

se pregunta por qué un Estado, que muchos años después puede haber olvidado su declaración interpretativa inicial, ha de verse impedido de adoptar una posición contraria. El enfoque adoptado en el proyecto de directriz 4.7.2 tiene en cierto modo un resultado perverso en el sentido de que un acto sin consecuencias jurídicas para otros Estados produce un efecto jurídico búmeran en su autor. Aunque en el párrafo 256 [546] el Relator Especial niega que el autor de una declaración interpretativa quede obligado por la interpretación formulada, esto es lo que ocurre implícitamente.

108. No obstante el título del proyecto de directriz, el Relator Especial explica en el párrafo 258 [548] que la limitación no se aplica solo al autor, sino también a cualquier Estado u organización que apruebe la interpretación propuesta en la declaración interpretativa, que también debe abstenerse de invocar una interpretación diferente. La disposición va demasiado lejos si no se trata de un caso de *estoppel* y, aun en este caso, quizás se aplique solo entre el autor y el Estado que aprueba, y no a terceros Estados. El orador no está de acuerdo con Sir Michael Wood en que haya que suprimir el proyecto de directriz, pero propone que se limite su alcance añadiendo al final de la disposición lo siguiente: «cuando otras partes contratantes se hayan basado en esa interpretación y hayan actuado en consecuencia».

109. El Sr. PELLET (Relator Especial), para prevenir todo debate ulterior sobre el proyecto de directriz 4.7.2, se declara convencido de que la versión actual de esta disposición tiene un alcance demasiado amplio y debe modificarse. No es partidario, en cambio, de que se suprima.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

### 3066.ª SESIÓN

*Viernes 16 de julio de 2010, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Nugroho WISNUMURTI

*Miembros presentes:* Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Saboia, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sir Michael Wood.

#### **Expulsión de extranjeros (continuación) (A/CN.4/620 y Add.1, secc. C, A/CN.4/625 y Add.1 y 2, A/CN.4/628 y Add.1)**

[Tema 6 del programa]

#### **SEXTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)**

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a recapitular el debate sobre su sexto informe relativo a la expulsión de extranjeros (A/CN.4/625 y Add.1 y 2).

2. El Sr. KAMTO (Relator Especial) dice que, antes de proceder a la recapitulación del debate propiamente dicha, se referirá primero a algunas observaciones de carácter general formuladas por miembros de la Comisión, pasará después a examinar ciertas cuestiones metodológicas y de fondo planteadas por varios Estados y reiteradas durante el debate en sesión plenaria por algunos miembros y, por último, tratará de la propuesta de reordenación de los proyectos de artículo.

3. Dos miembros de la Comisión han reiterado su conocida opinión de que la Comisión no debía ocuparse del tema de la expulsión de extranjeros, en un caso por entender que no existían normas generales de derecho internacional en esta materia y que, por consiguiente, el tema correspondía al ámbito del derecho interno de los Estados y no al del derecho internacional, y en el otro por considerar que el tema correspondía a la esfera de las negociaciones diplomáticas y, por lo tanto, se escapaba a la del trabajo técnico que se esperaba de la Comisión. Esos miembros coinciden a este respecto con la posición expresada por dos o tres delegaciones en la Sexta Comisión.

4. Ante la persistencia de esta opinión, el Relator Especial señala, en primer lugar, que todos los temas que examina la Comisión, sin excepción alguna, son temas de negociación. No conoce ni un solo caso en que proyectos de artículo elaborados por la Comisión, por admirables que fueran, hayan llegado a ser directamente disposiciones convencionales, sin pasar por una conferencia diplomática. Si esto ha sido así en lo referente al derecho de los tratados —del que cabría decir que versa sobre normas generales y técnicas jurídicas, y no de una manera concreta, factual—, con mayor razón aún debería serlo respecto de los demás temas. ¿No ayudaron los trabajos de la Comisión sobre los crímenes internacionales<sup>298</sup> a la elaboración del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y no se podría considerar que los relativos a los cursos de agua internacionales<sup>299</sup> versaban sobre un tema de negociación?

5. En segundo lugar, ¿es exacta la idea de que solo existen normas establecidas en derecho internacional en materia de expulsión de extranjeros y que los proyectos de artículo propuestos hasta ahora no son más que un conjunto de elementos *de lege ferenda*? A tenor del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, son cuatro las fuentes de las que se pueden extraer normas codificables: las convenciones internacionales, la costumbre, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones, la jurisprudencia y, de manera accesoria, la doctrina. El Relator Especial trabaja a partir de esas cuatro fuentes, y es solo cuando no existe ninguna norma proveniente de una fuente convencional, universal o regional, de una fuente consuetudinaria incontestable o de la jurisprudencia internacional, que propone una norma a título de desarrollo progresivo, bien porque no se apoya más que en algunas prácticas nacionales

<sup>298</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), cap. II, proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, pág. 19, párr. 50.

<sup>299</sup> *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, pág. 95, párr. 222.

convergentes, bien porque descansa en una jurisprudencia regional que no se ha extendido a otras regiones o universalmente.

6. La segunda observación de carácter general formulada por varios miembros versa precisamente sobre la metodología. Estas cuestiones metodológicas subyacen tanto tras las declaraciones de determinados Estados en la Sexta Comisión como tras las intervenciones de ciertos miembros de la Comisión de Derecho Internacional. En efecto, con ocasión del examen en la Sexta Comisión del informe anual de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, un Estado reprochó al Relator Especial, por una parte, que codificaba el derecho europeo<sup>300</sup>, puesto que se apoyaba mayormente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, por otra parte, que se basaba en lo que se ha venido en llamar la «jurisprudencia» del Comité de Derechos Humanos<sup>301</sup> y otros órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas. Ese mismo Estado y algunos otros pidieron que se atribuyese una mayor importancia al estudio comparado de los derechos nacionales en esta materia.

7. Ese reproche es sorprendente, ya que en su quinto informe<sup>302</sup>, dedicado esencialmente a la protección de los derechos humanos de la persona objeto de expulsión, el Relator Especial partía siempre de un análisis de las convenciones internacionales pertinentes antes de examinar cómo interpretaban una determinada disposición de esas convenciones el Comité de Derechos Humanos o los demás órganos creados en virtud de tratados y los órganos jurisdiccionales regionales de derechos humanos, en este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, a veces, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El papel del estudio de los derechos nacionales solo podía ser muy limitado en esta esfera pues se trataba de normas bien establecidas en el derecho internacional convencional y corroboradas por la jurisprudencia internacional. Otro miembro de la Comisión ha estimado que, ante la dificultad de acceder al conjunto de las leyes pertinentes de los Estados, en particular las de los países en desarrollo, es preciso aprovechar los trabajos preparatorios de las convenciones internacionales, por ejemplo la relativa a los trabajadores migrantes. El Relator Especial toma buena nota de esta sugerencia, aunque pregunta si ese miembro, en el curso de sus propias lecturas, ha podido extraer de las declaraciones hechas por los representantes de los Estados en el marco de los trabajos preparatorios en cuestión algún elemento en el que apoyarse.

8. Sea lo que fuere, el sexto informe atribuye, como se ha podido comprobar, un lugar mucho más importante al estudio de las prácticas nacionales a través de la legislación y la jurisprudencia. No obstante, conviene indicar que las prácticas nacionales sirven de base a propuestas de proyectos de artículo a título de desarrollo progresivo solo si la cuestión examinada no está resuelta en los

instrumentos jurídicos internacionales o la jurisprudencia internacional y si las prácticas nacionales en cuestión son convergentes. En cuanto a los dos miembros de la Comisión que han criticado también el método de trabajo empleado, uno de ellos ha estimado que las fuentes utilizadas eran muy antiguas, e incluso anacrónicas, mientras que el otro ha reprochado el Relator Especial el uso de fuentes no fiables, por una parte, y el uso selectivo de informaciones concernientes a un país, por otro.

9. Por lo que hace a la antigüedad de las fuentes utilizadas, el Relator Especial ignora si existe un límite temporal más allá del cual los estudios científicos deberían dejar de utilizarse. De ser así, desearía que se le indicase cuál es ese límite, al menos con miras al futuro. En concreto, ¿cómo se puede reprochar a un estudio sobre la expulsión de extranjeros que se base en trabajos efectuados sobre ese tema a fines del siglo XIX, es decir, en una época en que la materia cobró cierto auge en las legislaciones nacionales y dio lugar a una abundante jurisprudencia arbitral que generó los primeros principios de derecho internacional en esta esfera? Es a partir de esa época que el tema ha sido objeto de importantes trabajos. El propio Instituto de Derecho Internacional le dedicó una resolución en 1892<sup>303</sup>. Tampoco se pueden pasar por alto los laudos arbitrales dictados, por ejemplo, en los asuntos *Ben Tillett o Dillon*. Mencionar hechos y normas de épocas pasadas no significa apoyarse en ellos para proponer proyectos de artículo, sino que sirve para poner de manifiesto la evolución del tema y para demostrar, llegado el caso, que la norma propuesta es ya una norma consagrada y tiene un indubitable carácter consuetudinario o, por el contrario, que la norma vigente entonces ha sido superada en la actualidad. Así se ha hecho, por ejemplo, respecto de las causas de expulsión; la expulsión por motivos de salud pública, mendicidad, vagabundeo o vida disoluta, que estaba admitida a finales del siglo XIX y comienzos del XX, ya no lo está actualmente, en razón especialmente de la evolución fundamental en la esfera de los derechos humanos.

10. En lo que concierne finalmente a la seriedad de las informaciones utilizadas en el sexto informe y el carácter «selectivo» del método utilizado, baste con decir que tales informaciones provienen de organizaciones no gubernamentales reconocidas como activas defensoras de los derechos de los extranjeros y que en cada caso se han dado con sus referencias completas. Ignoraba que el Relator Especial, al escribir sobre la práctica de un Estado, solo estaba autorizado a servirse de informaciones oficiales. Con respecto al supuesto carácter selectivo, considera que la acusación es, a la vez, grave y de mala fe. Grave, porque da a entender que el Relator Especial tiene algo especial o personal contra el Estado en cuestión, cosa que evidentemente no es verdad. Y de mala fe por dos razones: primeramente porque el Relator Especial tomó la precaución de indicar en el párrafo 214 que los casos citados para ilustrar las condiciones de detención de los extranjeros objeto de expulsión se mencionaban exclusivamente a título de ejemplo y se habían escogido por razón de su disponibilidad. Además, un miembro de

<sup>300</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25)*, párr. 7.

<sup>301</sup> *Ibid.*, párr. 11.

<sup>302</sup> Véase la nota 26 *supra*.

<sup>303</sup> «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit international et adoptées par lui à Genève, le 9 septembre 1892», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII (1892-1894), pág. 218.

la Comisión llamó la atención de los miembros sobre tal precaución. Finalmente, porque con relación más concretamente al Estado interesado, esto es, Alemania, el Relator Especial recuerda hechos históricos, pero también la legislación reciente (1990 y 1993). Cuida asimismo de puntualizar: «no se ha podido tener acceso a información con respecto a las condiciones [de detención] en ese tipo de centros». Cabe pensar que todas estas precauciones no han servido para nada. En un tema tan complejo, es difícil ser irreprochable, y el Relator Especial acogerá siempre gustosamente cualquier rectificación o complemento de información que puedan aportar los Estados y los miembros de la Comisión. No puede aceptar, sin embargo, ser acusado de esta manera.

11. La tercera observación de carácter general, que versa sobre la propuesta de reordenación de los proyectos de artículo formulada por un miembro de la Comisión, dio pie a la creación de un grupo de trabajo oficioso. Dicha propuesta está sin duda fundada, pero una reordenación en estos momentos sería prematura, y el grupo de trabajo oficioso ha tenido que rendirse ante la evidencia puesto que no ha logrado nada en concreto a este respecto. Con todo, el Relator Especial ha tomado buena nota de la propuesta y ha prometido proponer él mismo una reordenación al comienzo del próximo período de sesiones.

12. Abordando la recapitulación propiamente dicha del debate dedicado al sexto informe sobre la expulsión de extranjeros, el Relator Especial señala que el proyecto de artículo A (Prohibición de la expulsión encubierta) ha suscitado principalmente dos observaciones. La primera versa sobre el título del proyecto de artículo. Algunos miembros han estimado que la expresión «expulsión encubierta» no es clara ni precisa, que incluso es más bien periodística que jurídica y que más vale optar por algo similar a la expresión inglesa *constructive expulsion*. Tal es efectivamente la expresión utilizada, en particular, por la Comisión de Reclamaciones entre Eritrea y Etiopía y por el Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos en el asunto *Short c. Irán*, como por otra parte se indica en los párrafos 37 y 38 del sexto informe. Como el Relator Especial trabaja en francés, no ha conseguido encontrar una buena traducción de la expresión inglesa y por tanto está abierto a cualquier sugerencia.

13. La segunda observación de carácter general versa sobre la articulación del proyecto de artículo A con la definición de la expulsión del proyecto de artículo 2 (Definiciones). El Relator Especial conviene en que el párrafo 2 del proyecto de artículo A duplica esa definición, por lo que podría suprimirse llegado el caso. En cambio, es preciso absolutamente conservar el párrafo 1, ya que, aun cuando esta forma de expulsión se define en el proyecto de artículo 2, en ningún lugar de los proyectos de artículo se dice que esté prohibida. Prohibida está, sin embargo, porque infringe todas las normas procedimentales y no permite ninguna protección de los derechos humanos de la persona expulsada.

14. Acerca del proyecto de artículo 8 (Prohibición de la extradición encubierta como expulsión), varios miembros de la Comisión han señalado que, tal como está redactado, no cae dentro del ámbito de aplicación del tema y que,

en cualquier caso, no toma en consideración el supuesto en que la expulsión se lleva a cabo sobre la base de un acuerdo de cooperación. De manera más decisiva, esos miembros han alegado que nada impide que un Estado expulse a una persona que es objeto de una demanda de extradición si se cumplen las condiciones exigidas para la expulsión. Por consiguiente, el Relator Especial ha modificado la redacción del proyecto de artículo 8 a fin de tener en cuenta esas acertadas observaciones y se ha aceptado, por consiguiente, que este proyecto de artículo se remita al Comité de Redacción. El título se modificará en consecuencia y quedará redactado así: «La expulsión en relación con la extradición».

15. Un miembro de la Comisión ha preguntado si el Relator Especial se propone incluir en ese proyecto de artículo una disposición relativa a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de extradición encubierta, de acuerdo con la jurisprudencia de ciertos países, en particular la de Sudáfrica, basándose en las decisiones dictadas por órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos, el Reino Unido e Israel en el asunto *Eichmann*, o también del Tribunal Supremo de Zimbabwe. El Relator Especial dice que, a su juicio, no hay por qué elaborar una disposición normativa sobre esta cuestión, pero que se propone reflejar esa preocupación en los comentarios.

16. En lo que concierne al proyecto de artículo 9 (Motivos de expulsión), un miembro de la Comisión ha estimado que los dos únicos motivos que deben tenerse en cuenta son el orden público y la seguridad nacional, ya que, a su entender, todos los demás están vinculados a ellos de una manera o de otra. Así opinaba al principio el Relator Especial, pero la continuación del estudio ha puesto de manifiesto que sería imprudente reducirlo todo a esos dos motivos, y varios miembros de la Comisión han apuntado en la misma dirección. Por ello el texto del proyecto de artículo 9 deja una escapatoria, al permitir que se invoque cualquier otro motivo a condición de que no sea contrario al derecho internacional. Ahora bien, el Relator Especial toma nota de las puntualizaciones aportadas por el miembro en cuestión acerca de la contribución de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia al concepto de «seguridad nacional», que le permitirán mejorar el comentario del proyecto de artículo 9.

17. En cambio, es inexacto afirmar, como ha hecho ese miembro, que el Relator Especial se ha atenido demasiado estrictamente a este respecto a los motivos enunciados en el memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros<sup>304</sup>. Solo hay que releer ambos documentos para apreciar lo que aporta el informe del Relator Especial sobre este punto.

18. En lo concerniente al proyecto de artículo B (Obligación de respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión), el Relator Especial desearía recordar que ha propuesto que se suprima el párrafo 1, que parece una duplicación del proyecto de artículo 8 (que ha sido refundido con el proyecto de artículo 9 en el Comité de Redacción). A juicio de algunos miembros, este

<sup>304</sup> A/CN.4/565 y Corr.1 (véase la nota 42 *supra*).

proyecto de artículo es demasiado detallado, en especial cuando dice en el apartado *a* del párrafo 2 que el extranjero objeto de expulsión debe permanecer detenido en un lugar adecuado, distinto del lugar en que estén detenidas las personas condenadas a penas privativas de libertad. Cabe, en efecto, que esto sea demasiado detallado, pero esta norma se basa en la jurisprudencia y es ese detalle o esa precisión lo que permite poner claramente de relieve que la decisión de expulsión no tiene carácter punitivo y que la persona a la que se aplica no es objeto de una sanción penal. Incumbirá al Comité de Redacción decidir si se puede encontrar un enunciado más general.

19. En realidad, solo el proyecto de artículo 8 había suscitado muy claras reservas en la mayoría de los miembros de la Comisión, pero su modificación las ha disipado y la Comisión ha decidido que todos los proyectos de artículo que figuran en la primera parte del sexto informe, o sea, los proyectos de artículo A, 8 en su nueva versión, 9 y B, se remitan al Comité de Redacción.

20. Con respecto ahora a las observaciones relativas a la segunda parte del sexto informe, sobre los procedimientos de expulsión, el Relator Especial señala que todos los miembros de la Comisión que han intervenido a este respecto han aprobado la orientación general del documento, así como la tentativa por trazar una distinción entre los extranjeros que se encuentran en situación regular en el territorio del Estado que expulsa y los que se encuentran irregularmente en él. A decir verdad, esta distinción es más depurada, ya que dentro de la categoría de los extranjeros en situación irregular cabe distinguir aún entre los que han entrado ilegalmente en fecha reciente y los que se encuentran ilegalmente en el territorio desde hace cierto tiempo.

21. El Relator Especial recuerda esas distinciones porque se ha señalado, para deplorarlo, que no haya previsto garantías procesales específicas para los extranjeros en situación irregular en el territorio del Estado que expulsa. Considerando que hay motivos para atender ese deseo, ha modificado el proyecto de artículo A1 (Garantías procesales en caso de expulsión de un extranjero en situación irregular en el Estado autor de la expulsión). El párrafo 1 trata de tener en cuenta la situación de los extranjeros que han entrado ilegalmente pero en fecha reciente; la garantía es mínima en cuanto que remite simplemente a la ley. La otra categoría de extranjeros en situación irregular en el Estado que expulsa puede beneficiarse de una mayor protección; a este respecto, la dificultad estriba en encontrar la justa medida para distinguir las garantías procesales ofrecidas a los extranjeros en situación regular de las garantías ofrecidas a los que están en situación irregular pero desde fecha reciente. Así pues, el proyecto de artículo A1 revisado dice así:

«1. La expulsión de un extranjero que haya ingresado ilegalmente [en fecha reciente] en el Estado autor de la expulsión [o en un plazo inferior a seis meses] se hará de conformidad con la ley.

2. La expulsión de un extranjero que se halle en situación irregular en el Estado autor de la expulsión, pero que goce de una situación particular prevista en la ley, o que se halle en él desde hace cierto tiempo [por lo

menos seis meses], se hará con arreglo a una decisión adoptada de conformidad con la ley y con los derechos procesales siguientes:

- a) el derecho a ser notificado de la decisión de expulsión;
- b) el derecho a impugnar la decisión de expulsión;
- c) el derecho a ser oído;
- d) el derecho a acceder a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión;
- e) el derecho a la protección consular.»

22. Vienen después las garantías procesales en caso de expulsión de un extranjero en situación regular en el Estado que expulsa, con el proyecto de artículo B1 (Obligación de conformidad con la ley) y el proyecto de artículo C1 (Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión). Algunos miembros han propuesto que, en el proyecto de artículo B1, se suprima la palabra «legalmente» para que la cuestión de la conformidad con la ley abarque tanto a las personas en situación irregular como a las que están en situación regular, pero el Relator Especial ha pensado que quizás no fuera prudente adoptar este enfoque, puesto que la expresión «conforme a la ley» es una fórmula que figura expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que, si se suprimiera el término «legalmente», se correría el riesgo de crear confusión. Por lo tanto, le ha parecido preferible que haya una repetición.

23. El proyecto de artículo B1 ha recibido el apoyo casi unánime de los miembros de la Comisión.

24. En cuanto al proyecto de artículo C1, no ha suscitado una oposición de principio, sino más bien acerca de la oportunidad política de algunas de las disposiciones que enuncia a título de desarrollo progresivo. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, e incluso, para algunos miembros, con el derecho a los servicios de interpretación y traducción. Los miembros que han expresado esta última objeción han invocado los gastos que tales servicios supondrían para el Estado que expulsa. Sin embargo, el derecho a la interpretación y la traducción está bien arraigado en el derecho internacional y podría incluso codificarse como principio general del derecho porque está reconocido en prácticamente todas las legislaciones nacionales. Por lo que respecta a la asistencia jurídica gratuita, el Relator Especial ha señalado muy claramente que se trata de una cuestión de desarrollo progresivo. Ahora bien, un miembro ha propuesto que se adopte el principio del efecto suspensivo de un recurso contra una medida de expulsión. El Relator Especial ha estudiado con detenimiento esta cuestión, que será examinada por la Comisión en el siguiente período de sesiones, y ha constatado que esta regla del efecto suspensivo se basa esencialmente en el derecho europeo y, en particular, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como resulta, en especial, de las sentencias dictadas en los asuntos *Jabari* (2000) y *Mamatkoulou* (2005), con respecto a la interpretación del artículo 13 del Convenio

Europeo de Derechos Humanos. En 2001, el Comisario para los Derechos Humanos de la Unión Europea hizo recomendaciones a los Estados miembros a favor de esta garantía procesal. No obstante, conviene señalar que esta garantía, bien arraigada en el derecho regional europeo, no ha sido incorporada al derecho internacional general. El Instituto de Derecho Internacional se opuso a ella en su resolución de 1892. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990, solo ofrece la posibilidad de que el trabajador migratorio objeto de expulsión solicite la suspensión de la decisión; no enuncia la regla del carácter suspensivo de la demanda. El Relator Especial no recuerda todo esto para oponerse a la petición de los miembros de la Comisión a este respecto, sino para subrayar claramente que no ha perdido de vista esta cuestión y que, si la Comisión adopta esta regla, lo hará, por supuesto, a título de desarrollo progresivo del derecho internacional. Un miembro de la Comisión ha propuesto la codificación de una norma derivada de la interpretación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por el Comité de Derechos Humanos, según la cual las garantías procesales previstas en dicho artículo deberían aplicarse asimismo en caso de impugnación de la decisión de expulsión misma por la persona interesada. El Relator Especial ha tomado buena nota de esta propuesta, pero opina que sería mejor recoger esa idea en el comentario del proyecto de artículo A1 o del proyecto de artículo C1. Espera que la modificación del texto del proyecto de artículo A1 haya levantado la objeción de principio formulada por algunos miembros y que la Comisión tenga a bien remitir todos los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

25. El Sr. SABOIA prefiere, de lejos, el texto inicial del proyecto de artículo 8 relativo a la prohibición de la extradición encubierta como expulsión, que el Relator Especial ha modificado a la luz de las observaciones hechas durante el debate. La extradición es en principio un procedimiento judicial contradictorio; el poder ejecutivo, si decide expulsar una persona al Estado que solicita su extradición, comete un acto contrario a las garantías procesales previstas en ese procedimiento. Por lo que hace al proyecto de artículo A1, el orador observa con satisfacción que el Relator Especial ha tenido en cuenta las objeciones formuladas durante el debate. Sin embargo, en el nuevo proyecto de artículo, que establece una distinción entre los extranjeros que han entrado ilegalmente en el territorio del Estado en fecha reciente y los que residen en él desde hace cierto tiempo, el Relator Especial ha previsto que solo estos últimos tienen derecho a la protección consular. El orador, por su parte, está convencido de que ese derecho debería hacerse extensivo a todos los extranjeros en situación irregular, no solo por razones jurídicas, sino también porque es durante el breve lapso de tiempo en que las autoridades deciden proceder a la expulsión del extranjero cuando la protección consular es más necesaria para defender los derechos del interesado.

26. El Sr. NOLTE es partidario de que se remita el nuevo proyecto de artículo A1 al Comité de Redacción. Desea puntualizar que no había querido decir que el Relator Especial hubiera hecho deliberadamente una utilización selectiva de las informaciones concernientes a un país, sino que la elección realizada solo proporcionaba una imagen

parcial de la situación. En ningún caso ha querido poner en entredicho la buena fe del Relator Especial.

27. El Sr. HASSOUNA dice que es evidente que ninguna de las críticas formuladas por los miembros de la Comisión tiene carácter personal y que ni la competencia ni la abnegación del Relator Especial han sido puestas en tela de juicio. Señala que una parte del debate tuvo lugar durante la primera parte del período de sesiones y que sería de desear que, en el futuro, la Comisión previese tiempo suficiente para que la recapitulación de un debate pudiera hacerse inmediatamente después de celebrado este, mientras los miembros tienen presentes las propuestas y las críticas efectuadas.

28. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ agradece al Relator Especial que haya redactado en un plazo tan corto un nuevo proyecto de artículo A1, que enuncia las garantías procesales en caso de expulsión de un extranjero que se encuentra irregularmente en el Estado que expulsa, y dice que, por coherencia, habría que sustituir en la versión inglesa del título de esa disposición las palabras *illegal aliens* por *aliens unlawfully*. A diferencia del Sr. Hassouna, el orador estima preferible que el Relator Especial tenga tiempo, tras el debate, para reflexionar sobre las observaciones, críticas y propuestas realizadas, y para resumirlas y responder a ellas.

29. El Sr. CAFLISCH dice que es imposible recapitular un debate inmediatamente después de que haya tenido lugar, porque se necesita tiempo para digerir las intervenciones y eventualmente hacer propuestas. Lo ideal sería prever un plazo de un día.

30. El Sr. GAJA estima, como el Sr. Hassouna, que habría sido preferible que la parte del debate que tuvo lugar en la primera parte del período de sesiones se recapitulase sobre la marcha y no varias semanas después, en el entendido de que se trata de una mera cuestión de organización de los trabajos y no de una crítica dirigida al Relator Especial. El orador, aunque toma nota con satisfacción de que el Relator Especial ha redactado dos nuevos proyectos de artículo para tener en cuenta ciertas preocupaciones expresadas por miembros de la Comisión, manifiesta su extrañeza de que se someta un texto totalmente nuevo y que, sin abrir un debate, se remita al Comité de Redacción. El proyecto de artículo A1 plantea un problema importante de orden práctico: los extranjeros en situación irregular raramente están en posesión de documentos que acrediten el momento exacto en que han entrado en el territorio, de modo que es difícil saber si una persona se encuentra en un Estado desde hace mucho tiempo o no, salvo si es detenida cerca de la frontera que acaba de cruzar. Sería conveniente, pues, que la Comisión pudiera debatir ese texto en cuanto al fondo antes de remitirlo al Comité de Redacción. Además, al igual que el Sr. Saboia, tiene dudas acerca de la oportunidad de remitir el nuevo proyecto de artículo 8 al Comité de Redacción. El texto propuesto, y que la Comisión no ha tenido la ocasión de discutir, prevé en sustancia que la expulsión se efectúa conforme al derecho internacional, es decir, conforme a las normas por las que se rige la expulsión, mientras que debería referirse a la situación particular de las personas que son objeto de una medida de extradición, aunque no, como en la versión inicial del

proyecto de artículo, en forma de prohibición. También en este caso el orador desea que la Comisión pueda examinar el proyecto de artículo en cuanto al fondo antes de considerar si ha de remitirse al Comité de Redacción.

31. El Sr. KAMTO (Relator Especial) dice que no ha tomado las críticas formuladas como críticas personales, sino metodológicas. Algunas versan sobre la conveniencia o no de que la Comisión trate ese tema, lo que no tiene nada de personal, mientras que otras, en particular la relativa al concepto de selectividad, pueden haber dado lugar a un malentendido que ha sido disipado por el Sr. Nolte. Por supuesto, siempre es posible suscitar discusiones interminables sobre cualquier proyecto de artículo. Para redactar la primera versión del proyecto de artículo 8, el Relator Especial partió de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Bozano c. Francia* y *Öcalan c. Turquía*. El Tribunal llegó en esos dos asuntos a conclusiones diferentes en razón de que, en el segundo, se trataba de una acusación de terrorismo y, por lo tanto, se situó en otro plano. Pero, en realidad, los hechos no eran muy distintos de los del asunto *Bozano*, de suerte que se sacaba la impresión de que la jurisprudencia del Tribunal prohibía la extradición encubierta. Ahora bien, la Comisión ha hecho ver al Relator Especial que el tema no es la extradición encubierta, sino la expulsión de extranjeros, y que siguiendo ese razonamiento vendría a decir que, incluso cuando se den las condiciones de expulsión de una persona que es objeto de una demanda de extradición, no es posible expulsarla. Como este argumento es pertinente, el Relator Especial ha invertido el razonamiento para afianzar mejor el tema en la expulsión de extranjeros y tratar solo de la expulsión en relación con una persona que es objeto de una demanda de extradición.

32. El Sr. DUGARD plantea una cuestión de orden y dice que se había previsto que, en la presente sesión, la Comisión escucharía la recapitulación del debate sobre la expulsión de extranjeros y decidiría si había que remitir los proyectos de artículo al Comité de Redacción, y no que reabriría el debate, aun cuando se haya presentado un nuevo proyecto de artículo.

33. El PRESIDENTE entiende que todos los miembros han tomado nota de las observaciones formuladas, en particular, por el Sr. Saboia y el Sr. Gaja, y pregunta si la Comisión desea remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo A 9, B1 y C1 que figuran en el sexto informe, los proyectos de artículo B y 8 en su forma revisada por el Relator Especial<sup>305</sup> y el proyecto de artículo A1 revisado por el Relator Especial en la presente sesión (documento sin signatura, distribuido durante la sesión).

34. Sir Michael WOOD pregunta si, desde el punto de vista del procedimiento, no sería mejor remitir todos los proyectos de artículo que figuran en los informes del Relator Especial al Comité de Redacción, encargando a este que examine los nuevos proyectos de artículo que se han presentado en la presente sesión y en los que el Relator Especial hace propuestas para tener en cuenta ciertas observaciones formuladas por los miembros de la Comisión.

35. El Sr. KAMTO (Relator Especial) no es partidario de que se proceda de esa forma. El proyecto de artículo 8 se distribuyó a los miembros de la Comisión en la primera parte del período de sesiones y todos han tenido tiempo de hacer observaciones sobre el fondo.

36. El Sr. GAJA recuerda que no ha habido debate sobre el nuevo proyecto de artículo 8.

37. El PRESIDENTE dice que la Comisión debe indicar si decide remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo que no suscitan objeciones de fondo. Por eso, propone a la Comisión que remita al Comité de Redacción todos los proyectos de artículo, a excepción del proyecto de artículo 8. Si no hay objeciones, entenderá que se acepta esta propuesta.

*Así queda acordado.*

**Las reservas a los tratados (continuación) (A/CN.4/620 y Add.1, secc. B, A/CN.4/624 y Add.1 y 2, A/CN.4/626 y Add.1, A/CN.4/L.760 y Add.1 a 3)**

[Tema 3 del programa]

DECIMOQUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (CONTINUACIÓN)

38. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el debate sobre las últimas secciones del decimoquinto informe del Relator Especial, sobre las reservas inválidas y los efectos de las declaraciones interpretativas, las aprobaciones, las oposiciones, el silencio y las recalificaciones(A/CN.4/624 y Add.1 y 2).

39. La Sra. JACOBSSON dice que la cuestión fundamental es cómo tratar de la aplicación de un tratado en caso de reserva inválida dando a la vez cuenta y razón de la práctica actual de los Estados y de la falta de normas en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. El Relator Especial se ha esforzado por lograr un equilibrio entre la presunción de la aceptación de una objeción, que tiene automáticamente como consecuencia un «efecto supermáximo» que «trata de imponer al autor de la reserva el respeto al tratado sin el beneficio de la reserva por la única razón de que esta no es válida» (párr. 189 [479]), por una parte, y la presunción del consentimiento, por otra. A estos efectos, ha eliminado el carácter automático de la consecuencia de la presunción y ha mantenido el consentimiento, que ha relacionado con la intención del autor de la objeción, lo cual es una solución inteligente a la par que elegante. Ha enumerado numerosos ejemplos recientes de la práctica de los Estados —existen muchos otros, recientes o más antiguos— y, en el párrafo 162 [452], ha expuesto la práctica mayoritaria, tan extendida que no se puede prescindir de ella. Algunos miembros han propuesto que se invierta la presunción enunciada en el proyecto de directriz 4.5.3, pero sin indicar claramente cómo redactar esta disposición, de modo que la oradora no alcanza a ver cómo se aplicaría en la práctica. ¿Deberá determinarse la intención del Estado autor de la reserva antes de que el Estado autor de la objeción saque sus propias conclusiones acerca de los efectos de la reserva, o el Estado objetante debe preguntar directamente al Estado autor de la reserva? En ambos casos, la inversión

<sup>305</sup> Documentos ILC(LXII)/EA/CRP.1 y 2, de distribución limitada a los miembros de la Comisión.

de la presunción obligaría a actuar al Estado autor de la reserva, lo que no es ciertamente la mejor manera de lograr la estabilización de las relaciones convencionales. Un Estado puede tener diversos motivos para hacer una reserva considerada inválida y manifestar al mismo tiempo la intención de obligarse por el tratado, en especial motivos internos, y, en este último caso, lo que menos desea es que se expongan detalladamente las consecuencias; por el contrario, preferirá vivir en la incertidumbre hasta que surja una situación concreta. Lo que motiva al Estado autor de la reserva es la intención de obligarse. Al invertir la presunción, la Comisión perturbaría lo que habría podido ser una relación convencional estable e impediría un diálogo constructivo, aparte de que no tendría en cuenta la práctica de los Estados, la jurisprudencia ni las resoluciones dictadas por los órganos creados en virtud de tratados. Además, como ha dicho el Relator Especial, la presunción de la entrada en vigor aporta seguridad jurídica, en particular si se tiene en cuenta el proyecto de directriz 2.1.9. ¿Cuál sería, por otra parte, la relación entre una presunción inversa y la práctica estatal ya existente? Al invertir la presunción, la Comisión introduciría un procedimiento nuevo que, hasta donde sepa la oradora, los Estados no han utilizado nunca. No es probable que ninguno de los Estados interesados desee que los proyectos de directriz de la Comisión hagan inaceptable esa práctica, tanto más que la experiencia demuestra que los Estados a los que se ha aplicado la doctrina de la separabilidad (*severability*) no han protestado jamás, lo cual es importante, incluso si no están obligados a hacerlo. Como el objetivo de la Comisión es elaborar unos proyectos de directriz que ayuden a los Estados en sus relaciones convencionales, esas directrices deben reflejar la práctica y la *opinio juris* de los Estados interesados. Ahora bien, la práctica de los Estados pone de manifiesto que el criterio de la intención y la voluntad del autor forman parte de la evaluación. Ciertamente, órganos jurisdiccionales regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido en cuenta la naturaleza particular de los instrumentos sobre cuya aplicación están encargados de velar. Aunque esto es comprensible y está justificado, no constituye un argumento decisivo para modificar el tenor de los proyectos de directriz. Además, no hay nada que justifique tratar los instrumentos relativos a los derechos humanos como casos particulares, ya que otros tratados, en especial los tratados de desarme y los aplicables a los conflictos armados, también tienen un carácter absolutamente particular.

40. Para terminar, la oradora estima que el hecho decisivo es efectivamente la intención del Estado autor de una reserva inválida, y está de acuerdo con la afirmación según la cual «el respeto a la totalidad del tratado se desprende no de la apreciación subjetiva de otra parte contratante, sino de la propia nulidad de la reserva y de la voluntad de su autor» (párr. 189 [479]). Se inclina, pues, por que se remitan todos los proyectos de directriz al Comité de Redacción.

41. El Sr. DUGARD destaca, en lo que concierne a la sección sobre las reservas inválidas, que esta comienza con una introducción en la que se presentan los problemas derivados del hecho de que la Convención de Viena no comprenda ninguna disposición sobre los efectos de

las reservas inválidas. El orador estima que el proyecto de directriz 4.5.1 (Nulidad de una reserva inválida) constituye el punto de partida evidente del capítulo IV de la Guía de la Práctica, al igual que el proyecto de directriz 4.5.2 (Ausencia de efectos jurídicos de una reserva inválida). Estos dos proyectos de directriz sientan los cimientos de la directriz 4.5.3, tal vez el proyecto de directriz más importante, el que trata de la cuestión más controvertida, una cuestión que divide a los juristas desde que, en 1994, el Comité de Derechos Humanos publicó su Observación general n.º 24<sup>306</sup>. El proyecto de directriz 4.5.3 representa una solución de transacción magistral entre la tesis de la separabilidad y la del consentimiento. La dificultad a este respecto estriba en que la práctica de los Estados, incoherente e incierta, se presta a confusión. Es incierta porque no se conoce la posición de la mayoría de los Estados respecto de las reservas inválidas, a excepción de los Estados europeos y latinoamericanos. En Europa y en América Latina los tribunales regionales han atribuido un efecto «supermáximo» a las objeciones, pero se desconoce la posición de los Estados de otras regiones. Existe también incertidumbre en cuanto a la posición de la mayor parte de los Estados autores de reservas, así como a la de los Estados que formulan objeciones puesto que estos no indican cuáles son las consecuencias de esas objeciones. Hay asimismo incoherencias, ya que, como señala el Relator Especial, algunos Estados han adoptado a veces las dos posiciones opuestas, como pone de manifiesto el ejemplo de los Países Bajos, mencionado en los párrafos 148 [438] y 161 [451] del informe. Esas incertidumbres e incoherencias han generado cierta confusión, y el Relator Especial cita a este respecto el voto particular discrepante del magistrado Hersch Lauterpacht en el asunto *Interhandel*. Esta opinión influyó en muchos tratadistas, pero no hay que olvidar que no se refería a las reservas a los tratados, sino a las reservas a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, que, aunque comparable en ciertos aspectos a un tratado, no es un tratado.

42. El Relator Especial ha conseguido llegar a una solución de transacción entre separabilidad y consentimiento a partir de una práctica incoherente e incierta, a la que por otra parte atribuye probablemente más mérito del que esta merece, pero ha tenido en cuenta también los principios aplicables y la jurisprudencia. Por eso, la solución por la que ha optado, una presunción *iuris tantum*, es la buena solución: permite a los Estados que verdaderamente no quieren seguir siendo parte en el tratado sin sus reservas retirarse de él y enuncia varios factores razonables que hay que tener en cuenta en relación con esa presunción. A juicio del orador, esa presunción debe mantenerse y no se ha de admitir su inversión. Recuerda que, cuando en 1997 se inició el debate sobre esta cuestión<sup>307</sup>, era un ferviente partidario de la separabilidad, pero ahora opina que el enfoque adoptado por el Relator Especial es el acertado. Como el Relator Especial, para llegar a esa conclusión, se tomó el tiempo de consultar a los órganos de vigilancia de la aplicación de los tratados multilaterales y tuvo en cuenta la posición de los Estados, la solución que ha adoptado es conforme a la opinión consultiva emitida

<sup>306</sup> Véase la nota 83 *supra*.

<sup>307</sup> *Anuario...* 1997, vol. II (segunda parte), cap. V, págs. 46 a 48, párrs. 65 a 74.

por la Corte Internacional de Justicia sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en la que la Corte incita al mayor número posible de Estados a seguir siendo partes en los tratados multilaterales. Es conforme también al espíritu de la Convención de Viena de 1969, y por lo tanto el orador suscribe plenamente el proyecto de directriz 4.5.3. Aprueba asimismo los proyectos de directriz 3.3.3 (Efecto de la aceptación unilateral de una reserva carente de validez) y 3.4.1 (Validez material de la aceptación de una reserva). En lo concerniente al proyecto de directriz 3.3.4 (Efecto de la aceptación colectiva de una reserva carente de validez), el orador opina que no encuentra mucho respaldo en la práctica de los Estados, y aunque el Relator Especial menciona el debate sobre la reserva de neutralidad suiza que tuvo lugar en la Sociedad de las Naciones, se trata de un precedente antiguo, que se remonta a una época en que las reservas a los tratados no eran aceptadas. No obstante, el orador aprueba este proyecto de directriz 3.3.4. Aprueba asimismo el proyecto de directriz 4.5.4 (Reacciones a una reserva inválida), por cuanto lleva a efecto la resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)* y la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Loizidou*. Por último, con respecto al proyecto de directriz 4.6 (Ausencia de efectos de una reserva en las relaciones entre los Estados contratantes y organizaciones contratantes distintos de su autor), el orador indica su preferencia por la primera variante propuesta por el Relator Especial, aun cuando estaría dispuesto a aceptar la segunda si fuera necesario.

43. Por lo que respecta a la sección del informe sobre los efectos de las declaraciones interpretativas, las aprobaciones, las oposiciones, el silencio y las recalificaciones, que enuncia directrices interesantes que conciernen no solo a las reservas a los tratados sino también a la interpretación de los tratados, el orador aprueba los proyectos de directriz 4.7 (Efectos de una declaración interpretativa) y 4.7.4 (Efectos de una declaración interpretativa condicional) pero expresa sus reservas en cuanto al proyecto de directriz 4.7.2 (Valor de una declaración interpretativa respecto de su autor) por estimar como Bowett<sup>308</sup>, citado en el párrafo 256 [546], que una declaración interpretativa no debería ser vinculante para los Estados partes ya que se trata de una cuestión de derecho y no de una cuestión de hecho, y cabe preguntarse si lo mismo no se aplica a una presunción en favor del Estado que hace una declaración de esa índole. Desgraciadamente, el proyecto de directriz 4.7.2 está redactado de una manera hartamente categórica que no admite al parecer ninguna excepción.

44. El orador aprueba el proyecto de directriz 4.7.1 (Aclaración de los términos del tratado por una declaración interpretativa), que no hace sino llevar a efecto la regla general de interpretación de los tratados que prescribe que se tengan en cuenta todos los elementos pertinentes. Por último, aprueba el proyecto de directriz 4.7.3 (Efectos de una declaración interpretativa aprobada por todos los Estados contratantes y organizaciones

contratantes), y manifiesta el parecer de que todos los proyectos de directriz que figuran en las dos secciones objeto de examen deberían remitirse al Comité de Redacción.

45. El Sr. FOMBA, refiriéndose a la sección del informe sobre las reservas inválidas, suscribe las observaciones que figuran en los párrafos 110 [400] a 112 [402], esto es, que las Convenciones de Viena no contienen normas claras y precisas relativas a los efectos de una reserva inválida, que la Convención de Viena de 1969 no ha paralizado el derecho y que esta situación tiene como consecuencia, en el plano metodológico, que no se trata de que la Comisión legisle y establezca normas *ex nihilo* y que los enfoques y soluciones elaborados por la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina pueden guiar sus trabajos. El orador señala que, en los debates que tuvieron lugar en 2006 sobre esta cuestión<sup>309</sup>, fue de aquellos que reconocieron el fundamento del principio, convincente y útil, de la nulidad de una reserva inválida, y que mantiene esa posición de principio.

46. El proyecto de directriz 3.3.3 no suscita ninguna dificultad, y la puntualización que se hace en el párrafo 199 [489] acerca de su objeto y su título es útil. Por lo que hace al proyecto de directriz 3.3.4, el orador se adhiere al argumento básico formulado en el párrafo 204 [494]. El enunciado es aceptable, y el segundo párrafo importante y útil en el marco del diálogo sobre las reservas, respecto del cual el Relator Especial ha afirmado que sería objeto de un próximo informe. Este proyecto de directriz debería lógicamente figurar en la tercera parte de la Guía, dedicada a la validez de las reservas.

47. En cuanto al proyecto de directriz 4.5.1, el orador aprueba la argumentación en que se basa, que es conforme a la posición que adoptó en 2006. Su enunciado no requiere ningún comentario particular. En lo que se refiere al proyecto de directriz 4.5.2, la distinción que se hace en el párrafo 130 [420] entre la nulidad y los efectos de esta, que puede parecer algo difícil de entender desde el punto de vista teórico, sin embargo, mirándolo bien, resulta ser pertinente y útil. Ese proyecto de directriz 4.5.2 encuentra suficiente fundamento en la práctica y su enunciado no plantea ningún problema. En la medida en que constituye la continuación lógica del proyecto de directriz 4.5.1, podría devenir, por coherencia, en el párrafo 2 de este.

48. El orador está de acuerdo con el Relator Especial cuando este afirma, en el párrafo 165 [455] del informe, que el principio del consensualismo constituye la clave para la solución del problema. La distinción entre las consecuencias «normales» y las consecuencias «anormales» de una reserva inválida, a que se hace referencia en el párrafo 171 [461], es cuando menos curiosa y de difícil aplicación. El orador comparte las dudas expresadas por el Relator Especial en el párrafo 176 [466] en cuanto al sentido de la presunción en la medida en que, en efecto, al menos hipotéticamente, puede querer decir una cosa o su contraria, es decir, la intención de que el tratado entre en vigor y la de que el tratado no entre en vigor. El argumento, expuesto en el párrafo 181 [471], según el cual la presunción positiva podría constituir un factor de seguridad jurídica merece ser tenido en cuenta.

<sup>308</sup> D. W. Bowett, «Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence», *The British Year Book of International Law* 1957, vol. 33, págs. 176 a 202.

<sup>309</sup> *Anuario...* 2006, vol. I, 2890.ª sesión, pág. 148, párr. 10.

49. Por lo que hace a la recomendación formulada por el Relator Especial en el párrafo 182 [472] de asumir la idea de una presunción relativa *iuris tantum*, el orador se adhiere en la medida en que estima que la solución de la presunción positiva apunta en la dirección del respeto del principio del consensualismo y de la seguridad jurídica. En cuanto a los criterios de la intención, aprueba la conclusión extraída en el párrafo 188 [478]. A este respecto, la aclaración que se hace en el párrafo siguiente entre la presunción y la objeción de efecto «supermáximo» es interesante y útil.

50. Con respecto al proyecto de directriz 4.5.3, el orador aprueba su inclusión por las razones expuestas por el Relator Especial. En cuanto a su título, se podría ciertamente optar por la primera variante entre corchetes, pero, dado que la sección 4.5 se titula «Efectos de una reserva inválida», se inclina, en aras de la armonización, por la segunda variante entre corchetes, en la inteligencia de que de todas formas el primer párrafo se refiere en efecto a la aplicación del tratado. A primera vista, el primer párrafo no plantea dificultades; por lo que hace al segundo, la lista de criterios es aceptable en tanto en cuanto define los elementos esenciales más pertinentes y su carácter no exhaustivo queda claramente establecido en virtud del empleo de la expresión «especialmente, pero no de forma exclusiva». En cuanto a la cuestión de la fecha de entrada en vigor del tratado, el argumento presentado en el párrafo 192 [482] parece pertinente y convincente.

51. En lo concerniente a las reacciones a una reserva inválida, el análisis del párrafo 193 [483] acerca de la relación dialéctica o de causalidad entre la invalidez, la nulidad y la falta de efecto en el tratado parece pertinente.

52. Por lo que respecta al proyecto de directriz 4.5.4, el orador se adhiere a la opinión expresada en el párrafo 223 [513]. El primer párrafo de la directriz es aceptable, al igual que el párrafo segundo, pero cabe preguntarse si no sería oportuno mencionar el diálogo sobre las reservas al final de este párrafo; en consecuencia, el orador propone que se incluyan al final las palabras siguientes: «a fin de favorecer el diálogo sobre las reservas».

53. Por lo que hace al proyecto de directriz 4.6, que recoge pura y simplemente el texto del párrafo 2 del artículo 21 de las Convenciones de Viena, convendría, para no salirse de la lógica del principio del consensualismo y decir más completa y claramente las cosas, prever una excepción a los principios enunciados en esta disposición común a las Convenciones de Viena mediante la aprobación de la segunda variante, en cuyo caso habría que suprimir los corchetes que figuran en ella.

54. En lo que concierne a la última sección del informe, el postulado según el cual el efecto de una declaración interpretativa se produce eventualmente en el marco del proceso de la interpretación es exacto, pero parece que hay cierta contradicción entre el comentario que precede a la opinión del profesor McRae<sup>310</sup>, citada en el párrafo 247 [537], y esa misma opinión. Por otra parte,

puede causar cierta extrañeza que los proyectos de directriz no se presenten en un orden lógico o cronológico.

55. Con respecto al proyecto de directriz 4.7, su enunciado es aceptable y no plantea ningún problema particular.

56. En cuanto al proyecto de directriz 4.7.1, el razonamiento en que se basa parece claro y pertinente, su enunciado es aceptable y su estructura equilibrada, y la definición de los criterios de su valor probatorio que figura en su segundo párrafo es muy útil.

57. Por lo que hace al proyecto de directriz 4.7.2, la cuestión de fondo que plantea es cómo conciliar el principio del consensualismo con el de la estabilidad y la seguridad jurídicas, por una parte, y qué límites hay que poner al principio del consensualismo, por otra. A primera vista, cabe pensar que ese proyecto de directriz es aceptable, en tanto en cuanto parece fundado en una aplicación equilibrada del principio de la buena fe. No obstante, el debate ha puesto de manifiesto que plantea problemas; así, Sir Michael ha emitido serias reservas, por estimar que el análisis que figura en los párrafos 255 [545] a 258 [548] no es convincente, mientras que el Sr. McRae le reprocha no ser suficientemente matizado y conducir a resultados indeseables. Mirándolo bien, el alcance del proyecto de directriz 4.7.2 aparentemente no está en armonía con el de los proyectos de directriz 2.4.9 y 2.5.12, relativos a la modificación y el retiro de una declaración interpretativa.

58. En cuanto a los proyectos de directriz 4.7.3 y 4.7.4, ambos son aceptables, este último por cuanto responde, proponiendo una conclusión clara, a una cuestión que se ha dejado en suspenso durante mucho tiempo.

59. Para terminar, el orador expresa su asentimiento a que se remitan al Comité de Redacción todos los proyectos de directriz que figuran en las secciones del decimoquinto informe del Relator Especial sobre las reservas inválidas y los efectos de las declaraciones interpretativas, las aprobaciones, las oposiciones, el silencio y las recalificaciones. En lo relativo al proyecto de directriz 4.7.2, Sir Michael propone que se suprima, solución que parece demasiado radical; el Sr. McRae opina que convendría modificarlo, y la propuesta concreta que ha formulado a este efecto merece ser examinada. En cuanto al Relator Especial, si bien estima que las críticas son fundadas, no es partidario de la supresión del proyecto de directriz; la solución consistiría, a su juicio, en modificarlo para limitar o matizar su alcance, llegado el caso. En opinión del orador, esta propuesta parece razonable y aceptable.

60. El Sr. NOLTE señala que su intervención girará en torno a la cuestión más importante, a saber, la de si debe establecerse una presunción positiva o negativa en lo que concierne a la separabilidad de una reserva inválida del consentimiento del Estado autor de la reserva en obligarse por el tratado. Aun cuando está conforme con la mayoría de los resultados de las investigaciones efectuadas y los análisis realizados por el Relator Especial, la solución a la que este llega, esto es, una presunción positiva, no le convence plenamente. Una de las razones de las dudas que mantiene ha sido expuesta por el Sr. Gaja y

<sup>310</sup> D. M. McRae, «The legal effect of interpretative declarations», *The British Year Book of International Law* 1978, vol. 49, págs. 155 a 173.

Sir Michael y estriba en la falta de instituciones independientes, en el caso de la mayoría de los tratados, capaces de determinar si efectivamente una reserva es contraria al objeto y el fin del tratado y, por ello, inválida.

61. El orador se pregunta si el razonamiento de los órganos de vigilancia de la aplicación de los tratados de derechos humanos puede hacerse extensivo al derecho general de los tratados. Después de todo, es fundamentalmente en razón del carácter particular de los tratados de derechos humanos que los órganos de vigilancia de su aplicación han llegado a la conclusión de que las reservas inválidas son nulas y separables. Esos tratados se caracterizan doblemente por estar dotados casi siempre de un órgano creado por el tratado capaz en cierta medida de dictar una decisión objetiva, por una parte, y por constituir un orden de valores objetivo o una comunidad de un tipo particular, por otra. Esas dos características militan efectivamente por una presunción según la cual un Estado que consiente en obligarse por ellos no desea subordinar ese consentimiento a la validez de sus reservas.

62. Pero la mayoría de los demás tratados no poseen esa doble característica de los tratados de derechos humanos, que define su naturaleza. El orador opina, por consiguiente, que la naturaleza del tratado debería figurar en toda lista de factores que, como propone el Relator Especial en el párrafo 191 [481] de su informe, determinan si la presunción aplicable a un tratado es negativa o positiva. No basta con mencionar solo «el objeto y el fin» del tratado. Después de todo, un tratado puede tener diferentes objetos y fines. Y, aunque la existencia de una institución independiente capaz de dictar una decisión objetiva no se considera siempre como un elemento esencial del objeto y el fin de un tratado, es evidente que una institución de esa índole es un elemento esencial que determina la naturaleza del tratado. Así pues, el orador propone que se incluya la naturaleza del tratado en cualquier lista utilizada para determinar si la presunción de separabilidad es negativa o positiva. Esto permitiría ampliar prudentemente la presunción positiva, actualmente reconocida en los tratados de derechos humanos, a otros tratados de naturaleza similar, es decir, a los tratados que protejan otros bienes o valores comunes y en relación con los cuales la validez de una reserva, en particular su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, pueda determinarse objetivamente. Así, poner la mira en la naturaleza del tratado tendría la ventaja de no establecer una presunción —positiva o negativa— demasiado fuerte y de dejar abierta la posibilidad de un desarrollo diferenciado de la práctica.

63. Otra consideración importante que explica por qué el orador duda en aceptar una amplia presunción positiva es que esta tendría un efecto retroactivo inapropiado. Sir Michael ha mencionado ya ese problema. Una presunción positiva que no estuviese limitada a los tratados de derechos humanos constituiría una nueva norma de derecho internacional, un desarrollo progresivo de ese derecho. Pero tal norma no debería por fuerza aplicarse retroactivamente a los Estados autores de reservas que no podían razonablemente conjeturar que se aplique a ellos. En realidad, el Relator Especial demuestra en su informe que los órganos de vigilancia de la aplicación de los tratados de derechos humanos han explicado meticulosamente,

por ejemplo en los asuntos *Belilos* y *Loizidou*, por qué los Estados autores de reservas corrían el riesgo de que sus reservas se considerasen separables de su consentimiento en obligarse por el tratado. Por lo tanto, si la Comisión acepta que existe una presunción positiva con respecto a tratados que no son los tratados de derechos humanos, convendría indicar claramente que esta presunción no se aplica retroactivamente.

64. Otra razón que hace dudar de la oportunidad de una presunción positiva se refiere a las consecuencias que probablemente tendrá una norma de esa índole en la realidad de las relaciones internacionales. Por ejemplo, si se supone que la presunción positiva que hoy propone el Relator Especial fue aprobada por la Comisión en 1990, es probable que esa cuestión se hubiera suscitado durante el procedimiento de ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los Estados Unidos de América, que concluyó en 1992. Algunos miembros del Congreso insistieron en que los Estados Unidos hicieran saber claramente que sus reservas eran condiciones de su consentimiento en obligarse por el tratado. Es probable que, ante una declaración de este género, otros Estados hubieran vacilado en formular, como hicieron, objeciones a la validez de ciertas reservas de los Estados Unidos. Así, en tal caso una presunción positiva habría tenido un efecto opuesto al que cabía esperar, es decir, habría conllevado una limitación del diálogo sobre las reservas y una multiplicación de las reservas de validez dudosa que no daban lugar a ninguna objeción ya que los demás Estados deseaban que los Estados Unidos quedaran obligados por el tratado de derechos humanos en cuestión. En una situación de esa índole, un órgano creado por un tratado tendrá que fundarse en una *opinio juris* más reducida para eventualmente concluir que la reserva es inválida. Cabe preguntarse si tales órganos cuentan con autoridad suficiente para declarar inválida una reserva si no disponen del apoyo de otros Estados. Es probable de todas formas que duden en declarar inválida una reserva si el Estado autor de la misma ha indicado claramente que su consentimiento en obligarse por el tratado está subordinado a esa reserva.

65. Por otra parte, una presunción positiva probablemente tenga el efecto contrario en los Estados cuyo parlamento sea menos decidido que el de los Estados Unidos y que, por diversas razones, son más propensos a adherirse a ciertos tratados. Tales Estados dudarán en subordinar expresamente su consentimiento a sus reservas. La existencia de una presunción positiva incitará a otros Estados a formular objeciones echando una duda suplementaria sobre la validez de las reservas en cuestión. A juicio del orador, una presunción positiva puede producir el efecto incuestionablemente no deseado de privilegiar a los Estados poderosos y ejercer una presión adicional sobre los Estados que no lo son tanto. Una presunción positiva plantearía también un problema a los órganos decisorios independientes y los terceros, el de cómo aplicar las mismas normas a reservas similares algunas de las cuales son consideradas expresamente como condiciones del consentimiento en obligarse mientras que otras no. Una presunción negativa tiene la ventaja de no obligar a responder inmediatamente a esta cuestión ni a dejar subsistir una situación un tanto ambigua para dar al diálogo

sobre las reservas el tiempo necesario para resolver las discrepancias sin confrontación inmediata.

66. No se le oculta al orador que estos argumentos no son puramente doctrinales. Pero como la Comisión se pregunta si debe desarrollar progresivamente el derecho, o por lo menos esclarecerlo progresivamente, también debe tener en cuenta las consecuencias de una norma que parece atractiva a los juristas, propensos a favorecer la seguridad jurídica, y a los internacionalistas, proclives a desarrollar progresivamente el derecho internacional, para pasar de las valoraciones subjetivas e individuales de los Estados a las decisiones objetivas de terceros, órganos decisorios independientes. Aunque también sujeto a esas dos inclinaciones, el orador estima que no hay que sobrecargar el consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado de consideraciones «objetivas». Si bien comparte la intención declarada del Relator Especial de encontrar una vía intermedia entre los dos enfoques, opina que una verdadera vía intermedia consistiría en apuntar esencialmente a la «naturaleza del tratado» y en dejar abierta la posibilidad de un desarrollo futuro.

67. Por otra parte, el orador piensa, al igual que el Sr. Gaja y Sir Michael, que el proyecto de directriz 4.7.2 va demasiado lejos en la formalización del efecto obligatorio de una declaración interpretativa. Este proyecto de directriz casa mal, en su opinión, con los efectos limitados con relación a las reservas que el Relator Especial atribuye a las declaraciones interpretativas.

68. El Sr. CANDIOTI considera fuera de lugar que la Comisión se plantee la cuestión de la retroactividad de la norma enunciada en el proyecto de directriz 4.5.3. En el marco de sus trabajos sobre las reservas a los tratados, la Comisión no codifica las normas de derecho internacional ni hace desarrollo progresivo. Enuncia unas directrices, o sea, unas normas no vinculantes (*soft law*). No hay que perder de vista que su objetivo es elaborar una Guía de la Práctica.

69. El Sr. MELESCANU dice que con el decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados la Comisión ha llegado al meollo del tema. Su labor anterior estuvo dedicada más bien al desarrollo, la clarificación y la elaboración de directrices inspiradas en normas más o menos explícitas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Como estas no dicen nada sobre las cuestiones que van a examinarse, se trata ahora de elaborar unas normas o, mejor dicho, unas directrices, como ha señalado el Sr. Candiotti.

70. Por lo que hace a los efectos de la nulidad de la reserva en el consentimiento de su autor en obligarse por el tratado, el Relator Especial tenía dos posibilidades. La de la separabilidad de la reserva inválida y del consentimiento en obligarse por el tratado, y la idea de que cuando la reserva se considera incompatible con el objeto y el fin del tratado, el consentimiento del Estado autor de la reserva no es válido y ese Estado no es parte en el instrumento internacional. Sobre estas cuestiones, el informe presenta una cantidad impresionante de elementos extraídos de la práctica internacional: declaraciones de los Estados, disposiciones convencionales, decisiones de órganos internacionales y opiniones de

especialistas, que son otros tantos argumentos a favor de una u otra de esas dos opciones. Sin dar preferencia a ninguna de las dos, el Relator Especial propone un método pragmático al establecer una presunción relativa y *iuris tantum* según la cual, a falta de intención contraria del interesado, el tratado se aplica al Estado o la organización internacional autor de la reserva inválida, no obstante esa reserva. A este respecto, la doble solución de transacción propuesta por el Sr. Nolte no parece convenir a una Guía de la Práctica, que debe ser pragmática y funcional. Más vale adoptar la hábil solución procedimental propuesta por el Relator Especial. El proyecto de directriz 4.5.3 puede ser remitido al Comité de Redacción y terminado sobre la base del texto propuesto en el párrafo 191 [481] del informe.

71. Pasando al proyecto de directriz 4.7.2, el orador está totalmente de acuerdo en que una declaración interpretativa es una declaración unilateral que expresa la voluntad de su autor de aceptar una interpretación determinada del tratado o de sus disposiciones. De conformidad con el principio de la buena fe, la expectativa que el depositario ha creado en sus cocontratantes debe ser respetada. Al mismo tiempo, nada impide que un Estado soberano cambie su posición, con tal de que lo haga ateniéndose a las normas enunciadas en la Guía de la Práctica. Teniendo en cuenta lo que antecede, se podrían añadir al final del proyecto de directriz 4.7.2, después de la palabra «declaración», las palabras «hasta que la haya retirado o modificado oficialmente de conformidad con las directrices 2.4.9 (Modificación de una declaración interpretativa) y 2.5.12 (Retiro de una declaración interpretativa)». Por último, el orador conviene en la necesidad del proyecto de directriz 4.7.1 (Aclaración de los términos del tratado por una declaración interpretativa), y señala que esa directriz es más necesaria aún después de la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Delimitación marítima en el mar Negro (Rumania c. Ucrania)*, que no se sitúa en la línea de los trabajos de la Comisión sobre las directrices relativas a las reservas. Una declaración interpretativa debe evaluarse teniendo debidamente en cuenta las reacciones de aprobación y oposición de que ha sido objeto por parte de las demás partes contratantes. Por eso es totalmente escandaloso afirmar, como hizo la Corte en el asunto mencionado, que la declaración interpretativa no tiene ninguna incidencia en su interpretación. Ello equivale a privar las declaraciones interpretativas de toda utilidad. El orador apoya la remisión al Comité de Redacción de los proyectos de directriz que figuran en las secciones del informe sobre las reservas inválidas y los efectos de las declaraciones interpretativas, las aprobaciones, las oposiciones, el silencio y las recalificaciones.

72. El Sr. KAMTO felicita al Relator Especial por la excelente calidad de las últimas secciones de su decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados, que no plantean ninguna dificultad especial. Se limitará, pues, a hacer algunas breves observaciones, centradas principalmente en el proyecto de directriz 4.5.3 y, de manera accesorio, en el proyecto de directriz 3.3.4. El proyecto de directriz 4.5.3 establece una norma especialmente importante en vista de sus consecuencias jurídicas. Aun cuando ese proyecto de texto no suscita científicamente ninguna objeción, el orador comparte sin embargo los argumentos

opuestos a las conclusiones sacadas de la tesis de la separabilidad. En materia de tratados, es la manifestación del consentimiento en obligarse lo que constituye el fundamento del compromiso del Estado o de la obligación que puede recaer en él. Ahora bien, del texto de la directriz 4.5.3 se desprende claramente que la evaluación de la validez de la reserva y, por consiguiente, de su nulidad depende de los demás Estados partes o, llegado el caso, de un tercero competente. De esa evaluación, los demás Estados pueden inferir que, como no ha podido determinarse una intención contraria del Estado autor de la reserva, el tratado se le aplica en su integridad, a pesar de su reserva, lo que es fuente de enfrentamiento.

73. Sin embargo, aunque la reserva no sea válida, no se puede pasar por alto que, en el momento de ser formulada por el Estado autor de la reserva, este la considera válida y que en cualquier caso esa reserva es la condición de su consentimiento en obligarse por el tratado. No se puede hacer a este respecto que el riesgo de inestabilidad del tratado prevalezca sobre lo que constituye la piedra angular, la condición misma de la existencia del tratado, esto es, el consentimiento del Estado en obligarse. Existe ciertamente el parapeto de la intención contraria, pero ¿quién mejor que el autor puede determinar su intención en un contexto dado? Se podría reforzar ese parapeto afirmando al final del proyecto de directriz 4.5.3: «a menos que el Estado autor de la reserva manifieste la intención contraria o esta sea determinada por un órgano competente». Esto permitiría evitar una autoevaluación, con intervención de un tercero en caso de litigio. Pero es concebible asimismo, para no salirse de la línea del fundamento del derecho de los tratados, por tanto de la manifestación del consentimiento en obligarse más bien que de la autoevaluación, que otro Estado parte en el tratado pregunte al Estado autor de la reserva si tal es efectivamente su intención o, si este no desea responder o también en caso de litigio, que se someta la cuestión a un tercero imparcial.

74. En lo que concierne a la directriz 3.3.4, el orador señala que, si bien en el título se habla de aceptación, el contenido de la directriz más bien se refiere a la formulación de una reserva. Para que el tenor de la directriz se ajuste a su título, se podría modificar el texto de la manera siguiente:

«Una reserva prohibida expresa o implícitamente por el tratado o incompatible con su objeto y su fin, formulada por un Estado o por una organización internacional, se considerará válida si ninguno de los Estados contratantes u organizaciones contratantes hace una objeción a ella después de haber sido consultado expresamente por el depositario.»

75. El Sr. HMOUD dice que las dos últimas secciones del decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados son el fruto de una labor de investigación a fondo. Proporcionan una reseña detallada de la historia de las Convenciones de Viena y de la doctrina relativa a los efectos de las reservas inválidas y a los de las declaraciones interpretativas, y ofrecen directrices coherentes, tanto desde el punto de vista práctico como del teórico. Cuando la Comisión concluya el examen de esas dos cuestiones, su Guía de la Práctica estará casi acabada. Esta será útil a los gobiernos, las organizaciones internacionales, los

juristas y todos aquellos que elaboran tratados o los aplican. Aportará precisiones sobre el régimen de las reservas a los tratados y contribuirá a disipar las vaguedades.

76. Como se desprende claramente de los trabajos preparatorios de las Convenciones de Viena (o de la falta de ellos), ni la Comisión ni los redactores de esos instrumentos consiguieron resolver la cuestión del efecto jurídico de las reservas inválidas. Esto no es nada sorprendente si se tiene en cuenta que son las partes contratantes las que han determinado siempre —y siguen determinando— la naturaleza de sus relaciones convencionales, y no un órgano de solución de controversias competente para evaluar la validez de una reserva. Son las propias partes quienes deciden cómo hay que tratar la reserva inválida en el marco de sus relaciones convencionales, en particular el efecto de una reserva de esta índole en el consentimiento en obligarse por el tratado del Estado autor de la reserva. El silencio de las Convenciones de Viena sobre este punto ha dado lugar a prácticas divergentes según los Estados y las organizaciones internacionales —en especial los depositarios— que han tenido importantes consecuencias en la práctica. Así se han desarrollado las objeciones de efecto «supermáximo», utilizadas por las partes contratantes como reacción ante las reservas inválidas, incluso si la reserva no se refiere en realidad al objeto ni al fin del tratado o si el Estado objetante decide determinar por sí mismo lo que hay que entender por «el objeto y el fin del tratado».

77. Los órganos creados en virtud de tratados son plenamente tributarios del concepto de reserva inválida, ya que el Estado autor de la reserva no tiene otra opción que consentir en obligarse por el tratado sin el beneficio de su reserva y que las Convenciones de Viena limitan estrictamente la posibilidad de retirarse de un tratado. El principio del consentimiento es esencial en las relaciones convencionales: el hecho de que una reserva solo esté autorizada si el Estado autor de la reserva consiente en obligarse por el tratado pone claramente de manifiesto que la reserva es parte integrante de la notificación por ese Estado de su consentimiento en obligarse por el tratado. Es una condición de la aceptación del Estado autor de la reserva en obligarse por el tratado. Por una parte, el Estado no debería quedar obligado por el tratado si no puede prevalerse de su reserva. Por otra parte, en aras de la estabilidad de las relaciones convencionales, en caso de reserva inválida el Estado no debería verse incitado a retirarse del tratado. Resolver ese dilema no es fácil: no basta con establecer una presunción de consentimiento del Estado autor de la reserva en obligarse por el tratado sin el beneficio de su reserva inválida.

78. La cuestión requiere sobre todo una respuesta estratégica. El Relator Especial, apoyándose en argumentos concretos, propone partir de una presunción *iuris tantum* de un consentimiento del Estado en obligarse sin el beneficio de su reserva. Pero esta solución —aunque relativamente equilibrada— solo refleja la posición de algunos Estados y órganos creados en virtud de tratados. La práctica de otros Estados y depositarios, así como ciertas decisiones judiciales, consideran al contrario que la invalidez o la invalidación de la reserva vician el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado. Determinar la intención común de los redactores para interpretar un

tratado es una cosa, e interpretar la presunta intención de una sola parte contratante es otra. La determinación del consentimiento del Estado en obligarse, con o sin el beneficio de la reserva, debería dejarse al arbitrio del propio Estado autor de la reserva, y no al de un órgano al que este no ha encomendado la interpretación de su voluntad, y aún menos al de las demás partes contratantes.

79. Las dificultades inherentes a la interpretación de la supuesta intención de un Estado inducen a recurrir a elementos independientes de su voluntad, como la naturaleza del tratado, su objeto o su fin, es decir, los elementos que se toman en consideración en el proyecto de directriz 4.5.3 para determinar la intención del Estado autor de la reserva en obligarse o no por un tratado sin el beneficio de su reserva. Estos elementos se extraen de declaraciones de ciertos órganos creados en virtud de tratados que parecen apoyarse más en la naturaleza del tratado que en la intención del autor de la reserva. Según la presunción adoptada por el Relator Especial, se entiende que el Estado autor de la reserva ha consentido en obligarse por el tratado a menos que pruebe lo contrario, lo que lo coloca en una situación insostenible si su reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado. Aunque el Relator Especial crea otra cosa, la presunción del consentimiento del Estado autor de una reserva inválida en obligarse por el tratado fomenta en realidad la práctica de las objeciones «con efecto supermáximo», ya que no se alcanza a ver por qué los Estados y órganos que recurren a esa práctica renunciarían a ella.

80. Se podría salvar ese escollo prescindiendo de toda presunción, positiva o negativa, y determinando la intención del Estado autor de la reserva a partir de una serie de factores, la mayoría de los cuales se enumeran en el proyecto de directriz 4.5.3. Hay que subrayar que, desde ese punto de vista, la cuestión de la intención del Estado autor de la reserva solo se plantearía en caso de controversia acerca de la validez de una reserva, y a condición de que exista un órgano encargado de interpretar la voluntad de ese Estado. Solo entonces el órgano en cuestión interpretaría la intención del Estado autor de la reserva, sin partir de ninguna presunción sino apoyándose en elementos pertinentes, como los actos de ese Estado en relación con su reserva, sus declaraciones, sus reacciones —o su falta de reacción— ante objeciones «de efecto supermáximo», o examinando su práctica con relación a reservas análogas emitidas respecto de otros tratados. Si el órgano no es competente para interpretar la voluntad, solo puede pronunciarse sobre la validez de la reserva, y no sobre el consentimiento en obligarse sin el beneficio de la reserva. En tal caso, la Comisión puede proponer, a título de desarrollo progresivo, que un Estado cuya reserva sea declarada inválida por un órgano competente está obligado a dar a conocer claramente, en un plazo determinado, si tiene la intención de obligarse por el tratado con o sin el beneficio de su reserva. Una vez aclarada su posición, las demás partes contratantes podrían ajustar entonces en consecuencia sus relaciones convencionales con ese Estado.

81. La presunción enunciada en el proyecto de directriz 4.5.3 no añade gran cosa a la estabilidad de las relaciones convencionales puesto que el Estado autor de la reserva siempre puede hacer constar que había consentido

en obligarse por el tratado sin el beneficio de su reserva. Y en este caso, las relaciones convencionales entre ese Estado y las demás partes contratantes, desde el momento en que llega a ser parte hasta que se declara que su consentimiento en obligarse por el tratado no existía, seguirán tachadas de nulidad, con todas las consecuencias indeseables que ello conlleva. Desde el punto de vista de la estabilidad de las relaciones convencionales, no habrá mucha diferencia entre prescindir de esa presunción y determinar la voluntad del Estado autor de la reserva basándose en una serie de factores, si se resuelve que el consentimiento en obligarse por el tratado tenía como condición el beneficio de una reserva inválida. Pero esta opción presenta la ventaja de salvaguardar el principio del consentimiento en las relaciones convencionales. No privilegia la defensa del principio de la separabilidad de una reserva inválida del consentimiento del Estado autor de la reserva en obligarse por el tratado, ni la tesis según la cual la reserva inválida es un elemento del consentimiento. Si uno de los objetivos de la presunción positiva es alentar al Estado autor de la reserva a que indique claramente su posición sobre la cuestión de su consentimiento en obligarse por el tratado, ya que su reserva ha sido objeto de una objeción o ha sido considerada inválida, tal objetivo puede alcanzarse sin esa presunción, recurriendo al criterio de la intención, que tiene en cuenta la práctica ulterior del Estado interesado, sus reacciones ante las objeciones y sus declaraciones. El enfoque propuesto favorece además el diálogo sobre las reservas en la medida en que el Estado autor de la reserva tendrá interés en dar a conocer su posición sobre su consentimiento o no en obligarse por el tratado, con o sin el beneficio de su reserva. Permite, en vez de optar en todos los casos por una sola solución hipotética, hasta prueba en contrario, como sucede con la presunción positiva, distinguir entre situaciones diferentes respecto de las reservas desde el comienzo del proceso.

82. Sea como fuere, si la Comisión opta por la presunción positiva, debería pensar en reconocer asimismo al Estado cuya reserva sea declarada inválida por un órgano creado en virtud de un tratado la posibilidad de retirarse del tratado. Sin duda, el artículo 56 de las Convenciones de Viena limita esa posibilidad. Pero, como se ha visto, esas Convenciones pasan por alto los efectos de las reservas inválidas. Por consiguiente, ese derecho se reconocería en un supuesto que no ha sido previsto por las Convenciones de Viena y no se podría afirmar que, al enunciarlo, la Comisión contraviene a ellas. Si se reconociese ese derecho, esto serviría ciertamente de contrapeso a los eventuales efectos de la presunción positiva en varios regímenes convencionales. Por otra parte, el objeto y el fin del tratado no son elementos independientes de la intención del Estado autor de la reserva y, por los motivos antes expuestos, no deberían utilizarse para determinar la intención. En lo que hay que basarse para determinar la intención del Estado es en su comportamiento, sus declaraciones y sus actos, no en un régimen separado de su personalidad.

83. Con respecto a la adición 2, el orador desea hacer dos breves observaciones. En lo concerniente a la directriz 4.7.4, que versa en particular sobre las declaraciones interpretativas condicionales, conviene en que, por sus efectos, estas son reservas y que, por tanto, les son

aplicables las directrices 4.1 a 4.6, aunque con la excepción, en su opinión, de la directriz 4.5.3. El Estado que formula una declaración interpretativa condicional subordina claramente su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación determinada de este. Si, por el motivo que sea, esa interpretación no es válida, no cabe entender que el Estado se considera obligado por el tratado por su propia voluntad, ni que haya que aplicar una serie de criterios para determinar su intención. Su intención, en efecto, estaba clara desde el principio, es decir, desde el momento en que dio su interpretación, a saber, que no quedaría obligado sin el beneficio de su declaración. En cuanto a la aceptación de esa declaración por los demás Estados, no tiene mucha importancia en la medida en que la declaración es una condición del consentimiento que, por naturaleza, vicia ese consentimiento.

84. Finalmente, en lo que concierne a la cuestión de la validez de una declaración interpretativa desde el punto de vista de su autor, parece lógico que, cuando se reconoce a un Estado el derecho a modificar o retirar una declaración interpretativa (proyectos de directriz 2.4.9 y 2.5.12), este dispone de un derecho a hacer valer la interpretación contraria, ya que ese derecho no es absoluto. El orador no ve por qué la Comisión no podría retomar la solución adoptada en los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas<sup>311</sup>, de 2006, a saber que el derecho a revocar una declaración depende de la medida en que las demás partes se hayan basado en ella. Por lo tanto, el orador aprueba la propuesta del Sr. McRae de que se modifique la directriz en cuestión, a fin de que el autor de la declaración, o la parte que la aprueba, no pueda oponer una interpretación contraria a la parte que se haya basado en ella en el marco de sus relaciones convencionales con el Estado que interpreta. El orador recomienda que se remitan los proyectos de directriz al Comité de Redacción, y espera que la Comisión adopte una decisión sobre el método que ha de seguirse para precisar el contenido de la directriz 4.5.3.

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

## 3067.ª SESIÓN

*Martes 20 de julio de 2010, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Nugroho WISNUMURTI

*Miembros presentes:* Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Melescanu, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sir Michael Wood.

### Las reservas a los tratados (*continuación*) (A/CN.4/620 y Add.1, secc. B, A/CN.4/624 y Add.1 y 2, A/CN.4/626 y Add.1, A/CN.4/L.760 y Add.1 a 3)

[Tema 3 del programa]

#### DECIMOQUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen de las dos últimas secciones del decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/624 y Add.1 y 2).

2. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que, en general, apoya las soluciones pragmáticas y consistentes propuestas por el Relator Especial en los proyectos de directriz que figuran en las dos últimas secciones de su decimoquinto informe.

3. En lo referente a las reservas inválidas, el orador está de acuerdo con el contenido básico de los proyectos de directriz 4.5.1 y 4.5.2, que, como ha demostrado el Relator Especial, tienen el respaldo de la práctica y la jurisprudencia internacionales. Sugeriría que los dos proyectos de directriz se combinasen en uno solo con el título: «Nulidad y ausencia de efectos jurídicos de una reserva inválida». El texto del nuevo proyecto de directriz podría decir así:

«Una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y sustancial contempladas en las partes segunda y tercera de la Guía de la Práctica es nula de pleno derecho y carece, por tanto, de efectos jurídicos.»

Además, como el título actual de la sección 4.5 de la Guía de la Práctica (Efectos de una reserva inválida) puede parecer contradictorio con el contenido de los proyectos de directriz subsiguientes, que dicen que una reserva inválida carece de efectos jurídicos, sería más apropiado el título «Consecuencias de una reserva inválida». Con respecto a las fuentes citadas en esta sección, hay que tener presente que la Comisión aprobó ya la directriz 3.2 sobre la evaluación de la validez sustantiva de las reservas y el párrafo 1 del comentario correspondiente.

4. Después de una profunda reflexión durante 15 años, período en el que se ha producido una importante evolución en la práctica y la jurisprudencia, el Relator Especial presenta a la Comisión el proyecto de directriz 4.5.4 sobre las relaciones convencionales entre el autor de una reserva inválida y las demás partes contratantes, un tema importante y complejo sobre el cual no se pronuncian las Convenciones de Viena. Tras una presentación detallada y bien argumentada de los hechos, el Relator Especial propone una solución, a la que califica de intermedia entre dos posiciones inconciliables: la de considerar al autor de la reserva inválida como parte contratante sin el beneficio de la reserva, y la de considerar a la reserva como una condición *sine qua non* del consentimiento del Estado autor en obligarse por el tratado, de suerte que, al ser la reserva inválida, no existe dicho consentimiento.

5. La solución que propone el Relator Especial en el proyecto de directriz 4.5.3 es la de establecer la

<sup>311</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), cap. IX, pág. 177, párr. 176.