

son las obligaciones relativas al tratamiento de los diplomáticos, la valija diplomática y a otras relaciones entre Estados. Esta característica especial de los tratados de derechos humanos podría muy bien influir en la evolución del sistema general de las reservas.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2501.ª SESIÓN

*Viernes 27 de junio de 1997, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. João Clemente BAENA SOARES

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam.

### Las reservas a los tratados (*continuación*) (A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478<sup>1</sup>, A/CN.4/479, secc. D, A/CN.4/L.540)

[Tema 4 del programa]

#### SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el debate sobre el capítulo II del segundo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478).

2. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA renueva al Relator Especial sus elogios por la calidad e intensidad de su trabajo, que han sido aplaudidas por todos. Sin embargo, hay que reconocer que la densidad de carácter técnico del capítulo II, incluso si pretende ser más concreto que el capítulo I presentado en el 48.º período de sesiones<sup>2</sup>, no contribuye a aclarar un tema con razón considerado complejo. El Relator Especial tal vez hubiera podido facilitar

la tarea de los miembros de la Comisión con un mayor esfuerzo de síntesis.

3. El Sr. Pambou-Tchivounda, para no complicar las cosas, se atendrá al plan de debate deseado por el Relator Especial (2487.ª sesión) y centrará especialmente sus observaciones en la cuestión de la unidad o diversidad del régimen de Viena en materia de reservas, teniendo en cuenta en particular la especificidad de los tratados normativos. A este respecto, se pregunta si el marco adoptado por el Relator Especial es verdaderamente apropiado, y si ha tenido razón al excluir del ámbito de su estudio los tratados llamados «reducidos», previstos en el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969, que él considera que son objeto de un trato aparte en lo que concierne a las reservas. Aunque tengan un número «reducido» de partes, esos tratados no son sin embargo tratados bilaterales; son ciertamente tratados multilaterales como, por ejemplo, algunos grandes tratados en materia de desarme que de hecho pueden establecer una reglamentación general y objetiva, y conviene señalar que la Convención de Viena de 1969, en el párrafo 2 del citado artículo 20, relaciona directamente el criterio del número reducido de partes con el del objeto y el fin del tratado mediante la conjunción «y». Por tanto, este segundo criterio se considera ciertamente complementario del primero y cabe preguntarse si no es jerárquicamente superior. Así pues, no es evidente que las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 regulen de una vez para siempre la cuestión de las reservas en el caso de los tratados de carácter reducido y sin duda no sería inútil precisarlas, e incluso completarlas a este respecto. La Comisión parece el marco adecuado para examinar este problema y, desde esta perspectiva, la sección A.1 del capítulo II del informe en examen tal vez ganaría si fuera más matizado.

4. El orador lamenta también que el Relator Especial no haya profundizado más su análisis del papel de las organizaciones internacionales, abordado tardíamente en la sección B.2 del capítulo II. Desde un triple punto de vista, dado que también ellas pueden ser Partes en un tratado multilateral normativo, autoras de reservas o «administradoras» de las que formulan otras Partes, las organizaciones internacionales son actores que hay que tener en cuenta desde la perspectiva de una posible disgregación del régimen de Viena. En materia de reservas, los motivos que determinan su política son evidentemente diferentes de los que animan a los Estados, ya que sus atributos no son los mismos. Por tanto, las organizaciones internacionales parecen constituir un factor que relativiza la aparente «homogeneidad» del régimen de Viena.

5. Por otra parte, como los tratados multilaterales constituyen una categoría muy heterogénea, el régimen de Viena podría resultar en la práctica inadecuado para algunos de ellos, aunque inicialmente se concibió para ser de aplicación general.

6. Ciertamente que del preámbulo de la Convención de Viena de 1969 se desprende que, según sus autores, las reglas codificadas, aunque supletorias, se consideraban de valor normativo; es el tratado internacional como género lo que se trataba de reglamentar, habida cuenta de su «función fundamental [...] en la historia de las relaciones internacionales». Sin embargo, este planteamiento formal no oculta el hecho de que los tratados, ya sean normativos o

<sup>1</sup> Véase *Anuario 1996*, vol II (primera parte)

<sup>2</sup> Véase 2487.ª sesión, nota 3

sinalagmáticos, sí son y siguen siendo el resultado de una relación de fuerzas que incide en todas sus cláusulas, incluidas las más sustanciales. Esa relación de fuerzas, incluso si no es inmutable (lo que explica el artículo 62 relativo al cambio fundamental en las circunstancias) está constantemente subyacente y es la que da sentido y contenido concretos a las nociones elásticas de objeto y fin del tratado. Si se considera que hay tantos «objetos» como tratados, inclusive en materia de derechos humanos, la salvaguardia de esos «objetos», que constituye naturalmente un elemento clave del régimen de las reservas, exige, a su juicio, la elaboración de regímenes diferenciados. Dado su carácter supletorio, el régimen de Viena no se opone evidentemente a ello. Pero si se quiere conservar su valor como régimen de referencia, tal vez habría que desarrollarlo en vista de las señales de alarma dadas, en particular, por los órganos de vigilancia en materia de derechos humanos.

7. Cabe prever diversas soluciones. Por ejemplo, ¿hay que reajustar los límites cuantitativos? ¿Es menester limitar el poder discrecional de las Partes en la definición del contenido de las reservas? Es probable que los Estados, celosos de su soberanía, difícilmente consentirían en ello. Por último, ¿hay que disociar la pareja objeto y fin del tratado? El Sr. Pambou-Tchivounda no tiene respuesta a estas preguntas, pero considera útil plantearlas.

8. El Sr. PELLET (Relator Especial), resumiendo el debate sobre las secciones A y B del capítulo II de su segundo informe, dice que las reacciones de los miembros de la Comisión han sido muy instructivas, aunque algunas de las observaciones le han parecido que se refieren más al capítulo I que al capítulo II.

9. En lo que se refiere, en primer lugar, a los problemas de método, desea tranquilizar al Sr. Lukashuk: lejos de sentirse herido por las críticas formuladas a su trabajo, aprecia que los miembros de la Comisión le aporten una perspectiva diferente sobre problemas que tal vez no considera con suficiente distanciamiento a fuerza de examinarlos de cerca y en detalle.

10. Por tanto, con agrado ha comenzado a matizar algunos de sus puntos de vista a la luz de los comentarios formulados. Sin embargo, no accederá a la petición del Sr. Lukashuk (2500.ª sesión) de acelerar sus trabajos y de comprometerse a terminarlos por lo menos en un plazo de cuatro años. La documentación sobre el tema es enorme y es imposible ir más deprisa. Por otra parte, el Sr. Dugard (ibíd.) le ha reprochado que no haya dado suficientes detalles sobre la práctica de los órganos competentes en materia de derechos humanos y el Sr. Pambou-Tchivounda (2487.ª sesión) hubiera deseado que analizara más a fondo la cuestión de los tratados reducidos.

11. La sugerencia del Sr. Simma y del Sr. Brownlie (2500.ª sesión) de entablar cooperación con los órganos de defensa de los derechos humanos, dada la importancia del problema de las reservas a los tratados en esa materia, le parece excelente y encaja totalmente con el espíritu del apartado b del párrafo 2 del artículo 17 del estatuto de la Comisión. A este respecto, desea hacer una propuesta consistente en transmitir a dichos órganos, para que formulen comentarios, el proyecto de resolución que figura al final de su segundo informe, después de que ese

proyecto, debidamente revisado por el Comité de Redacción, haya sido adoptado en primera lectura por la Comisión en la forma que considere adecuada.

12. Pasando a continuación a los problemas de fondo, el Relator Especial observa que el Sr. He, el Sr. Ferrari Bravo, el Sr. Brownlie y el Sr. Crawford (ibíd.) han vuelto a la cuestión de las reservas a los tratados bilaterales. Aun cuando, desde un punto de vista técnico, no se puede hablar verdaderamente de «reservas» en este caso, reconoce que el problema no deja por ello de plantearse y debería estudiarse más adelante.

13. Desea tranquilizar totalmente al Sr. Addo y al Sr. He (ibíd.), ya que no tiene ninguna intención de descuidar los problemas planteados por las declaraciones interpretativas, como lo muestra el plan provisional del estudio que propone en el capítulo I. Por lo demás, esta cuestión se aborda al final de la sección B.2, así como en el cuestionario<sup>3</sup> que ha elaborado para los Estados y las organizaciones internacionales y del que espera que el Sr. Addo y el Sr. He hayan recibido un ejemplar.

14. El Relator Especial se congratula de que las observaciones hechas por algunos miembros le den la ocasión de tomar distancia y situarse en el terreno de la filosofía jurídica. Esas observaciones conciernen, por una parte, al fundamento político de derecho internacional, y por otra, a las relaciones entre el derecho internacional general y los sistemas regionales.

15. En cuanto al fundamento político del derecho internacional, le han sorprendido algunas palabras que dan a entender que el orador tiene una actitud hostil frente a la del tercer mundo y que su informe refleja una visión del derecho internacional propia de las grandes Potencias. El malentendido procede tal vez de una de sus intervenciones (ibíd.), relativa al número de reservas en materia de derechos humanos emitidas respectivamente por países del tercer mundo y por países occidentales. Entretanto ha podido comprobar, en el volumen titulado *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*<sup>4</sup> (Tratados multilaterales depositados en poder del Secretario General), que dicho número es mayor en el caso de los primeros que en el de los segundos, pero desea sobre todo precisar cuál era entonces su intención. Lo que quiso decir es que la ideología de los derechos humanos es globalmente de origen occidental y que, ya sea por razones ideológicas, ya sea por motivos debidos a su grado de desarrollo, los Estados del tercer mundo tienen dificultades para aplicar en su integridad los instrumentos de derechos humanos. Esto explica su recurso a la técnica de las reservas, lo que muestra que esos Estados toman en serio los tratados a que se adhieren. Observa de paso que no es muy elegante reprochar a un relator especial los errores de su propio país y a este respecto recuerda que no es el último en criticar a Francia cuando ésta parece merecerlo; además, en el quincuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, Francia fue sin duda el Estado más crítico de su informe durante el debate de la Sexta Comisión.

<sup>3</sup> Ibíd., nota 16.

<sup>4</sup> Publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E/F.97.V.5 (ST/LEG/SER.E/15).

16. Contemplando el problema de una manera más fundamental, el Relator Especial desea decir que está de acuerdo con varios miembros con las intenciones, o estrategias, políticas de los Estados cuando formulan reservas o redactan tratados. Esto vale también para la Convención de Viena de 1969, incluidas las cláusulas relativas a los tratados que, como el Sr. Hafner acertadamente subrayó (ibíd.), se adoptaron en el marco de una transacción de último minuto. Esa transacción, calificada de «coja» por un miembro, ha permitido al sistema funcionar de manera satisfactoria, como lo atestigua el sólido consenso de la Sexta Comisión en considerar que no hay que cambiar nada en él. Tal intrusión de la política autoriza en cierta medida a decir que los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969 reflejan el derecho internacional visto por las grandes Potencias, pero esta afirmación vale también para todas las normas de derecho internacional que de hecho son generadas por las relaciones de fuerza a que se ha referido el orador anterior. No obstante, y es lo que constituye la especificidad del derecho, no hay que exagerar el alcance de esa observación, ya que una norma una vez adoptada se aplica a todos, incluidas las grandes Potencias y las superpotencias. Por último, el Relator Especial destaca que la adhesión al régimen de Viena no es en absoluto obra de las grandes Potencias o de los países industrializados, en cuyas filas se expresan algunas dudas, sino que son los Estados del tercer mundo los que parecen estar más interesados en este régimen.

17. El segundo problema fundamental, abordado por el Sr. Brownlie y al que el Relator Especial reconoce no haber tal vez prestado suficiente atención en su informe, concierne a la manera en que la Comisión debería tener en cuenta las tendencias que se manifiestan a nivel regional. En un plano general y teórico, el derecho internacional general se enriquece con la aportación de las innovaciones regionales, por ejemplo la de la práctica latinoamericana al régimen aplicable a las reservas. A la inversa, cuando esta ósmosis no se produce, es preciso admitir que las normas regionales pueden derogar a las normas universales en virtud *mutatis mutandis* del principio *specialia generalibus derogant*. En lo que concierne en particular a las reservas a los instrumentos de derechos humanos, el Relator Especial piensa que la Comisión debe tener en mente las prácticas de los órganos regionales que, desde la perspectiva del desarrollo progresivo en particular, pueden ofrecer gran interés. Dicho esto, en lo que respecta al fondo de las reglas aplicables, no se puede afirmar que los órganos de vigilancia, ya sean de carácter general o universal, hayan recusado en nada el régimen de Viena.

18. El Relator Especial examina a continuación las posiciones adoptadas por los miembros de la Comisión sobre las cuestiones objeto de debate, a saber: la unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas, por una parte, y su adecuación a las reservas a los instrumentos de derechos humanos, por la otra.

19. El Relator Especial ha tomado nota en primer lugar de las firmes convicciones «unitarias» expresadas en particular por el Sr. Addo, cuyas observaciones sobre las dificultades con que tropieza como jurista del Ministerio de Relaciones Exteriores de su país confirman la necesidad no de modificar sino de precisar, completar y aclarar las normas de derecho común existentes, así como la conve-

niencia de insertar cláusulas expresas en ese sentido en todos los tratados futuros. El Relator Especial comparte además, en teoría, la idea del Sr. Crawford de que el régimen general debe y puede permitir el florecimiento de regímenes particulares; sin embargo, en la práctica se tiende a pensar que no sucede realmente así en el plano normativo, ya que el régimen de Viena, al menos en sus grandes líneas goza de un apoyo universal, inclusive de parte de los órganos encargados de vigilar la aplicación de los instrumentos de derechos humanos.

20. Sin duda son el Sr. Simma y el Sr. Dugard quienes han expresado la opinión más crítica frente al régimen de Viena, erigiéndose en defensores de la «voz de los derechos humanos»; aun admitiendo que el régimen de las reservas era sin duda único en derecho positivo, ambos han argüido que no era, sin embargo, satisfactorio en materia de derechos humanos y que esta unidad «por falta de algo» mejor debía cuestionarse. Este razonamiento generoso es seductor moral y políticamente, pero al Relator Especial le cuesta comprender cómo sus autores desean traducirlo concretamente en normas jurídicas. En efecto, en el plano normativo, el Relator Especial hace tres series de observaciones.

21. En primer lugar, ni el Sr. Simma ni el Sr. Dugard cuestionan seriamente el hecho de que los órganos encargados de vigilar los tratados de derechos humanos aplican el régimen de Viena y nunca han puesto en tela de juicio su fundamento, sobre todo el del apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, es decir el principio esencial del respeto del objeto y el fin del tratado. En segundo lugar, es exacto, como ha señalado el Sr. Simma, que la Convención de Viena de 1969 no regula el problema fundamental de la suerte de las reservas contrarias al objeto y el fin del tratado, problema que la Comisión deberá resolver en el curso de sus trabajos, pero el Relator Especial subraya que esta laguna no es en absoluto propia de la esfera de los derechos humanos y que el problema se plantea en los mismos términos para los demás tratados multilaterales. En tercer lugar, el Sr. Simma, apoyado por el Sr. Crawford, ha argüido que, en cambio, los problemas planteados por la aplicación del artículo 21 de la Convención de Viena de 1969 eran propios de las reservas a los instrumentos de derechos humanos, considerando que la no aplicación de una disposición convencional en materia de derechos humanos no podía acarrear consecuencias concretas, ya que el Estado autor de la objeción no por ello quedaba menos obligado a aplicar la disposición excluida. El Relator Especial no discute esta observación, pero piensa haberle dado un principio de respuesta en el apartado *b* de la sección B.3 del capítulo II de su informe y en su exposición oral. El Sr. Hafner agregó a ello un argumento suplementario de gran peso, al menos desde el punto de vista explicativo, mostrando que, pese a todo, el mecanismo del artículo 21 organizaba una especie de sistema de reciprocidad, incluso para los tratados normativos, ya que privaba a los Estados autores de reservas y a los Estados autores de objeciones de la posibilidad de invocar la norma objeto de la reserva. Por último, admitiendo incluso, lo que parece exacto, que no cabe reciprocidad en materia de reservas a los instrumentos de derechos humanos, se impone observar que nadie desea volver a la ley del talión y que tratar de modificar la Convención de Viena de 1969 para establecer una

especie de reciprocidad constituiría de hecho una regresión.

22. En cuanto a otras tres cuestiones planteadas por el Sr. Hafner, el Relator Especial toma nota, en primer lugar, de que éste cuestiona la asimilación, efectivamente demasiado general, que el Relator Especial hace entre tratados normativos y tratados-leyes, así como está dispuesto a tomar en cuenta las observaciones del Sr. Pambou-Tchivounda sobre las particularidades de los tratados reducidos y de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales, que el orador reconoce haber estudiado un poco rápidamente. En segundo lugar, si bien es cierto que el párrafo 5 del artículo 60 se introdujo en la Convención de Viena de 1969 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados<sup>5</sup>, no es menos cierto que el problema de los instrumentos de derechos humanos, mencionado de manera intermitente ante la Comisión, no estuvo ausente de los trabajos preparatorios de dicha Conferencia. Por último, reconoce que el Sr. Hafner ha abierto una pista sumamente fecunda e interesante al subrayar que el problema de las reservas contrarias al objeto y al fin del tratado se plantea en los mismos términos que el de las reservas prohibidas por el texto mismo del tratado; sin embargo, hay que señalar que también a este respecto el problema no es exclusivo de los instrumentos de derechos humanos.

23. El Relator Especial ha escuchado con interés la intervención del Sr. Ferrari Bravo, pero no está totalmente convencido de que cada situación exija una reglamentación específica, ya que tal planteamiento sería la negación misma del derecho internacional general.

24. Por último, el Relator Especial reconoce que le ha perturbado un tanto el escepticismo del Sr. Simma respecto del fundamento de utilizar el procedimiento de las cláusulas tipo para resolver los problemas que él cree haber descubierto en materia de derechos humanos, por el hecho, según él, de que la gran época de adopción de instrumentos de derechos humanos ha terminado. Esta última proposición es sin duda exacta, pero, si los problemas existentes en la materia plantean verdaderamente graves problemas, siempre podrán enmendarse. Sobre todo, el Relator Especial no ve lo que la Comisión podría hacer en el plano normativo respecto de instrumentos vigentes ya que, como ha señalado el Sr. Kateka (2500.ª sesión), las relaciones convencionales se fundan en la libre voluntad de las partes interesadas.

25. El Relator Especial agrega que está dispuesto, antes de pasar a presentar la última parte de su segundo informe, a asistir, y eventualmente a participar, en un debate sobre su resumen.

26. El Sr. LUKASHUK dice que le satisfacen plenamente las explicaciones dadas por el Relator Especial, en particular sobre el carácter preliminar del proyecto de resolución que será objeto de un debate antes de ser transmitido a la Comisión de Derechos Humanos. Por lo demás, desea dar precisiones fácticas sobre la naturaleza de la transacción a que se llegó con respecto al artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, que no cabe calificar de *package deal*. En realidad, la delegación de los Estados Unidos de América había concedido su apoyo al texto ela-

borado por la Comisión que venía a decir que «no podrán formularse reservas salvo cuando» en tanto que la delegación de la ex Unión Soviética apoyaba la fórmula que pasó a ser la de la Convención de Viena de 1969, a saber que «Un Estado podrá formular una reserva [...] a menos que». Es decir, la transacción formaba ya parte de la esencia del texto.

27. El Sr. CRAWFORD se congratula de la propuesta del Relator Especial relativa al procedimiento aplicable al proyecto de resolución. Si, en efecto, la Comisión decide consultar los órganos competentes en materia de derechos humanos, le será más fácil defender su posición. Desde un punto de vista general, estima que los trabajos futuros de la Comisión exigirán más concertación y colaboración con otros órganos de las Naciones Unidas muchos de los cuales reivindican, con razón o sin ella, una especie de monopolio en su esfera. Ahora bien, una manera de mantener la integración de derecho internacional es desafiar ese monopolio, en particular mediante la concertación.

28. El Sr. BENNOUNA dice que en la presentación del conjunto del tema por el Relator Especial no advierte ninguna perspectiva operacional. En particular, no comprende por qué, partiendo de la idea de que hay que hacer propuestas a los Estados para remediar ciertas lagunas del sistema de Viena, el Relator Especial se desvía hacia la cuestión de los instrumentos de derechos humanos antes de proponer el procedimiento totalmente insólito de una resolución, lo que equivale a deshacerse sobre la marcha de la cuestión de los derechos humanos. Al contrario, hay que mantener la unidad en el tratamiento del tema y abandonar el proyecto de resolución para volver al procedimiento operacional habitual de la Comisión, consultando en su caso a los expertos y órganos competentes pero sin limitarse a un simple ejercicio doctrinal.

29. El Sr. PELLET (Relator Especial), presentando la sección C.2 del capítulo II de su segundo informe, dice que si bien la cuestión del papel de los órganos de vigilancia de la aplicación de los tratados en materia de reservas sea ciertamente la más polémica de las cuestiones abordadas en su segundo informe, se propone no obstante tratar de ser breve, limitándose a resumir brevemente los grandes rasgos del mismo. Al hacerlo, insistirá en algunos matices que le parece útil aportar ya a su informe, a la luz de algunas lecturas y sobre todo de los debates sostenidos en la CDI en su 48.º período de sesiones, en 1996, y los de la Sexta Comisión, observación también válida para el proyecto de resolución que propone.

30. El Relator Especial recuerda, como dijo en el 48.º período de sesiones, que hay dos tesis extremas que se oponen en la materia. Para unos, los órganos de vigilancia y control del cumplimiento de los instrumentos de derechos humanos no tienen ninguna facultad para apreciar la licitud de las reservas. Desde que se formula una reserva, tienen la obligación de sacar las consecuencias de ella sin preguntarse sobre su admisibilidad o validez. Tal es la posición de los tres Estados que criticaron el comentario general n.º 24 (52) del Comité de Derechos Humanos<sup>6</sup> y tal ha sido la posición tradicional del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas y de los propios órganos de defensa de los derechos humanos hasta el comienzo del decenio de 1980, en lo que respecta a los órganos regionales euro-

<sup>5</sup> Véase 2499.ª sesión, nota 14.

<sup>6</sup> Véase 2487.ª sesión, nota 17.

peos e interamericanos, y hasta el comienzo o la mitad del decenio de 1990, en lo que respecta a los órganos de carácter universal. También es ésta la posición que adoptan ciertos autores. Para otros, al contrario, y en particular para los órganos competentes más recientemente y para los autores especialistas en derechos humanos, esos órganos tienen el derecho y el deber no sólo de controlar la licitud de las reservas sino además de sacar todas las consecuencias de ese control, en particular la de decidir que el Estado cuya reserva sea ilícita está obligado por la totalidad del tratado, inclusive por la disposición o las disposiciones a que se refiera la reserva.

31. A juicio del Relator Especial, ninguna de las dos posiciones extremas es satisfactoria y esto no por razones de conveniencia —a este respecto él prefiere la posición de los especialistas en derechos humanos— sino por razones puramente jurídicas. En efecto, en derecho, a su entender las «buenas» respuestas son las siguientes. Primera, los órganos de derechos humanos tienen el poder, e incluso el deber, de apreciar la licitud de las reservas formuladas por los Estados, apreciación que debe hacerse en base a las cláusulas de reserva que figuren en el tratado, si es que las contiene, y del régimen de Viena si no contiene tales cláusulas; a este respecto, el Relator Especial comparte sin vacilar las posiciones actualmente casi unánimes de los propios órganos, que en el debate sostenido en la Sexta Comisión encontraron eco favorable de parte de algunos Estados, en particular Alemania y Austria. En segundo lugar, el Relator Especial sigue en cambio convencido de que ahí terminan las competencias de esos órganos y que no pueden arrogarse el derecho de decidir si el Estado que ha formulado la reserva ilícita queda obligado por la totalidad del tratado.

32. Para el Relator Especial se impone una precisión en este momento —antes de volver sobre el razonamiento que a su juicio justifica su posición— con respecto a la razón por qué se plantea este problema precisamente respecto de las reservas a los instrumentos de derechos humanos. Por una parte, son estos instrumentos los que actualmente establecen comúnmente órganos de vigilancia y control y, por otra parte, son esos órganos los que, desde hace algunos años, han planteado más claramente el problema. Pero esto no quiere decir que este problema sea propio de las reservas a los instrumentos de derechos humanos. No es porque se trate de derechos humanos por lo que se plantea el problema, sino porque los instrumentos crean órganos encargados de velar por su aplicación. Lo mismo podría suceder en otras esferas, por ejemplo en la del desarme o en la del control de los armamentos, o en la del medio ambiente.

33. Cabe incluso ir más lejos: con ocasión de una controversia entre Estados relativa a la aplicación de un tratado, puede plantearse el problema de saber si la reserva de una Parte a un tratado es o no válida, sin que ello sea el objeto mismo de la controversia; tal sucedió por ejemplo en el caso del litigio que enfrentó a Francia con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en el asunto de las *Îles Anglo-Normandes*<sup>7</sup>. En este asunto

<sup>7</sup> *Affaire de la Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, decisiones de 30 de junio de 1977 y 14 de marzo de 1978, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), págs. 130 y 339.

la cuestión pareció plantearse en términos bastante parecidos a la que se examina, a saber: el órgano encargado de arreglar la controversia, que puede tener poder de decisión, por ejemplo si se trata de la CIJ al resolver el litigio o si se trata de un tribunal arbitral —o que puede no tenerlo— por ejemplo, si se trata de una comisión de conciliación, de mediación o de la CIJ en materia consultiva, ¿puede tal órgano apreciar la licitud de la reserva? A juicio del Relator Especial la respuesta es evidentemente afirmativa. El órgano que conoce de la cuestión puede y debe, en el marco de una especie de excepción de ilicitud, apreciar la regularidad de la reserva, sin lo cual no podría desempeñar su misión que consiste en resolver la controversia conforme al derecho internacional, es decir conforme al tratado, ciertamente tal como fue ratificado, pero a condición que esa ratificación, incluidas las reservas, se ajuste al derecho internacional y, por tanto, que las reservas sean lícitas.

34. Este razonamiento puede, *mutatis mutandis*, transferirse al ámbito de las competencias de los órganos de derechos humanos o, más en general, a las competencias de todos los órganos de vigilancia del cumplimiento de tratados, cualesquiera que sean. Estos órganos los crean voluntaria y conscientemente las partes, para asegurarse de que los Estados cumplen efectivamente las obligaciones que les incumben en virtud del tratado tal como está vigente a su respecto, incluidas las reservas. Ahora bien, es preciso que las reservas sean lícitas, sin lo cual no pueden aplicarse, a no ser que se considere que el derecho internacional es una gran broma.

35. Ahora bien, en materia de apreciación de la licitud de las reservas, esos órganos de control no pueden evidentemente gozar de más competencias de las que tienen en su principal ámbito de responsabilidad. Si tienen poderes de decisión, como la CIJ en los litigios, pueden decidir si la reserva es o no lícita y sacar las consecuencias a los efectos de resolver una controversia que se les someta. Si no tienen más que poderes consultivos o de recomendación, pueden tomar posición sobre la licitud de la reserva, pero esa posición no tendrá fuerza obligatoria frente al Estado autor de la reserva (ni por lo demás frente a otros Estados Partes); esos Estados deberán examinar de buena fe la opinión que se les haya dado o la recomendación que se les haya hecho. Pero esa opinión o recomendación no se les impondrá con fuerza obligatoria. No hay nada en la práctica de los tribunales arbitrales —asunto de las islas Anglo-Normandas—, de la CIJ o de los órganos de derechos humanos, tanto a nivel regional como a nivel universal, inclusive el comentario general n.º 24 (52) del Comité de Derechos Humanos, que contradiga esto, y el Relator Especial indica que en este punto comparte su posición. Es más tarde cuando le es más difícil comprenderlos, aunque se haya visto obligado, como dijo al principio de su intervención, a matizar un poco sus posiciones con relación al año precedente.

36. Si se declara la ilicitud de una reserva, ¿qué debe suceder una vez que se haga esta declaración? En suma, para los órganos de derechos humanos, el Estado cuya reserva se declara ilícita debe considerarse vinculado por el tratado en su integridad, excluida la reserva. Para el Relator Especial, esta posición no es sostenible. En efecto, por definición, un tratado es un instrumento consensual cuya fuerza no dimana más que de la voluntad

del Estado, tal como éste la expresa «por la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido», según el artículo 11 de la Convención de Viena de 1969. Pero, naturalmente, las reservas eventuales son consustanciales a la expresión del consentimiento. El Estado acepta el tratado, pero con la reserva o reservas de que acompaña su consentimiento. Y esto puede ser la condición absoluta de ese consentimiento, condición que puede imponer su Parlamento, su Constitución o razones imperiosas de política interior.

37. Ahora bien, esto sólo el Estado puede saberlo. Sin saberlo, en principio, los órganos de control o de vigilancia se arrogan el derecho de imponer a un Estado un tratado que, bien pensado, éste no «quiere», y esto ya no es un tratado sino que hay que hablar de una verdadera legislación internacional. A juicio del Relator Especial, la sociedad internacional no está madura para esto y no está seguro siquiera de que sea deseable. ¿Por qué expertos, por estimables que sean, sabrían mejor que los gobiernos lo que es bueno para los Estados o para sus pueblos? ¿Cuál sería la legitimidad de tales decisiones? No hay gobierno mundial y, aunque quepa lamentarlo, ello no deja de ser un hecho. ¿Se quiere un despotismo burocrático a escala mundial?

38. El Relator Especial indicó al principio de su intervención que había cambiado ligeramente de opinión desde que elaboró su informe. Ello concierne a un punto que no es anodino: le parece, en efecto, y es un poco lo que ha sostenido el Sr. Brownlie (2500.ª sesión), que las observaciones que preceden no se aplican tal vez a los órganos regionales de defensa de los derechos humanos, en todo caso cuando éstos están dotados de poderes de decisión obligatoria. En efecto, después de todo, en los marcos europeo e interamericano, las solidaridades son más fuertes que en el plano universal y los Estados de estas regiones han creado mecanismos que reflejan esas solidaridades «extraordinarias», confiriéndoles amplios poderes que, en la práctica, parecen ser aceptados por esos Estados. Sin embargo, incluso en tales marcos, puede dudarse del fundamento, por ejemplo, de la solución adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de Turquía en el asunto *Loizidou*<sup>8</sup>; a este respecto, el Relator Especial señala que la propia Suiza no se resignó más que tras muchas vacilaciones a seguir siendo Parte en la Convención de Roma tras los asuntos *Belilos*<sup>9</sup> y *Weber*<sup>10</sup>, lo que muestra que la evolución quizá no se haya logrado. Sea como fuere, en definitiva el problema ya no se plantea en los mismos términos en los planos regionales europeo e interamericano, y sin duda habría que matizar este punto en el párrafo 6 del proyecto de resolución al final del segundo informe.

39. El Relator Especial dice estar convencido, en cambio, de que las soluciones regionales no son transferibles a nivel universal y a órganos que, como el Comité de Derechos Humanos, no tienen competencia obligatoria respecto de los Estados. Nada justifica la afirmación con-

tenida en el comentario general n.º 24 (52) del Comité de Derechos Humanos, según la cual si el Comité considera que una reserva es ilícita «será posible considerar independientemente esa reserva, en el sentido de que el Pacto será aplicable para la Parte que formule la reserva sin que la reserva se tenga en cuenta». A falta de una excepción consuetudinaria regional, aceptada como derecho, tal pretensión es contraria al derecho internacional general. En efecto, si una reserva es ilícita, es al Estado autor de la misma al que incumbe sacar las consecuencias de ello. Sobre la cuestión de cuáles son esas consecuencias, expuestas al final del apartado *b* de la sección C.2 del capítulo II del informe en examen, cabe resumirlas como sigue. Primera, el Estado autor de la reserva no puede hacer nada si, como sucede en el caso de la totalidad de los órganos existentes en el plano universal, éstos no tienen poderes de imposición. No obstante, de un Estado respetuoso del derecho se espera que no se comporte así, incluso en ausencia de obligación jurídica *stricto sensu*. Segunda, el Estado puede, como es evidente, retirar pura y simplemente su reserva, y así se resuelve el problema. Tercera, el Estado puede también dejar de participar en el tratado, en el que, a decir verdad, nunca ha sido Parte, ya que su consentimiento estaba viciado por la ilicitud de su reserva. Y finalmente, cuarta, hay otra posibilidad, que parece más satisfactoria y jurídicamente fundada pese a algunas dificultades: consiste en que el Estado autor de la reserva «regularice» su situación, es decir sustituya la reserva ilícita por una reserva lícita, más limitada. Esto no es una novedad y es lo que hicieron Suiza y Liechtenstein después del fallo en el asunto *Belilos*. Hay otros ejemplos de «sustitución de reservas», a raíz, entre otras cosas, de objeciones formuladas por los Estados.

40. A este respecto parece imponerse una última observación. Hay un aspecto del comentario general n.º 24 (52) del Comité de Derechos Humanos con el que no parece que quepa estar razonablemente de acuerdo. Es la pretensión, ciertamente excesiva, del Comité de ser el único juez de la licitud de las reservas. Que dicho Comité pueda apreciar esta licitud no es discutible, pero no puede tener monopolio en la materia. Como todos los demás instrumentos de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es y sigue siendo un tratado entre Estados; éstos pueden hacer y hacen objeciones a las reservas, y el Relator Especial no entiende cuáles son los inconvenientes de este doble sistema de control. Al contrario, garantiza de manera eficaz el control de la licitud de ese «mal necesario» que son las reservas, y las objeciones estatales son sin duda, al menos en lo inmediato, más eficaces que el control ejercido por el Comité ya que, por las razones expuestas por el Sr. Hafner (2500.ª sesión), se reflejan en cierta reciprocidad que quizá puede constituir otro medio de presión no despreciable. Por último, pueden constituir guías útiles para el propio Comité, ya que si los Estados Partes deben tener ciertamente más en cuenta las opiniones del Comité, lo recíproco también es cierto.

41. En cuanto al proyecto de resolución al final de su informe, el Relator Especial no considera útil comentarlo con detalle en cuanto al fondo; en efecto, dicho proyecto refleja las principales conclusiones que parecen desprenderse del propio informe. El párrafo 1 se limita a repetir una conclusión de la Comisión, aceptada desde 1995<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Véase 2500.ª sesión, nota 17

<sup>9</sup> *Ibid.*, nota 16

<sup>10</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A Arrêts et décisions*, vol 177, fallo de 22 de mayo de 1990, Registro del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1990

<sup>11</sup> Véase *Anuario* 1995, vol II (segunda parte), párr 487 d

Los párrafos 2 y 3 reafirman el principio de la unidad del régimen de las reservas, el párrafo 4 menciona los problemas particulares resultantes de la creación de órganos de derechos humanos y tal vez habría que completarlo indicando que el problema puede también plantearse en otras esferas; los párrafos 5, 6 y 7 reproducen las observaciones que acaban de hacerse en cuanto a las competencias de esos órganos en la materia, y el párrafo 8 invita a los Estados a incluir cláusulas de reserva en los tratados que celebren para disipar toda ambigüedad en el futuro.

42. En cambio, tal vez no sea inútil recordar por qué parece conveniente adoptar tal resolución y justificar su forma. En Relator Especial señala que ha tratado de indicar de manera concisa en los párrafos 2 y 3 del preámbulo y en el párrafo 9 de la parte dispositiva porque tal resolución parece útil y necesaria. La CPJI primero, y la CIJ después, se definieron a sí mismos como «el órgano del derecho internacional» y, sin querer disputar ese título a la Corte, el Relator Especial estima que no por ello la CDI, a su manera, es también si no «el órgano» del derecho internacional, al menos «uno de los órganos» del derecho internacional. Sería una pena que en el debate que se desenvuelve actualmente sobre las reservas a los tratados normativos y en particular a los tratados de derechos humanos la Comisión guarde silencio, dado que el tema de las reservas a los tratados figura en su programa de trabajo y que puede contribuir así a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional manifestando su interés por un problema de actualidad que es claramente de su competencia.

43. Además, hay algunos acontecimientos concretos que hacen necesario y urgente que la Comisión examine la cuestión; se exponen al principio del capítulo II del informe y tal vez sea inútil volver sobre ellos. Por otra parte, en enero de 1997 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer examinó un informe de su secretaria sobre las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuya aplicación este órgano está encargado de vigilar y que alude a los trabajos de la Comisión. Ahora bien, ese Comité se ha abstenido de adoptar una posición sobre la cuestión, precisamente en espera del texto definitivo de la resolución de la Comisión. Por otra parte, el Relator Especial cree saber, aunque no está seguro de su información sobre este punto, que los presidentes de órganos creados en virtud de instrumentos de derechos humanos también han decidido aplazar el examen de la cuestión de las reservas a esos instrumentos en espera de conocer la posición de la Comisión. Esto muestra que se la espera; la Comisión debe esforzarse por no decepcionar esa espera. Los debates sostenidos en la Sexta Comisión confirman también el interés de los Estados al respecto.

44. En cuanto a la cuestión de la forma, el Relator Especial recuerda que la idea de elaborar una resolución fue apoyada en el 48.º período de sesiones y por algunos miembros de la Comisión (2500.ª sesión), en tanto que otros, sin oponerse a ello categóricamente, expresaron dudas sobre el fundamento, en cuanto a la forma, de esa proposición. El Relator Especial dice que, sin conceder a ello un importancia determinante, mantiene su propuesta. Ciertamente que la Comisión no tiene el hábito de expresarse mediante una resolución y sería la primera vez que lo hiciera. Pero, por una parte, la costumbre no parece un

argumento válido. No porque la Comisión no haya hecho nunca una cosa debe de abstenerse de hacerla eternamente; así, nunca había invitado a visitarla al Presidente de la CIJ, pero lo hizo en 1997, y esto es una cosa buena.

45. Por otra parte, para el Relator Especial, la cuestión de las reservas se presta particularmente bien a esta forma de «comunicación». En cambio, no parece que pueda encajar en el molde habitual de los proyectos de artículos acompañados de comentarios. No se trata de dictar normas, sino de tomar posición sobre problemas bastante generales de «política jurídica». No obstante, el Relator Especial indica, que si la palabra «resolución» asusta a algunos miembros, no está lo suficientemente apegado a ella para librar un largo «combate» en su favor. Por las razones expuestas, es partidario de ella y está convencido de que favorecería a la imagen de la Comisión. Pero si una mayoría de los miembros prefiere que la Comisión adopte «recomendaciones» o «conclusiones», el Relator Especial lo aceptará de buen grado. Como quiera que sea, la cuestión no le parece que merezca un largo debate y estima que lo mejor tal vez sería proceder a una votación indicativa sobre esta cuestión después de que unos y otros hayan expresado su opinión, si se expresan objeciones a esta solución.

46. El Relator Especial agrega, en cambio, que cualquiera que sea la forma que la Comisión adopte, reitera la proposición que hizo anteriormente a raíz de las sugerencias officiosas del Sr. Simma y el Sr. Brownlie: la Comisión debe actuar rápidamente, pero sin precipitación, y en consulta con los órganos de derechos humanos, limitándose a adoptar en primera lectura en el actual período de sesiones un proyecto que enviará, para que se formulen observaciones, no sólo como de costumbre a la Asamblea General, sino también a los órganos en cuestión. Sólo tras haber tomado conocimiento de su reacción, la Comisión se pronunciará definitivamente. Huelga decir que la Comisión debe acompañar este proyecto de una nota explicativa. El Relator Especial está dispuesto a someter el proyecto de esa nota después de que el Comité de redacción haya examinado el texto del proyecto de resolución.

47. El Sr. ROSENSTOCK dice aprobar en términos generales los razonamientos y conclusiones del Relator Especial. También para él el régimen de las reservas a los tratados se aplica a todos los tratados, cualquiera que sea su objeto. Pero algunas observaciones hechas por el Relator Especial con respecto a los tratados bilaterales no dejan de asombrarle, ya que le parece poco plausible hablar de reservas en el caso de un tratado bilateral. Es una cuestión de la que habrá que volver a hablar.

48. En cuanto al proyecto de resolución propuesto en el informe, el Sr. Rosenstock piensa que no es indispensable que los miembros de la Comisión se pongan de acuerdo sobre todas las cuestiones planteadas por el Relator Especial o por cualquiera de ellas. Así sucede, por ejemplo, con el comentario general n.º 24 (52) del Comité de Derechos Humanos. La solución más sencilla consistiría tal vez en suprimir los párrafos 5 y 7 y una parte del párrafo 4 del proyecto de resolución, y aprobar el resto con algunas modificaciones al párrafo 6 para tener en cuenta un papel específico de las organizaciones regionales. Por tanto, debe poderse aprobar una resolución que figura en el

informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones<sup>12</sup> y sobre la que los órganos de defensa de los derechos humanos han tenido amplio tiempo para reflexionar.

49. Por otra parte, el Sr. Rosenstock desea volver sobre dos puntos respecto de los cuales el Relator Especial parece apartarse de sus premisas y no haber llevado su argumento hasta su conclusión lógica.

50. En primer lugar, el Relator Especial sostiene de manera convincente que los Estados no pueden formular reservas a las disposiciones de un tratado que no haga más que reafirmar una norma de derecho consuetudinario. Si pueden formular una reserva a ciertas disposiciones de procedimiento, tal reserva no constituye en sí una decisión unilateral de rechazar la norma de que se trate y la aceptación de esa reserva no es un consentimiento en ese rechazo. No se entiende por qué este análisis no se aplicaría también a una norma de *jus cogens*. Si es cierto que un Estado no puede escapar a tales normas, ello no significa que no puede hacer una reserva a una de ellas cuando esté consagrada en un tratado. Nada del carácter esencial del *jus cogens* obliga a un Estado a consentir en que una de las normas que pertenecen al mismo se integre en un contexto procedimental. Ciertamente hay pocas posibilidades de que una reserva relativa a una norma imperativa sea compatible con el objeto de un tratado. Pero una reserva de este tipo, es decir contraria al objeto del tratado, sería nula de pleno derecho en virtud del apartado c del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, y no porque se refiera a una norma imperativa.

51. En segundo lugar, el Relator Especial parece aceptar la idea de que los órganos de control son competentes para pronunciarse sobre la admisibilidad de las reservas de los Estados. Esos órganos pueden expresar una opinión, incluso lamentar una actitud, pero ello no equivale a apreciar la admisibilidad de una reserva. Difícilmente cabe debatir *de lege ferenda* del papel que esos órganos han de desempeñar a este respecto, pero sería equivocado pretender que cabe hacerlo *de lege lata*. La idea de que el Comité de Derechos Humanos no puede pronunciarse sobre la admisibilidad de una reserva dimana en particular de la conclusión que la Comisión expresó hace dos años<sup>13</sup>, a saber, que el régimen establecido por los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969 no debe cuestionarse.

52. A este respecto, no hay que decir que el régimen de Viena es un fracaso. La aprobación de pactos internacionales de derechos humanos es anterior a la adopción de la Convención de Viena de 1969. Ésta prevé incluso en los párrafos 2 y 3 del artículo 20 que el régimen de las reservas puede modularse en función de los tipos de tratado considerados. El hecho de que no recoja una disposición particular aplicable a los instrumentos de derechos humanos es una omisión deliberada, pero sería equivocado atribuirle al hecho de que la Convención se redactó en el contexto de la guerra fría y de ver en ello, como se ha hecho, el resultado de una negociación de tipo político. Por otra parte, el régimen consagrado ulteriormente por la Convención de Viena de 1969 era conocido por los Esta-

dos cuando se aprobaron los instrumentos de derechos humanos. Por tanto, la ausencia de disposiciones particulares al respecto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales era querida, como lo prueba *a contrario* la presencia de un régimen especial relativo a la compatibilidad de una reserva con el objeto del tratado en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Algunos ven en la flexibilidad admitida por el régimen de Viena un elemento que puede ir en contra de la integridad de un tratado. Se puede reconocer también que esa flexibilidad permite a los Estados innovar en el tratado de que se trate, como lo han hecho en el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. De ello se sigue que si los Estados no lo han hecho, no es porque se lo impidiera la Convención de Viena de 1969 ni porque ignoraran su contenido. También pueden existir, como ha dicho el Sr. Crawford (2500.ª sesión), regímenes especiales. Incumbe a los Estados decidir crearlos o no. Por el momento se han abstenido de hacerlo.

53. En su informe, el Relator Especial descarta con demasiada facilidad la fuerza probatoria de la opinión jurídica emitida en 1976 por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas<sup>14</sup>, según la cual incumbe a los Estados Partes apreciar la validez de una reserva y no al órgano encargado de controlar la aplicación del tratado de que se trate. Los resultados de los asuntos *Temeltasch*<sup>15</sup>, *Belilos* y *Loizidou* no afectan para nada a la validez de esa opinión y no permiten en absoluto llegar a la conclusión de que el Comité de Derechos Humanos tiene derecho a «pronunciarse» sobre la admisibilidad de una reserva. Esos asuntos no pueden citarse como precedentes ya que, según el artículo 19 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el mecanismo que éste crea tiene por objeto garantizar el respeto de los compromisos que en él se consagran. Esta fórmula no figura en los tratados de alcance universal que establecen órganos del mismo tipo. Además, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales crea un tribunal. Cabe concluir que los Estados que consienten en la creación de ese tribunal consienten implícitamente en la existencia de una comisión dotada de amplios poderes. Por tanto, cabe sostener, como lo hizo la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Temeltasch*, que es el propio sistema de la Convención<sup>16</sup> el que le confiere su competencia.

54. Además de estas distinciones que privan a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de su valor de precedentes a nivel universal, hay que recordar que los miembros que componen un sistema regional, como la Comunidad Europea, el Consejo de Europa o el sistema interamericano, en su contexto regional están más fácilmente dispuestos a reconocer sus derechos soberanos, como el de consentir en obligarse por un instrumento

<sup>12</sup> *Anuario* 1996, vol II (segunda parte), párr 136 y nota 238

<sup>13</sup> Véase nota 11 *supra*

<sup>14</sup> Naciones Unidas, *Anuario Jurídico* 1976 (n.º de venta S 78 V 5), págs 234 a 236

<sup>15</sup> Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, demanda n.º 9116/80, *Temeltasch c Suisse*, vol 31, Estrasburgo, 1983, págs 120 a 136

<sup>16</sup> *Ibid.*, pág 128, párr 65



o en consentir una reserva a ese instrumento, que a nivel de la comunidad universal.

55. El Sr. Rosenstock piensa que la cuestión fundamental, a la que hay que volver siempre, es la del consentimiento de los Estados, que es el núcleo del derecho de los tratados. Si se ignora el papel de ese consentimiento en la decisión que adoptan los Estados de ser Partes en un instrumento, se pone en peligro el principio *pacta sunt servanda*, y si se ignora esa voluntad rechazándose una reserva contraria al objeto del tratado pero reconociéndose la calidad de Parte al Estado autor de la misma, se hace burla de la práctica de los Estados y, por tanto, de la voluntad de la comunidad internacional.

56. Aun suponiendo que el Comité de Derechos Humanos sea competente para pronunciarse sobre la inadmisibilidad de una reserva —y el Sr. Rosenstock piensa que no lo es— no puede, sin embargo, llegar a afirmar no que el Estado autor de la reserva no es Parte porque su consentimiento sea inválido sino que, ignorando los elementos de su consentimiento que le desagradan, hay que considerar de hecho como una aceptación «la contrapropuesta» del Estado autor de la reserva. Utilizar la idea de la separabilidad de la reserva con relación al propio tratado para tratar de aplicarla a la reserva con relación a los elementos a los que el Estado reservatario da su consentimiento en obligarse dista mucho de ser concluyente. El párrafo 6 de la resolución propuesta por el Relator Especial, y el razonamiento en que se basa, son totalmente convincentes.

57. El Sr. Rosenstock cita un artículo en el cual Catherine Redgwell expone varias ideas sobre la manera en que los Estados pueden armonizar la práctica divergente de los Estados bajo la cobertura del régimen de Viena<sup>17</sup>, que reconoce que regímenes convencionales particulares se aparten explícitamente de sus normas supletorias. En la continuación de sus trabajos, la Comisión podría aprovechar las conclusiones de Catherine Redgwell y de otros para examinar los instrumentos, las cláusulas o las disposiciones a que puedan recurrir los Estados si lo desean para reforzar la «integridad» del régimen de los tratados de derechos humanos y de otros tratados, pero respetando las prerrogativas de los Estados y la integridad del propio sistema, cuyo principio fundamental es *pacta sunt servanda*. El Sr. Rosenstock se pregunta si la elaboración de protocolos sería tan laboriosa, en el caso de que los Estados desean reconocer a los órganos convencionales competencia para juzgar de las reservas. Es cierto que hay que robustecer todo lo posible el régimen de los derechos humanos, pero no debe hacerse a expensas del derecho de los tratados, ya que si no, se pueden suscitar más problemas que soluciones.

58. El Sr. CRAWFORD considera interesante el argumento que el Sr. Rosenstock acaba de aportar al debate mencionando el caso particular de las normas de *jus cogens*. Según él, las reservas sólo tienen sentido en el ámbito del derecho convencional. Esto quizá sea porque éste guarda relación con el derecho internacional consuetudinario. Pero los efectos de una reserva que sea aceptada por otro Estado suplantando al derecho consuetudinario

entre los dos Estados interesados. Así sucede, por ejemplo, con el tratamiento de los diplomáticos: la manera en que los Estados se entienden para tratar a sus diplomáticos respectivos pertenece al *jus dispositivum*. Evidentemente no puede decirse lo mismo en el ámbito de los derechos humanos ni en el del *jus cogens*. Las normas de *jus cogens* siguen siendo imperativas, convengán lo que convengán entre ellos los Estados. En la mayoría de los casos la reafirmación de una norma *jus cogens* en un tratado está formulada de manera que toda tentativa de derogarla sea incompatible con el objeto del tratado en cuestión. Lo mismo sucede con las normas generales de derecho internacional consuetudinario. Las normas de derechos humanos, que pertenecen a éste, no puede aplicarse ni relativa ni selectivamente y dos Estados no pueden convenir entre ellos normas diferentes. Por ejemplo, no pueden convenir entre ellos recurrir a la tortura, ni incluso contra sus propios nacionales. De ello concluye el Sr. Crawford que lo que el Sr. Rosenstock ha dicho de las normas de *jus cogens* es también válido para las normas de derecho internacional general.

59. El Sr. Sreenivasa RAO aprueba en conjunto lo dicho por el Sr. Rosenstock, que considera bien construido y muy documentado. En lo esencial comparte sus conclusiones, en particular la de que una reserva relativa a una norma de *jus cogens* sea nula de pleno derecho por el simple hecho de ser contraria al fin del tratado, y no porque derogue el derecho internacional consuetudinario. Queda la cuestión de saber qué es el derecho internacional consuetudinario: hay normas que obtienen la unanimidad de los Estados, otras que algunos Estados aceptan o, al contrario, contra las que formulan objeciones. El Sr. Sreenivasa Rao cita el caso del derecho del mar, en el que la delimitación de la plataforma continental dista mucho de obtener la unanimidad y en el que una buena parte de las normas aplicables pertenecen no al derecho consuetudinario propiamente dicho, sino más bien al desarrollo progresivo del derecho. Para terminar recuerda que de hecho las reservas no existen más que en respuesta a esta incertidumbre del derecho internacional consuetudinario.

60. El Sr. LUKASHUK considera muy interesantes las observaciones del Sr. Sreenivasa Rao y del Sr. Rosenstock sobre el derecho internacional consuetudinario. Aprovecha esta ocasión para recomendar a la Comisión que inscriba este tema de gran importancia en su programa de trabajo.

61. El Sr. ADDO dice que suscribe totalmente la observación que acaba de hacer el Sr. Crawford. Se pregunta si una reserva que sea incompatible con el objeto de un tratado puede ser aceptada por otro Estado Parte. A su juicio, dado que esa reserva es inaceptable, el propio asentimiento de otro Estado es nulo de pleno derecho.

62. El Sr. ROSENSTOCK precisa que, a su juicio, una reserva no está prohibida simplemente por el hecho de que concierna a una norma de *jus cogens*. Lo está porque es incompatible con el objeto del tratado a que se refiere. En cierta medida lo mismo puede decirse de las reservas relativas a normas de derechos humanos: una reserva no dispensa de respetar la norma a que se refiere, sino que simplemente da derecho a no aplicarla en cuanto norma convencional.

<sup>17</sup> «Reservations to treaties and Human Rights Committee general comment n.º 24 (52)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, abril de 1997, segunda parte, pág. 390

63. El Sr. GOCO comparte la opinión del Sr. Rosenstock sobre la proposición de consultar a los órganos encargados de controlar la aplicación de los instrumentos de derechos humanos. Piensa que incumbe a la propia Comisión encontrar su propio camino y sus propias formulaciones. Los órganos a que se refiere tienen ya una posición muy definida en cuanto a las reservas. En el terreno práctico esta consulta sería sin duda inútil.

*Se levanta la sesión a las 13.10 horas.*

## 2502.ª SESIÓN

*Martes 1.º de julio de 1997, a las 10.10 horas*

*Presidente:* Sr. João Clemente BAENA SOARES

*más tarde:* Sr. Peter KABATSI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Bennouna, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kateka, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

**Las reservas a los tratados (continuación) (A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478<sup>1</sup>, A/CN.4/479, secc. D, A/CN.4/L.540)**

[Tema 4 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

1. El Sr. GALICKI da las gracias al Relator Especial por su labor y por su presentación de un tema difícil, y está de acuerdo con la conclusión de que, principalmente debido a su flexibilidad, el régimen de Viena es adecuado a las necesidades de todos los tratados, cualquiera que sea su objeto o naturaleza. Sin embargo, como también ha reconocido el Relator Especial, han de tenerse en cuenta algunas novedades ocurridas desde 1969 que han creado problemas especiales con respecto a las reservas. Indu-

dablemente el principal problema reside en el mecanismo establecido para vigilar el cumplimiento de muchos tratados de derechos humanos y especialmente algunas actividades específicas gradualmente desarrolladas por los órganos creados en virtud de tratados para determinar la permisibilidad de las reservas formuladas por los Estados. Aunque esa función no fue confiada expresamente a dichos órganos por los tratados correspondientes, puede considerarse que deriva de instrumentos tales como el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Pacto de San José, los cuales establecieron que las jurisdicciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se extendían a todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de ambos instrumentos. Además, el ejercicio de esa función forma parte de la práctica habitual de esos órganos. Ahora bien, se trata de una práctica regional y no debería convertirse en mundial. Pese al comentario general n.º 24 (52) del Comité de Derechos Humanos<sup>2</sup>, la competencia del Comité, en términos generales, no tiene carácter obligatorio y en cualquier caso sus funciones respecto de la permisibilidad de las reservas no son comparables a las de los tribunales regionales.

2. Una cuestión parece ser la medida en que las funciones de los órganos creados en virtud de tratados a efectos de determinar la permisibilidad de las reservas puede sustituir a los poderes pertinentes de los Estados según la Convención de Viena de 1969. La cuestión la complica más otro problema, aún no resuelto por la Convención, a saber, la interdependencia mutua entre la permisibilidad y la aceptabilidad de las reservas a tenor del apartado c del artículo 19 y del párrafo 4 del artículo 20 de la Convención. El orador tiende a ser partidario de la doctrina de la oponibilidad, según la cual la decisión final incumbe a los verdaderos dueños de los tratados, a saber: los Estados Partes. Parece que la aceptación de las reservas por otro Estado contratante debería tener una función decisiva y que el llamado criterio de la compatibilidad debería servir sólo de principio orientador para la aceptación de una reserva u objeción a la misma. Por otra parte, si los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos pudieran cuestionar la admisibilidad y validez de una reserva, incluso años después de que la reserva hubiera sido formulada, ello podría amenazar la estabilidad de las relaciones convencionales y crear incertidumbre.

3. Así pues, no parece aceptable, como ha sucedido con algunas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que algún órgano tenga derecho a decidir que un Estado que formuló una reserva inadmisibles esté obligado por la totalidad del tratado. Los Estados han protestado enérgicamente contra esas tendencias, que se dan incluso en órganos que tienen sólo facultades de recomendación, como lo hicieron los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por ejemplo, en el caso del comentario general n.º 24 (52) del Comité de Derechos Humanos. Es interesante observar que es bastante raro que los Estados que objetan a reservas a convenciones de derechos humanos por ser incompatibles con el objeto y el fin del tratado excluyan las relaciones convencionales con los Estados autores de las

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Véase 2487.ª sesión, nota 17.