el tratado a disposiciones particulares y que deben cumplir condiciones especificadas por el tratado.

3.1.3 Reservas autorizadas tácitamente por el tratado

Cuando el tratado prohíba la formulación de ciertas reservas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva no prohibida por el tratado cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.

[3.1.3/3.1.4 Compatibilidad de las reservas autorizadas por el tratado con el objeto y fin de éste

Cuando el tratado autorice, expresa o tácitamente, ciertas reservas sin determinarlas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.]

3.1.4 Reservas no determinadas autorizadas por el tratado

Cuando el tratado autorice ciertas reservas, sin determinarlas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.

3.1.5 Definición del objeto y el fin del tratado

A los fines de la apreciación de la validez de las reservas, se entenderá por objeto y fin del tratado las disposiciones esenciales del tratado que constituyen su razón de ser.

3.1.6 Determinación del objeto y el fin del tratado

1. Para determinar el objeto y el fin del tratado, el tratado en su conjunto debe interpretarse de buena fe, según el sentido ordinario que se atribuye a sus términos en su contexto.

2. A tal fin, el contexto comprende el preámbulo y los anexos. Además, se podrá recurrir especialmente a los trabajos preparatorios y a las circunstancias en que se concertó el tratado, así como al título del tratado y, según el caso, a los artículos que determinen su estructura general [y a la práctica seguida posteriormente por las partes].

3.1.7 Reservas vagas y generales

Una reserva redactada en términos vagos y generales que no permitan apreciar su alcance es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

3.1.8 Reservas relativas a una disposición que enuncia una norma consuetudinaria

1. La naturaleza consuetudinaria de una norma enunciada por una disposición convencional no constituye en sí misma un obstáculo a la formulación de una reserva a esa disposición.

2. Una reserva a una disposición convencional que enuncia una norma consuetudinaria no atenta contra el carácter obligatorio de la norma consuetudinaria de que se trate en las relaciones del Estado o de la organización internacional que formule la reserva con los demás Estados u organizaciones internacionales que estén obligados por esa norma.

3.1.9 Reservas a disposiciones que enuncian una norma de jus cogens

Un Estado o una organización internacional no puede formular una reserva a la disposición de un tratado que enuncia una norma imperativa de derecho internacional general.

3.1.10 Reservas a disposiciones referentes a derechos inderogables

Un Estado o una organización internacional puede formular una reserva a una disposición convencional referente a derechos inderogables siempre que la reserva en cuestión no sea incompatible con los derechos y las obligaciones esenciales que resulten de esa disposición. Al apreciar la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la disposición de que se trate, conviene tener en cuenta la importancia que las partes han acordado a los derechos en cuestión al conferirles un carácter inderogable.

3.1.11 Reservas relativas a la aplicación del derecho interno

Un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva mediante la cual trate de excluir o modificar la aplicación de una disposición del tratado a fin de mantener la integridad de su derecho interno cuando aquella no resulte incompatible con el objeto y el fin del tratado.

3.1.12 Reservas a los tratados generales de derechos humanos

A fin de apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado general de protección de los derechos humanos, debe tenerse en cuenta el carácter indisoluble de los derechos allí enunciados y la importancia que tiene el derecho objeto de la reserva en la estructura general del tratado o el grado en que la reserva afecta el tratado.

3.1.13 Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado

La reserva a una disposición convencional relativa al arreglo de controversias o al control de la aplicación de un tratado no es, por sí misma, incompatible con el objeto y el fin del tratado, a menos que:

- a) la disposición a que se refiera la reserva constituya la razón de ser del tratado, o
- b) la reserva no tenga por efecto excluir a su autor de un mecanismo de arreglo de controversias o de control de la aplicación del tratado relativo a una disposición convencional que hubiera aceptado con anterioridad, si el objeto mismo del tratado es la aplicación de un mecanismo de esa naturaleza.

3.2 Competencia para apreciar la validez de las reservas

Son competentes para pronunciarse sobre la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional:

- a) los demás Estados contratantes [incluidos, según el caso, sus tribunales internos] o las demás organizaciones contratantes;
- b) los órganos de arreglo de controversias a los que se confiera competencia para interpretar o aplicar el tratado, y

- c) los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado que éste pueda haber creado.

3.2.1 Competencia de los órganos de vigilancia creados por el tratado

1. Cuando un tratado cree un órgano encargado de vigilar su aplicación, dicho órgano será competente, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, para apreciar la validez de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.

2. Las conclusiones que el órgano formule en el ejercicio de esa competencia tendrán el mismo valor jurídico que el que resulte del ejercicio de su función general de vigilancia.

3.2.2 Cláusulas que precisen la competencia de los órganos de vigilancia en materia de apreciación de la validez de las reservas

Los Estados o las organizaciones internacionales deberían incorporar, en los tratados que creen órganos de vigilancia de su aplicación, unas cláusulas que precisen la naturaleza y, según el caso, los límites de las competencias de esos órganos en materia de apreciación de la validez de las reservas. A esos mismos fines se podrían elaborar protocolos a los tratados en vigor.

3.2.3 Cooperación de los Estados y de las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia

Los Estados y las organizaciones internacionales que han formulado reservas a un tratado que cree un órgano de vigilancia de su aplicación deben cooperar con ese órgano y tener plenamente en cuenta la apreciación que éste haga de la validez de las reservas que hayan formulado. Cuando el órgano en cuestión disponga de facultades de decisión, el autor de la reserva deberá dar efecto a la decisión de ese órgano [en tanto y en cuanto éste actúe dentro de los límites de sus competencias].

3.2.4 Pluralidad de instancias competentes para apreciar la validez de las reservas

Cuando el tratado cree un órgano de vigilancia de su aplicación, la competencia de ese órgano no excluirá ni afectará de otra manera la competencia de otros Estados contratantes y de otras organizaciones internacionales contratantes para apreciar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o por una organización internacional, ni tampoco la de los órganos de arreglo de controversias que puedan ser competentes para interpretar o aplicar el tratado.

3.3 Consecuencias de la falta de validez de una reserva

La reserva formulada a pesar de la prohibición expresa o implícita derivada de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, sin que proceda hacer una distinción entre esas dos causas de invalidez.

3.3.1 Falta de validez de las reservas y responsabilidad

La formulación de una reserva carente de validez surte sus efectos en el marco del derecho de los tratados. No da lugar por sí misma a la responsabilidad del Estado o de la organización internacional que la haya formulado.

3.3.2 Nulidad de las reservas carentes de validez

Una reserva que no reúna las condiciones de validez enunciadas en la directriz 3.1 es nula de pleno derecho.

3.3.3 Efecto de la aceptación unilateral de una reserva carente de validez

La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización internacional contratante no puede subsanar la nulidad de la reserva.

3.3.4 Efecto de la aceptación colectiva de una reserva carente de validez

1. Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva prohibida expresa o implícitamente por el tratado o incompatible con su objeto y fin si ninguna de las demás Partes contratantes hace objeciones después de una consulta expresa por el depositario.

2. Al realizar esa consulta, el depositario señalará la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva a la atención de los Estados y de las organizaciones internacionales signatarios y de los Estados y de las organizaciones internacionales contratantes y, según el caso, del órgano competente de la organización de que se trate.