

58. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) agradece a los miembros de la Comisión las valiosas observaciones que han hecho acerca de su octavo informe sobre los actos unilaterales del Estado. Señala, en primer lugar, que todos convienen en la existencia de esos actos, incluso aunque sea difícil identificarlos e incluso aunque, para algunos, esos actos no merezcan ser codificados. No todos los actos del Estado vinculan a éste jurídicamente; cierto número de elementos permiten determinar si se trata de un acto unilateral que produce efectos jurídicos, en particular, la competencia y la capacidad del autor, su intención, el contexto, las circunstancias, la reacción del destinatario o de terceros, el comportamiento ulterior del Estado, etc. Un acto unilateral puede ser involuntario; así se vio en el asunto *Essais nucléaires*, en relación con el cual, incluso aunque Francia consideraba que sus declaraciones no eran vinculantes, la CIJ estimó que el Gobierno había contraído un compromiso al formularlas y debía actuar en consecuencia.

59. Ciertos actos unilaterales, como las reservas o las declaraciones interpretativas, competen a la esfera convencional y, por esa razón, están ya reglamentados por el derecho de los tratados. Por consiguiente, han quedado excluidos de los trabajos de la Comisión. El acto unilateral se diferencia del acto convencional en que surte efectos jurídicos desde su realización, y no en el momento decidido por las partes. Un miembro de la Comisión ha recomendado que se examinen igualmente las declaraciones de aceptación de competencia, así como las legislaciones y las jurisprudencias internas.

60. La labor de la Comisión consiste, pues, en definir los elementos que caracterizan a los actos unilaterales que pueden producir efectos jurídicos, y, para comenzar, en elaborar una definición de esos actos. Esta cuestión ha suscitado cierto número de controversias desde el principio de los trabajos, en 1997, y habrá que encontrar un terreno de acuerdo. Análogamente, algunos estiman que hay que incluir los comportamientos de los Estados, en tanto que otros juzgan que esos comportamientos no guardan relación con la cuestión. De todas formas, no se puede prescindir totalmente de esos comportamientos, porque producen efectos jurídicos incontestables, frecuentemente similares a los de los actos unilaterales. En todo caso, la definición que se acepte no deberá ser demasiado precisa. A este respecto, parece suficientemente flexible la definición propuesta por un miembro de la Comisión: «un acto emanado de la autoridad de un Estado que surte efectos jurídicos en derecho internacional» (2853.ª sesión, párr. 4).

61. Del debate se desprende que la Convención de Viena de 1969 no puede transponerse a los actos unilaterales, pero puede ser una útil referencia, en particular para determinar la competencia de los autores de actos unilaterales, a condición, no obstante, de que se amplíen sus criterios.

62. En lo que concierne a su octavo informe, el Relator Especial indica que ha limitado voluntariamente sus conclusiones porque le parece preferible que la Comisión saque sus propias conclusiones al finalizar los debates. Por otra parte, como ciertos miembros de la Comisión han considerado que hay una contradicción en relación con la

falta de pertinencia de la forma para determinar si un acto es unilateral, el Relator Especial precisa que distingue entre forma y formalismo: por ejemplo, una declaración hecha ante la Asamblea General de las Naciones Unidas no es, en efecto, comparable a una declaración hecha a la prensa.

63. Para concluir, el Relator Especial propone que prosigan las actividades del Grupo de Trabajo con miras a elaborar las líneas generales de un nuevo informe. En 2006, la Comisión debería estar en condiciones de presentar un documento que contenga conclusiones preliminares, o más bien orientaciones generales que permitan a los Estados saber cuándo y cómo corren el riesgo de quedar vinculados jurídicamente por la formulación de un acto, y con qué consecuencias en derecho internacional.

64. El Sr. Sreenivasa RAO dice que los ejemplos que ha mencionado en su intervención tienen únicamente el propósito de suscitar algunas cuestiones teóricas y no han sido de ningún modo formulados con la intención de abrir debate alguno sobre su valor intrínseco.

65. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por su resumen. Cree que la Comisión debe proseguir sus trabajos sobre los actos unilaterales del Estado y propone que se pida al Grupo de Trabajo, presidido por el Sr. Pellet, que analice los elementos que se desprenden de los debates.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2856.ª SESIÓN

Viernes 22 de julio de 2005, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Djamchid MOMTAZ

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados (continuación*) (A/CN.4/549 y Add.1, secc. D, A/CN.4/558 y Add.1 y 2, A/CN.4/L.665)

[Tema 6 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a formular comentarios a las secciones A y B del

*Reanudación de los trabajos de la 2854.ª sesión.

décimo informe del Relator Especial sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/558 y Add. 1 y 2).

2. El Sr. GAJA dice que el décimo informe sobre las reservas a los tratados es una obra notable que abarca una zona importante del tema de las reservas. El análisis del Sr. Pellet es en muchos aspectos de mayor alcance que nada de lo que puede encontrarse en la extensa bibliografía sobre la cuestión.

3. En cuanto al problema de la terminología, no tiene objeciones a la elección de los términos propuestos. En francés, el término *invalide* (inválido) indica claramente que una reserva no tiene el carácter necesario para alcanzar el resultado pretendido por el Estado que la formuló, a saber, como se dice en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, «excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado [el Estado reservatario]». Ahora bien, debe dejarse claro que si el hecho de que una reserva sea inválida impide a la reserva producir los efectos pretendidos por el Estado que la formula, esa invalidez afecta también a la ratificación o al acto equivalente que acompaña la reserva, por tanto, que en principio debe también considerarse inválido. Sólo en casos excepcionales podría la reserva inválida considerarse nula de pleno derecho. Si no se destaca este punto, el término «inválido» podría indicar que podría hacerse caso omiso de la reserva y que el tratado se acepta en su totalidad, que probablemente no es lo que pretende el Relator Especial.

4. Con respecto al proyecto de directriz 3.1 (párr. 20 del informe), su preferencia sería indicar sólo aquellas condiciones de validez que tienen que ver con el contenido de las reservas. Apenas tiene sentido reproducir la totalidad del texto del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 en el proyecto. El artículo 19 se ocupa también del momento en que puede formularse una reserva que, como ha señalado el Relator Especial, es superfluo, porque esa cuestión queda ya cubierta en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2. No obstante, en la Convención la repetición está en cierta medida justificada, en tanto que lo está menos en el proyecto de directrices, porque en la Convención el artículo 19 es el primer artículo que trata la cuestión de las reservas, ya que la sección sobre las reservas comienzan en ese punto. Por tanto, conviene quizás recordar que hay un problema temporal. En contraste, el proyecto de directriz 3.1 va precedido de toda una parte relativa al procedimiento, que trata detalladamente el problema temporal y, por tanto, parece bastante extraño volver a abrir la cuestión temporal en ese punto del proyecto.

5. Pasando al proyecto de directriz 3.1.1 (párr. 32), observa que el título contiene la palabra «expresamente» que no figura en el apartado *a* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969. Probablemente no es habitual que un tratado prohíba implícitamente la formulación de una reserva en casos distintos de los previstos en el apartado *b* del artículo 19. No obstante, la existencia de otras prohibiciones implícitas no pueden descartarse categóricamente. Así pues, la prohibición implícita en el apartado *b* no es la única, y pueden surgir algunos casos dentro del apartado *a*. Para citar un ejemplo: la Carta de las Naciones Unidas no tiene ninguna disposición sobre las reservas, pero hay una prohibición implícita en el

Artículo 4, que requiere que los Estados que solicitan la admisión acepten las obligaciones contenidas en la Carta. Eso indica que se requiere la aceptación total y que, en consecuencia, no pueden formularse reservas. Por tanto, el proyecto de directriz 3.1.1 no debería limitarse a prever lo relativo a las prohibiciones expresas sino que debería incluir también las prohibiciones implícitas no previstas en el apartado *b*.

6. En cuanto a la redacción, las palabras «prohíbe reservas a disposiciones especificadas» en el proyecto de directriz 3.1.1 podían interpretarse que indican que una prohibición que concierna a disposiciones especificadas invalida todas las reservas. Evidentemente esto no es lo que pretende el Relator Especial. La reserva de que se trate no está prohibida a menos que figure en la lista de las reservas prohibidas. Huelga decir que el hecho de que una disposición de un tratado prohíba las reservas a disposiciones específicas no significa que todas las reservas al tratado estén prohibidas.

7. Respecto del proyecto de directriz 3.1.2 (párr. 49), observando que el apartado *b* del artículo 19 se refiere al caso en que «el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trata», dice que la palabra «únicamente» es vital, porque significa que no puede hacerse una reserva válida con respecto a cualquier otra parte del tratado. Es un problema de interpretación de los tratados ver si ese elemento exclusivo está o no presente. En el caso de un tratado que prevea que solamente pueden formularse reservas especificadas, es necesario decidir si una reserva que se ha formulado puede incluirse entre las reservas especificadas únicamente válidas, o si, por el contrario, no puede hacerse y, por tanto, está implícita (o indirectamente) prohibida. Con este fin, conviene determinar la categoría de reservas que los tratados consideran que son las únicas reservas válidas. En el proyecto de directriz 3.1.2, la definición de las palabras «determinadas reservas» en el apartado *b* del artículo 19 va acompañada de elementos adicionales que no son esenciales y deberían suprimirse. El orador no cree que la definición propuesta sea apoyada por la decisión arbitral en el asunto *Mer d'Iroise (Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française)*. El Tribunal Arbitral señaló que el artículo 12 de la Convención sobre la plataforma continental, que permitía las reservas a artículos distintos de los artículos 1 a 3, no permitía «impugnar el derecho, de parte de la República francesa, de ser Parte en la Convención con las reservas permitidas por ese artículo» [pág. 161 de la sentencia]. Por tanto, la validez en principio de la reserva francesa, que concernía al artículo 6 de la misma Convención, no se había planteado. A continuación, el Tribunal Arbitral declaró la posibilidad de que la reserva francesa pudiera considerarse como aceptada de antemano, destacando que «sólo si el artículo en cuestión había autorizado la formulación de reservas específicas podía entenderse que las Partes en la Convención habían aceptado por adelantado una reserva especificada» [ibíd.].

8. Esas declaraciones parecen indicar una distinción entre, por una parte, la cuestión de si el tratado excluye o permite una reserva y, por la otra, la cuestión de la aceptación de una reserva válida. En principio, una reserva en

el artículo 6 era válida, y había que decidir si toda aceptación ulterior era necesaria, porque el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 disponía que bastaba con que la reserva fuera autorizada por el tratado. Sólo respecto de este segundo efecto, según el Tribunal Arbitral, el contenido de la reserva debe identificarse en el tratado de una forma suficientemente específica. Es decir, si el tratado ha declarado que cualquier reserva puede formularse respecto de la delimitación de la plataforma continental, será una reserva ya permitida en todos sus detalles, y el Estado que la formule simplemente estará haciendo lo que está autorizado de forma expresa y específica en el tratado; por tanto, no sería necesario aceptar posteriormente la reserva, porque la aceptación ya estaba prevista en el tratado. Si se permitía una reserva más general, habría que determinar si era compatible con el objeto y el fin del tratado y si ha sido aceptada por los otros Estados partes pertinentes. En cambio, según el apartado *b* del artículo 19, basta con una indicación general para establecer que la reserva está especificada y que, por consiguiente, en principio es válida.

9. El Sr. KAMTO dice que en el párrafo 2 de su décimo informe, el Relator Especial explica por qué decidió volver a la noción de «validez» con preferencia al término «licitud» (*licéité*), término que era pertinente en el ámbito de la responsabilidad de los Estados pero poco apropiado en relación con las reservas. Según el Relator Especial, la expresión «validez de las reservas» describe la operación intelectual consistente en determinar si una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado u organización puede servir los efectos que se imputan en principio a la formulación de una reserva. Es la última parte de la oración la que plantea problemas. Si se acepta esa definición, la cuestión de la validez se evaluará en términos del poder o la capacidad del acto de producir efectos jurídicos. Este planteamiento tiene en cuenta solamente un aspecto de la noción de validez, con consecuencias para el título del proyecto de directriz 3.1 (párr. 16). Hay acuerdo general en que la validez es la cualidad de aquellos elementos de un sistema jurídico, ya sean actos jurídicos o hechos jurídicos, que cumplen todas las condiciones de forma y de fondo necesarias para que produzcan efectos jurídicos dentro del mismo. Se desprende de la definición de validez que la conformidad de un acto con esas condiciones permiten decidir si es válido o inválido. Por tanto, si la Comisión se centra exclusivamente en la capacidad de producir efectos jurídicos, perdería de vista las condiciones relativas a la forma y el contenido.

10. En la sentencia dictada en el asunto *Pêcheries* en 1951, la CIJ destacó que «aunque es cierto que el acto de delimitación es necesariamente un acto unilateral, porque sólo el Estado ribereño es competente para efectuarlo, la validez de la determinación respecto de los demás Estados depende del derecho internacional» [pág. 132 del fallo]. El orador entiende que ese pasaje, y también la definición de validez a la que acaba de referirse, significan que un Estado es libre de formular una reserva, pero debe cumplir con las condiciones relativas a la forma (es decir, la capacidad de formularla, el momento de la formulación) y el contenido (es decir, la compatibilidad con el objeto y

el fin del tratado, y la ausencia de conflicto con una norma de *jus cogens*) que le permitan producir efectos jurídicos. El proyecto de directriz 3.1 tiene que ver con la libertad de formular reservas, no con la presunción de validez, y el título «Presunción de validez de las reservas» no refleja su contenido. El título alternativo «Facultad de formular una reserva» debería ser aceptado.

11. Además, si se acepta el razonamiento del Relator Especial, la enmienda al proyecto de directriz 1.6 propuesta en la nota correspondiente al párrafo 8 del informe es incompleta, porque también sería necesario suprimir las palabras «y de los efectos»: si la validez es la capacidad de una reserva de producir efectos jurídicos, sería tautológico decir «sin perjuicio de la validez y de los efectos», porque validez es precisamente la capacidad de producir esos efectos.

12. El Sr. Sreenivasa RAO rinde homenaje al Relator Especial por su décimo informe, que contiene un caudal extraordinario de información y detalles. La tarea de dar sentido a lo evidente a veces exige una extraordinaria capacidad de comunicación.

13. El Relator Especial es claramente partidario de que los Estados expresen libremente las limitaciones, condiciones y situaciones individuales por medio de reservas al pasar a ser partes en un tratado. Personalmente también respalda este criterio, porque en un mundo diverso es importante que el mayor número posible de Estados sean partes en los tratados y, mientras se promueva su objetivo y propósito básicos, debe permitirse a los Estados cierta flexibilidad a este respecto. Esa política constituye el núcleo del concepto y de la institución de las reservas.

14. Pasando a los detalles, piensa que es una buena idea reproducir el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 e indicar los parámetros en los que puedan utilizarlo los Estados. En cuanto a la terminología, coincide con las propuestas del Relator Especial, que acertadamente ha sugerido volver al término «validez», siempre que su significado se exponga claramente y no prejuzgue la cuestión de las pretensiones opuestas de la escuela de la permisibilidad y la escuela de la oponibilidad. La validez es ciertamente un término neutral.

15. Hay motivos fundados para concluir que las reservas permiten expresamente y excluyen explícitamente otras categorías de reservas. No obstante, esto debería dejarse claro en el proyecto de directrices. También respalda la opinión del Relator Especial de que las reservas que ni se permiten expresamente ni se prohíben implícitamente deben ser compatibles con el objeto y el fin del tratado, y espera con interés más información al respecto.

16. En respuesta a una observación del Sr. Kabatsi, concluye diciendo que a lo largo de los años el tema se ha investigado tan a fondo y se han sacado tantas conclusiones que la complejidad del proceso no es necesariamente evidente para los que no conocen el trasfondo. Por esta razón, el informe sería de gran valor para todos aquellos que tienen un especial interés en los aspectos técnicos de la conclusión de tratados. La cuidadosa selección del material realizada por el Relator Especial ha permitido

desatar muchos nudos que en otras manos habrían sido inextricables.

17. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar la sección C de su décimo informe, sobre las reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado.

18. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que es lamentable que el comienzo de su informe haya suscitado solamente las declaraciones de tres miembros. Está agradecido a esos miembros, pero prefiere contestarles en una fase ulterior. Ha tomado en particular nota de las cuestiones planteadas por el Sr. Gaja, algunos de cuyos aspectos no son totalmente claros. Cierta que las dos primeras secciones de su informe no ofrecen una lectura muy interesante, pero él piensa que, dada la información que contiene, merecía un examen más detenido. Tiene también la tentación de interpretar el silencio de los demás miembros como aprobación unánime, pero teme que esto sea demasiado bueno para ser cierto. Por tanto, espera que la sección C de su informe despierte mayor interés y conduzca a un intercambio constructivo de opiniones.

19. La tarea de un relator especial es ingrata, particularmente cuando se trata de un tema tan árido y tan difícil técnicamente como el que le ocupa, pero cuando la reacción general a su trabajo es la de un silencio educado, a veces se siente un tanto frustrado. Siempre agradece las críticas constructivas: en efecto, el principal mérito de la Comisión reside en el planteamiento colectivo que adopta frente a su trabajo; y, aunque el Relator Especial no debe dejarse llevar simplemente por el viento dominante, el debate debería indicar el camino a seguir. El Relator Especial podría tomar fácilmente un camino equivocado, y las directrices que propone podrían mejorarse tanto en la forma como en el fondo. Su obligación como Relator Especial es presentar a los miembros los materiales de hecho y de derecho necesarios para estimular el debate. Ahora bien, el Relator Especial no es infalible, y podría cambiar sus opiniones, incluso radicalmente, a la luz de los debates de la Comisión, como sucedió recientemente en relación con la definición de las objeciones.

20. Pasando a la sección D, dice que se ocupaba de la validez de las reservas, concepto que explicó detenidamente durante la presentación del comienzo de su informe (2854.ª sesión). Las observaciones de los miembros sobre las secciones A y B del informe le hicieron pensar que quizás su definición de la validez de las reservas era demasiado restrictiva, y que no había dejado suficientemente claro que la validez se aplicaba tanto al fondo como a la forma de las reservas. No obstante, volverá a esa cuestión en una fase ulterior.

21. Las cuestiones relativas a la validez se rigen en lo esencial por el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, según el cual las reservas pueden formularse, no hacerse, con dos condiciones: primera, la reserva que el Estado se proponga formular no debe estar prohibida expresamente (apartado *a*), o prohibida implícitamente (apartado *b*) por el tratado; y a ese respecto toma nota de la observación del Sr. Gaja según la cual el apartado *a* puede incluir también algunos casos de prohibición implícita. Estas cuestiones se tratan en los párrafos 22 a 49 del primer capítulo de su informe.

22. En segundo lugar, el apartado *c* prevé que en los casos no comprendidos en los apartados *a* y *b*, la reserva debe ser compatible con el objeto y el fin del tratado. La sección C de su informe se centra en esa condición fundamental, que es un elemento esencial del «sistema flexible» dimanante de la opinión consultiva de la CIJ de 1951 en el asunto *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* y la Convención de Viena de 1969. En virtud de esa aclaración el «derecho» de los Estados a hacer reservas se equilibra con el requisito, no de preservar «la integridad» del tratado—arguyendo que las reservas socavan esa integridad—, sino de preservar el contenido fundamental o la razón de ser del tratado. Merece la pena señalar que el criterio de la compatibilidad en el objeto y el fin del tratado se aplica a la formulación de reservas, pero no a la de objeciones, que es contraria a la posición adoptada por la Corte en su opinión consultiva de 1951 [véase la página 24 de la opinión] y a la opinión de los Estados, que a menudo consideran necesario justificar sus objeciones a la reserva basándose en su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado. El artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 no establece ese requisito: los Estados pueden objetar a un tratado por la razón que les plazca y, pensándolo a fondo, su justificación de que esa reserva no es compatible con el objeto y el fin del tratado frecuentemente se considera no convincente.

23. El Sr. Sreenivasa Rao parece tener la impresión de que el orador es partidario de que los Estados formulen reservas. No tiene una opinión tajante sobre la cuestión. La reserva es un hecho de la vida internacional, un mal necesario que permite a los Estados pasar a ser parte en los tratados, y esa opción no debería cerrarse de antemano. Por otra parte, concede gran importancia al concepto de objeto y fin del tratado que es un factor decisivo para impedir que los Estados vacíen de contenido a los tratados. El apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 es, por tanto, una disposición esencial que impide a los Estados abusar de las reservas como medio de expresar su voluntad a nivel internacional. Establece una norma que ahora se considera una norma consuetudinaria que han de tener cuenta todos los Estados y las organizaciones internacionales independientemente de que sean Partes en las Convenciones de Viena. Ahora bien, es una norma consuetudinaria no una norma imperativa: si los Estados lo desean pueden, en efecto, autorizar reservas que vacíen a los tratados de su contenido. Además, una interpretación superficial de los párrafos 2 y 3 del artículo 20 deja claro que los redactores de las Convenciones de Viena no tenían eso en cuenta y que el principio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado no se aplica en la práctica a los tratados de participación limitada o a los actos constituyentes de las organizaciones internacionales, dado que esas disposiciones vuelven a introducir el concepto de unanimidad. Además, si el tratado prohíbe expresamente ciertas reservas, no tiene sentido preguntar si son compatibles con el objeto y el fin del tratado: están prohibidas y eso es todo.

24. Lo mismo sucede cuando se autoriza una reserva especificada (no le ha persuadido el argumento del Sr. Gaja a ese respecto (véanse *supra* los párrafos 7 y 8): en su sabiduría colectiva, las partes decidieron que podía hacerse una reserva especificada independientemente de

que fuera compatible con el objeto y el fin del tratado, incluso si eso es una excepción al apartado *c* del artículo 19, es perfectamente aceptable por que éste no es una norma imperativa.

25. A continuación pasa a los otros dos casos, que ya examinó en la sección B, que están también cubiertos por los apartados *a* y *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, en los que la cuestión de si las reservas permitidas *a priori* en virtud del tratado están sujetas al criterio de compatibilidad enunciado en el apartado *c* no fue resuelta directamente por las Convenciones. El primer caso es el de las reservas que están autorizadas implícitamente porque no están prohibidas expresamente; el segundo caso es el de las reservas que están autorizadas expresamente pero no especificadas en los términos que ha intentado explicar en el proyecto de directriz 3.1.2. En ambos casos, en los que lo autorizado es un tanto vago, parece que un Estado o una organización internacional pueden formular una reserva sólo cuando no deja al tratado vacío de sustancia, es decir, cuando no es contraria al objeto y el fin del tratado.

26. En cuanto a las reservas que están autorizadas implícitamente porque no están prohibidas en virtud del apartado *a* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, Sir Humphrey Waldock señaló acertadamente, como Relator Especial sobre el derecho de los tratados en 1962, que podía ser razonable con respecto de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado en cuanto limitación implícita a la formulación de otras reservas¹. Que el orador sepa, no hay precedentes que demuestren este punto, pero no parece haber razones para considerar las reservas que están autorizadas implícitamente de forma diferente de las que están autorizadas expresamente pero no especificadas. En cuanto a las últimas, la deducción final de Sir Humphrey Waldock se basaba en dos razones. La primera se fundaba en los trabajos preparatorios del apartado *b* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969. El texto actual de la disposición fue el resultado de una enmienda polaca adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados que preveía insertar la palabra «únicamente» delante de las palabras «reservas especificadas»². Su adopción requirió una enmienda consiguiente en el apartado *c*. En lugar del texto original que había reservado la aplicación del criterio de la compatibilidad a los tratados que no contenían disposiciones relativas a las reservas, la Conferencia adoptó el texto actual según el cual el criterio relativo a la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado se extendía a todos los casos no comprendidos en los apartados *a* y *b*³. A la luz de esa enmienda, el apartado *b* hacía clara referencia únicamente a las reservas especificadas, y en los demás casos se aplicaba el apartado *c*. Por tanto, las reservas autorizadas que no eran especificadas quedaban claramente sujetas al criterio de la compatibilidad. La

¹ Véase *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144, pág. 75 (párr. 10 del comentario al artículo 17).

² Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados...*, documento A/CONF.39/11 (2854.ª sesión *supra*, nota 7), pág. 457, párr. 16. Véase también documento A/CONF.39/14 (ibíd.), págs. 144 y 148.

³ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados...*, documento A/CONF.39/11 (2854.ª sesión *supra*, nota 7), pág. 457, párr. 17.

segunda razón era la decisión del Tribunal Arbitral en el asunto del *Mer d'Iroise* de 1977.

27. Como el problema se plantea en los mismos términos en las dos situaciones mencionadas (reservas implícitamente autorizadas; reservas expresamente autorizadas pero no especificadas), probablemente tiene sentido que sea objeto de un solo proyecto de directriz 3.1.3/3.1.4., cuyo texto se reproduce en el párrafo 70 del informe. No obstante, dado que el primero de los casos que ha mencionado se refiere implícitamente al apartado *a*, en tanto que el segundo se refiere al apartado *b*, el orador preferiría que se adoptaran dos proyectos de directrices separados (3.1.3. y 3.1.4. respectivamente), para aclarar al cuestión a los usuarios de la Guía de la práctica.

28. Tras aclarar así la aplicabilidad del criterio de la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del tratado, el orador desea pasar a la cuestión más delicada no sólo de su décimo informe, sino de todo el régimen jurídico de las reservas y quizás de todo el derecho de los tratados, a saber: la definición del concepto del objeto y del fin de un tratado. Considera esta cuestión en términos muy amplios, ya que ha relacionado una cuestión que es clave en el derecho de los tratados con otras que pueden separarse de él. Aunque este planteamiento podría haber simplificado la cuestión, una distinción de esa naturaleza habría sido artificial. Por tanto, ha abarcado un campo más amplio a fin de alcanzar una idea lo más general posible de una cuestión que es clave tanto para el derecho de las reservas a los tratados como para el propio derecho de los tratados.

29. El artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 no es en absoluto la única disposición de las Convenciones de Viena que recurre a la noción del objeto y del fin del tratado; hay otros seis artículos, que el orador menciona en el párrafo 77 del informe. No parece posible afirmar que el significado de las palabras «el objeto y el fin del tratado» contenidas en esas otras seis disposiciones difiera de la misma expresión que aparece en el contexto del apartado *c* del artículo 19. Al presentar el proyecto de texto de lo que habría de ser al artículo 19 de la Convención en 1962, Sir Humphrey Waldock se basó expresamente en la expresión, que la Comisión había ya incluido en lo que había de convertirse en artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, a fin de justificar su inclusión en el apartado *c* del artículo 19. Esto claramente indica que la expresión «el objeto y el fin del tratado» tiene el mismo significado en toda la Convención. Dicho esto, ninguna de las siete disposiciones que emplean esa enigmática expresión arrojan ninguna luz especial sobre su significado y ciertamente tampoco lo hace el artículo 19. Los juristas destacan unánimemente la subjetividad de la expresión, que ya había sido denunciada en la opinión disidente conjunta que el Vicepresidente Guerrero y los magistrados McNair, Read y Hsu Mo adjuntaron a la opinión consultiva emitida en el asunto *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

30. Ciertamente es inevitable que la opinión subjetiva del intérprete influya poderosamente toda apreciación de la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado. Por esta razón, en la sección D de su décimo informe, el orador dedicó amplio espacio a examinar la

cuestión de la competencia, que tiene gran importancia cuando se trata de determinar la validez de una reserva y, más concretamente, evaluar su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. Es esencial conocer quién puede expresar una opinión sobre esa cuestión, porque ese órgano tendrá que hacer una evaluación subjetiva del objeto y el fin del tratado, ya que no hay una fórmula mágica para determinarlos.

31. Ahora bien, la referencia a esa subjetividad de la noción no es razón suficiente para considerar absurdo el concepto. No es la primera vez, y no será la última, que una noción eminentemente jurídica dependa de la opinión subjetiva del órgano que la interpreta y le da efecto. ¿Qué noción más subjetiva que la de «moral pública»? No sólo es subjetiva sino que evoluciona con el tiempo. Evidentemente la moral pública del pasado no es la del mundo moderno. Sin embargo, los tribunales nacionales adaptan esas nociones y consiguen trazar una distinción entre lo que es contrario o no a la moral pública. Las nociones de «razonabilidad» y «buena fe» que son extendidas y omnipresentes en el derecho internacional y que tienen consecuencias muy reales, o las nociones «proporcionalidad», «necesidad» o «abuso de un derecho» no pueden definirse tampoco de forma objetiva y, sin embargo, son nociones jurídicas. Estas nociones influyen de forma determinante en la política jurídica extranjera en los Estados y en la acción de los gobiernos. Están constantemente presentes en las mentes de los asesores jurídicos de los gobiernos y de las organizaciones internacionales. Constituyen la base de numerosas decisiones de los tribunales internacionales y de laudos arbitrales, que ciertamente son aceptados como derecho por las partes a los que tales sentencias o laudos se dirigen. Lo mismo sucede con la pornografía, a la que el criterio habitual es «sé lo que es cuando la veo». Aunque en algunos casos límite algo que una persona puede definir como pornográfico puede parecer erótico a otra, en general cualquier persona de buena fe llegaría a una conclusión idéntica o muy similar en todos los casos (y este es el factor importante) en un determinado contexto cultural. Dado que las normas jurídicas se destinan a ser interpretadas en un contexto especial y no pertenecen a un paraíso platónico de ideas, el objeto y el fin de un tratado no son diferentes de las nociones de moral pública o de pornografía en el sentido de que, en un contexto internacional específico, a los intérpretes que actúen de buena fe les resultará relativamente fácil ponerse de acuerdo en lo que de forma subjetiva o intuitiva constituye el objeto y el fin de un tratado.

32. El orador facilita algunos ejemplos en los párrafos 93 y 94. Pero, cosa no sorprendente, ha encontrado pocos ejemplos de precedentes, porque los Estados naturalmente se abstienen de formular reservas que sean manifiestamente incompatibles con el objeto y el fin de un tratado. Por ejemplo, aunque se han formulado varias reservas a la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, nunca se le ocurrirá a un Estado ratificar esa Convención reservándose el derecho de cometer un genocidio, ya que ello iría claramente en contra del objeto y el fin de la Convención. Ciertamente que la intolerable cláusula colonial (artículo XII de la Convención) plantea algunos problemas a ese respecto, pero eso es otra cuestión.

33. Aunque la subjetividad de la noción de objeto y fin del tratado no es un problema dramático en sí y aunque, en la mayoría de los casos, el problema pueda evitarse simplemente interpretando esa noción de buena fe, convendría tratar de orientar la opinión subjetiva del órgano que interpreta el término tratando de definirlo y los medios de darle efecto. Esto es lo que ha tratado de hacer en los párrafos 79 y 85 del informe sobre la base de la jurisprudencia y la doctrina legal; pero el resultado ciertamente no satisfará a los enamorados de la certidumbre. Diga lo que diga la escuela francesa de la doctrina legal, sería inútil tratar de distinguir entre los dos términos «objeto» y «fin», por las razones que ha explicado en los párrafos 82 y 83. Se trata de una noción que es una y la misma y no una combinación de dos conceptos. Su tarea podría haber sido más sencilla si hubiera podido desglosarlos en dos elementos, ya que ello habría permitido la posibilidad de un análisis objetivo. Sin embargo, no ha podido hacerlo y no entiende por qué los juristas franceses insisten en separar los conceptos de objeto y fin del tratado. El resultado bastante decepcionante que ha conseguido, tras devanarse los sesos, se enuncia en el proyecto de directriz 3.1.5, en el párrafo 89, y dice lo siguiente: «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».

34. Reconoce que ese texto constituye una directriz muy general, pero, en vista de la práctica y los precedentes, así como la bibliografía internacional, sinceramente no cree que sea posible ir mucho más allá. No obstante, está abierto a las sugerencias de los miembros sobre la manera de completar el proyecto de directriz, ya que está hondamente convencido de que el derecho no consiste en proporcionar soluciones mágicas ni en limitar al intérprete dentro de fórmulas rígidas. Ese proceso requiere ciertamente más *esprit de finesse* que *esprit de géométrie*. Su propuesta para el proyecto de directriz 3.1.5 es ciertamente mejor que nada ya que, si la Comisión está de acuerdo con él, en adelante los usuarios sabrán que una reserva no puede vaciar a un tratado de su sustancia. Por tanto, la directriz reforzará un tanto el significado de la expresión «el objeto y el fin de un tratado».

35. Además, las desventajas que el carácter general y vaguísimo del proyecto de directriz 3.1.5 (véase el párrafo 89 del informe) pueda presentar se limitan de dos formas. Primera, el carácter vago del proyecto de texto se compensa con el método de determinar el objeto y el fin de un tratado que el orador propone en el proyecto de directriz 3.1.6, que está inspirado, aunque no es una copia exacta, en el método de interpretar los tratados expuesto en los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ya que los precedentes que el orador analiza en su informe ciertamente tratan la cuestión de la interpretación y, por tanto, la cuestión de la determinación del objeto y el fin de un tratado.

36. El único problema verdaderamente espinoso a ese respecto es si el momento elegido es el momento en que el tratado se concluyó, o el momento que se intentó determinar su objeto y fin. Se trata de una cuestión de interpretación que frecuentemente se describe como una elección entre el método de un punto de referencia fijo o móvil, al que el orador ha aludido, quizás con demasiada brevedad,

en los párrafos 83 y 86. Lo mismo que Sir Gerald Fitzmaurice, el orador se inclina por la idea de que el derecho evoluciona, que no existe un objeto y fin inherentes y que, por tanto, quizás sea necesario tener presente la práctica subsiguiente de las partes a fin de determinar el objeto y el fin de un tratado. Como este planteamiento puede tener pros y contras, el orador ha dejado entre corchetes la expresión «y a la práctica seguida posteriormente por las partes» en el proyecto de directriz 3.1.6 y agradecería recibir las opiniones de otros miembros de la Comisión sobre esta cuestión.

37. El segundo factor que atenúa las desventajas de una definición muy general de la noción «el objeto y el fin de un tratado» se refiere al gran número de directrices cuya adopción propone en los párrafos 93 a 146 del informe sobre la «Aplicación del criterio». Tras reflexión, el título puede resultar bastante ambiguo e inexacto porque, al proponer los proyectos de directrices, ha tratado de analizar los problemas que plantean tipos particulares de reservas. Un estudio detallado del objeto y el fin del tratado permitiría desglosar el tema en una serie de cuestiones subsidiarias que facilitarían la búsqueda de una respuesta a la cuestión principal.

38. En efecto, no se trata tanto de describir los métodos de aplicar el criterio del objeto y el fin de un tratado sino de tratar de dar a los Estados, los tribunales e intérpretes en general algunas directrices sobre el criterio que han de seguir en las principales circunstancias en que se plantea el problema de la validez de las reservas. A ese respecto, comenzará su presentación de los párrafos 83 y siguientes con cuatro observaciones preliminares. Primera, el orador ciertamente no ha pensado en todos los casos posibles; aunque la Guía de la práctica ha tratado de ser bastante detallada en conjunto, el propósito de un texto de codificación no es abarcar absolutamente todos los casos imaginables. Aunque se ha esforzado en no omitir nada vital, complementará los proyectos de directriz 3.1.7 (párr. 115) a 3.1.13 (párr. 99) si otros miembros de la Comisión proponen situaciones adicionales que surjan con relativa frecuencia. Las hipótesis más razonables están previstas, los clientes más habituales de la Comisión, es decir, los Estados y las organizaciones internacionales y sus servicios jurídicos, y los tribunales internacionales, agradecerán la asistencia que la Guía de la práctica trata de ofrecer.

39. Segunda, siempre habrá algunas situaciones no previstas que no están incluidas en las directrices y, en esos casos, será necesario remitirse solamente a los proyectos de directriz 3.1.5 (párr. 89) y 3.1.6 (párr. 91), aun cuando eso significa proceder por analogía con las situaciones previstas en las directrices subsiguientes.

40. Tercera, las seis o siete situaciones examinadas en los párrafos 96 a 146 son bastante heterogéneas. Las dos primeras se refieren a las reservas a determinados tipos de tratados o cláusulas: reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y a las cláusulas sobre la vigilancia de la aplicación de los tratados, reservas a los tratados de derechos humanos de carácter general. Las dos siguientes categorías comprenden las reservas problemáticas por razón de su contenido, a saber: las relativas a la aplicación del derecho internacional, por una parte, y las reservas de carácter vago o general, por la otra. Los dos últimos

epígrafes corresponden a las reservas a las disposiciones de tratados «andróginos», ya que son disposiciones incorporadas en un tratado pero que enuncian o reglas de derecho consuetudinario o normas de *jus cogens*.

41. Ciertamente su método no ha sido muy cartesiano, pero su objetivo ha sido adoptar un planteamiento teórico o abstracto. Ha ponderado las dificultades que los Estados realmente tendrán que enfrentar al evaluar la validez de las reservas, tanto los que desean formular reservas ellos mismos, como las formuladas por sus homólogos. A continuación el orador ha tratado de esbozar soluciones positivas basadas en la práctica o, en su defecto, tratando de pensar con la mayor lógica posible.

42. Naturalmente puede suceder que una reserva determinada caiga dentro de varios de los epígrafes previstos. Por ejemplo, una reserva a un tratado de derechos humanos de carácter general, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o las convenciones regionales sobre derechos humanos, pueden afectar a una norma de derecho consuetudinario o a una norma imperativa y tener por objeto preservar la aplicación del derecho interno. Evidentemente, en esos casos, habría que combinar las normas que él ha esbozado.

43. El orden que ha seguido en su informe no es el que se propuso seguir para la numeración de los proyectos de directrices. En el informe, ha pasado de las consideraciones específicas a las consideraciones generales, en tanto que propuso proceder en el orden inverso para los proyectos de directrices. En el resto de su presentación, seguirá el orden del informe. La numeración de los proyectos de directrices no es completamente arbitraria ni hecha al azar, sino bastante lógica.

44. Pasando a las diferentes categorías de reservas y cuestiones específicas planteadas por ellas, recuerda que las reservas a las cláusulas de arreglo de controversias o a las cláusulas relativas a la vigilancia de la aplicación de un tratado formuladas por los antiguos países del «bloque oriental» plantearon un gran debate que condujo a la adopción del sistema flexible. La Asamblea General sometió a la CIJ el asunto de las reservas de esos países al artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, que preveía que las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Convención debían someterse a la Corte. En respuesta la Corte dictó la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, justamente famosa, pese al hecho de que era de carácter abstracto y no trataba la cuestión específica que había motivado la solicitud de una opinión.

45. Con el trasfondo de la guerra fría, los juristas occidentales, incluido Sir Gerald Fitzmaurice, entonces Relator Especial de la Comisión sobre el derecho de los tratados, afirmaron que esas reservas eran contrarias al objeto y el fin de la Convención. Esa posición fue rechazada por la Corte en sus órdenes de 1999 en dos asuntos *Licéité de l'emploi de la force*, a saber el de Yugoslavia contra España, y Yugoslavia contra los Estados Unidos de América. En fecha más reciente, en su orden de 2002 en el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Corte declaró claramente que: «considerando que la

reserva no afecta al fondo del derecho, sino solamente a la competencia de la Corte [...] no parece contraria al objeto y el fin de la Convención» [pág. 246 de la providencia].

46. Al parecer los órganos de derechos humanos han adoptado una posición diferente. Esa posición vale para el Comité de Derechos Humanos en su Comentario general n.º 24⁴ y en su dictamen sobre la comunicación n.º 845/1999, *Rawle Kennedy*, y para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Loizidou*. Ambos órganos han sostenido que las normas de vigilancia constituyen garantías para garantizar los derechos enunciados en los tratados y, por tanto, son esenciales para el objeto y el fin del tratado en cuestión.

47. Parece difícil de armonizar estas dos posiciones relativamente firmes. No obstante, no es imposible y el orador ha tratado de hacerlo en el párrafo 99 del informe, que contiene el proyecto de directriz 3.1.13 en la que se enuncia el principio de que, en consonancia con la CIJ, «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.» No obstante, ha indicado que la posición sería diferente si la disposición a la que se refiere la reserva constituye la razón de ser del tratado o si la reserva tiene el efecto de excluir al autor del arreglo de una controversia o del mecanismo de control de la aplicación de un tratado con respecto a una disposición del tratado que el autor haya aceptado previamente, si el objeto mismo del tratado o del protocolo consiste en poner en marcha ese mecanismo.

48. Aparte de las reservas relativas a los mecanismos de control, las reservas a los tratados de derechos humanos de carácter general plantean otros problemas que suscitan la más animada de las controversias. La Comisión examinó el tema detenidamente en 1997 cuando examinó su segundo informe⁵ y adoptó sus conclusiones preliminares sobre los tratados normativos multilaterales, en particular los tratados de derechos humanos⁶. Como era de esperar que en 2006 no fuera posible celebrar un seminario con órganos de derechos humanos a fin de examinar la cuestión, el orador volvió brevemente a la cuestión en su décimo informe y se limitó a ponderar si era necesario afirmar que una reserva a uno de los derechos garantizados por los tratados de derechos humanos de carácter general, o sea el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos, las tres principales convenciones generales y otros instrumentos de derechos humanos de carácter general es, en principio o por su naturaleza misma, incompatible con el objeto y el fin de esos tratados. Parecería, leyendo algunos pasajes del Comentario general n.º 24, que eso pudiera muy bien ser así. Sin embargo, un examen de la totalidad del texto conduce a una conclusión más calificada ya que, en la práctica, hay dos cosas claras: primera, que los Estados formulan muchas reservas a disposiciones que garantizan derechos

específicos en tratados generales; segunda, que otros Estados no objetan sistemáticamente a esas reservas.

49. Dado que la práctica pertinente no está clara y es ambigua, sería prudente no herir los sentimientos de los «inshumanistas», dentro de los límites de lo razonable, adoptando un proyecto de directriz bastante flexible. El proyecto que propone como proyecto de directriz 3.1.12 en el párrafo 102 del informe simplemente indica que, para evaluar la compatibilidad de una reserva formulada a un tratado de derechos humanos de carácter general con el objeto y el fin de ese tratado, debe tenerse en cuenta la indivisibilidad de los derechos enunciados en el mismo, y la importancia de derecho que sea objeto de la reserva dentro de la arquitectura general del tratado, así como la gravedad de los efectos que la reserva tenga sobre él. A su juicio, esto significa que una reserva relativa a un derecho fundamental es incompatible con el objeto y el fin de un tratado de derechos humanos de carácter general, pero no todos los derechos salvaguardados en esos tratados necesariamente constituyen derechos fundamentales, y que, incluso en el caso de derechos fundamentales, cabe razonablemente excluir la posibilidad de reservas dirigidas contra aspectos particulares o marginales de la aplicación de esos derechos.

50. Otra cuestión que frecuentemente se plantea en el ámbito de los derechos humanos, y no sólo en este ámbito, es la de saber si un Estado puede formular una reserva para salvaguardar la aplicación de su derecho interno. Leyendo las objeciones que el orador reproduce en el párrafo 103, cabe pensar que la respuesta podría ser solamente afirmativa. Los Estados objetantes a veces invocan lo que presuntamente es un principio general que prohíbe a los Estados invocar su derecho interno como justificación para negarse a aplicar un tratado. A su juicio, se trata de una petición de principio. En efecto, el artículo 27 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 dispone que un Estado u organización internacional no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación por el hecho de incumplir un tratado. Pero, y se trata de un gran pero, eso presupone que la disposición que ese Estado u organización dejó de aplicar ya era aplicable al mismo. No obstante, el problema se plantea en una fase anterior: ¿puede un Estado impedir que una disposición se le aplique formulando una reserva a la misma y, con ese fin, puede invocar su derecho interno? La cuestión no es si un Estado puede rechazar una obligación que le incumbe, sino si puede negarse a aceptar esa obligación en primer término. Se trata, por tanto, de una situación totalmente diferente de la prevista en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, y en ese sentido, los Estados cuyas objeciones citó en el párrafo 103 siguen un razonamiento muy equivocado.

51. Si la cuestión se plantea correctamente, la respuesta tendrá que ser mucho más matizada de lo que habitualmente es. En primer lugar, hay una presunción general de validez de las reservas. En segundo lugar, los Estados no están obligados a justificar sus reservas, aunque sería útil que lo hicieran, y quizá la Guía de la práctica debería incluir una recomendación en ese sentido, aunque no se trata de una obligación jurídica. Sería absurdo considerar que una reserva sin explicación que la acompañe es válida, en tanto que la misma reserva sea inválida si se

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

⁵ *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documentos A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478.

⁶ Véase 2854.ª sesión, nota 1.

imputa a las dificultades que encuentra su autor a causa de su derecho interno vigente. En tercer lugar, en la práctica, las más de las veces son consideraciones de derecho interno las que conducen a los Estados a formular reservas. Las únicas reservas autorizadas por un tratado tan emblemático como el Convenio europeo de derechos humanos son precisamente las justificadas por las exigencias del derecho interno vigente en el momento en que el Estado ratificó el Convenio.

52. Por tanto, le parece imposible afirmar categóricamente que, como cuestión de principio, un Estado no puede formular una reserva a fin de preservar la integridad de su derecho interno. No obstante, al hacerlo, no debe socavar el objeto y el fin del tratado. Independientemente de su derecho interno, tiene que respetar los preceptos generales enunciados en los proyectos de directriz 3.1.5 y 3.1.6. Esto parece evidente, pero quizá convendría detallarlo, que es precisamente lo que ha hecho en el proyecto de directriz 3.1.11, contenido en el párrafo 106 de su informe.

53. El problema de las reservas motivadas por el deseo de su autor de preservar la aplicación de su derecho interno frecuentemente se confunde con las reservas de carácter vago y general, pero en realidad es una cuestión totalmente diferente. Lo que es inaceptable no es que un Estado invoque su derecho interno para justificar una reserva, sino que trate de escudarse en su derecho interno en general, sin más especificación, a fin de afirmar que sus disposiciones tienen precedencia sobre las del tratado. La invalidez de esa reserva es atribuible, no a la invocación del derecho interno, sino más bien al hecho de que es imposible que los demás Estados evalúen el verdadero alcance de la reserva y, en particular, su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. En efecto, la razón de la invalidez de una reserva no dimana necesariamente del hecho de que el Estado invoque su derecho interno; puede derivar también del derecho de que la reserva se formule de forma vaga y general o invoque las políticas nacionales del Estado de que se trate. Siempre que es imposible comprender el alcance efectivo de una reserva, esa reserva es inválida.

54. Al no permitir a otras partes evaluar el alcance de su reserva, el Estado reservatario hace inoperante todo el mecanismo de las reservas y priva a las demás partes contratantes de la posibilidad de reaccionar, de la que deben disponer en virtud del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969. Como indica en el párrafo 109 de su informe, no es la referencia al derecho interno en sí lo que plantea el problema, sino más bien la frecuente vaguedad y generalidad de las reservas, que hacen imposible a los demás Estados partes adoptar una posición respecto de ellas. Como el Comité de Derechos Humanos señaló en su Comentario general n.º 24, las reservas deben ser específicas y transparentes, a fin de que el Comité, las personas sujetas a la jurisdicción del Estado reservatario y los demás Estados partes entiendan claramente qué obligaciones de cumplimiento de los derechos humanos se han asumido o no. Por tanto, las reservas no pueden ser generales, sino deben referirse a una disposición particular de la convención de que se trate e indicar en términos concretos su alcance con relación a la misma. Como ha declarado la Comisión Europea de Derechos Humanos,

una reserva es de carácter general cuando está formulada de forma tal que no permite determinar su alcance. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó una posición similar en el famoso asunto *Belilos*.

55. Por tanto, parece legítimo proponer un proyecto de directriz 3.1.7 que diga: «Una reserva redactada en términos vagos y generales que no permitan apreciar su alcance es incompatible con el objeto y el fin del tratado» (párr. 115 del informe).

56. En los párrafos 110 y 111 da varios ejemplos de reservas para las que esa disposición parece pertinente y que han sido motivo de objeción por esa razón. Algunas reservas suponen la invocación por los Estados de sus constituciones o de su derecho interno sin explicar el efecto de esas disposiciones respecto del tratado; algunas de las basadas en la sharia islámica no citan disposiciones específicas del tratado y dejan de indicar por qué la sharia prohíbe la aplicación del tratado de que se trate. Otros tipos de reservas son las de la Santa Sede a la Convención sobre los Derechos del Niño, que la ratificó en el entendimiento de que la aplicación de la Convención debería ser compatible en la práctica con la naturaleza particular del Estado de la Ciudad del Vaticano y las fuentes de su derecho objetivo; y la de los Estados Unidos de América, que reservó el derecho general a que su Constitución prevalezca sobre la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En esos casos, los Estados u otras entidades se limitaron a decir que no podían aplicar la Convención porque era contraria a su Constitución o, en el caso de la Santa Sede, a las «fuentes de su derecho objetivo», y es absolutamente imposible saber qué disposición precisa de la Convención es objeto de la reserva y cuál es el alcance de la misma. Por tanto, otros Estados no pueden reaccionar. Esas reservas, y esto debe indicarse claramente en la Guía de la práctica, son inaceptables: no por razones de ideología, sino por el mecanismo para las reservas.

57. Las cuestiones abordadas en los párrafos 116 y siguientes son de un tipo diferente. En este caso, no son las reservas en cuanto tales lo cuestionable, sino las disposiciones a las que se refieren, bien porque esas disposiciones consagran normas consuetudinarias o porque enuncian normas de *jus cogens*, o normas definidas en el propio tratado como no derogables. A primera vista, cabe pensar que las tres categorías del problema son similares, y cuando comenzó a redactar su informe, esa era su hipótesis de trabajo. Tras reflexión, sin embargo, piensa que cada caso debe analizarse y tratarse de modo diferente.

58. En primer lugar, un análisis de las reservas a las disposiciones que plasman normas consuetudinarias debe comenzar con la sentencia de la CIJ dictada en 1969 en el asunto *Plateau continental de la mer du Nord*. Ahora bien, es la propia sentencia la que debe examinarse, ya que los investigadores del tema han interpretado mal frecuentemente lo que la Corte trató de decir. En los párrafos 117 a 119 puede encontrarse el breve análisis de la cuestión que hace el Relator Especial. En sustancia, la Corte dijo tres cosas importantes en la sentencia. En primer lugar dijo que el artículo 12, sobre las reservas, de la Convención sobre la plataforma continental, indicaba que al prohibir las reservas a determinadas disposiciones y no

a otras, los negociadores lógicamente habían considerado que esas disposiciones respecto de las cuales las reservas no estaban prohibidas no tenían la fuerza consuetudinaria. En segundo lugar, la Corte consideró que era posible formular una reserva a una disposición que enunciase una norma consuetudinaria [véanse los párrafos 64 y 65 de la sentencia]. Aunque esto podría deducirse *a contrario* de algunas expresiones contenidas en la sentencia, parece no haber duda en absoluto sobre este punto. Es precisamente porque la deducción tenía que hacerse *a contrario* por lo que los juristas han cometido frecuentemente errores de interpretación.

59. En tercer lugar, la Corte recordó que, incluso si se formulaba una reserva de esa naturaleza, la norma consuetudinaria seguía aplicándose al Estado reservatario, no sobre la base del tratado, sino de la costumbre. Como dijo la Corte, «en términos generales, es una característica de las normas y obligaciones puramente convencionales que, en lo que respecta a ellas, alguna facultad de formular reservas unilaterales puede, dentro de ciertos límites, admitirse; en tanto que no puede admitirse en el caso de las normas y obligaciones de derecho consuetudinario general o que, por su misma naturaleza, deben tener igual fuerza para todos los miembros de la comunidad internacional y, por tanto, no pueden ser objeto de ningún derecho de exclusión unilateral ejercible a voluntad por cualquiera de ellos en su propio favor» [párr. 63 de la sentencia].

60. Si esto es así, pese a una minoría de opiniones doctrinales en contra y pese al carácter a veces ligeramente ambiguo de la práctica pertinente, cabe preguntar qué puede conseguir un Estado u organización internacional formulando una reserva a una norma convencional, dado que, en cualquier caso, el fondo de la norma sigue vigente en forma de costumbre. La respuesta es que lograría el propósito no muy laudable —los Estados no tienen por qué ser elogiados sino simplemente cumplir con el derecho internacional— de evitar las consecuencias de la «convencionalización» de la norma. Cuando un tratado contiene una disposición sobre el arreglo obligatorio de controversias, por ejemplo, al formular una reserva a una de esas disposiciones sustantivas, el autor impide que el juez designado por el tratado conozca de las controversias relativas a las posibles infracciones de la norma de que se trate. Además, una reserva de esa naturaleza ofrece una oportunidad a un «objector persistente» de manifestar la persistencia de su objeción. Esto sucede ciertamente con los tratados que reflejan normas consuetudinarias, pero incluso si no son tratados de codificación.

61. Por consiguiente, ¿qué sucede con los tratados cuyo fin es uniformar la aplicación del derecho consuetudinario? Como indican los párrafos 124 y 125 de su informe, no parece apropiado prohibir *ipso facto* todas y cada una de las reservas a una disposición cualquiera de una convención de codificación, aunque sólo sea porque todas las normas contenidas en la misma no reflejan necesariamente una norma que sea de carácter consuetudinario en el momento de su adopción. En efecto, las denominadas «convenciones de codificación» enuncian normas consuetudinarias y al mismo tiempo entran en el desarrollo progresivo del derecho internacional. ¿A qué

nivel de codificación o desarrollo progresivo ya no sería posible formular reservas? Es imposible responder a esta pregunta.

62. En cualquier caso, la práctica es clara e indiscutible: los Estados frecuentemente formulan reservas a convenciones de codificación; de hecho, la mayoría de las reservas se refieren a esas convenciones, y otras partes no objetan sistemáticamente a ellas. Cuando lo hacen es sólo ocasionalmente, por la razón de que es imposible formular reservas a esas convenciones. Siendo esto así, y de conformidad con la sentencia de 1969 de la Corte, que repitió su famoso pronunciamiento de 1984 en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (competencia y admisibilidad), «el hecho de que los principios antes mencionados [de derecho internacional consuetudinario y general], reconocidos en cuanto tales, se hayan codificado o incorporado en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir y de ser aplicables como principios de derecho consuetudinario, incluso respecto de los países que son partes en esas convenciones» [párr. 73 del fallo].

63. Se trata de los principios fundamentales que el orador ha tratado de enunciar en el proyecto de directriz 3.1.8 (párr. 129 del informe). Primero, el carácter consuetudinario de una norma enunciada en una disposición de un tratado no constituye de por sí un obstáculo a la formulación de una reserva a esa disposición; pero, segundo, una reserva a una disposición de un tratado que enuncia una norma consuetudinaria no afecta al carácter vinculante de la norma consuetudinaria de que se trate en las relaciones entre el Estado reservatario o la organización internacional reservataria y los demás Estados u organizaciones internacionales obligados por esa norma. El orador está convencido de que esos principios son aplicables en todos los ámbitos, independientemente del objeto del tratado en cuestión. Son aplicables en particular respecto de los derechos humanos, aun cuando el Comité de Derechos Humanos parece discutir ese hecho en su famosa pero a veces debatible Comentario general n.º 24. El Comité tiene ciertamente razón al considerar que la formulación de una reserva al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no exime al Estado reservatario de la obligación de no practicar la esclavitud o de no someter a los seres humanos a un trato cruel, inhumano o degradante. Ahora bien, sea como fuere, el Estado está sujeto a esas obligaciones en virtud de las normas de derecho consuetudinario. Además, y quizá lo más importante, virtualmente todas y probablemente todas las obligaciones citadas por el Comité para explicar su tesis no solamente son de carácter consuetudinario sino también imperativo⁷.

64. La situación es diferente respecto de las reservas a las disposiciones que enuncian normas de *jus cogens* frente a las disposiciones que simplemente enuncian normas consuetudinarias. Aun cuando cabe concebir una reserva al segundo tipo de disposiciones de tratado, aun cuando sus efectos sean limitados, lo mismo sucede con una reserva a una disposición que enuncia una norma imperativa. La diferencia no es evidente y aun cuando pueda entenderse de forma intuitiva, es difícil de explicar. El orador primero ha prescindido de las explicaciones

⁷ Véase la nota 4 *supra*.

dadas por varios autores, frecuentemente muy eminentes, pero que, tras reflexión, han resultado no convincentes. El Comité de Derechos Humanos y otros postulan que no se puede formular una reserva a una disposición que enuncie una norma imperativa, pero justifican esa afirmación categórica solamente con la vaga afirmación de que las reservas que vulneran normas imperativas no serían compatibles con el objeto y el fin del tratado. No obstante, al orador le parece que se necesita una explicación más detallada.

65. Cabría sostener que, como sucede en el caso de las reservas a disposiciones que enuncian una norma consuetudinaria, las reservas a una norma imperativa dejan intacta la obligación respecto de la propia norma, con todas las consecuencias que eso conlleva, independientemente del tratado. La diferencia reside en el hecho de que las normas consuetudinarias son beneficiosas para la sociedad, en tanto que las normas imperativas son indispensables para la sociedad. En consecuencia, las reservas a las normas imperativas estarían prohibidas sólo si se reconoce que el *jus cogens* produce sus efectos fuera del ámbito del derecho de los tratados y de los límites estrictos de los artículos 53 y 64 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. El orador está profundamente convencido de ello, pero no ha considerado necesario demostrarlo en su informe, ya que ello significaría entrar en toda la teoría del *jus cogens*. A ese respecto, puede, no obstante, citar nada menos que la autoridad del Presidente de la Comisión, quien, en una sesión anterior, hablando de los actos unilaterales de los Estados, dijo que los Estados deben respetar las normas imperativas de derecho internacional general (2854.^a sesión, párr. 38). Si esto es así, y el orador no tiene duda alguna de que lo sea, las reservas también deben respetar esas normas. Constituyen un ejemplo particularmente común de actos unilaterales. En consecuencia, toda reserva que trate de evitar la aplicación de una norma imperativa es contraria a esa norma y debe considerarse nula de pleno derecho.

66. La invalidez de las reservas a disposiciones convencionales que enuncian normas imperativas debe considerarse que dimana no del hecho de que sean contrarias al objeto y el fin del tratado sino *mutatis mutandis*, del principio enunciado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, a saber: que un acto unilateral es nulo si, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Partiendo de esta observación, el orador piensa que el proyecto de directriz 3.1.9 sobre las reservas a disposiciones que enuncian una norma de *jus cogens* podría decir simplemente: «Un Estado o una organización internacional no puede formular una reserva a la disposición de un tratado que enuncia una norma imperativa del derecho internacional general» (párr. 146 del informe).

67. Pasando a la séptima y última categoría de problemas, a saber la de las reservas a las disposiciones no derogables de un tratado, dice que el problema en general se refiere a los tratados de derechos humanos que frecuentemente, si no siempre, contienen disposiciones que las partes se comprometen a no suspender, cualquiera que sean las circunstancias. También aquí, cabe suponer que el problema es similar al de las reservas a disposiciones que enuncian normas imperativas, y ésta fue su impresión

inicial. En términos estadísticos es cierto, ya que con mucha frecuencia las normas no son derogables porque enuncian principios de *jus cogens*. La correlación no siempre es automática, sin embargo, como ha destacado el Comité de Derechos Humanos, tanto en el Comentario general n.º 24 como en la Observación general n.º 29⁸. El Comité ha reconocido que, en contraste con las reservas a disposiciones que enuncian una norma imperativa, las reservas a disposiciones que no son derogables pero no son de *jus cogens* son posibles en las condiciones habituales, a saber la de no ser incompatibles con el objeto y el fin de un tratado. Ésta también fue la posición adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva de 1983 sobre las *Restricciones a la pena de muerte*.

68. Por tanto, hay que reconocer que cuando una norma no derogable no es imperativa, puede formularse una reserva respecto de ella, siempre que se refiera solamente a determinados aspectos limitados relativos a la aplicación del derecho de que se trate. Por otra parte, si una reserva a esa disposición tiene por objeto vaciarla de su sustancia, habría que considerarla incompatible con el objeto y el fin del tratado, de conformidad con los proyectos de directrices 3.1.5 y 3.1.6. Éstos son los complejos y matizados principios que ha tratado de enunciar en el proyecto de directriz 3.1.10 (párr. 146).

69. Su propósito inicial había sido ofrecer un breve panorama del capítulo III de su informe, que aborda dos cuestiones pertinentes a la totalidad de su tarea: primera, quién puede evaluar la validez de las reservas y, en particular, su compatibilidad o incompatibilidad con el objeto y fin de un tratado; y segunda, las consecuencias de su posible carencia de validez. Como ese capítulo actualmente solamente está disponible en francés, se abstendrá de presentarlo en el momento actual; no obstante, se reserva el derecho de cambiar de posición si durante el debate resulta necesario hacer algunas aclaraciones a fin de expresar mejor la lógica subyacente que le ha orientado en su investigación de las características fundamentales de la validez de las reservas a los tratados.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2857.^a SESIÓN

Martes 26 de julio de 2005, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Djamchid MOMTAZ

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Niehaus, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda,

⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/56/40), vol. I, anexo VI, pág. 181.*