



Asamblea General

Distr. limitada
24 de junio de 2011
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional

63º período de sesiones

Ginebra, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones

Relator: Sr. A. Rohan Perera

Capítulo IV Reservas a los tratados

Adición

3. Validez sustantiva de las reservas y declaraciones interpretativas

Comentario general

- 1) Tras la primera parte, dedicada a las definiciones, y la segunda, que trata del procedimiento de formulación de las reservas y las declaraciones interpretativas, la tercera parte de la Guía de la Práctica tiene por objeto establecer las condiciones de validez de las reservas a los tratados (y de las declaraciones interpretativas).
- 2) Tras debatir a fondo la cuestión, la Comisión decidió mantener la expresión "validez de las reservas" para denominar la operación intelectual consistente en determinar si una declaración unilateral hecha¹ por un Estado o por una organización internacional con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado² en su aplicación a ese Estado o a esa organización puede producir los efectos asignados en principio a la formulación de una reserva.
- 3) La Comisión, fiel a la definición que figura en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena, retomada en la directriz 1.1 de la Guía de la Práctica, ha admitido que todas las declaraciones unilaterales que se ajusten a esa definición

¹ Habida cuenta de que la simple formulación de una reserva no le permite producir los efectos deseados por su autor, habría sido más apropiada la palabra "formulada" (véase *infra*, el comentario a la directriz 3.1, párrs. 6) y 7), pero las Convenciones de Viena emplean el término "hecha" y, en principio, la Comisión tiene por norma no modificar el texto de Viena.

² O del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos (véase el párrafo 2 de la directriz 1.1).

constituyen reservas. Sin embargo, como precisó la Comisión con la mayor claridad en su comentario a la directriz 1.8, "[d]efinir no es reglamentar... Una reserva puede ser válida o no, pero será reserva si responde a la definición elegida"³. Continuó diciendo: "Y, lo que es más, la determinación exacta de la naturaleza de una declaración es requisito previo indispensable para la aplicación de un régimen jurídico concreto y, ante todo, para apreciar su validez. En tanto un instrumento concreto no se defina como reserva [...] no se puede decidir si ésta es o no válida, apreciar su alcance jurídico y determinar sus efectos"⁴.

4) Inicialmente, la Comisión utilizó en efecto los términos "admisibilidad" e "inadmisibilidad" (en francés "licéité" e "illicéité" y en inglés "permissibility" e "impermissibility") con preferencia a "validez", "invalidéz" o "falta de validez" a fin de tener en cuenta las preocupaciones expresadas por algunos de sus miembros y por algunos Estados que consideraban que la palabra "validez" suscitaba dudas acerca del carácter de declaraciones que responden a la definición de reservas que se da en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena, pero no cumplen las condiciones enunciadas en el artículo 19⁵. En realidad, el término "validez" es totalmente neutro a este respecto y presenta la ventaja de no tomar partido en la controversia doctrinal⁶, central en materia de reservas, que opone los partidarios de la admisibilidad, según los cuales "[t]he issue of 'permissibility' is the preliminary issue. It must be resolved by reference to the treaty and is essentially an issue of treaty interpretation; it has nothing to do with the question of whether as matter of policy, other Parties find the reservations acceptable or not"⁷ [la cuestión de la "admisibilidad" es la cuestión preliminar. Debe resolverse mediante referencia al tratado y es esencialmente una cuestión de interpretación de los tratados; no tiene nada que ver con la cuestión de saber si, en principio, las demás partes consideran las reservas aceptables o no], a los partidarios de la oponibilidad, que consideran que "the validity of a reservation depends solely on the acceptance of the reservation by another contracting State" [la validez de una reserva depende exclusivamente de su aceptación por otro Estado contratante] y que, en consecuencia, el apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 aparece "as a mere doctrinal assertion, which may serve as a basis for guidance to States regarding acceptance of reservations, but no more than that"⁸ [como una simple afirmación doctrinal que puede servir de guía a los Estados en lo que respecta a la aceptación de las reservas, pero nada más].

5) Sobre todo, se estimó que el término francés "illicite" (ilícito) no era, en cualquier caso, apropiado para calificar las reservas que no cumplían las condiciones de forma o de fondo impuestas por las Convenciones de Viena. La Comisión considera a ese respecto que, en derecho internacional, un hecho internacionalmente ilícito entraña la responsabilidad de su autor, lo que evidentemente no es el caso de la formulación de reservas contrarias a las disposiciones del tratado a que se refieren o incompatibles con su objeto o fin⁹.

³ Párr. 1) del comentario.

⁴ Párr. 2) del comentario. Véase también el párr. 16) del comentario a la directriz 1.1.

⁵ Véase la intervención del Reino Unido en la Sexta Comisión el 2 de noviembre de 1993 (A/C.6/48/SR.24, párr. 42).

⁶ Acerca de esta disputa doctrinal, véase en particular Jean Kyongun Koh, "Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision, *Harvard International Law Journal* (1982), págs. 71 a 116, *passim*, especialmente págs. 75 a 77; véase también Catherine Redgwell, "Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties", *B.Y.B.I.L.*, vol. 64 (1993), págs. 243 a 283, especialmente págs. 263 a 269; e Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, segunda edición, 1984), pág. 81, nota 78.

⁷ Derek W. Bowett, "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", *B.Y.B.I.L.*, vol. 48 (1976-1977), pág. 88.

⁸ José María Ruda, "Reservations to Treaties", *Recueil des cours...*, vol. 146 (1975-III), pág. 190.

⁹ Véase *infra* la directriz 3.3.2 (Invalidéz sustantiva de las reservas y responsabilidad internacional) y

- 6) La Comisión, así pues, opinó lo siguiente:
- En primer lugar, que el término francés "licite" (lícito) daba a entender que la formulación de reservas en contravención de lo dispuesto en el artículo 19 de las Convenciones de Viena entrañaba la responsabilidad del Estado o de la organización internacional que formulaba la reserva, lo que ciertamente no ocurría¹⁰; y
 - En segundo lugar, que el término "*permissible*" utilizado en el texto inglés de las directrices de la Guía de la Práctica y sus comentarios ("admisible" en español) podía dar a entender que la cuestión se planteaba exclusivamente desde el punto de vista de la admisibilidad y no de la oponibilidad, lo que presentaba el inconveniente de tomar partido inútilmente en la controversia doctrinal antes mencionada¹¹.
- 7) Con todo, se ha conservado en el texto inglés el término "*permissibility*" para designar la validez sustantiva de las reservas que cumplen las exigencias del artículo 19 de las Convenciones de Viena, ya que, según los oradores de habla inglesa, esta denominación no entrañaría ninguna toma de posición en cuanto a las consecuencias de no respetar tales condiciones. Este término se ha traducido al francés por la expresión "validité substantielle" y al español por "validez sustantiva".
- 8) La tercera parte de la Guía de la Práctica se ocupa sucesivamente de los problemas relativos a:
- La validez sustantiva de las reservas;
 - La competencia para apreciar la validez de las reservas;
 - Las consecuencias de la falta de validez de una reserva; y
 - La validez sustantiva de las reacciones a las reservas.

Se dedica una sección específica, según corresponda, a las mismas cuestiones en lo que respecta a las declaraciones interpretativas.

3.1 Validez sustantiva de una reserva

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos:

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

Comentario

1) La directriz 3.1 reproduce sin modificarlo el texto del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986, cuya redacción se ajusta al texto de la disposición correspondiente de la Convención de 1969 con los únicos añadidos

su comentario.

¹⁰ Véase *supra*, párr. 5).

¹¹ Párr. 4.

que fueron necesarios por el hecho de incluir los tratados concertados por las organizaciones internacionales¹².

2) Al establecer que en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado, o de adherirse a él, "[u]n Estado o una organización internacional *podrá* formular una reserva", aunque sea bajo ciertas condiciones, esta disposición enuncia "el principio general de que se pueden formular reservas..."¹³. Se trata de un elemento esencial del "sistema flexible" resultante del dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 1951¹⁴ y no es exagerado afirmar que a este respecto invierte la presunción tradicional que dimanaría del sistema de la unanimidad¹⁵, con el objetivo declarado de facilitar la mayor adhesión posible a los tratados y, por lo tanto, su universalidad.

3) A este respecto, el texto del artículo 19 mantenido finalmente en 1969 está tomado directamente de las propuestas de Waldock y era diametralmente opuesto a los proyectos preparados por los Relatores Especiales sobre el derecho de los tratados que le habían precedido y que partían de la presunción inversa y expresaban en términos negativos o restrictivos el principio según el cual una reserva *únicamente* puede formularse (o "hacerse"¹⁶) si se cumplen ciertas condiciones¹⁷. Waldock, por su parte¹⁸, presenta el principio como la "facultad de formular, esto es, de proponer una reserva", que tiene el Estado "en virtud de su soberanía"¹⁹.

4) No obstante, esta facultad no es ilimitada:

¹² En relación con los trabajos preparatorios del artículo 19 de la Convención de Viena de 1986, véase A. Pellet, "Article 19 (1986)", en O. Corten y P. Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruselas, 2006, págs. 789 a 796.

¹³ Comentario al proyecto de artículo 18 aprobado en primera lectura en 1962, *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 208, párr. 15); véase también el comentario al proyecto de artículo 16 aprobado en segunda lectura, *ibíd.*, 1966, vol. II, pág. 227, párr. 17). Respecto de la Convención de 1986, véanse los comentarios a los proyectos de artículo 19 (Caso de tratados entre varias organizaciones internacionales), aprobado en 1977, *ibíd.*, 1977, vol. II, pág. 107, párrs. 1, y 19 *bis* (Caso de tratados entre Estados y una o más organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y uno o más Estados), *ibíd.*, pág. 109, párr. 3).

¹⁴ 28 de mayo de 1951, *Réserves a la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Recueil 1951*, pág. 15.

¹⁵ Este concepto, que sin duda se ha convertido en norma consuetudinaria en el periodo de entre guerras (véase el voto particular disconforme formulado conjuntamente por los magistrados Guerrero, McNair, Read y Hsu Mo, anexo a la opinión consultiva citada, *Recueil 1951*, págs. 34 y 35), limitaba considerablemente la facultad de hacer reservas; únicamente era posible si todas las demás partes en el tratado las aceptaban, en defecto de lo cual el autor de la reserva quedaba fuera del ámbito de la convención. En sus observaciones acerca del proyecto de artículo 18 aprobado por la Comisión en 1962, el Japón proponía volver a la presunción inversa (véase el cuarto informe de Sir Humphry Waldock sobre el derecho de los tratados, (A/CN.4/177 y Add.1 y 2, *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 40).

¹⁶ Véase a este respecto *infra*, párrs. 6) y 7).

¹⁷ Véase, por ejemplo, el proyecto de artículo 10, párr. 1, propuesto por J. L. Brierly (A/CN.4/23, texto inglés en *Yearbook...*, 1950, vol. II, pág. 238), los proyectos de artículo 9 propuestos por Hersch Lauterpacht (primer informe, A/CN.4/63 reproducido en inglés en *Yearbook...*, 1953, vol. II, pág. 91; y segundo informe, A/CN.4/87, texto en inglés en *Yearbook...*, 1954, vol. II, pág. 131) o el proyecto de artículo 39, párr. 1, del proyecto de G. G. Fitzmaurice (*Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 126). Véanse las observaciones de Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux* (París: Pedone, 1979), págs. 88 y 89.

¹⁸ "En el momento de firmar, ratificar o aceptar un tratado, o de adherirse a él, el Estado está en libertad de formular una reserva (...), salvo..." (primer informe, A/CN.4/144, *Anuario...*, 1962, vol. II, art. 17, párr. 1.a), pág. 69).

¹⁹ Comentario al artículo 17, *ibíd.*, pág. 75, párr. 9); la cursiva es del original.

- En primer lugar, está limitada en el tiempo porque la formulación de reservas únicamente puede tener lugar "en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él"²⁰;
- En segundo lugar, la formulación de reservas puede ser incompatible con el objeto de ciertos tratados, ya sea porque están limitados a un pequeño grupo de Estados —hipótesis que tiene en cuenta el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención, que retoma el sistema de la unanimidad respecto de esos instrumentos²¹— ya sea, en el marco de los tratados de alcance universal, porque las partes quieren hacer prevalecer la integridad del tratado sobre su universalidad o, en todo caso, limitar la facultad de los Estados de formular reservas; a este respecto, al igual que todos los demás, la Convención de Viena únicamente tiene carácter supletorio de la voluntad y nada impide a los negociadores incluir en el tratado "cláusulas de reservas" que limiten o modifiquen la facultad de principio enunciada en el artículo 19²².

5) Así pues, resulta tal vez excesivo hablar de un "derecho a las reservas" por más que la Convención parta del principio de que existe una presunción favorable a su validez. Algunos miembros cuestionaron la existencia de tal presunción. Tal es, por otra parte, el sentido del propio título del artículo 19 de las Convenciones de Viena ("*Formulación de reservas*")²³, confirmado por el encabezamiento de esta disposición: "Un Estado *podrá formular una reserva (...), a menos...*". Ciertamente, al utilizar el verbo "podrá", "la cláusula introductoria del artículo 19 reconoce un derecho a los Estados, pero se trata sólo del derecho a "formular" reservas"²⁴.

²⁰ Véase *infra*, párr. 9).

²¹ "Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes."

²² Respecto del carácter supletorio del régimen de Viena, véase en particular Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, segunda ed., Cambridge University Press, 2007, págs. 151 a 153; John King Gamble, Jr., "Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice", *A.J.I.L.*, vol. 74 (1980), págs. 383 a 391; P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* nota XXX, págs. 162 a 230; Lord McNair, *The Law of Treaties*, (Oxford: Clarendon Press, 1961), págs. 169 a 173; Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, (Estrasburgo: Consejo de Europa, 1999), págs. 85 a 90 y 101 a 104; Rosa Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados – Formulación y ambigüedades del régimen de Viena* (Universidad de Murcia, 2004), págs. 89 a 136.

²³ Acerca de la modificación de este título en el marco de la Guía de la Práctica, véase *infra*, párr. 10).

²⁴ P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 83; véase también Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, tercera edición revisada y aumentada por Philippe Cahier (París: PUF, 1995), pág. 75, o R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 84. Cabe también destacar que una propuesta de Briggs tendente a reemplazar la palabra "libertad" que figuraba en el proyecto de Waldock (véase *supra*, nota XXX) por la palabra "derecho" (*Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 151, párr. 22) no fue aprobada, ni tampoco lo fue una enmienda en el mismo sentido presentada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la Conferencia de Viena (A/CONF.39/C.1/L.115, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, periodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), pág. 143, párr. 175). El texto actual ("Un Estado podrá formular una reserva (...) a menos...") fue aprobado por el Comité de Redacción de la Comisión (*Anuario...*, 1962, vol. I, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 237, párr. 3) y posteriormente por la Comisión en sesión plenaria (*ibíd.*, vol. II, pág. 202, art. 18, párr. 1) en 1962. La única modificación de que fue objeto en 1966 consistió en reemplazar las palabras "Todo Estado" por "Un Estado" (véase *Anuario...*, 1965, vol. I, 1965, 813ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 274, párr. 1 (texto aprobado por el Comité de Redacción) y *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 222, (artículo 16 aprobado en segunda lectura)).

6) Las palabras "formular" y "formulación" se escogieron con cuidado. Significan que, si bien corresponde al Estado que quiere subordinar a una reserva la manifestación de su consentimiento en obligarse a indicar cómo pretende modular su participación en el tratado²⁵, esta formulación no basta por sí misma; la reserva no queda "hecha" y no produce sus efectos por el solo hecho de la declaración. Esa es la razón por la cual una enmienda de China que apuntaba a reemplazar las palabras "formular una reserva" por "hacer una reserva"²⁶ fue descartada por el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena²⁷. Como había señalado Waldock, "al decir (...) que un Estado puede *"hacer"* una reserva, se dice algo que es implícitamente equívoco, pues precisamente la cuestión que se plantea es la de si una reserva *formulada* por un Estado puede considerarse como "hecha" efectivamente mientras no haya recibido el asentimiento de los demás Estados interesados"²⁸. Ahora bien, una reserva no sólo no es "efectiva"²⁹ si no se cumplen ciertas condiciones de procedimiento, ciertamente muy poco restrictivas³⁰, sino que además debe respetar las condiciones de fondo enunciadas en los tres apartados del propio artículo 19, como ponen de manifiesto las palabras "a menos"³¹.

7) Según algunos autores, la terminología empleada en esta disposición es, sin embargo, incongruente a este respecto porque "[c]uando el tratado autoriza ciertas reservas (artículo 19 b)), éstas no tienen por qué ser aceptadas por los demás Estados (...). Por lo tanto, están "hechas" desde el momento de su formulación por el Estado autor de las reservas"³². Según ese razonamiento, aunque el apartado b) indica acertadamente que tales reservas "pueden *hacerse*", el encabezamiento del artículo 19 induce a error porque implica que su autor tampoco las hace, sino que solo las "formula"³³. En realidad es una falsa

²⁵ Véase D. W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Factor?" *Australian Yearbook of International Law*, vol. 16 (1995), pág. 22. Cf. D. W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Factor?", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 16 (1995), p. 22, A. Pellet, "Article 19 (1969)", *op. cit.* nota XXX, págs. 712 a 714, párrs. 146 a 149.

²⁶ A/CONF.39/C.1/L.161 (véase *Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), *op. cit.* nota XXX, pág. 144, párr. 177).

²⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 23ª sesión, 11 de abril de 1968, pág. 133, párr. 2 (explicaciones de China), y 24ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 139, párr. 13 (declaración del Consultor Técnico, Sir Humphrey Waldock).

²⁸ Primer informe (A/CN.4/144), *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 71, párr. 1) del comentario a los proyectos de artículo 17 a 19.

²⁹ Véase el encabezamiento del artículo 21: "Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23..." y las directrices 4.1 a 4.1.3.

³⁰ Véase el artículo 20, párrs. 3 a 5, el artículo 21, párr. 1, y el artículo 23, y las directrices 2.1 a 2.2.4. Véase también Massimo Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", *California Western International Law Journal*, vol. 15 (1985), pág. 28, D. Müller, "Article 20 (1969)", *op. cit.* nota XXX, págs. 797 a 875, y D. Müller, "Article 21 (1969)", en O. Corten y P. Klein (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, págs. 883 a 929.

³¹ "Este artículo expone el principio general de que se pueden formular reservas excepto en tres casos" (*Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 227, comentario al artículo 16, párr. 17); la utilización del verbo "*faire*" (hacer) en el texto francés del comentario (*ibíd.*, pág. 225) es criticable pero más bien se trata de un error de traducción que de un propósito deliberado *contra*: P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 90. Por lo demás, el texto inglés del comentario es correcto: "*This article states the general principle that the formulation of reservations is permitted except in three cases...*" (*Yearbook...*, 1966, vol. II, pág. 207, la redondilla es añadida).

³² P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* nota XXX, págs. 84 y 85.

³³ Véase también J. M. Ruda, "Reservations to Treaties", *op. cit.* nota XXX, págs. 179 y 180, y la crítica mucho más moderada de Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T. M. C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law (La Haya, 1988), vol. 5, págs. 111 y 112.

polémica³⁴: el apartado b) no se refiere a las reservas efectivas (o hechas) por el mero hecho de su formulación sino, por el contrario, a las que no están autorizadas por el tratado. Como en el supuesto del apartado a), estas últimas no pueden formularse: en un caso (apartado a)), la prohibición es expresa; en el segundo (apartado b)), es implícita.

8) Al fin y al cabo, el principio de la facultad de formular una reserva no se puede separar de las excepciones al principio. Por esta razón, la Comisión, que, en general, tiene por norma no modificar el texto de las disposiciones de las Convenciones de Viena que reproduce en la Guía de la Práctica, no estimó necesario dedicar una directriz específica al principio mismo de la presunción de validez de las reservas.

9) Por la misma razón, la Comisión renunció a excluir de la directriz 3.1 la mención de los distintos momentos "en los cuales se puede formular una reserva". En efecto, como se ha señalado anteriormente³⁵, el artículo 19 recoge las limitaciones temporales que figuran en la propia definición de las reservas enunciada en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena³⁶ y no cabe duda de que esa repetición es superflua, como había señalado Dinamarca con ocasión del examen del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que se aprobó en 1962³⁷. Sin embargo, la Comisión no consideró necesario subsanar esta anomalía al aprobar el proyecto definitivo en 1966 y esa repetición no es un inconveniente suficientemente grave como para reescribir la Convención de Viena, que permitió que ese inconveniente permaneciera.

10) Esa repetición también recuerda discretamente el hecho de que la validez de las reservas no depende únicamente de las condiciones de fondo enumeradas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena, sino que está condicionada asimismo por el respeto de las condiciones de forma y los plazos. Sin embargo, éstas se tratan en la segunda parte de la Guía de la Práctica, mientras que en la tercera parte se hará más hincapié en la validez *sustantiva* de las reservas. Tal es el título que la Comisión ha dado a la directriz 3.1, para el que no era posible mantener el título del artículo 19 de las Convenciones de Viena ("Formulación de reservas"), ya utilizado para la directriz 2.1.3³⁸ y que además pone indebidamente el acento en las condiciones formales de validez de las reservas.

3.1.1 Reservas prohibidas por el tratado

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

- a) prohíbe cualquier reserva;
- b) prohíbe las reservas a determinadas disposiciones a las que se refiere la reserva en cuestión; o
- c) prohíbe ciertas categorías de reservas entre las que figura la reserva en cuestión.

³⁴ Cabe, en cambio, cuestionar el empleo de los verbos "formular" y "hacer" en el párrafo 2 del artículo 23; no es coherente precisar, al final de esta disposición, que en caso de confirmación, en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse, de una reserva formulada en el momento de la firma, "se considerará que la reserva ha sido *hecha* en la fecha de su confirmación". La Comisión, al preparar la Guía de la Práctica en materia de reservas, ha tratado de adoptar un vocabulario coherente a este respecto (las críticas que le ha hecho R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 85, obedecían al parecer a un error de traducción en el texto español).

³⁵ Párr. 4).

³⁶ Véase la directriz 1.1 (Definición de las reservas) y su comentario.

³⁷ Véase el cuarto informe de Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/177), *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 47.

³⁸ "Representación a efectos de la formulación de una reserva en el plano internacional".

Comentario

1) Según Paul Reuter, los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo 19 (reproducidos en la directriz 3.1) constituyen "casos muy sencillos"³⁹. Sin embargo, no parece que eso sea así. Efectivamente, estas disposiciones remiten a los casos en que un tratado al cual un Estado o una organización internacional quiere hacer una reserva contiene una cláusula especial por la que se prohíbe o autoriza la formulación de reservas. Sin embargo, además de que no están claramente incluidos todos los supuestos posibles⁴⁰, pueden plantearse problemas delicados en cuanto al alcance exacto de una cláusula que prohíba las reservas y a los efectos de una reserva formulada a pesar de esa prohibición.

2) La directriz 3.1.1 tiene por objeto precisar el alcance del apartado a) de la directriz 3.1, que no indica qué hay que entender por "reserva prohibida por el tratado", mientras que las directrices 3.1.2 y 3.1.4 procuran aclarar el sentido y el alcance de la expresión "determinadas reservas" que figura en el apartado b).

3) En el apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 17 presentado a la Comisión en 1962, Waldock distinguía tres supuestos:

- "Cuando por las estipulaciones del tratado esté prohibido hacer reservas o ello esté excluido por la naturaleza del tratado o (...) el uso establecido de una organización internacional";
- Las reservas no previstas por una cláusula que restrinja la posibilidad de hacer reservas; o
- Las reservas no previstas por una cláusula que autorice ciertas reservas⁴¹.

El elemento común de los tres casos era que, a diferencia de las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado⁴², "cuando se formula una reserva que no está prohibida por el tratado, los demás Estados están llamados a indicar si la aceptan o la rechazan, pero cuando se trata de una reserva prohibida por el tratado no necesitan hacerlo, pues ya han expresado su objeción a ella en el propio tratado"⁴³.

4) Si bien la Comisión la recogió, en forma algo diferente⁴⁴, esa tipología era inútilmente complicada y, en el plano bastante general en que querían moverse los redactores de la Convención, era inútil hacer una distinción entre los dos primeros supuestos enunciados por el Relator Especial⁴⁵. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 18,

³⁹ Paul Reuter "Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels" en *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, (Dordrecht: Nijhoff, 1999), pág. 625 (reproducido también en P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international*, (París: Economica, 1999), pág. 363. En cambio, en relación con la complejidad de ese supuesto, véase A. Pellet, "Article 19 (1969)", *op. cit.* nota XXX, págs. 715 a 725, párrs. 151 a 167.

⁴⁰ Véase *infra* nota XXX, y el comentario a la directriz 3.1.3, párr. 9.

⁴¹ Primer informe (A/CN.4/144), *Anuario...*, 1962, vol. II, págs. 69 y 70.

⁴² Supuesto previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17, pero en forma bastante distinta del texto actual.

⁴³ Primer informe (A/CN.4/144), *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 75, párr. 9) del comentario.

⁴⁴ Proyecto de artículo 18, párr. 1 b), c) y d), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimoséptimo período de sesiones, Suplemento N° 9 (A/5209)*, *Anuario...*, 1962, vol. II, págs. 202 y 203 (véase el comentario de este párrafo, pág. 208, párr. 15)).

⁴⁵ A la inversa, durante el debate del proyecto, Briggs había estimado que "la distinción que hay que hacer es entre el caso previsto en el apartado a), en que se prohíben todas las reservas, y el previsto en los apartados b) y c), en que únicamente ciertas reservas están expresamente prohibidas o implícitamente excluidas" (*Anuario...*, 1962, vol. I, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 238, párr. 12; véase la opinión discrepante de Waldock, *ibíd.*, pág. 239, párr. 32); como indica el ejemplo

que propuso en 1965 a la luz de las observaciones de los gobiernos, el Relator Especial se limitó a distinguir entre las reservas expresamente prohibidas por el tratado (o "por las normas en vigor de una organización internacional"⁴⁶) y las que lo estaban implícitamente a consecuencia de la autorización de ciertas reservas por el tratado⁴⁷. Es esta distinción la que se vuelve a encontrar, en forma depurada⁴⁸, en los apartados a) y b) del artículo 19 de la Convención, sin que se establezca ninguna distinción según que el tratado prohíba o autorice total o parcialmente las reservas⁴⁹.

5) Según Tomuschat, la prohibición tal y como está enunciada en el apartado a) debería entenderse en el sentido de que comprende tanto las prohibiciones expresas como las implícitas⁵⁰. Esa interpretación puede hallar justificación en los trabajos preparatorios de esta disposición:

del artículo 12 de la Convención sobre la plataforma continental, de 1958 (véase *infra* el comentario a la directriz 3.1.2, párr.6), esta observación es muy pertinente.

⁴⁶ Si bien el principio no había sido cuestionado con ocasión del debate en sesión plenaria en 1965, aunque lo había sido por Lachs en 1962 (*Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 154, párr. 53) y se había conservado en el texto aprobado en la primera parte del 17º período de sesiones (véase *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 172), esta precisión desaparece sin explicación del proyecto de artículo 16, finalmente aprobado por la Comisión en 1966 tras los últimos retoques por el Comité de Redacción (véase *Anuario...*, 1966, vol. I, 887ª sesión, de 11 de julio de 1966, pág. 301, párr. 91). La supresión de esa expresión guarda relación con la cláusula general de salvaguardia relativa a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional que figuraba en el artículo 5 de la Convención y fue aprobada el mismo día en su forma definitiva por la Comisión (*ibid.*, pág. 300, párr. 79). En la práctica, es excepcional que se puedan formular reservas al instrumento constitutivo de una organización internacional (véase Maurice H. Mendelson, "Reservations to the Constitutions of International Organizations", *B.Y.B.I.L.*, vol. 45 (1971), págs. 137 a 171). En lo que respecta a los tratados celebrados en el ámbito de organizaciones internacionales, el mejor ejemplo de exclusión (supuesta) de las reservas es el de la Organización Internacional del Trabajo, en la que es práctica constante no aceptar el depósito de instrumentos de ratificación de convenios internacionales del trabajo cuando están sujetos a reservas (véase el Memorando presentado por el Director de la Oficina Internacional del Trabajo al Consejo de la Sociedad de las Naciones sobre la admisibilidad de reservas a los convenios generales, *Journal Officiel de la Société des Nations*, 1927, pág. 882, o el memorando presentado por la Organización Internacional del Trabajo a la Corte Internacional de Justicia en 1951 en el asunto relativo a las *Réserves à la Convention sur le Génocide*, en Corte Internacional de Justicia, *Mémoires, plaidoiries et documents*, 1951, págs. 227 y 228 o la declaración de Wilfred Jenks, Asesor Jurídico de la Oficina Internacional del Trabajo en el curso de los alegatos orales en el mismo asunto, *ibid.*, pág. 234); véase una explicación y una crítica de esta posición en el comentario a la directriz 1.1.6 (Reservas formuladas en virtud de cláusulas que autorizan expresamente la exclusión o la modificación de ciertas disposiciones de un tratado), párrs. 3 a 5.

⁴⁷ Cuarto informe (A/CN.4/177), *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 52.

⁴⁸ Respecto de los cambios de redacción introducidos por la Comisión, véanse los debates sobre el proyecto de artículo 18 (*Anuario...*, 1965, vol. I, en particular las sesiones 797ª y 798ª, de 7 y 9 de junio de 1965, págs. 154 a 171) y el texto aprobado por el Comité de Redacción (*ibid.*, 813ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 274, párr. 1)) y el debate correspondiente (*ibid.*, págs. 274 a 276). El texto definitivo de los apartados a) y b) del artículo 16 aprobados en segunda lectura por la Comisión era el siguiente: "Todo Estado podrá formular una reserva (...) a menos que: a) la reserva esté prohibida por el tratado; b) el tratado autorice determinadas reservas entre las que no figure la reserva de que se trate" (*Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 222). Véase también *infra* el comentario a la directriz 3.1.2, nota XXX.

⁴⁹ Las "propuestas alternativas" de *lege ferenda* formuladas en 1953 en el primer informe presentado por Hersch Lauterpacht se referían todas ellas a los tratados que "[do] not prohibit or restrict the faculty of making reservations" ("no prohíben o limitan la facultad de hacer reservas") (Primer informe (A/CN.4/63), *Yearbook...*, 1953, vol. II, *ibid.*, págs. 91 y 92).

⁵⁰ Christian Tomuschat, "Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties.

- En su redacción original, propuesta por Waldock en 1962⁵¹, se especificaba que la disposición se refería a las reservas prohibidas "por las estipulaciones del tratado", precisión que fue abandonada en 1965 sin explicación por parte del Relator Especial y sin que los debates de la Comisión aclaren gran cosa al respecto⁵²;
- En el comentario del proyecto de artículo 16, aprobado en segunda lectura en 1965, la Comisión parece en efecto poner en el mismo plano "las reservas expresa o implícitamente prohibidas por el tratado"⁵³.

6) Esta interpretación es, sin embargo, discutible. La idea de que ciertos tratados podían, "por su naturaleza", excluir las reservas fue descartada en 1962 por la Comisión, que rechazó la propuesta hecha en ese sentido por Waldock⁵⁴. Por ello, excepto en el caso de las reservas a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales —de las que se ocupa la directriz 2.8.8—, no se alcanza a ver qué prohibiciones podrían resultar "implícitamente" del tratado, salvo en los casos comprendidos en los apartados b) y c)⁵⁵ del artículo 19⁵⁶, y hay que admitir que el apartado a) únicamente se refiere a las reservas

Comments on Articles 16 and 17 of the International Law Commission's Draft Articles on the Law of Treaties", *Z.a.ö.R.V.*, vol. 27 (1967), pág. 469.

⁵¹ Véase *supra*, párr. 3).

⁵² Véase, sin embargo, la intervención de Yasseen, *Anuario...*, 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 156, párr. 19: "... podría sustituirse la expresión "las disposiciones del tratado" (*expressément*) por las palabras "el tratado", con lo que el texto diría como sigue: "[salvo] cuando el tratado o las normas... prohibieren que se formulen reservas". Basta con que el tratado se pronuncie al respecto, y da lo mismo que lo haga implícitamente o explícitamente", pero se refería al texto de 1962.

⁵³ Al igual, por lo demás, que las autorizadas "expresa o implícitamente", *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 225, párr. 10) del comentario; véase también pág. 227, párr. 17). En el mismo espíritu, el apartado a) del párrafo 1 del artículo 19 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en 1981 ponía en pie de igualdad los casos en que las reservas estaban prohibidas por los tratados y aquellos en que "conste de otro modo que los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras han convenido que la reserva esté prohibida" (*Anuario...*, 1981, vol. II (Segunda parte), pág. 144).

⁵⁴ Véase *supra*, párr. 4). El Relator Especial indicó que, al redactar esa cláusula, "pensaba en la Carta de las Naciones Unidas, que, por su naturaleza, no es susceptible de reservas" (*Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 154, párr. 60). Esta excepción está comprendida en la cláusula de salvaguardia del artículo 5 de la Convención (véase *supra*, nota XXX). La expresión "naturaleza del tratado" no fue objeto de mayor atención en el curso del debate (Castrén, sin embargo, la consideró imprecisa, *ibíd.*, 652ª sesión, 28 de mayo de 1962, pág. 160, párr. 28; véase también Verdross, *ibíd.*, párr. 35); fue suprimida por el Comité de Redacción (*ibíd.*, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 237, párr. 3).

⁵⁵ Las enmiendas presentadas por España (A/CONF.39/C.1/L.147) y por los Estados Unidos y Colombia (A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1) tendentes a reintroducir el concepto de "naturaleza" del tratado en el apartado c) fueron retiradas por sus autores o rechazadas por el Comité de Redacción (véase la reacción de los Estados Unidos en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11/Add.1, pág. 37). Durante los debates de la Comisión sobre la directriz 3.1.1, algunos miembros estimaron, sin embargo, que determinados tratados, como la Carta de las Naciones Unidas, excluían, por su naturaleza, cualquier tipo de reserva. No obstante, la Comisión estimó que esta idea se confundía con el principio enunciado en el apartado c) del artículo 19 de las Convenciones de Viena y que, tratándose de la Carta, la exigencia de la aceptación del órgano competente de la organización (véase el párrafo 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena) daba garantías suficientes.

⁵⁶ Esa es, por lo demás, la conclusión final a que llega C. Tomuschat, "Admissibility and Legal Effects of Reservations...", *op. cit.* nota XXX, pág. 471.

expresamente prohibidas por el tratado. Esta interpretación parece, además, conforme a la relativa flexibilidad que impregna el conjunto de las disposiciones de la Convención concernientes a las reservas.

7) No se plantea ningún problema —salvo el de saber si la declaración de que se trata constituye o no una reserva⁵⁷— si la prohibición es totalmente clara, en particular cuando es general, en la inteligencia, no obstante, de que existen relativamente pocos ejemplos de ese género de prohibición⁵⁸, aunque algunos sean célebres, como el del artículo 1 del Pacto de la Sociedad de las Naciones:

"Son Miembros originarios de la Sociedad de Naciones aquellos Signatarios (...) que se hubieren adherido al presente Pacto sin ninguna reserva..."⁵⁹.

De igual modo, en el artículo 120 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 se dispone lo siguiente:

"No se admitirán reservas al presente Estatuto."⁶⁰

⁵⁷ Véase la directriz 1.3.1 (Método de determinación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas) y su comentario.

⁵⁸ Incluso en materia de derechos humanos (véase P.-H. Imbert, "La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme", *Actes du cinquième colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme* (París: Pedone, 1982), pág. 100 (publicado también en inglés con el título "Reservations and Human Rights Convention", *Human Rights Review* (1981), pág. 28) o W. A. Schabas, "Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform", *Annuaire canadien de droit international* (1995), pág. 46); véase sin embargo, por ejemplo, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956 (art. 9), la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960 (art. 9, párr. 7), el Protocolo N° 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983 (art. 4) o la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987 (art. 21), que prohíben cualquier reserva a sus disposiciones. En ocasiones las cláusulas sobre reservas de los tratados de derechos humanos remiten a las disposiciones de la Convención de Viena que se refieren a las reservas (cf. el artículo 75 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) —lo cual hacen tácitamente las convenciones y convenios que no incluyen ninguna cláusula de reserva— o reproducen su texto (cf. el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, o el párrafo 2 del artículo 51 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989).

⁵⁹ Se puede sostener que esta norma fue abandonada cuando el Consejo de la Sociedad reconoció la neutralidad de Suiza (en este sentido, M. Mendelson, "Reservations to the Constitutions of International Organizations", *op. cit.* nota XXX, págs. 140 y 141).

⁶⁰ Por categórica que pueda parecer, esta prohibición no está, al fin y al cabo, totalmente desprovista de ambigüedad: el artículo 124 del Estatuto, que autoriza a "un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, [a] declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte" sobre los crímenes de guerra, constituye una excepción a la norma establecida en el artículo 120, ya que esas declaraciones equivalen a verdaderas reservas (véase A. Pellet, "Entry into Force and Amendment of the Statute" en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, 2002), vol. I, pág. 157); véase también el Convenio europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, cuyo artículo 21 prohíbe las reservas, mientras que otras disposiciones diversas autorizan algunas. Para otros ejemplos, véanse Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservations Clauses in Treaties Concluded within the Council of Europe", *I.C.L.Q.*, vol. 48 (1999), págs. 493 y 494; P. Daillier, M. Forteau y A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, *L.G.D.J.*, (8ª ed., París, 2009), pág. 199; P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* nota XXX, págs. 165 y 166; F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 113; R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, *op. cit.* nota XXX, págs. 105 a 108; W. A. Schabas, *op. cit.* nota XXX pág. 46.

Igualmente, según el párrafo 1 del artículo 26 del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 1989:

"No se podrán formular reservas ni excepciones al presente Convenio."⁶¹

8) Sin embargo, puede ocurrir que la prohibición sea más ambigua. Así, a tenor del párrafo 14 del Acta final de la Conferencia de Ginebra de 1961 que aprobó el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, "las delegaciones que han participado en la negociación del Convenio (...) declaran que sus respectivos países no tienen la intención de hacer reservas al Convenio"⁶²; no sólo no se trata de una prohibición categórica, sino que además esta declaración de intención se hace en un instrumento distinto del tratado. En un caso de este tipo, cabe pensar que las reservas no están prohibidas estrictamente hablando, pero que si un Estado formula una, las otras Partes deberían lógicamente hacer una objeción.

9) Con mayor frecuencia, la prohibición es parcial y se refiere a una o varias reservas determinadas o a una o varias categorías de reservas. La hipótesis más sencilla (pero bastante infrecuente) es la de las cláusulas que enumeran las disposiciones del tratado con respecto a las cuales están prohibidas las reservas⁶³. Así ocurre en el caso del artículo 42 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951⁶⁴, o el artículo 26 del Convenio Internacional de la Organización Marítima Internacional sobre la seguridad de los contenedores, de 1972.

10) Más complicada es la hipótesis en la cual el tratado no prohíbe las reservas a determinadas disposiciones, pero excluye ciertas categorías de reservas. Sirve de ejemplo de este tipo de cláusulas el párrafo 3 del artículo 78 del Convenio Internacional del Azúcar de 1977:

⁶¹ Para un comentario muy detallado, véase Alessandro Fodella, "The Declarations of States Parties to the Basel Convention" en Tullio Treves (dir.), *Six Studies on Reservations, Comunicazioni e Studi*, vol. XXII, 2002, págs. 111 a 148; en el párrafo 2 del artículo 26 se autoriza a los Estados Partes a "formul[ar] declaraciones o manifestaciones, cualesquiera que sean su redacción y título, con miras, entre otras cosas, a la armonización de sus leyes y reglamentos con las disposiciones del Convenio, a condición de que no se interprete que esas declaraciones o manifestaciones excluyen o modifican los efectos jurídicos de las disposiciones del Convenio y su aplicación" a esos Estados; la distinción entre las reservas del párrafo 1 y las declaraciones del párrafo 2 puede resultar delicada, pero se trata de un problema de definición que en nada limita la prohibición establecida en el párrafo 1: si una declaración hecha en virtud del párrafo 2 resulta ser una reserva, está prohibida. La combinación de los artículos 309 y 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 plantea los mismos problemas y requiere las mismas respuestas (véase en particular A. Pellet, "Les réserves aux conventions sur le droit de la mer" en *La mer et son droit - Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, París, 2003, págs. 505 a 517; véase también *infra*, el comentario a la directriz 3.1.2, nota XXX).

⁶² Ejemplo citado por P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* nota XXX, págs. 166 y 167.

⁶³ Este supuesto es muy semejante al de que el tratado especifique las disposiciones con respecto a las cuales se permiten las reservas; véase *infra*, el comentario a la directriz 3.1.2, párr. 5, y la observación de Briggs, *Anuario...*, 1962, vol. I, 663ª sesión, 18 de junio de 1962.

⁶⁴ A propósito de esta disposición, P.-H. Imbert señala que "la influencia de la opinión [de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio adoptada dos meses antes] es clarísima, puesto que una cláusula de esa naturaleza equivale a preservar las disposiciones que no podrán ser objeto de reservas" (*Les réserves aux traités...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 167); véanse los demás ejemplos que se dan en *ibíd.*, o *infra* en el comentario a la directriz 3.1.2, párrs. 5) a 8).

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

11) En el proyecto de Sir Humphrey Waldock de 1962⁶⁵ se hacía la distinción entre las cláusulas de reservas de este tipo y las que excluyen "categorías determinadas de reservas". Por su parte, las Convenciones de Viena no hacen esas distinciones y, a pesar de la vaguedad de sus trabajos preparatorios, hay que presumir sin duda que el apartado a) del artículo 19 abarca a la vez los tres supuestos que un análisis más preciso permite deducir:

- El de las cláusulas de reservas que prohíben cualquier reserva;
- El de las cláusulas de reservas que prohíben las reservas a disposiciones específicas;
- Por último, el de las cláusulas de reservas que prohíben determinadas categorías de reservas.

12) Esta precisión pareció tanto más útil a la Comisión cuanto que la tercera de estas hipótesis plantea problemas (de interpretación⁶⁶) de la misma naturaleza que los planteados por el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, que determinadas cláusulas recogen por lo demás expresamente⁶⁷. Al indicar que estas reservas prohibidas sin referencia a una disposición concreta del tratado están comprendidas sin embargo en el apartado a) del artículo 19 de las Convenciones de Viena, la Comisión desea poner de relieve antes que nada la unidad del régimen jurídico aplicable a las reservas mencionadas en los tres apartados del artículo 19.

3.1.2 Definición de determinadas reservas

A los efectos de la directriz 3.1, se entiende por "determinadas reservas" las reservas expresamente previstas en el tratado a ciertas disposiciones del tratado o al tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos.

Comentario

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

- a) La cláusula de reserva que figure en el tratado debe autorizar la formulación de reservas;
- b) Las reservas autorizadas deben ser "determinadas"; y
- c) Debe especificarse que "únicamente" ellas "pueden hacerse"⁶⁸.

⁶⁵ *Anuario...*, 1962, vol. II, págs. 69 y 70.

⁶⁶ "Whether a reservation is permissible under exceptions (a) or (b) will depend on interpretation of the treaty" [Que una reserva sea admisible en virtud de las excepciones a) o b) dependerá de la interpretación del tratado] (A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, op. cit. nota XXX, pág. 136).

⁶⁷ Véanse los ejemplos dados en la nota XXX *supra*. Se trata de un ejemplo particular de "categorías de reservas prohibidas"; de manera particularmente incierta, a decir verdad.

⁶⁸ Sobre este término, véase *supra* el comentario a la directriz 3.1, párrs. 6) y 7).

El objeto de la directriz 3.1.2 es precisar el sentido de la expresión "determinadas reservas", que no se define en las Convenciones de Viena aunque esta calificación puede tener consecuencias importantes en cuanto al régimen jurídico aplicable puesto que cabe legítimamente sostener que las reservas que no son "determinadas" están sometidas a la obligación de respetar el criterio del objeto y el fin de tratado⁶⁹.

2) El origen del apartado b) del artículo 19 de las Convenciones de Viena se remonta al párrafo 3 del proyecto de artículo 37 presentado a la Comisión en 1956 por Fitzmaurice:

"En los casos en que el propio tratado permite que se hagan ciertas reservas específicas, o cierta clase de reservas, debe presumirse que cualesquiera otras reservas están excluidas y no podrán aceptarse."⁷⁰

Esta idea, que Waldock retomó en el apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 17 que propuso en 1962, es la que la Comisión aceptó en el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18, que aprobó ese mismo año⁷¹ y que, con modificaciones menores de redacción, se convirtió en el apartado b) del artículo 16 del proyecto de 1966⁷² y luego en el artículo 19 de la Convención, no sin oposición, por otra parte, puesto que durante la Conferencia de Viena se presentaron varias enmiendas tendentes a suprimir esta disposición⁷³ so pretexto de que era "demasiado rígida"⁷⁴ o repetía inútilmente el apartado a)⁷⁵ o no estaba confirmada por la práctica⁷⁶; sin embargo, todas fueron retiradas o rechazadas⁷⁷.

3) La única modificación del apartado b) fue introducida por una enmienda de Polonia para añadir la palabra "únicamente" después de "autorice", que fue aceptada por el Comité

⁶⁹ Véase *infra* la directriz 3.1.4.

⁷⁰ Primer informe (A/CN.4/101), *Yearbook...*, 1956, vol. II, pág. 115; véase también pág. 127, párr. 95. (El texto español figura en la versión mimeografiada de dicho informe, documento A/CN.4/101, págs. 114 y 115; véase también pág. 127, párr. 95.)

⁷¹ Véase *supra* el comentario a la directriz 3.1.1, párrs. 3) y 4).

⁷² Véase *supra* nota XXX.

⁷³ Enmiendas de los Estados Unidos y de Colombia (A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1) y de la República Federal de Alemania (A/CONF.39/C.1/L.128), cuyo objetivo expreso era suprimir el apartado b), y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (A/CONF.39/C.1/L.115), de Francia (A/CONF.39/C.1/L.169), de Ceilán (A/CONF.39/C.1/L.139), de España (A/CONF.39/C.1/L.147), que proponían modificaciones de amplio alcance del artículo 16 (o de los artículos 16 y 17) que hubieran conllevado igualmente la desaparición de esta disposición (para el texto de esas enmiendas, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), págs. 143 y 144, párrs. 174 a 177). En el examen del proyecto por la Comisión, algunos miembros habían considerado igualmente que esta disposición resultaba superflua (*Anuario...*, 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, Yasseen, pág. 156, párr. 18; Tunkin, *ibíd.*, párr. 29; pero, para una postura más matizada, véase *ibíd.*, pág. 157, párr. 33; o Ruda, pág. 161, párr. 70).

⁷⁴ En palabras de los representantes de los Estados Unidos y Polonia en la 21ª sesión de la Comisión Plenaria (10 de abril de 1968, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11), pág. 117, párr. 8 y pág. 127, párr. 42); véase también la declaración del representante de la República Federal de Alemania (*ibíd.*, pág. 120, párr. 23).

⁷⁵ Colombia, *ibíd.*, pág. 125, párr. 68.

⁷⁶ Suecia, *ibíd.*, pág. 129, párr. 29.

⁷⁷ Véase *ibíd.*, págs. 141 a 148, párrs. 181 a 188. Véanse las explicaciones del Consultor Técnico, Sir Humphrey Waldock, *Actas resumidas* (A/CONF.39/11), 24ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 139, párr. 6 y los resultados de las votaciones sobre esas enmiendas, *ibíd.*, 25ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 148, párrs. 23 a 25.

de Redacción de la Conferencia de Viena "para mayor claridad"⁷⁸. Esta presentación anodina no debe ocultar el gran alcance práctico de esta precisión, que en realidad invierte la presunción aceptada por la Comisión y, siempre dentro del proyecto perseguido por los países del Este de facilitar al máximo la formulación de reservas, abre esta posibilidad incluso cuando los negociadores han tomado la precaución de indicar expresamente disposiciones a las cuales está permitido formular una reserva⁷⁹. En todo caso, esta enmienda no dispensa de respetar el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado de una reserva que no está expresamente autorizada ni implícitamente prohibida⁸⁰. Esta es la razón por la que, en la redacción de la directriz 3.1.2, la Comisión optó por la palabra "previstas" en vez de la palabra "autorizadas" para calificar esas reservas, en contraste con la expresión "reserva expresamente autorizada" que figura en el párrafo 1 del artículo 20 de las Convenciones de Viena.

4) En la práctica, la tipología de las cláusulas de reservas permisivas es comparable a las de las disposiciones prohibitivas y plantean el mismo tipo de problemas en cuanto a la determinación *a contrario* de las reservas que no se pueden formular⁸¹:

- Algunas autorizan las reservas a disposiciones particulares, expresa y limitativamente enumeradas, positiva o negativamente;
- Otras autorizan categorías determinadas de reservas;
- Otras, por último (infrecuentes), autorizan las reservas en general.

5) El párrafo 1 del artículo 12 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental, de 1958, parece constituir un ejemplo de la primera de estas categorías:

"En el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, un Estado podrá formular reservas respecto de los artículos de la Convención, con excepción de los artículos 1 a 3 inclusive."⁸²

⁷⁸ A/CONF.39/C.1/L.136; véase *Actas resumidas* (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 70ª sesión, 14 de mayo 1968, pág. 457, párr. 16. Ya en 1965, durante el examen en la Comisión del proyecto de apartado b) del artículo 18 revisado por el Comité de Redacción, Castrén propuso añadir "sólo" después de "autorizare" en el apartado b) (*Anuario...*, 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 156, párr. 14 y 813ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 275, párr. 13; véase también la propuesta similar de Yasseen, ibíd., párr. 11), que no fue finalmente aceptada tras una nueva remisión al Comité de Redacción (véase ibíd., 816ª sesión, pág. 294, párr. 41).

⁷⁹ En este sentido, véanse F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations...*, op. cit. nota XXX, pág. 114, Liesbeth Lijnzaad, *Reservations to U.N. Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, T.M.C. Asser Institut (Dordrecht, Nijhoff, 1994), pág. 39, Jean-Marie Ruda, "Reservations to Treaties...", op. cit. nota XXX, pág. 181, o Renata Szafarz, "Reservations to Multilateral Treaties", *Polish Yearbook of International Law* (1970), págs. 299 y 300. Esas fórmulas limitativas no son por otra parte infrecuentes; véase por ejemplo el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1954. ("1. En el momento de la firma, la ratificación o la adhesión, todo Estado puede formular reservas a los artículos 11, 14 y 15; 2. No podrá hacerse ninguna otra reserva a la presente Convención.") y los demás ejemplos que da R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, op. cit. nota XXX, págs. 128 y 129, A. Pellet, "Article 19 (1969)", op. cit. nota XXX, págs. 720 a 721, párrs. 159 a 163. Sobre la importancia de la inversión de la presunción, véase también M. Robinson, *Anuario...*, 1995, vol. I, 2402ª sesión, pág. 170, párr. 17.

⁸⁰ Véase *infra*, la directriz 3.1.3 y su comentario, en particular párrs. 2) y 3).

⁸¹ Véase *supra*, la directriz 3.1.1 y su comentario.

⁸² Por su parte, en el artículo 309 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se dispone lo siguiente: "No se podrán formular ni excepciones a esta Convención, salvo las expresamente autorizadas por otros artículos de la Convención" (sobre esta disposición, véase A. Pellet, *Les réserves aux conventions sur le droit de la mer*, op. cit. nota XXX, págs. 505 a 511). Puede ocurrir que el tratado fije un número máximo de reservas o de disposiciones que pueden ser objeto de reservas (véase por ejemplo el artículo 25 del Convenio europeo sobre adopción de niños,

Como señaló Sir Ian Sinclair, "*Article 12 of the 1958 Convention did not provide for specified reservations, even though it may have specified articles to which reservations might be made*"⁸³ [el artículo 12 de la Convención de 1958 no prevé nada en lo relativo a las reservas determinadas, aunque precisa los artículos a los que se podrían formular reservas] y ni el alcance ni los efectos de esta autorización son obvios, como lo muestran la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos de la *Delimitación de la plataforma continental del mar del Norte*⁸⁴ y, sobre todo, el laudo arbitral dictado en 1977 en el asunto relativo a la *Delimitación de la plataforma continental entre Francia y el Reino Unido*⁸⁵.

6) En este asunto, el Tribunal arbitral subrayó que:

"La claridad de los términos del artículo 12 [de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental de 1958] autoriza a todo Estado contratante, en particular la República Francesa, a subordinar su consentimiento en obligarse por la Convención a reservas a artículos que no sean los artículos 1 a 3 inclusive."⁸⁶

No obstante,

"no se puede entender que el artículo 12 obligue a los Estados a aceptar por adelantado cualquier tipo de reserva a disposiciones que no sean los artículos 1 a 3. Esa interpretación del artículo 12 equivaldría casi a dar permiso a los Estados contratantes para que redactaran su propio tratado, lo cual sobrepasaría manifiestamente el objetivo de este artículo. Sólo si el artículo en cuestión hubiese autorizado la formulación de reservas específicas se podría considerar que hay Partes en la Convención que han aceptado de antemano una reserva determinada. Pues bien, eso no ocurre en este caso, ya que el artículo 12 autoriza la formulación de reservas a artículos que no sean los artículos 1 a 3 en términos muy generales."⁸⁷

7) Algo diferente ocurre cuando la cláusula de reserva define las categorías de reservas autorizadas. Sirve de ejemplo al respecto el artículo 39 del Acta General de Arbitraje de 1928:

"1. Independientemente de la facultad mencionada en el artículo precedente [⁸⁸], al adherirse a la presente Acta General, una Parte podrá subordinar su aceptación a las reservas enumeradas en forma restrictiva en el párrafo siguiente. Estas reservas deberán señalarse en el momento de la adhesión.

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

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

de 1967). Estas disposiciones se han de asimilar a las que autorizan a las partes a aceptar determinadas obligaciones o a elegir entre las disposiciones de un tratado, que no constituyen cláusulas de reserva *stricto sensu* (véanse la directriz 1.5.3 y su comentario).

⁸³ Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention...*, op. cit. nota XXX, pág. 73. Sobre la distinción entre reservas determinadas y no determinadas, véase también *infra*, párrs. 11) a 13).

⁸⁴ Véase la sentencia de 20 de febrero de 1969, *Recueil 1969*, págs. 38 a 41.

⁸⁵ Laudo de 30 de junio de 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, págs. 161 a 165, párrs. 39 a 44.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 161, párr. 39.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ El artículo 38 establece que las Partes se pueden adherir a determinadas partes del Acta General solamente.

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

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

Como indicó la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1978 relativa a la *Plataforma continental del mar Egeo*:

"Cuando un tratado multilateral prevé así que sólo se admitirán reservas de categorías determinadas especialmente designadas, existe evidentemente una gran probabilidad, si no una verdadera presunción, de que las reservas formuladas en términos tomados del tratado estén destinadas a aplicarse a las categorías correspondientes a que este se refiere,"

aunque los Estados no sigan "escrupulosamente la pauta" prevista en la cláusula de reserva⁸⁹.

8) Otro ejemplo, particularmente célebre y comentado⁹⁰, de cláusula que autoriza las reservas (y que entra a su vez en la segunda de las categorías mencionadas más arriba⁹¹) es el artículo 57 (antiguamente 64) del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

⁸⁹ Sentencia de 19 de diciembre de 1978, *Recueil* 1978, pág. 23, párr. 55.

⁹⁰ Véanse Angela Bonifazi, "La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", en *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme* (Actas de la mesa redonda organizada en Bari el 17 y 18 de diciembre de 1973 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bari), (Bari, Levante, 1974), págs. 301 a 319; Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des Droits de l'homme*, (París, Economica, 1989), págs. 86 a 93; J. A. Frowein, "Reservations to the European Convention on Human Rights" en *Protecting Human Rights: the European Dimension – Studies in Honour of Gerard J. Warda* (Colonia: C. Heymanns Verlag, 1988), págs. 193 a 200; Pierre-Henri Imbert, "Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire *Temeltasch*)", *R.G.D.I.P.*, 1983, págs. 580 a 625 (publicado igualmente en inglés: "Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: The *Temeltasch* Case", *I.C.L.Q.*, vol. 33 (1984), págs. 558 a 595); Rolf Kühner, "Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen "auslegenden Erklärung" zu Art. 6 Abs. 3 lit. e MRK", *ZaöRV*, vol. 42 (1982), págs. 58 a 92 (resumen en inglés); S. Marcus-Helmons, "L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme", *R.D.I.D.C.*, 1968, págs. 7 a 26; Maria Jose Morais Pires, *As reservas a Convenção europeia dos direitos do homem* (Coimbra, Portugal, Livraria Almedina (1997), pág. 493; Rosario Sapienza, "Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1987, págs. 641 a 653 y William A. Schabas, "Article 64" en E. Decaux, P.-H. Imbert y L. Pettiti dirs., *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article* (París: Economica, 1995), págs. 923 a 942, Susan Marks, "Reservations to Regional Human Rights Treaties" en J.P. Gardner (dir.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, British Institute of International and Comparative Law, 1997, pág. 35; Jean Dhommeaux, "La coordination des réserves et des déclarations à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques", en J.-F. Flauss y M. de Salvia (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux défis*, Bruselas, Bruylant, 1997, págs. 13 a 37.

⁹¹ Párr. 4). Para otros ejemplos, véanse A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, op. cit. nota XXX, págs. 135 y 136; S. Spiliopoulou Åkermark, "Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe", op. cit. nota XXX, págs. 495 y 496; William Bishop, Jr., "Reservations to Treaties", *Recueil des cours...*, vol. 103, 1996-II, págs. 323 y 324 o P. Daillier y A. Pellet, *Droit international public*, op. cit. nota XXX, pág. 181; véanse también el cuadro en que se presentan las convenciones y convenios del Consejo de Europa que incluyen cláusulas que entran en cada una de

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

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

En este caso, el derecho a formular reservas está limitado a la vez por condiciones de forma y de fondo; además de las habituales limitaciones *ratione temporis*⁹², una reserva al Convenio de Roma debe:

- Referirse a una disposición particular del Convenio;
- Estar justificada por el estado de la legislación de su autor en el momento de la formulación de la reserva;
- No "estar redactada en términos demasiado vagos o amplios para que se pueda apreciar el sentido y el ámbito de aplicación exacto"⁹³;
- Ir acompañada de una breve exposición que permita apreciar "el alcance de la disposición del Convenio cuya aplicación pretende excluir el Estado por medio de una reserva..."⁹⁴.

La apreciación del cumplimiento de cada una de estas condiciones plantea problemas. Sin embargo, se debe considerar sin ninguna duda que las reservas autorizadas por el Convenio de Roma son "determinadas" en el sentido del apartado b) del artículo 19 de las Convenciones de Viena y que sólo esas reservas son válidas.

9) Se ha señalado que el enunciado del artículo 57 del Convenio Europeo de Derechos Humanos "no es fundamentalmente diferente"⁹⁵ del adoptado, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 26 del Convenio europeo sobre extradición de 1957, del Consejo de Europa:

"Toda Parte Contratante podrá, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su Instrumento de Ratificación o de Adhesión, formular alguna reserva con respecto a una o varias disposiciones determinadas del Convenio,"

aunque se pueda ver en ella una autorización general. Sin embargo, mientras que el tipo de reservas que se pueden formular al Convenio Europeo de Derechos Humanos es "determinado", en este caso la autorización sólo está limitada por la exclusión de las reservas transversales⁹⁶.

las dos primeras categorías de cláusulas de reservas permisivas mencionadas en el párrafo 4) *supra* en C. R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 125 y los demás ejemplos de autorizaciones parciales que da esta autora, págs. 126 a 129.

⁹² Véase el comentario a la directriz 3.1, nota XXX *supra*.

⁹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de abril de 1988, asunto *Belilos*, *Série A*, vol. 132, pág. 25, párr. 55.

⁹⁴ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 5 de mayo de 1982, asunto *Temeltasch*, Demanda N° 9116/80, informe de 5 de mayo de 1982, *Ann. Com. eur. Droits H.*, vol. 25, párr. 90.

⁹⁵ P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 186; véase también R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 122.

⁹⁶ Sobre este concepto, véanse el párrafo 2 de la directriz 1.1 y los párrafos 16) a 22) de su comentario.

10) Al fin y al cabo, una autorización general de las reservas⁹⁷ no resuelve necesariamente por sí misma todos los problemas. En particular, no da ninguna respuesta a las cuestiones de si las otras partes pueden no obstante hacer una objeción a ellas⁹⁸ y si estas reservas autorizadas⁹⁹ están sometidas al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado¹⁰⁰. Esta última cuestión será objeto de la directriz 3.1.4, que distingue a este respecto entre determinadas reservas cuya cláusula de reserva especifica su contenido y las que dejan este relativamente abierto.

11) Esta distinción no es obvia. Suscitó controversias particularmente después del laudo arbitral dictado en el asunto relativo a la *Delimitación de la plataforma continental entre Francia y el Reino Unido* (1977) y dividió a la Comisión, en cuyo seno se defendieron opiniones diversas. Para algunos, una reserva es determinada si el tratado indica precisamente los límites en los que puede ser formulada; en este caso (pero sólo en este caso), esos criterios sustituyen a los del objeto y el fin¹⁰¹. Otros señalan que esto ocurre muy excepcionalmente, incluso exclusivamente en el caso, infrecuente, de las "reservas negociadas"¹⁰² y que, además, la Comisión de Derecho Internacional no aceptó una propuesta del Sr. Rosenne que tenía por objeto sustituir la expresión "determinadas reservas", que juzgaba "demasiado restringida", por "reservas a determinadas disposiciones"¹⁰³; por tanto, no sería realista exigir que el contenido de las reservas determinadas sea fijado con precisión por el tratado, ya que privaría al apartado b) de todo

⁹⁷ Para otro ejemplo, aún más claro, véase el párrafo 1 del artículo 18 del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, de 1983: "Todo Estado, en el momento de la firma o del depósito de su Instrumento de Ratificación, Aceptación, Aprobación o Adhesión, podrá formular una o varias reservas."

⁹⁸ Es lo que prevé a veces expresamente (véase por ejemplo el artículo VII de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1952, y las observaciones al respecto de R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, op. cit. nota XXX, pág. 121).

⁹⁹ No cabe razonablemente sostener que el apartado b) podría incluir reservas "implícitamente autorizadas", aunque sólo fuera porque todas las que no están prohibidas están, a contrario, autorizadas, sin perjuicio de las disposiciones del apartado c).

¹⁰⁰ Véanse las cuestiones planteadas por S. Spiliopoulou Åkermank, "Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe...", op. cit. nota XXX, págs. 496 y 497 o

R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, op. cit. nota XXX, pág. 124.

¹⁰¹ D. W. Bowett, "Reservations to non-restricted multilateral treaties...", op. cit. nota XXX, págs. 71 y 72.

¹⁰² Sobre este concepto, véase el comentario a la directriz 1.1.6 (Reservas formuladas en virtud de cláusulas que autorizan expresamente la exclusión o la modificación de ciertas disposiciones de un tratado), párr. 10. Véase también W. Paul Gormley, "The Modification of Multilateral Conventions by Means of "Negotiated Reservations" and Other "Alternatives": A Comparative Study of the ILO and Council of Europe", parte I, *Fordham Law Review*, vol. 39 (1970-1971), pág. 59, especialmente págs. 75 y 76. Véase el anexo al Convenio Europeo sobre la responsabilidad civil por los daños causados por vehículos de motor, que da a Bélgica la facultad durante un período de tres años de hacer una reserva determinada, del apartado b) del párrafo 1 del artículo 32 del Convenio Europeo sobre la televisión transfronteriza, de 1989, que ofrece solamente al Reino Unido la posibilidad de formular una reserva especificada; ejemplos citados por Sia Spiliopoulou Åkermank, "Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe...", op. cit. nota XXX, pág. 499. El principal ejemplo propuesto por D. Bowett para ilustrar sus tesis refiere precisamente a una "reserva negociada" ("Reservations to non-restricted multilateral treaties...", op. cit. nota XXX, pág. 71).

¹⁰³ *Anuario...*, 1965, vol. I, 813ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 274, párr. 7. P.-H. Imbert "La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord", *A.F.D.I.* 1978, pág. 52, señala sin embargo que, aunque no se aceptó la propuesta del Sr. Rosenne, el propio Sir Humphrey Waldock había procedido también a esta asimilación (*Anuario...*, 1965, vol. I, ibid., pág. 289, párr. 27).

alcance real¹⁰⁴. Según un tercer punto de vista, es posible conciliar la tesis, tal vez excesiva, que exige que el contenido de las reservas autorizadas sea fijado con precisión por la cláusula de reserva y la que asimila una reserva determinada a una "reserva expresamente autorizada por el tratado"¹⁰⁵ aun cuando el apartado b) del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 20 utilizan expresiones diferentes. En consecuencia, se propuso reconocer que las reservas determinadas en el sentido del apartado b) del artículo 19 (y de la directriz 3.1, apartado b)) deben, por una parte, referirse a disposiciones particulares y, por la otra, cumplir determinadas condiciones especificadas en el tratado, pero sin llegar a exigir que su contenido esté predeterminado; esa es la posición que adoptó la Comisión.

12) Los precedentes no resultan de gran ayuda para conciliar esas opiniones contrapuestas. Invocado por los partidarios de cada una de estas tesis, el laudo arbitral de 1977 es más útil para definir lo que no es una reserva determinada que lo que sí lo es¹⁰⁶. De él se desprende, en efecto, que el simple hecho de que una cláusula de reserva autorice reservas a ciertas disposiciones particulares del tratado no basta para "determinar" esas reservas en el sentido del apartado b) del artículo 19¹⁰⁷. El Tribunal se limita a exigir que las reservas sean "específicas"¹⁰⁸, sin indicar cuál es el criterio de esa especificidad. Además, en la Conferencia de Viena, K. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, asimiló las reservas determinadas a las que están expresamente autorizadas por el tratado¹⁰⁹, sin más precisión.

13) En consecuencia, la Comisión estimó que una reserva debía considerarse determinada si una cláusula de reserva indicaba las disposiciones del tratado a las que era posible formular una reserva o, para tener en cuenta las reservas transversales previstas en la directriz 1.1, párrafo 2¹¹⁰, precisaba que eran posibles las reservas al tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos. No obstante, las divergencias entre estos diferentes puntos de vista no deben exagerarse; tal vez la expresión "reservas previstas", que fue preferida a "reservas autorizadas", haga hincapié en el planteamiento amplio elegido por la Comisión, pero, al mismo tiempo, la Comisión introdujo en la directriz 3.1.4 una distinción entre las reservas determinadas cuyo contenido se especifica y aquellas cuyo contenido no se especifica, pues estas quedan sujetas al criterio de su conformidad con el objeto y el fin del tratado.

3.1.3 Validez sustantiva de las reservas que no estén prohibidas por el tratado

Cuando el tratado prohíba la formulación de ciertas reservas, un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva que no esté prohibida por el tratado únicamente si esta no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Comentario

1) Las directrices 3.1.3 y 3.1.4 precisan el alcance de los apartados a) y b) del artículo 19 de las Convenciones de Viena (cuyo texto en su versión de 1986 reproduce la directriz 3.1). Estas dos directrices hacen explícito lo que sólo está implícito en las Convenciones, a saber, que salvo disposición en contrario del tratado —y, en particular, si este autoriza

¹⁰⁴ P.-H. Imbert, *ibid.*, págs. 50 a 53.

¹⁰⁵ En este sentido, véase P.-H. Imbert, *ibid.*, pág. 53.

¹⁰⁶ Véase *supra*, párr. 6).

¹⁰⁷ Véase *supra*, párrs. 6) y 7).

¹⁰⁸ En realidad, es la autorización la que debe referirse a reservas específicas o determinadas, términos que el Tribunal considera sinónimos en el asunto relativo a la *Delimitación de la plataforma continental entre Francia y el Reino Unido*.

¹⁰⁹ A/CONF.39/C.1/SR.70, párr. 23.

¹¹⁰ Véanse la directriz 1.1 y los párrafos 16) a 22) de su comentario.

determinadas reservas, en el sentido en que las define la directriz 3.1.2—, toda reserva debe cumplir la condición fundamental establecida en el apartado c) del artículo 19: no ser incompatible con el objeto y el fin de tratado.

2) Este principio constituye uno de los elementos fundamentales del sistema flexible establecido por el régimen de Viena ya que atempera el "relativismo radical"¹¹¹ resultante del sistema panamericano, que reduce las convenciones multilaterales a una red de relaciones bilaterales¹¹², y evita al mismo tiempo la rigidez resultante del sistema de la unanimidad.

3) El concepto de objeto y fin del tratado¹¹³, que se dio a conocer por primera vez en relación con las reservas en la opinión de la Corte Internacional de Justicia de 1951¹¹⁴, se ha ido imponiendo progresivamente y en la actualidad se ha convertido en el punto de equilibrio entre la necesidad de mantener los aspectos esenciales del tratado y la voluntad de facilitar la adhesión a los convenios multilaterales del mayor número posible de Estados. No obstante, existe una gran diferencia entre la función del criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado según la opinión consultiva de 1951, por un lado, y el apartado c) del artículo 19 de la Convención, por el otro¹¹⁵. En la opinión consultiva, ese concepto se aplicaba tanto a la formulación de las reservas como a las de las objeciones:

"El objeto y el fin establecen de este modo límites tanto a la libertad de formular reservas como a la de hacer objeción a ellas."¹¹⁶

En la Convención se circunscribe a las reservas exclusivamente: el artículo 20 no limita la facultad de los demás Estados contratantes de formular objeciones.

4) Sin embargo, si bien no cabe ninguna duda de que actualmente la exigencia de la conformidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado al que se refiere refleja una norma consuetudinaria que nadie discute¹¹⁷, su contenido sigue siendo impreciso¹¹⁸ y las

¹¹¹ P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, op. cit. nota XXX, pág. 73, párr. 130. Este tratadista aplica la expresión al sistema que hizo suyo la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1951 sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (*Réserves à la Convention sur le génocide*, *Recueil des Traités* 1951, pág. 15); ese calificativo se aplica con más razón aún al sistema panamericano.

¹¹² Por lo que respecta al sistema panamericano, véase la bibliografía citada en P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités...*, op. cit. nota XXX, págs. 485 y 486. Véase también, además la descripción del propio P.-H. Imbert (ibid. págs. 33 a 38): M. M. Whiteman, *Digest of International law*, Department of State, Washington D.C., vol. 14, 1970, págs. 141 a 144, o J. M. Ruda, "Reservations to Treaties...", op. cit. nota XXX, págs. 115 a 133.

Este concepto se define en la directriz 3.1.5.

¹¹⁴ *Recueil des Traités* 1951, págs. 24 y 26.

¹¹⁵ Véase M. Coccia, "Reservations to multilateral treaties on human rights...", op. cit. nota XXX, pág. 9; L. Lijnzaad, "Reservations to UN Human Rights Treaties...", op. cit. nota XXX, pág. 40; Manuel Rama-Montaldo, "Human Rights Conventions and Reservations to Treaties", *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. II, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 1265 y 1266; o I. Sinclair, "The Vienna Convention...", op. cit. nota XXX, pág. 61.

¹¹⁶ *Recueil des Traités*, 1951, pág. 24.

¹¹⁷ Véanse los numerosos argumentos en ese sentido aducidos por R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados...*, op. cit. nota XXX, págs. 138 a 143. Véanse asimismo las Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional, de 1997, en las que esta reiteró su opinión de que "las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 regulan el régimen de reservas a los tratados y de que, en particular, el objeto y el fin del tratado es el más importante de los criterios para apreciar la admisibilidad de las reservas", *Anuario...*, 1997, vol. II (Segunda parte), pág. 57, párr. 1. Véase también A. Pellet, "Article 19 (1969)", en O. Corten y P. Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, op. cit., nota XXX, págs. 728 a 740, párrs. 172 a 196. Debe entenderse que la palabra "licitud" se refiere a la "validez", término que la Comisión acabó eligiendo para determinar las condiciones a que están sujetas las

consecuencias de la inobservancia de ese criterio están teñidas de cierto grado de incertidumbre¹¹⁹. Además, el artículo 19 no hace que desaparezcan las ambigüedades que caracterizan su ámbito de aplicación.

5) El principio enunciado en el apartado c), según el cual no se puede formular una reserva que sea incompatible con el objeto y fin del tratado, sólo tiene un carácter subsidiario ya que se aplica únicamente fuera de los supuestos previstos en los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de la Convención¹²⁰ y si el propio tratado no regula la cuestión de las reservas.

6) Si así lo hace, hay que distinguir varios supuestos, que requieren que se den respuestas diferentes a la cuestión de si las reservas así reguladas están sujetas o no al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. En estos dos supuestos, la respuesta es claramente negativa:

- No cabe ninguna duda de que una reserva expresamente prohibida por el tratado no puede considerarse válida con el pretexto de que es compatible con el objeto y el fin del tratado¹²¹;
- Lo mismo se puede decir respecto de las reservas *determinadas*: expresamente autorizadas por el tratado con condiciones específicas, son válidas de pleno derecho, sin que tengan que ser aceptadas por los demás Estados contratantes¹²², y no están sujetas al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin de tratado¹²³.

En opinión de la Comisión, esas proposiciones obvias no necesitan ser enunciadas en disposiciones particulares de la Guía de la Práctica; son la consecuencia directa e inevitable del apartado c) del artículo 19 de las Convenciones de Viena, cuyo texto se reproduce en la directriz 3.1.

7) La situación es distinta en lo que se refiere a los otros dos supuestos que resultan *a contrario* de las disposiciones de los apartados a) y b) del artículo 19:

- El de una reserva implícitamente autorizada por no figurar entre las reservas prohibidas (apartado a));
- El de una reserva autorizada, pero que no es "determinada" en el sentido del apartado b) explicitado por la directriz 3.1.2.

reservas, algunas objeciones y las declaraciones interpretativas (en relación con la elección de ese término, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/61/10), págs. 360 a 363, párr. 159, y la nota XXX *supra*).

¹¹⁸ Véanse las directrices 3.1.5 a 3.1.5.7.

¹¹⁹ Véanse en particular las directrices 3.3 a 3.3.3.

¹²⁰ Es el caso de los tratados de participación restringida y de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Estos supuestos no constituyen casos de prohibición implícita de formular una reserva; vuelven a introducir, con respecto a tratados de tipo particular, el sistema de la unanimidad.

¹²¹ En sus observaciones relativas al proyecto aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional, el Canadá había sugerido "que se considere la posibilidad de hacer también extensivo el criterio de la "compatibilidad con el objeto y el fin del tratado" a las reservas presentadas en aplicación de disposiciones expresas del tratado, con objeto de que no se apliquen criterios distintos a los casos en que un tratado no contenga disposición alguna sobre las reservas y a los casos en las que las admita" (Sir Humphrey Waldock, cuarto informe, A/CN.4/177, *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 47). Esta propuesta (no demasiado clara) no fue aprobada por la Comisión; cf. las propuestas (más claras) de Briggs en *Anuario...*, 1962, vol. I, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 238, párrs. 13 y 14, e *ibíd.*, 1965, vol. I, 813ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 275, párr. 10; *contra*: Ago, *ibíd.*, párr. 16.

¹²² Véase el artículo 20, párr. 1.

¹²³ Véase *supra*, la directriz 3.1.2 y su comentario.

8) En ninguno de los dos casos se puede presumir que la autorización convencional de formular reservas equivale a un cheque en blanco extendido a los Estados o a las organizaciones internacionales para formular cualquier reserva, aun cuando esta prive al tratado de su sustancia.

9) En lo que se refiere a las reservas autorizadas implícitamente, Sir Humphrey Waldock había reconocido en su cuarto informe sobre el derecho de los tratados que "[u]na posible excepción [al principio de la validez de pleno derecho de las reservas autorizadas por el tratado] sería el caso de un tratado que prohíbe explícitamente ciertas reservas con lo cual permite implícitamente otras, pues quizá no fuese desacertado considerar la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado como una limitación tácita a la formulación de otras reservas". Sin embargo, había descartado esa posibilidad, no porque fuera inexacta, sino porque "tal vez esto sea afinar demasiado la elaboración de las normas relativas a la intención de las partes, y parece conveniente que las disposiciones del artículo 18 [que pasó a ser el artículo 19 de la Convención] se formulen de la manera más sencilla posible"¹²⁴. Esas consideraciones no son pertinentes en lo que respecta a la Guía de la Práctica, cuya ambición es precisamente proporcionar a los Estados respuestas coherentes al conjunto de las cuestiones que se pueden plantear en materia de reservas.

10) Estas son las razones por las cuales la directriz 3.1.3 puntualiza que las reservas "implícitamente autorizadas" por no haber sido formalmente excluidas por el tratado deben ser compatibles con el objeto y el fin del tratado. Sería cuando menos paradójico, en efecto, que las reservas a tratados que contienen cláusulas de reserva se admitan con mayor liberalidad que en el caso de tratados que no contienen tales cláusulas¹²⁵. En este supuesto, se aplica el criterio de la conformidad con el objeto y el fin del tratado.

3.1.4 Validez sustantiva de determinadas reservas

Cuando el tratado prevea la formulación de determinadas reservas sin especificar su contenido, un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva únicamente si esta no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Comentario

1) La directriz 3.1.3 especifica que las reservas que no están prohibidas por el tratado están sujetas no obstante al respeto de los criterios del objeto y el fin del tratado. La directriz 3.1.4 dice lo mismo en lo que concierne a determinadas reservas en el sentido de la directriz 3.1.1 cuando el tratado no especifica su contenido. Efectivamente, el problema se plantea del mismo modo y las consideraciones aducidas en apoyo de la directriz 3.1.3 se aplican *mutatis mutandis* en el presente supuesto.

¹²⁴ Cuarto informe (A/CN.4/177), *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 52, párr. 4.

¹²⁵ En este sentido, Rosenne en *Anuario...*, 1965, vol. I, pág. 155, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, párr. 10. C. Tomuschat da un ejemplo pertinente: "*If, for example, a convention on the protection of human rights prohibits in a "colonial clause" the exception of dependent territories from the territorial scope of the treaty, it would be absurd to suppose that consequently reservations of any kind, including those relating to the most elementary guarantees of individual freedom, are authorised, even if by these restrictions the treaty would be deprived of its very substance*" [Si, por ejemplo, una convención relativa a la protección de los derechos humanos prohíbe, en una "cláusula colonial", que se excluya a los territorios dependientes del ámbito de aplicación territorial del tratado, sería absurdo suponer que, a consecuencia de ello, quedan autorizadas todo tipo de reservas, incluso en lo que concierne a la garantía de las libertades más elementales, aun cuando tales reservas privasen al tratado de su sustancia misma.] ("*Admissibility and legal effects of reservations to multilateral Treaties...*", *op. cit.* nota XXX, pág. 474).

2) La enmienda de Polonia al apartado b) adoptado por la Conferencia de Viena en 1968 limitó el supuesto de prohibición implícita de las reservas sólo a los tratados que disponen "que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trata"¹²⁶. Pero esto no quiere decir que las reservas así autorizadas pueden hacerse a voluntad, sino que el razonamiento aplicable a las reservas que no están prohibidas¹²⁷ se aplica en este caso: desde el momento en que se adopta la definición amplia de determinadas reservas adoptada por la Comisión¹²⁸, conviene distinguir dentro de esta categoría de reservas entre las reservas cuyo contenido se especifica en el tratado mismo, por una parte, y las reservas que en principio están permitidas pero con respecto a las cuales no hay motivo para presumir que pueden privar al tratado de su objeto y su fin. Estas últimas deben estar sujetas a las mismas condiciones generales que las reservas a tratados que no incluyen cláusulas específicas.

3) La modificación introducida en el apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 a raíz de la enmienda polaca es un argumento más en ese sentido. En el texto de la Comisión de Derecho Internacional, la redacción del apartado c) era la siguiente:

"[a menos que:] *El tratado no contenga disposición alguna acerca de las reservas y la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.*"¹²⁹

Esto era conforme a la lógica del apartado b), que prohibía la formulación de reservas que no fueran las autorizadas por una cláusula de reservas. Puesto que una autorización deja de ser interpretada *a contrario* en el sentido de excluir automáticamente otras reservas, no se podía mantener la fórmula¹³⁰, por lo que el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena la sustituyó por el texto actual¹³¹. De ello resulta *a contrario* que si una reserva no entra en el ámbito de aplicación del apartado b) (porque su contenido no está determinado), está sujeta al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

4) Tal fue, por lo demás, el razonamiento en que se fundó el Tribunal arbitral que resolvió la controversia relativa a la *Delimitación de la plataforma continental entre Francia y el Reino Unido* para decidir que el sólo hecho de que el artículo 12 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental autorice ciertas reservas sin especificar su contenido¹³² no permitía concluir automáticamente en favor de su validez¹³³. En un caso de este género, la validez de la reserva "*cannot be assumed simply on the ground that it is, or purports to be, a reservation to an article to which reservations are*

¹²⁶ Véase el comentario de la directriz 3.1.2, párr. 3).

¹²⁷ Véase el comentario de la directriz 3.1.3, párr. 9).

¹²⁸ Véase el comentario de la directriz 3.1.2, párr. 13).

¹²⁹ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 222.

¹³⁰ Sin embargo, Polonia no había presentado ninguna enmienda al apartado c) para deducir las consecuencias de la que había hecho adoptar en el apartado b). En cambio, una enmienda de Viet Nam tendente a suprimir las palabras "el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas" (A/CONF.39/C.1/L.125), *Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), pág. 145, párr. 177, fue rechazada por la Comisión Plenaria (ibíd., pág. 148, párr. 181).

¹³¹ Curiosamente, el motivo que dio el Presidente del Comité de Redacción no relaciona esta modificación del apartado c) con la introducida en el apartado b); K. Yasseen se limitó a indicar que "[a]lgunos miembros del Comité han estimado que no es concebible que un tratado contenga una disposición sobre las reservas que no esté comprendida en ninguna de las categorías previstas en los apartados a y b" (*Actas Resumidas* (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 70ª sesión, 14 de mayo de 1968, pág. 457, párr. 17). Cf. una observación en tal sentido hecha por Briggs ya en 1965 en los debates de la Comisión de Derecho Internacional (*Anuario...*, 1965, vol. I, 796ª sesión, 4 de junio de 1965, pág. 152, párr. 37).

¹³² Véase el comentario de la directriz 3.1.2, párr. 5).

¹³³ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, pág. 26, párr. 39. Véase el comentario de la directriz 3.1.2, párr. 6).

*permitted*¹³⁴ [no se puede presumir por el mero hecho de que es, o pretende ser, una reserva a un artículo al cual se permite formular reservas]. Su validez se debe apreciar a la luz de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

5) Es evidente, *a contrario*, que cuando el contenido de una reserva determinada se indica específicamente en la propia cláusula de reserva, una reserva formulada conforme a esta disposición no está sujeta al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

3.1.5 Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado

Una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si afecta a un elemento esencial del tratado, necesario para su estructura general, de tal manera que comprometa la razón de ser del tratado.

Comentario

1) La compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado constituye, a tenor de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena, cuyo texto se reproduce en el apartado c) de la directriz 3.1, el criterio fundamental de la validez material de una reserva. Es también el que plantea más problemas.

2) A fin de cuentas, el concepto de objeto y fin del tratado no se circunscribe, ni mucho menos, a la esfera de las reservas. En la Convención de Viena se utiliza en otras ocho disposiciones¹³⁵, de las cuales dos —el apartado c) del artículo 19 y el párrafo 2 del artículo 20— se refieren a las reservas. Pero en ninguna se define el concepto de objeto y fin del tratado ni se dan "pistas" particulares con ese fin¹³⁶. Como máximo se puede deducir que resulta conveniente situarse en un grado de generalidad bastante alto: no se trata de "desmenuzar" el tratado ni de examinar sus disposiciones una tras otra, sino más bien de establecer la "esencia", el "proyecto" global.

- Se reconoce unánimemente que el artículo 18 a) de la Convención no obliga al Estado signatario a *respetar* el tratado, sino sólo a no hacerlo inoperante el día en que manifieste su consentimiento en obligarse por él¹³⁷;

¹³⁴ D. Bowett, "Reservations to non-restricted multilateral treaties...", *op. cit.* nota XXX, pág. 72. En este sentido, J. M. Ruda, "Reservations to Treaties...", *op. cit.* nota XXX, pág. 182, o Gérard Teboul, "Remarques sur les réserves aux conventions de codification, *R.G.D.I.P.* 1982, págs. 691 y 692. *Contra* P.-H. Imbert, "La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977...", *op. cit.* nota XXX, págs. 50 a 53; esta opinión, a favor de la cual se aducen poderosos argumentos, no tiene suficientemente en cuenta las consecuencias de la modificación introducida en el apartado c) en la Conferencia de Viena (véase *supra* párr. 3)).

¹³⁵ Cf. artículo 18, apartado c) del artículo 19, párrafo 2 del artículo 20, párrafo 1 del artículo 31, párrafo 4 del artículo 33, inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 41, inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 58 y apartado b) del párrafo 3 del artículo 60. Se los puede comparar con las disposiciones relativas a las "bases" o "condiciones esenciales del consentimiento en obligarse" (véase Paul Reuter, "Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels" en *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, (Dordrecht: Nijhoff, 1999), pág. 627, reproducido también en P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international - Écrits de droit international* (París: Économica, 1999), pág. 366).

¹³⁶ Como han señalado Isabelle Buffard y Karl Zemanek, los comentarios del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1966 no dicen prácticamente nada sobre la cuestión ("The 'Object and Purpose' of a Treaty: An Enigma?", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3 (1998), pág. 322).

¹³⁷ Véase, por ejemplo, Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, PUF, París, 3ª edición, revisada y ampliada por Philippe Cahier, (París: P.U.F., 1995), pág. 62, que define la obligación resultante del artículo 18 como una obligación de comportamiento, o Philippe Cahier, "L'obligation de ne pas priver

- El inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 58 está redactado con ese mismo espíritu: por hipótesis, no se trata de imponer el respeto del tratado, ya que el objeto mismo de esa disposición es determinar en qué condiciones se puede suspender su aplicación, sino de mantener lo que es esencial a los ojos de las partes contratantes;
- El inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 41 tiene por objeto también salvaguardar "la consecución efectiva (...) del tratado *en su conjunto*"¹³⁸ en caso de modificación de este en las relaciones entre algunas partes solamente;
- Del mismo modo, en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 60, la "violación grave" del tratado se define, por oposición a una violación de otro tipo, como "la violación de una disposición *esencial*"; y
- A tenor del párrafo 1 del artículo 31 y el párrafo 4 del artículo 33, se supone que el objeto y el fin del tratado "esclarecen" el sentido general del tratado a fin de permitir su interpretación¹³⁹.

3) No cabe ninguna duda de que la expresión "objeto y fin del tratado" tiene el mismo sentido en todas esas disposiciones. La prueba es que cuando Waldock, a quien no es exagerado considerar como el verdadero padre del derecho de las reservas a los tratados en la Convención de Viena, se refirió expresamente a ellas¹⁴⁰ para justificar la inclusión de ese criterio en el apartado c) del artículo 19 mediante una especie de razonamiento *a fortiori*: como "[e]l objeto y la finalidad del tratado (...) son criterios de fundamental importancia para la interpretación de buena fe del tratado" y "la Comisión ha propuesto que un Estado que hubiere firmado, ratificado, aceptado o aprobado un tratado o se hubiere adherido a él, aun antes de su entrada en vigor, estará obligado a abstenerse de todo acto que tuviere por objeto frustrar sus fines", sería "extraño que... se reconociese la libertad de hacer reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado"¹⁴¹. Pero eso no resuelve el problema, sino que sólo confirma que se trata de un concepto único, polivalente, aunque su definición sigue siendo dudosa. Como se ha dicho, "*the object and purpose of a treaty are indeed something of an enigma*"¹⁴² [el objeto y el fin del tratado es un concepto algo enigmático].

un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur", *Mélanges Fernand Dehousse* (París: Nathan, 1982) vol. I, pág. 31.

¹³⁸ En esta disposición, las palabras "del objeto y del fin", que en la cita se remplazaron por puntos suspensivos, oscurecen el sentido, más que aclararlo.

¹³⁹ Véase Corte Permanente de Justicia Internacional, *Pajzs, Csáky, Esterházy*, sentencia de 16 de diciembre de 1936, *C.P.J.I., Serie A/B N° 68*, pág. 60; véase también Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale – conclusion et effets*, (París: Économica, 1985), pág. 131, o Serge Sur, *L'interprétation en droit international public* (París: L.G.D.J., 1974), págs. 227 a 230.

¹⁴⁰ Más exactamente a los (actuales) arts. 18 y 31.

¹⁴¹ Cuarto informe (A/CN.4/177), *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 53, párr. 6.

¹⁴² I. Buffard y K. Zemanek, *op. cit.* nota XXX, pág. 342. La doctrina señala de una manera unánime (y critica con mayor o menor virulencia) las incertidumbres que crea este criterio; véase, por ejemplo, Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, segunda edición, Cambridge University Press, 2007, págs. 136 a 138; Pierre-Marie Dupuy y Yann Kerbrat, *Droit international public*, 10ª edición (París: Dalloz, 2010), págs. 311 y 312; Gerald G. Fitzmaurice, "Reservations to multilateral conventions", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2 (1953), pág. 12; Manuel Rama Montaldo, "Human Rights Conventions and Reservations to Treaties", *Héctor Gros-Espíell Amicorum Liber*, vol. II (Brussels: Bruylant, 1997), pág. 1265; Charles Rousseau, *Droit international public*, t. I, *Introduction et sources* (París: Sirey, 1970), pág. 126; Gérald Teboul, "Remarques sur les réserves aux traités de codification", *Revue générale de droit international public*, vol. 86 (1982), págs. 695 y 696, Alain Pellet, primer informe (A/CN.4/470), pág. 55, párr. 109, o Frédérique Coulée, «A propos d'une controverse autour d'une codification en cours: les réactions aux réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités de protection des droits de l'homme», *Mélanges offerts à Gérard COHEN-JONATHAN*. Bruselas: Bruylant, 2004, págs. 501 a 521.

Lo cierto es que la tentativa hecha en el apartado c) del artículo 19 de introducir, a raíz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951¹⁴³, un elemento objetivo en un sistema en gran parte subjetivo no es plenamente concluyente¹⁴⁴: "*The claim that a particular reservation is contrary to object and purpose is easier made than substantiated*"¹⁴⁵ [Es más fácil afirmar que una reserva determinada es contraria al objeto y al fin de un tratado que demostrarlo]. En su voto particular conjunto, los magistrados discrepantes de 1951 criticaron la solución adoptada por la mayoría en el asunto de las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, afirmando que no permitía "alcanzar resultados definitivos y coherentes"¹⁴⁶ y que ese había sido uno de los principales motivos por los cuales la Comisión de Derecho Internacional se había mostrado reacia con respecto al sistema flexible adoptado por la Corte Internacional de Justicia en 1951:

"Aunque se considere posible en principio trazar la distinción entre las disposiciones que se refieren al objeto y el fin de la convención y las que lo conciernen menos directamente, la Comisión no ve la forma de que pueda hacerse esa distinción sino de modo subjetivo"¹⁴⁷.

4) Y el propio Sir Humphrey Waldock, en su importante primer informe sobre el derecho de los tratados de 1962¹⁴⁸, manifestó una vez más sus dudas:

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

No obstante, el criterio de la Corte de la "compatibilidad con el objeto y el fin de la convención" expresa realmente un concepto valioso que deben tener en cuenta tanto los Estados que formulan una reserva como los Estados que deciden si deben consentir o no a una reserva que ha formulado otro Estado (...). El Relator Especial, aunque opina también que el principio de la Corte tiene un valor como concepto general, considera que hay cierta dificultad para usarlo como *criterio* para determinar la situación de un Estado que no ha formulado una reserva en cuanto

¹⁴³ Véase Corte Internacional de Justicia, *Réserves à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide* (Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio) opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *C.I.J. Recueil, 1951*, pág. 24: "De ello se deduce que es la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado lo que debe servir de criterio para determinar la actitud del Estado que acompaña su adhesión de una reserva y del Estado que estima que debe hacer una objeción al respecto. Esta es la norma de conducta que debe guiar a cada Estado en la apreciación que le incumbe hacer individualmente y por su cuenta de la regularidad de una reserva".

¹⁴⁴ Según Jean Kyongun Koh, "[t]he International Court thereby introduced purposive words into the vocabulary of reservations which had previously been dominated by the term 'consent'" [La Corte Internacional introdujo una terminología teleológica en el vocabulario relativo a las reservas, que anteriormente había estado dominado por el término "consentimiento"] ("Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision", *Harvard International Law Journal*, vol. 23 (1982), pág. 85).

¹⁴⁵ Liesbeth Lijnzaad, *Reservations to United Nations Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?* (Dordrecht: T.M.C. Asser Instituut, Nijhoff, 1994), págs. 82 y 83.

¹⁴⁶ *C.I.J. Recueil, 1951*, pág. 44.

¹⁴⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones, *Yearbook...*, 1951, vol. II, pág. 128 (véase el texto español en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento N° 9* (A/1858), pág. 6, párr. 24).

¹⁴⁸ En ese informe (A/CN.4/144) presentó a la Comisión de Derecho Internacional el "sistema flexible" y lo defendió enérgicamente (*Anuario...*, 1962, vol. II, págs. 72 a 74).

parte en un tratado en combinación con el criterio objetivo de la aceptación o rechazo de la reserva por otros Estados.¹⁴⁹

Se trataba tal vez de una prudencia táctica, ya que el cambio de opinión del propio Relator Especial en favor de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, no sólo como criterio de la validez de las reservas, sino también como elemento fundamental que había que tener en cuenta en materia de interpretación¹⁵⁰, fue rápido¹⁵¹.

5) En efecto, ese criterio tiene muchas virtudes. Y, a pesar de los inevitables "márgenes de subjetividad", limitados sin embargo por el principio general de la buena fe, el apartado c) del artículo 19 proporciona una directriz útil que permite resolver de manera razonable la mayor parte de los problemas que se plantean.

6) Los trabajos preparatorios relativos a esta disposición no son de gran ayuda para determinar el sentido de la expresión¹⁵². Como se ha señalado¹⁵³, el comentario del proyecto de artículo 16 aprobado en 1966 por la Comisión de Derecho Internacional, normalmente más prolija, se reduce a un párrafo único en el que no se hace siquiera alusión a las dificultades que plantea la definición del objeto y el fin del tratado, a no ser, muy indirectamente, mediante una simple remisión al proyecto de artículo 17¹⁵⁴: "la admisibilidad o no admisibilidad de una reserva según el apartado c) es en todo caso materia que depende en gran medida de la apreciación de la aceptabilidad de la reserva por los demás Estados contratantes"¹⁵⁵.

¹⁴⁹ *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 75, párr. 10; en el mismo sentido, véase la presentación oral de Waldock, *Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 150, párrs. 4 a 6; sin embargo, durante los debates el Relator Especial no dudó en calificar de "criterio" el principio de la compatibilidad (véase pág. 157, párr. 85; ese párrafo demuestra también que, según Waldock, desde un principio ese criterio era decisivo para la formulación de las reservas (por oposición a las objeciones para las cuales únicamente el principio del consentimiento le parecía practicable)). La fórmula adoptada en el apartado a) del párrafo 2 del proyecto de artículo 17 propuesto por el Relator Especial reflejaba esa posición dudosa: "Todo Estado que formule una reserva con arreglo a las disposiciones del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo [por lo que respecta a esta disposición, véase el comentario de la directriz 3.1.1, párr. 3] debe asegurarse de que dicha reserva sea compatible con el objeto y fin del tratado" (ibíd., vol. II, pág. 69). Ese principio fue generalmente aceptado en los debates celebrados en la Comisión en 1962 (véase especialmente Briggs (*Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 151, párr. 23); Lachs (pág. 154, párr. 54); Rosenne (pág. 156, párr. 79), quien no duda de hablar de "criterio"; (véase también pág. 156, párr. 82, y 653ª sesión, 29 de mayo de 1962, pág. 168, párr. 27); Castrén (652ª sesión, pág. 159, párr. 25)) y en 1965 (Yasseen (*Anuario...*, 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 156, párr. 20); Tunkin (pág. 157, párr. 25); véase sin embargo las objeciones de De Luna (652ª sesión, 28 de mayo de 1962, pág. 159, párr. 18, y 653ª sesión, pág. 172, párr. 67); Gros (652ª sesión, págs. 161 y 162, párrs. 47 a 51), o Ago (653ª sesión, pág. 169, párr. 34), o durante los debates de 1965, las de Ruda (*Anuario...*, 1965, vol. I, 796ª sesión, 4 de junio de 1965, pág. 154, párr. 55, y 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 161, párr. 69) y Ago, (798ª sesión, 9 de junio de 1965, pág. 168, párr. 71). Hasta el final, Tsuruoka, se opuso al apartado c), razón por la cual se abstuvo en la votación sobre el proyecto de artículo 18 en su conjunto (aprobado por 16 votos contra ninguno y una abstención el 2 de julio de 1965, ibíd., 816ª sesión, pág. 294, párr. 42).

¹⁵⁰ Véase el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena.

¹⁵¹ Véase I. Buffard y K. Zemanek, *op. cit.* nota XXX, págs. 320 y 321, nota XXX *supra*.

¹⁵² Véase ibíd., págs. 319 a 321.

¹⁵³ Catherine Redgwell, "The Law of Reservations in Respect of Multilateral Conventions", en J. P. Gardner, (dir.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out - Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, (Londres: British Institute of International Comparative Law, 1997), pág. 7.

¹⁵⁴ Que pasó a ser el artículo 20 de la Convención de Viena. A decir verdad, éste no resuelve en absoluto la cuestión, que se dejó pendiente.

¹⁵⁵ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 227, párr. 17). El comentario a la disposición correspondiente aprobada

7) Los debates sobre el apartado c) de esta disposición celebrados en la Comisión de Derecho Internacional¹⁵⁶ y después en la Conferencia de Viena¹⁵⁷ no arrojan más luz sobre el sentido de la expresión "objeto y fin del tratado" a los efectos de esta disposición. La jurisprudencia internacional tampoco permite dilucidarlo, aun cuando es de uso corriente¹⁵⁸, si bien se encuentran algunas indicaciones útiles, en particular en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*.

8) Aparentemente la expresión se utilizó por primera vez en su forma actual¹⁵⁹ en la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 31 de julio de 1930, relativa al asunto de las "Comunidades" greco-búlgaras¹⁶⁰. Pero hubo que esperar a la sentencia dictada en 1986 en el asunto de *Nicaragua*¹⁶¹ para que la Corte pusiera fin a lo que se ha calificado de "terminological chaos"¹⁶² [caos terminológico], tal vez bajo la influencia de la Convención de Viena¹⁶³. Sin embargo, es difícil inferir gran cosa de esa

en 1962 (apartado d) del párrafo 1 del artículo 18) no añade nada (véase *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 208, párr. 15).

¹⁵⁶ Véase nota XXX *supra*.

¹⁵⁷ Es significativo que ninguna de las enmiendas propuestas al proyecto de artículo 16 de la Comisión de Derecho Internacional, ni siquiera las más radicales, pusieran en duda el principio en cuestión. Como mucho, las enmiendas presentadas por España, y por los Estados Unidos y Colombia proponían incluir el concepto de "naturaleza" del tratado o sustituir por ese concepto el de objeto (véase el párrafo 6) del comentario de la directriz 3.1.1, nota XXX).

¹⁵⁸ Véase I. Buffard y K. Zemanek, *op. cit.* nota XXX, págs. 312 a 319, y nota XXX *infra*.

¹⁵⁹ I. Buffard y K. Zemanek señalan (ibíd., pág. 315) que ya en la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 23 de julio de 1926 sobre la *Competencia de la OIT para reglamentar de manera accesoria el trabajo personal del patrón*, se utilizaba la expresión "el objeto y el alcance" en relación con la parte XIII del Tratado de Versailles (*C.P.J.I., Serie B, N° 13*, pág. 18). Los mismos autores, que citan exhaustivamente las decisiones pertinentes de la Corte, describen el difícil establecimiento de una terminología definitiva (sobre todo en inglés) en la jurisprudencia de la Corte (ibíd., págs. 315 y 316).

¹⁶⁰ Los términos, sin embargo, se invierten: la Corte se basa en "el fin y el objeto" de la Convención greco-búlgara de 27 de noviembre de 1919, *C.P.J.I., Serie B, N° 17*, pág. 21.

¹⁶¹ Sentencia de 27 de junio de 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua), *C.I.J. Recueil, 1986*, págs. 136 y 137, párrs. 271 a 273, pág. 138, párr. 275 o pág. 140, párr. 280.

¹⁶² I. Buffard y K. Zemanek, *op. cit.* nota XXX, pág. 316, véase la nota XXX *supra*.

¹⁶³ A partir de entonces, la terminología empleada por la Corte parece firmemente establecida; cf.: *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Acciones armadas fronterizas y transfronterizas) (*Nicaragua c. Honduras*), competencia y admisibilidad, sentencia de 20 de diciembre de 1988, *C.I.J. Recueil, 1988*, pág. 89, párr. 46; 14 de junio de 1993, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (Delimitación marítima de la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen) (*Dinamarca c. Noruega*), sentencia de 14 de junio de 1993, *C.I.J. Recueil, 1993*, págs. 49 a 51, párrs. 25 a 27; *Différend territorial* (Controversia territorial) (*Jamahiriyá Árabe Libia/Chad*), sentencia de 3 de febrero de 1994, *C.I.J. Recueil, 1994*, págs. 25 y 26, párr. 52; *Plateformes pétrolières* (Plataformas petrolíferas) (*República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América*), excepción preliminar, sentencia de 12 de diciembre de 1996, *C.I.J. Recueil, 1996*, pág. 813, párr. 27; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros) (*Hungría/ Eslovaquia*), sentencia de 25 de septiembre de 1997, *C.I.J. Recueil, 1997*, pág. 64, párr. 104 y pág. 67, párr. 110; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria) (*Camerún c. Nigeria*), excepciones preliminares, sentencia de 11 de junio de 1998, *C.I.J. Recueil, 1998*, pág. 318, párr. 98; *Île de Kasikili/Sedudu* (Isla de Kasikili/Sedudu) (*Botswana/Namibia*), sentencia de 13 de diciembre de 1999, *C.I.J. Recueil, 1999*, págs. 1072 y 1073, párr. 43; *LaGrand* (*Alemania c. Estados Unidos de América*), sentencia de 27 de junio de 2001, *C.I.J. Recueil, 2001*, págs. 502 y 503, párr. 102; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan) (*Indonesia/Malasia*), fondo, sentencia de 17 de diciembre de 2002, *C.I.J. Recueil, 2002*, pág. 652, párr. 51; *Avena et autres ressortissants mexicains*

jurisprudencia relativamente abundante por lo que respecta al método que hay que seguir para determinar el objeto y el fin de un tratado específico: a menudo la Corte procede mediante simples afirmaciones¹⁶⁴ y, cuando se muestra deseosa de justificar su posición, elige una vía empírica¹⁶⁵.

9) Para paliar los inconvenientes que se derivan de esas incertidumbres, se ha preguntado si no era posible descomponer el concepto de "objeto y fin del tratado" buscando cuál es su objeto, por una parte, y cuál es su fin, por otra. Así, con ocasión del debate sobre el proyecto de artículo 55, relativo a la regla *pacta sunt servanda*, Reuter subrayó que "el objeto de una obligación es una cosa y el fin es otra"¹⁶⁶. Esta distinción, aunque corriente al parecer en la doctrina francesa (o francófona)¹⁶⁷, es recibida con escepticismo por los tratadistas de formación alemana o inglesa¹⁶⁸.

10) De todos modos, un autor (francés) ha puesto de manifiesto, de manera convincente, que la jurisprudencia internacional no permite resolver la cuestión¹⁶⁹. Y ello se debe a que ni el objeto —definido como el contenido mismo del tratado¹⁷⁰— ni, todavía menos, el fin del tratado —el resultado buscado¹⁷¹— permanecen inmutables en el tiempo, como lo demuestra claramente la teoría del *emergent purpose* [fin evolutivo] propuesta por Sir

(Avena y otros nacionales mexicanos) (*México c. Estados Unidos de América*), sentencia de 31 de marzo de 2004, *C.I.J. Recueil, 2004*, pág. 48, párr. 85; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado), opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *C.I.J. Recueil, 2004*, pág. 179, párr. 109; *Licéité de l'emploi de la force* (Licitud del uso de la fuerza) (*Serbia y Montenegro c. Bélgica*), excepciones preliminares, sentencia de 15 de diciembre de 2004, *C.I.J. Recueil, 2004*, pág. 319, párr. 102; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002)) (*República Democrática del Congo c. Rwanda*), competencia y admisibilidad, sentencia de 3 de febrero de 2006, *C.I.J. Recueil, 2006*, págs. 32 y 35, párrs. 66, 67 y 77; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio) (*Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*), fondo, sentencia de 26 de febrero de 2007, *C.I.J. Recueil, 2007*, págs. 110, 114 y 126, párrs. 160, 167 y 198; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos) (*Costa Rica c. Nicaragua*), sentencia de 13 de julio de 2009, párr. 79; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Plantas de celulosa en el Río Uruguay) (*Argentina c. Uruguay*), sentencia de 20 de abril de 2010, párrs. 75, 98, 143 y 281.

¹⁶⁴ Véase, por ejemplo, C.P.J.I., opinión consultiva, 8 de diciembre de 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube* (Competencia de la Comisión Europea del Danubio), *Serie B, N° 14*, pág. 64: "Es evidente que el objeto del Tratado de París [de 1856] (...) fue asegurar la libertad de navegación..."; C.I.J., opinión consultiva, 11 de julio de 1950, *Statut international du sud-ouest africain* (Estatuto internacional del África sudoccidental), *Recueil, 1950*, págs. 136 y 137, y las sentencias siguientes citadas en la nota anterior; sentencia de 14 de junio de 1993, pág. 50, párr. 27; sentencia de 25 de septiembre de 1997, pág. 67, párr. 110; sentencia de 11 de junio de 1998, pág. 318, párr. 98; sentencia de 27 de junio de 2001, pág. 502, párr. 102; y sentencia de 15 diciembre de 2004, párr. 102.

¹⁶⁵ Véase *infra*, párrafo 3) del comentario de la directriz 3.1.5.1.

¹⁶⁶ *Anuario...*, 1964, vol. I, 19 de mayo de 1964, 726ª sesión, pág. 27, párr. 77. Sin embargo, el mismo autor manifiesta en otra parte cierto escepticismo en cuanto a la utilidad de la distinción (véase P. Reuter, "Solidarité...", *op. cit.* nota XXX, pág. 628 (reproducido asimismo en P. Reuter, *Le développement...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 367).

¹⁶⁷ Véase I. Buffart y K. Zemanek, *op. cit.* nota XXX, págs. 325 a 327, véase nota XXX *supra*.

¹⁶⁸ *Ibid.*, págs. 322 a 325 y 327 y 328.

¹⁶⁹ G. Teboul, *op. cit.* nota XXX, pág. 696, véase nota XXX *supra*.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, Jean-Paul Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, (París: L.G.D.J., 1972), pág. 142: "El objeto de un acto reside en los derechos y obligaciones a que da nacimiento".

¹⁷¹ *Ibid.*

Gerald Fitzmaurice: "[T]he notion of object and purpose is itself not a fixed and static one, but is liable to change, or rather develop as experience is gained in the operation and working of the convention"¹⁷² [El concepto de objeto y fin no es en sí fijo ni estático, sino sujeto a cambio, o más bien evoluciona a medida que se gana experiencia en la aplicación y puesta en práctica de la convención]. Así pues, no es nada sorprendente que las tentativas de la doctrina por definir un método general de determinación del objeto y el fin del tratado hayan resultado decepcionantes¹⁷³.

11) Como señaló Ago en los debates de la Comisión de Derecho Internacional relativos al proyecto de artículo 17 (que pasó a ser el artículo 19 de la Convención de Viena):

"La admisibilidad de las reservas se puede determinar únicamente por referencia a lo que disponga en general el tratado. En principio es posible establecer una distinción entre las cláusulas esenciales de un tratado, a las que normalmente no se admiten reservas, y las cláusulas de menor importancia, a las que es posible hacerlas."¹⁷⁴

Esos son los dos elementos fundamentales: el fin y el objeto sólo se pueden deducir del examen del tratado en su conjunto¹⁷⁵, y ese criterio conduce a rechazar las reservas a las cláusulas "esenciales"¹⁷⁶, y únicamente a ellas.

¹⁷² Gerald G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and other Treaty points", en *British Yearbook of International Law*, vol. 33 (1957), pág. 208. Véase también G. Teboul, *op. cit.* nota XXX, pág. 697, o William A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Rights of the Child", en *Human Rights Quarterly*, vol. 18, (1996), pág. 479.

¹⁷³ La más convincente, debida a I. Buffard y K. Zemanek, propone un procedimiento en dos etapas: en la primera, convendría "[to have] recourse to the title, preamble, and, if available, programmatic articles of the treaty" [recorrer al título, el preámbulo y, si existieran, los artículos programáticos del tratado]; en la segunda, la conclusión así obtenida *prima facie* debería ensayarse a la luz del texto del tratado (*op. cit.*, pág. 333). Pero la aplicación de este método, aparentemente lógico (aunque invierte el orden de prioridad establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena, que hace de los "términos del tratado" el punto de partida de toda interpretación; véase también la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las *Restricciones a la pena de muerte*, OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, serie A, N° 3), a supuestos concretos ha demostrado ser poco concluyente: los autores se confiesan incapaces de determinar objetivamente y de manera simple el objeto y el fin de cuatro de los cinco tratados o grupos de tratados escogidos como ejemplo (la Carta de las Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los convenios generales de derechos humanos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y las demás convenciones de derechos humanos relativas a derechos específicos; el método propuesto sólo resultó convincente en la última hipótesis (I. Buffard y K. Zemanek, *op. cit.* nota XXX, págs. 334 a 342)) y concluyen que, decididamente, la noción sigue siendo un "enigma" (véase *supra*, párrafo 3) del presente comentario). Las demás tentativas doctrinales tampoco son muy convincentes, aun cuando sus autores se muestran a menudo categóricos en cuanto a la definición del objeto y el fin del tratado estudiado. Es cierto que muchas veces se trata de convenios de derechos humanos, que se prestan fácilmente a sacar conclusiones inspiradas por tomas de posición orientadas ideológicamente, una de cuyas manifestaciones consiste en sostener que todas las disposiciones de fondo de esos tratados corresponden a su objeto y su fin (lo que, llevado a su consecuencia lógica, equivale a excluir la validez de toda reserva); para una crítica de esta postura extrema, véase W. A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Right of the Child", *op. cit.* nota XXX, págs. 476 y 477, o "Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party?", en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 21 (1995), págs. 291 a 293. Sobre la posición del Comité de Derechos Humanos, véase el párrafo 1) del comentario de la directriz 3.1.5.6. Véase también Bruno Simma y Gleider I. Hernández, «Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Rights Treaty: Where Do We Stand?», *op. cit.* nota XXX, págs. 70 y 71.

¹⁷⁴ *Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 152, párr. 35.

¹⁷⁵ Se trata de examinar si la reserva es compatible "con el contenido general del tratado" (Bartoš, *ibíd.*,

12) En otras palabras, la "razón de ser"¹⁷⁷ del tratado, su "núcleo fundamental"¹⁷⁸, es lo que hay que preservar para no menoscabar la "eficacia"¹⁷⁹ del tratado en su conjunto. "*It implies a distinction between all obligations in the treaty and the core obligations that are the treaty's raison d'être*"¹⁸⁰ [Esto implica distinguir entre todas las obligaciones que dimanen del tratado y las obligaciones esenciales que son la razón de ser del tratado].

13) Aun cuando las orientaciones generales son bastante claras, no es fácil traducirlas en una fórmula simple. Podría parecer que el "umbral" elegido con la directriz 3.1.5 es demasiado alto y facilita excesivamente la formulación de reservas. Por definición, toda reserva "tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación" al autor de la reserva¹⁸¹; por lo tanto, la definición del objeto y el fin no debe ser tan amplia que conduzca a paralizar la facultad para formular reservas. Al limitar la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado a los supuestos en que i) la reserva afecta a un elemento esencial, ii) necesario para la estructura general del tratado, iii) de tal manera que compromete la razón de ser del tratado, la fórmula de la directriz 3.1.5 establece un equilibrio satisfactorio entre la necesidad de preservar la integridad del tratado y el deseo de facilitar la participación más amplia posible en los convenios multilaterales¹⁸².

14) Una definición exacta de cada una de esos tres requisitos indisociables es tal vez imposible, pero algunas aclaraciones pueden ser útiles:

i) La expresión "elemento esencial" debe entenderse en relación con el objeto mismo de la reserva tal como ha sido formulada por su autor y no se limita necesariamente a una disposición particular. Un "elemento esencial" puede consistir en una norma, un derecho o una obligación que, interpretado en su contexto¹⁸³, es esencial para la estructura general del tratado y cuya exclusión o modificación comprometería su propia razón de ser. Así sería generalmente si un Estado se propusiera excluir o modificar sensiblemente una disposición del tratado que encarnase en sí misma el objeto y el fin del tratado. De ese modo, una reserva que excluyera la aplicación de una disposición comparable al artículo I del Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre los Estados Unidos y el Irán, de 15 de agosto de 1955, ciertamente afectaría a un "elemento esencial" en el sentido de la directriz 3.1.5, dado que esta disposición "debe considerarse que establece un

pág. 153, párr. 40).

¹⁷⁶ Y no aquellas que se refieren "únicamente a algún detalle" (Paredes, *ibid.*, pág. 157, párr. 90).

¹⁷⁷ Corte Internacional de Justicia, Reservas a la Convención contra el Genocidio, opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *C.I.J. Recueil, 1951*, pág. 21: "ninguna de las partes contratantes tiene derecho a destruir o comprometer (...) lo que es el fin, la razón de ser de la convención".

¹⁷⁸ Declaración del representante de Francia ante la Tercera Comisión de la Asamblea General, décimo primer período de sesiones, 703ª sesión, 6 de diciembre de 1956, reproducido en A. C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public* (París: Centre national de la recherche scientifique, 1962), vol. I, pág. 277, N° 552.

¹⁷⁹ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Loizidou*, sentencia de 23 de marzo de 1995 (*excepción preliminar*), serie A, vol. 310, pág. 27, párr. 75: la aceptación de regímenes distintos de aplicación del Convenio europeo de derechos humanos "disminuiría (...) la eficacia del Convenio como instrumento constitucional del orden público europeo".

¹⁸⁰ L. Lijnzaad, *op. cit.* nota XXX, pág. 83; véase también pág. 59, o L. Sucharipa-Behrmann, "The Legal Effects of Reservation to Multilateral Treaties", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 1 (1996), pág. 76.

¹⁸¹ Véase la directriz 1.1, párrafo 1 *in fine*.

¹⁸² Véase A. Pellet y D. Müller, «From Bilateralism to Community Interest – Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil...», en Ulrich Fastenrat (dir.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, págs. 524 a 530.

¹⁸³ Véase la directriz 3.1.5.1.

objetivo a la luz del cual se deben interpretar y aplicar las demás disposiciones del tratado"¹⁸⁴.

ii) Es preciso, pues, que ese "elemento esencial" sea "necesario para la estructura general del tratado", es decir, el equilibrio de los derechos y obligaciones que forman su sustancia o la idea general que constituye el fundamento del tratado¹⁸⁵. La Comisión no ha tenido ninguna dificultad en adoptar, en francés, la expresión "économie générale du traité" [estructura general del tratado], que en su opinión refleja bien la idea de que el carácter esencial del elemento sobre el que versa la reserva debe apreciarse en relación con el tratado en su conjunto, mientras que se ha mostrado indecisa en cuanto a la elección de la expresión inglesa. Tras haber dudado entre "*general framework*", "*general structure*" u "*overall structure*", ha considerado que la expresión "*general tenor*" tenía la ventaja de hacer hincapié en el carácter global de la apreciación a la que conviene proceder, y no circunscribir la lectura del intérprete a límites demasiado rígidos. Así, la Corte Internacional de Justicia determinó el objeto y el fin de un tratado remitiéndose, no sólo a su preámbulo, sino también a su "estructura" tal como se desprende de las propias disposiciones del tratado tomadas en su conjunto¹⁸⁶.

iii) Asimismo, con la intención de evitar un "umbral" demasiado alto, la Comisión ha preferido el adjetivo "necesario" a "indispensable", más radical, ha elegido el verbo "comprometer" (en vez de "privar") para asociarlo a la "razón de ser" del tratado, en la inteligencia de que ésta puede ser simple y unívoca (el título de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, define claramente la "razón de ser" de dicha Convención) o mucho más compleja (ya se trate de una convención que contenga numerosos derechos y obligaciones interdependientes, como los tratados generales de derechos humanos¹⁸⁷, o de una convención sobre la protección del medio ambiente o de las inversiones que abarque una amplia variedad de cuestiones) y que incluso cabe preguntarse si puede evolucionar con el tiempo¹⁸⁸.

15) Con todo, la directriz 3.1.5 más bien indica una dirección y no fija un criterio claro que puede aplicarse directamente en todos los casos. Por esta razón, se ha estimado útil completarlo de dos maneras: por una parte, tratando de precisar las modalidades de determinación del objeto y el fin del tratado, sobre las que versa la directriz 3.1.5.1, y, por otra, ilustrando de manera más precisa esta metodología mediante una serie de ejemplos escogidos en esferas en las cuales se plantean de manera reiterada problemas relativos a la validez sustantiva de las reservas (las directrices 3.1.5.2 a 3.1.5.7).

¹⁸⁴ Corte Internacional de Justicia, *Plataformes pétrolières* (Plataformas petrolíferas), sentencia de 12 de diciembre de 1996, citada en la nota XXX, *C.I.J. Recueil*, 1996, pág. 814, párr. 28.

¹⁸⁵ Puesto que no todos los tratados se basan forzosamente ni totalmente en un equilibrio de derechos y obligaciones (véanse en particular los tratados relativos a las "obligaciones integrales", incluidos los tratados de derechos humanos) (véase G. G. Fitzmaurice, segundo informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/107), *Anuario...*, 1957, vol. II, págs. 58 y 59, párrs. 125 a 128).

¹⁸⁶ Corte Internacional de Justicia, *Plataformes pétrolières* (Plataformas petrolíferas), sentencia de 12 de diciembre de 1996, *C.I.J. Recueil*, 1996, pág. 813, párr. 27; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, (Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan), sentencia de 17 de diciembre de 2002, *C.I.J. Recueil*, 2002, pág. 652, párr. 51.

¹⁸⁷ Véase la directriz 3.1.5.6 *infra*. Véase también A. Pellet, « Article 19 (1969) », en O. Corten y P. Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, *op. cit.*, nota XXX, págs. 745 y 746, párrs. 202 a 204.

¹⁸⁸ Véase *supra*, párr. 10), e *infra* el párrafo 7) del comentario de la directriz 3.1.5.1.

3.1.5.1 Determinación del objeto y el fin del tratado

El objeto y el fin del tratado deben determinarse de buena fe, teniendo en cuenta los términos del tratado en el contexto de estos, en particular el título y el preámbulo del tratado. También se podrá recurrir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, así como, cuando proceda, a la práctica ulterior de las partes.

Comentario

- 1) No es fácil sintetizar en una fórmula única el conjunto de elementos que se deben tomar en consideración para determinar, en cada caso concreto, el objeto y el fin del tratado. Sin duda, esta operación corresponde más al "espíritu de sutileza" que al "espíritu de geometría"¹⁸⁹, al igual, por otro lado, que toda interpretación, y este proceso es sin duda un proceso de interpretación.
- 2) Habida cuenta de la gran variedad de situaciones y de su posible mutabilidad en el tiempo¹⁹⁰, parece imposible reducir a la unidad los métodos de determinación del objeto y el fin de un tratado y es forzoso admitir que cierta dosis de subjetividad es inevitable, lo que nada tiene de incongruente en el derecho en general y en el derecho internacional en particular.
- 3) Así, cabe señalar que la Corte Internacional de Justicia ha deducido el objeto y el fin de un tratado, separada o conjuntamente, de elementos muy variables, a saber:
 - De su título¹⁹¹;
 - De su preámbulo¹⁹²;

¹⁸⁹ Blaise Pascal, *Pensées*, en *Œuvres complètes*, (París: Bibliothèque de la Pléiade, N.R.F.-Gallimard, 1954), pág. 1091.

¹⁹⁰ Véase el párrafo 10) del comentario de la directriz 3.1.5 *supra*. Se puede añadir la cuestión de si la acumulación de reservas puntuales, cada una de ellas admisible individualmente, no entrañaría *in fine* su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado (véase Belinda Clark, "The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women", *American Journal of International Law*, vol. 85 (1991), pág. 314, o Rebecca J. Cook, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", *Virginia Journal of International Law*, vol. 30 (1990), págs. 706 y 707).

¹⁹¹ Véase *Certains emprunts norvégiens* (Ciertos empréstitos noruegos), sentencia de 6 de julio de 1957, *C.I.J. Recueil*, 1957, pág. 24; pero véase *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua), fondo, sentencia de 27 de junio de 1986, *C.I.J. Recueil*, 1986, pág. 137, párr. 273, y *Plateformes pétrolières (Exception préliminaire)* (Plataformas petrolíferas (excepción preliminar)), sentencia de 12 de diciembre de 1996, *C.I.J. Recueil*, 1996, pág. 814, párr. 28.

¹⁹² Véase la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 31 de julio de 1930, *Question des "Communautés" gréco-bulgares* (Cuestión de las "Comunidades" grecobúlgaras) (*C.P.J.I., Serie B*, N° 17, pág. 19), o *Droits des ressortissants des États Unis d'Amérique au Maroc* (Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos), sentencia de 27 agosto de 1952, *C.I.J. Recueil*, 1952, pág. 196; *Actividades militares y paramilitares...*, sentencia de 27 de junio de 1986, citada en la nota XXX, *C.I.J. Recueil*, 1986, pág. 138, párr. 275; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)), sentencia de 3 de febrero de 1994, *C.I.J. Recueil*, 1994, págs. 25 y 26, párr. 52; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (fond)* (Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (fondo)), sentencia de 17 de diciembre de 2002, *C.I.J. Recueil*, 2002, pág. 652, párr. 51; véase asimismo el voto particular disconforme emitido por el Magistrado Anzilotti en anexo a *Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes* (Interpretación de la Convención de 1919 relativa al trabajo de noche de las mujeres), opinión consultiva de 15 de noviembre de 1932, *C.P.J.I., Serie A/B*, N° 50, pág. 384.

- De un artículo incluido al principio del tratado, que "debe considerarse que establece un objetivo a la luz del cual se deben interpretar y aplicar las demás disposiciones del tratado"¹⁹³;
- De un artículo del tratado que pone de manifiesto "el principal afán de cada parte contratante" en el momento de la celebración del tratado¹⁹⁴;
- De sus trabajos preparatorios¹⁹⁵, o
- De su estructura general¹⁹⁶.

4) Pero es difícil considerar que se trata propiamente de "métodos". Estos diferentes elementos se tienen en cuenta indistinta, separada o cumulativamente y la Corte se forma una "impresión general" en la que, inevitablemente, la subjetividad desempeña un gran papel¹⁹⁷. No obstante, ya que se trata de un problema de interpretación, *mutatis mutandis*, parece legítimo trasponer los principios de los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena aplicables a la interpretación de los tratados —la "regla general de interpretación" enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena y los "medios de interpretación complementarios" enunciados en el artículo 32¹⁹⁸— y adaptarlos a la determinación del objeto y el fin del tratado.

5) La Comisión es plenamente consciente de que esta posición es en parte tautológica¹⁹⁹ puesto que, a tenor del párrafo 1 del artículo 31:

¹⁹³ Corte Internacional de Justicia, *Plataformas petrolíferas*, sentencia de 12 de diciembre de 1996, *C.I.J. Recueil*, 1996, pág. 814, párr. 28.

¹⁹⁴ Corte Internacional de Justicia, *Île de Kasikili/Sedudu* (Isla de Kasikili/Sedudu), sentencia de 13 de diciembre de 1999, *C.I.J. Recueil*, 1999, págs. 1072 y 1073, párr. 43.

¹⁹⁵ A menudo como confirmación de la interpretación fundada en el texto mismo; cf. Corte Internacional de Justicia, sentencia de 3 de febrero de 1994 citada en la nota XXX, págs. 27 y 28, párrs. 55 y 56, sentencia de 13 de diciembre de 1999 citada en la nota XXX, pág. 1074, párr. 46, o *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, (Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado), opinión consultiva de 9 de julio de 2004, citada en la nota XXX, *C.I.J. Recueil*, 2004, pág. 179, párr. 109; véase asimismo el voto particular disconforme del Magistrado Anzilotti, citado en la nota XXX, págs. 388 y 389. En su opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, relativa a las *Réserves à la Convention sur le génocide* (Reservas a la Convención contra el Genocidio), la Corte Internacional de Justicia atribuye cierto valor a los "orígenes" de la Convención (*C.I.J. Recueil*, 1951, pág. 23).

¹⁹⁶ Véase Corte Permanente de Justicia Internacional, *Compétence de l'O.I.T. pour régler l'accessoirement le travail du patron* (Competencia de la OIT para reglamentar accesoriamente el trabajo del patrón), opinión consultiva de 23 de julio de 1930, *Serie B*, N° 13, pág. 18, o la opinión consultiva de 31 de julio de 1930, citada en la nota XXX, pág. 20, o Corte de Justicia Internacional, sentencia de 12 de diciembre de 1996, citada en la nota XXX, pág. 813, párr. 27, y sentencia de 17 de diciembre de 2002, citada en la nota XXX, pág. 652, párr. 51.

¹⁹⁷ "One could just as well believe that it was simply by intuition" [Cabría igualmente considerar que la Corte se basa en meras intuiciones] (I. Buffard y K. Zemanek, *op. cit.* nota XXX, pág. 319).

¹⁹⁸ Véase la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 de septiembre de 1983, emitida en el asunto de las *Restricciones a la pena de muerte*, OC-3/83, *serie A*, N° 3; véase también L. Sucharipa-Behrmann, *op. cit.* nota XXX, pág. 76. Aunque consciente de que las normas relativas a la interpretación de los tratados no se podían trasponer pura y simplemente a las declaraciones unilaterales formuladas por las partes en relación con un tratado (reservas y declaraciones interpretativas), la Comisión de Derecho Internacional ha admitido que esas normas constituían directrices útiles a este respecto (cf. la directriz 1.3.1 (Método de determinación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas). Ello se aplica *a fortiori* cuando se trata de apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado mismo.

¹⁹⁹ Véase W. A. Schabas, "Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform", *Annuaire canadien de droit international*, vol. 32 (1994), pág. 48.

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

6) No obstante, la determinación del objeto y el fin del tratado es realmente una operación de interpretación que exige tomar en consideración el tratado en su conjunto, de buena fe, integralmente, conforme al sentido corriente de sus términos, en el contexto de éstos, incluido el preámbulo, teniendo en cuenta la práctica²⁰⁰ y, en su caso, los trabajos preparatorios y "las circunstancias de su celebración"²⁰¹.

7) Estos son los parámetros que se han adoptado en la directriz 3.1.5.1, que reproduce en parte los términos de los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena al poner de relieve la necesidad de que la determinación se haga de buena fe conforme a los términos del tratado tomados en su contexto. Basándose en gran medida en la redacción del artículo 31, párrafo 2, de las Convenciones de Viena, que enumera los elementos que constituyen el contexto que se ha de tomar en consideración a los efectos de la interpretación del tratado, la Comisión ha estimado conveniente destacar dos elementos particulares de dicho contexto: el preámbulo —que se menciona en el artículo 31, párrafo 2— y el título del tratado, que revisten una importancia particular para determinar su objeto y su fin²⁰². La mención de los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración del tratado reviste también una importancia tal vez mayor para la determinación del objeto y el fin del tratado que para la interpretación de una de sus disposiciones. En cuanto a la expresión "la práctica ulterior de las partes", refleja los apartados a) y b) de los párrafos 2 y 3 del artículo 31, ya que la Comisión estimó que el objeto y el fin de un tratado podían evolucionar con el tiempo²⁰³. Por lo demás, aun cuando esa referencia a la práctica ulterior pueda parecer superflua, puesto que las eventuales objeciones deben hacerse dentro de los 12 meses siguientes a la formulación de la reserva, no carece de utilidad, pues la apreciación de la reserva por un tercero puede producirse en cualquier momento, incluso muchos años después de su formulación.

8) En ciertos casos, la aplicación de esas orientaciones metodológicas no plantea ningún problema. Es evidente que una reserva a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio por la cual un Estado se reservara la posibilidad de cometer determinados actos prohibidos en su territorio o en partes de él sería incompatible con el objeto y el fin de la Convención²⁰⁴.

9) Alemania y varios países europeos explicaron, en apoyo a su objeción a una reserva de Viet Nam a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, que:

"La reserva formulada con respecto al artículo 6 es contraria al principio "*aut dedere aut judicare*" que establece que los autores de la infracción sean juzgados o que se conceda la extradición a los Estados que la solicitan.

En opinión del Gobierno la República Federal de Alemania, la reserva en cuestión es contraria al objeto de la Convención, enunciado en el párrafo 1 del

²⁰⁰ Véase el artículo 31, párrafo 3.

²⁰¹ Artículo 32.

²⁰² La mención de los términos del tratado ha parecido suficiente para incluir las disposiciones que establecen los objetivos generales de este, los cuales, sin embargo, pueden revestir una importancia particular para apreciar la "estructura general" del tratado (véase la nota XXX *supra*).

²⁰³ Véase el comentario de la directriz 3.1.5, párrafo 10), y el párrafo 2) *supra*.

²⁰⁴ La cuestión se plantea de manera especial en lo que respecta al alcance de la "cláusula colonial" que figura en el artículo XII de la Convención y a la que se opusieron los países del bloque soviético, los cuales formularon reservas a esa disposición (véase *Traité multilatéraux* ..., cap. IV.1); aunque lo que se pone en tela de juicio en este caso es la validez de esta *cuasi* cláusula de reserva.

artículo 2, que es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional.

La reserva también puede suscitar dudas en cuanto al compromiso del Gobierno de la República Socialista de Viet Nam de respetar las disposiciones fundamentales de la Convención.²⁰⁵

10) También es posible que la reserva prohibida se refiera a disposiciones menos centrales, pero que no por ello deje de ser contraria al objeto y el fin del tratado cuya aplicación hace imposible. Ello explica el recelo de la Convención de Viena respecto de las reservas a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales²⁰⁶. Así, al ratificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, la República Democrática Alemana declaró que no participaría en los gastos relacionados con el funcionamiento del Comité contra la Tortura salvo en la medida en que aceptara la competencia de ese órgano²⁰⁷. Esa "declaración" (que de hecho era una reserva) suscitó objeciones por parte de Luxemburgo, que afirmó que tendría por efecto "inhibir las actividades del Comité de manera incompatible con el objeto y el fin de la Convención"²⁰⁸.

11) Evidentemente es imposible elaborar una lista exhaustiva de los problemas de compatibilidad que podrían plantearse entre una reserva y el objeto y el fin del tratado. No obstante, no cabe duda de que las reservas a ciertas categorías de tratados o disposiciones convencionales o las que presentan en sí mismas características específicas plantean problemas particulares de validez sustantiva que conviene examinar sucesivamente, a fin de tratar de esclarecer unas directrices que puedan ayudar a los Estados a formular reservas de ese tipo y a reaccionar ante ellas con conocimiento de causa. Tal es el objeto de las directrices 3.1.5.2 a 3.1.5.7; las materias sobre las que éstos versan se han elegido

²⁰⁵ *Ibid.*, cap. VI.19; en el mismo sentido, véanse las objeciones de Bélgica, Dinamarca, España, Grecia, Irlanda, Italia, los Países Bajos, Portugal, Suecia y el Reino Unido, y las motivadas menos explícitamente de Austria y Francia, *ibid.* Véase igualmente la objeción de Noruega o, menos explícitas, las de Alemania y Suecia, relativas a la declaración de Túnez concerniente a la aplicación de la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961, *ibid.*, cap. V.4. Para otro ejemplo significativo, véase la declaración del Pakistán relativa al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 1997, que excluye la aplicación del Convenio a las "luchas, incluso la lucha armada, para la realización del derecho a la libre determinación libradas contra una ocupación o una dominación extranjera", *ibid.*, cap. XVIII.9. Varios Estados estimaron que esta "declaración" era contraria al objeto y el fin del Convenio, que es "la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, dondequiera y quienquiera los cometa"; véanse las objeciones de Alemania, Australia, Austria, el Canadá, Dinamarca, España, los Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, la India, Italia, el Japón (motivada de manera particularmente precisa), Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia, *ibid.* Del mismo modo, Finlandia justificó su objeción a la reserva del Yemen al artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966, alegando que "las disposiciones que prohíben la discriminación racial para la adquisición de derechos políticos y de libertades civiles tan fundamentales como el derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a casarse y elegir el cónyuge, el derecho a la herencia, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión son capitales en una convención contra la discriminación racial" (*ibid.*, cap. IV.2).

²⁰⁶ Cf. artículo 20, párrafo 3: "Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización"; el texto de esta disposición se reproduce en la directriz 2.8.8.

²⁰⁷ Véase *Traité multilatéraux ...*, cap. IV.9; véase también Richard W. Edwards, Jr., "Reservations to Treaties", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), págs. 391 a 393 y 400.

²⁰⁸ *Traité multilatéraux ...*, cap. IV.9. Otros 15 Estados hicieron objeciones en el mismo sentido.

atendiendo a la relativa frecuencia con que se plantean problemas, y tienen un carácter puramente ilustrativo.

3.1.5.2 Reservas vagas o generales

Una reserva habrá de redactarse en términos que permitan apreciar su alcance, a fin de determinar, en particular, su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

Comentario

1) Desde el momento en que, en virtud del apartado c) del artículo 19 de las Convenciones de Viena, reproducido en la directriz 3.1, una reserva debe ser compatible con el objeto y el fin del tratado, y que, en virtud del artículo 20, se exige que los demás Estados contratantes tomen posición sobre esa compatibilidad, esos Estados deben estar en condiciones de hacerlo. Ello no será posible si la reserva en cuestión está redactada en términos que no permitan apreciar su alcance, es decir, esencialmente si está redactada de una manera vaga o general como indica el título de la directriz 3.1.5.2. Así pues, esta directriz no versa, hablando con propiedad, sobre un supuesto en que una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado, sino que se refiere más bien al supuesto en que no es posible apreciar esa compatibilidad. Este inconveniente le ha parecido a la Comisión lo bastante grave para utilizar unos términos especialmente enérgicos: "*shall be worded*" ("habrá de redactarse") en vez de "*should be worded*" ("debería redactarse") o "*is worded*" ("se redacta"). Además, el empleo del término "redactarse", en contraste con "formularse", pone de relieve el hecho de que se trata de un requisito de fondo y no sólo de forma.

2) Por otro lado, la exigencia de precisión en la redacción de las reservas está implícita en su propia definición. El apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena, cuyo texto se reproduce en la directriz 1.1, dispone que las reservas tienen por objeto excluir o modificar "los efectos jurídicos de *ciertas disposiciones* del tratado en su aplicación" a sus autores²⁰⁹. En consecuencia, no se puede admitir que las reservas puedan tener por resultado impedir que el tratado en su conjunto produzca sus efectos. Y las "reservas transversales", aunque son una práctica corriente, sólo son válidas, como se precisa en la directriz 1.1, párrafo 2²¹⁰, si tienen por objeto "excluir o modificar los efectos jurídicos (...) del tratado en su conjunto *con respecto a ciertos aspectos específicos*...".

²⁰⁹ Véanse las observaciones del Gobierno de Israel acerca del primer proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados, que llevaron a armonizar el texto inglés de la definición de las reservas con el texto francés por medio de la sustitución del término "*some*" por "*certain*" (Cuarto informe sobre el derecho de los tratados, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial (A/CN.4/177), *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 14); véase también la declaración de Chile en la Conferencia de Viena, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11), cuarta sesión de la Comisión Plenaria, párr. 5, pág. 24: "las palabras "excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado" (apartado d)) significan que la reserva debe indicar clara y categóricamente las disposiciones a que se refiere. Hay que evitar la formulación de reservas imprecisas".

²¹⁰ Véanse los párrafos 16 a 22 del comentario de la directriz 1.1. Véanse también las observaciones de Rosa Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados - Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, pág. 172, o A. Pellet, «Article 19 (1969)», en O. Corten y P. Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article, op. cit.*, nota XXX, págs. 747 a 752, párrs. 206 a 211.

3) Además, como se desprende del carácter esencialmente consensual del derecho de los tratados en general²¹¹ y del derecho de las reservas en particular²¹², si los Estados tienen libertad para *formular* (no para *hacer*²¹³) reservas, las demás partes también deben poder reaccionar aceptando la reserva o formulando una objeción a ella. Ello no es posible si el texto de la reserva no permite apreciar su significado.

4) Así sucede a menudo cuando una reserva remite al derecho interno del Estado que la ha formulado, sin otra precisión, o a su Constitución o su Código Civil o Penal sin indicar cuáles son las disposiciones a que se refiere. En estos supuestos, no es la remisión al derecho interno del Estado autor de la reserva en sí misma la que plantea problemas²¹⁴, sino el carácter a menudo vago y general de las reservas que hacen remisión a él y que excluyen toda posibilidad de que los demás Estados partes adopten una posición al respecto. Con ese ánimo, el Perú presentó una enmienda en la Conferencia de Viena a fin de que se agregara al futuro artículo 19 un apartado d) redactado así:

"d) [Que] la reserva haga inoperante el tratado por subordinar su aplicación, de un modo general o indeterminado, a la legislación nacional²¹⁵."

²¹¹ Véase P. Reuter, *op. cit.* nota XXX, págs. 20 y 21; Christian Tomuschat, "Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties. Comments on Article 16 and 17 of the International Law Commission's Draft Articles on the Law of Treaties", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, (1967), pág. 466. Véase igualmente, por ejemplo, Corte Permanente de Justicia Internacional, asunto del *Vapeur Wimbledon* (Vapor Wimbledon), sentencia de 17 de agosto de 1923, *C.P.J.I., Serie A*, N° 1, pág. 25, o Corte Internacional de Justicia, *Statut international du Sud-ouest africain* (Situación jurídica internacional del África sudoccidental), opinión consultiva de 11 de julio de 1950, *C.I.J. Recueil*, 1950, pág. 139.

²¹² La Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención contra el Genocidio* precisó a ese respecto que "está bien establecido que un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, obligarse sin su consentimiento y que, en consecuencia, ninguna reserva le es oponible a menos que haya dado su asentimiento (*C.I.J. Recueil*, 1951, pág. 21). Los magistrados que emitieron conjuntamente un voto particular disconforme, incorporado a la opinión consultiva, formularon esa idea de manera todavía más enérgica: "El consentimiento de las partes constituye la base de las obligaciones convencionales. El derecho que rige las reservas constituye solamente un caso particular de ese principio fundamental, es decir, que el acuerdo de las partes sobre la reserva se produzca antes de que se enuncie ésta, al mismo tiempo o posteriormente" (*ibid.*, pág. 32). Véase también el laudo arbitral de 30 de junio de 1977 dictado en el asunto *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic* (Delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Francesa), en *United Nations Reports of International Arbitral Awards (U.N.R.I.A.A.)*, t. XVIII, págs. 171 y 172, párrs. 60 y 61; William Bishop, Jr., "Reservations to Treaties", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 103, (1996-II), pág. 255, nota 96.

²¹³ Véase el párrafo 6) del comentario de la directriz 3.1.

²¹⁴ Véase el párrafo 4) del comentario de la directriz 3.1.5.5.

²¹⁵ Informes de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/14), Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia (A/CONF.39/11/Add.2), pág. 145, párr. 177; véanse las explicaciones del representante del Perú en la 21ª sesión de la Comisión Plenaria, celebrada el 10 de abril de 1968, Actas resumidas (A/CONF.39/11), citadas en la nota XXX, pág. 121, párr. 25. La enmienda fue rechazada por 44 votos contra 16 y 26 abstenciones (*ibid.*, 25ª sesión de la Comisión Plenaria, celebrada el 16 de abril de 1968, pág. 149, párr. 26). La lectura de los debates no permite obtener muchas explicaciones acerca de este rechazo; sin duda muchas delegaciones estimaron, como Italia, que era "inútil formular expresamente la hipótesis que en ella se considera, puesto que se trata ahí de un caso de reservas incompatibles con el objeto del tratado" (*ibid.*, 22ª sesión de la Comisión Plenaria, celebrada el 10 de abril de 1968, pág. 132, párr. 75). En el mismo sentido, véase Renata Szafarz, "Reservations to Multilateral Treaties", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 3, (1970), pág. 302.

5) Las objeciones de Finlandia a las reservas de varios Estados a la Convención sobre los Derechos del Niño están ciertamente más sólidamente motivadas sobre esta base que por una referencia al artículo 27 de la Convención de 1969²¹⁶; así, en respuesta a la reserva de Malasia, que había aceptado varias disposiciones de la Convención de Nueva York de 1989 "sólo si son conformes a la Constitución, al derecho interno y a las políticas nacionales del Gobierno de Malasia"²¹⁷, Finlandia estimó que el "carácter extensivo" de esa reserva no permitía "saber en qué medida Malasia se propone aplicar la Convención y cumplir las obligaciones que ésta le impone"²¹⁸. La declaración de Tailandia por la que ese país precisaba que "no interpreta ni aplica las disposiciones de la Convención [sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1966] en el sentido de que le impongan obligaciones que excedan de los límites establecidos por [su] Constitución y [su] legislación"²¹⁹ dio pie asimismo a una objeción de Suecia en la que ese país manifestaba que, de resultas de ello, "la aplicación de la Convención está subordinada a una reserva general que reenvía a los límites de la legislación nacional, cuyo contenido no se especifica"²²⁰.

6) Lo mismo cabe decir cuando un Estado se reserva, de una manera general, el derecho a hacer prevalecer su Constitución sobre un tratado²²¹; así ocurre, por ejemplo, con la reserva de los Estados Unidos a la Convención contra el Genocidio:

"Ninguna disposición de la Convención exige ni justifica la adopción por los Estados Unidos de medidas legislativas o de otro tipo prohibidas por la Constitución de los Estados Unidos, tal como es interpretada por los Estados Unidos"²²².

7) La misma objeción suscitan algunas reservas pertenecientes en general a lo que se ha venido a llamar en ocasiones la "reserva de la *sharia*"²²³, de la que es un ejemplo típico la

²¹⁶ Véase el párrafo 4) del comentario de la directriz 3.1.5.5. Del mismo modo, el motivo invocado por los Países Bajos o el Reino Unido en apoyo de sus objeciones a la segunda reserva de los Estados Unidos a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que se basaba en que creaba "incertidumbre en cuanto al alcance de las obligaciones que el Gobierno de los Estados Unidos de América está dispuesto a asumir en lo que respecta a la Convención" (*Traité multilatéraux...*, cap. IV.1) es más convincente que el que se basa en la invocación del derecho interno (véase el párrafo 4), (notas XXX y XXX) del comentario de la directriz 3.1.5.5).

²¹⁷ *Traité multilatéraux...*, cap. IV.11.

²¹⁸ *Ibid.*; véanse también las objeciones de Finlandia y de varios otros Estados Partes a las reservas comparables de varios otros Estados, *ibid.*, págs. 336 a 340.

²¹⁹ *Ibid.*, cap. IV.2.

²²⁰ *Ibid.* En el mismo sentido, véanse las objeciones noruega y sueca de 15 de marzo de 1999 relativas a la reserva de Bangladesh a la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 31 de marzo de 1953 (*ibid.*, cap. XVI.1), o las de Finlandia a una reserva de Guatemala a la Convención de Viena de 1969 y de los Países Bajos, de Suecia y de Austria a una reserva comparable del Perú a la misma Convención (*ibid.*, cap. XXIII.1). Véase también la objeción de Polonia a la reserva formulada por el Pakistán relativa a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: "La República Islámica del Pakistán se refiere en las reservas mencionadas a la *sharia* y a su derecho interno al declarar que ambos podrían afectar la aplicación de la Convención. No obstante, no precisa el contenido de esas leyes y disposiciones. En consecuencia, es imposible definir claramente en qué medida el Estado que ha formulado esas reservas ha aceptado las obligaciones dimanantes de la Convención" (*ibid.*, cap. IV.9).

²²¹ Véase la reserva del Pakistán a la misma Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*ibid.*, cap. IV.8) y las objeciones de Alemania, Austria, Finlandia, Noruega y los Países Bajos (*ibid.*) y de Portugal (*ibid.*).

²²² *Ibid.*, cap. IV.1.

²²³ Para los debates doctrinales, véase especialmente: Andrea Sassi, "General Reservations to Multilateral Treaties", en Tullio Treves (dir.), "Six Studies on Reservations", *Comunicazioni e Studi*, vol. XXII (2002), págs. 96 a 99; y más particularmente sobre su aplicación a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, véase B. Clark, *op. cit.*

reserva por la cual Mauritania acepta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York en 1979, "en todas y cada una de sus partes que no sean contrarias a la *sharia* islámica"²²⁴. Aquí, una vez más, lo que causa problemas no es la invocación en sí misma de una ley de origen religioso aplicada por ese Estado²²⁵, sino, como señaló Dinamarca, que "esas reservas generales que reenvían a las disposiciones del derecho islámico (...) tienen un alcance ilimitado y un carácter indefinido"²²⁶; en consecuencia, según el Reino Unido, una reserva de ese tipo "consiste en un reenvío general al derecho interno, cuyo tenor no se precisa, ni se indica claramente a los demás Estados Partes en la Convención en qué medida el Estado autor de la reserva ha aceptado las obligaciones enunciadas en el tratado"²²⁷.

8) Así pues, es la imposibilidad de apreciar la compatibilidad de tales reservas con el objeto y el fin del tratado, y no la certeza de su incompatibilidad, lo que hace que queden sujetas a la aplicación del apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como señaló el Comité de Derechos Humanos:

"Las reservas deben ser específicas y transparentes a fin de que el Comité, quienes estén sometidos a la jurisdicción del Estado que formula la reserva y los demás Estados Partes puedan tener en claro cuáles son las obligaciones de derechos humanos que han sido o no contraídas. Así pues, las reservas no deben tener carácter

nota XXX, págs. 209 a 302 y 310 y 311; Jane Connors, "The Women's Convention in the Muslim World", en J. P. Gardner, (dir.), *Human Rights as General Norms...*, *op. cit.* nota XXX, págs. 85 a 103; R. J. Cook, *op. cit.* nota XXX, págs. 690 a 692; Jeremy McBride, "Reservations and the Capacity of Status to Implement Human Rights Treaties" en J. P. Gardner (dir.), *op. cit.* nota XXX, págs. 149 a 156 (con numerosos ejemplos), o Yogesh Tyagi, "The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Right Treaties", *B.Y.B.I.L.*, vol. 71 (2000), págs. 198 a 201, y más específicamente: Anna Jenefsky, "Permissibility of Egypt's Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 15 (1991), págs. 199 a 233.

²²⁴ *Traités multilatéraux...*, cap. IV.8. Véase también la reserva de la Arabia Saudita (que menciona "las normas de la ley musulmana", *ibíd.*) y de Malasia (*ibíd.*), o la reserva inicial de Maldivas: "El Gobierno de la República de Maldivas respetará las disposiciones de la Convención, con excepción de aquellas que pueda considerar contrarias a los principios de la *sharia* islámica sobre la cual se basan todas las leyes y tradiciones de Maldivas" (*ibíd.*); como esa reserva fue objeto de numerosas objeciones, el Gobierno de Maldivas la modificó dándole un sentido más restrictivo, pero Alemania la objetó nuevamente y Finlandia criticó la nueva reserva (*ibíd.*). Igualmente, varios Estados formularon objeciones a la reserva de la Arabia Saudita a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966, que sometía las disposiciones de esa Convención a la condición de "que no fueran contrarias a la *sharia*" (*ibíd.*, cap. IV.2).

²²⁵ La Santa Sede ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, a condición de que "la aplicación de la Convención sea compatible con la naturaleza particular del Estado de la Ciudad del Vaticano y de las fuentes de su derecho objetivo..." (*ibíd.*, cap. IV.11). Como se ha señalado (W. A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Rights of the Child", *op. cit.* nota XXX, págs. 478 y 479), ese texto plantea, *mutatis mutandis*, los mismos problemas que la "reserva de la *sharia*".

²²⁶ *Traités multilatéraux...*, cap. IV.8.

²²⁷ *Ibíd.* Véanse también las objeciones de Alemania, Austria, Finlandia, Noruega, los Países Bajos o Suecia (*ibíd.*). Las reservas de muchos Estados islámicos a disposiciones específicas de la Convención, justificadas por la incompatibilidad de éstas con la *sharia*, son ciertamente menos criticables sobre esta base, si bien muchas de ellas igualmente suscitaron objeciones de algunos Estados Partes (véase, por ejemplo, B. Clark, *op. cit.* nota XXX, pág. 300, que señala que la reserva del Iraq al artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, basada en la *sharia*, es específica y entraña un régimen más favorable que el de la Convención; sin embargo, esa reserva suscitó las objeciones de México, los Países Bajos y Suecia, *Traités multilatéraux...*, cap. IV.8).

general sino que han de referirse a una disposición concreta del Pacto e indicar en términos precisos su ámbito en relación con él"²²⁸.

9) Según el artículo 57 (antes 64) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, "[e]ste artículo no autoriza las reservas de carácter general". En el asunto *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la invalidez de la declaración (equivalente a una reserva) de Suiza al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo, ya que estaba "redactada en términos demasiado vagos o amplios para que se pudiese apreciar el sentido y el ámbito de aplicación exactos"²²⁹. Pero tal vez sea la Comisión Europea de Derechos Humanos quien formuló el principio aplicable en la materia del modo más claro, al estimar que "una reserva es de carácter general (...) cuando está redactada de un modo que no permite definir su alcance"²³⁰.

10) La directriz 3.1.5.2 reitera esa idea fundamental. Su título indica los caracteres (alternativos) que debe presentar la reserva para caer dentro de su ámbito de aplicación: se refiere a las reservas bien "vagas", o bien "generales". En el primer caso, se puede tratar de una reserva que deja que reine la incertidumbre acerca de las circunstancias en que se aplicaría la reserva²³¹ o sobre el alcance de las obligaciones contraídas efectivamente por su autor. El segundo supuesto corresponde a los ejemplos mencionados más arriba²³².

11) Aun cuando el presente comentario no sea el lugar adecuado para preguntarse acerca de los efectos de las reservas vagas o generales²³³, es preciso subrayar desde ahora que plantean problemas especiales. Parece difícil, *a priori*, afirmar que son nulas *ipso jure*; la principal crítica que se les debe hacer es que no permiten apreciar si se cumplen las condiciones de su validez sustantiva²³⁴. Por esta razón, probablemente se presten particularmente bien a un "diálogo en materia sobre las reservas".

3.1.5.3 Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria

El hecho de que una disposición convencional refleje una norma de derecho internacional consuetudinario no impide por sí mismo la formulación de la reserva a esa disposición.

²²⁸ Comentario general N° 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 de noviembre de 1994, párr. 19; véase también el párrafo 12, que relaciona la cuestión de la invocación del derecho interno y la de las "reservas formuladas en términos generales".

²²⁹ Sentencia de 29 de abril de 1988, *Belilos*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A, vol. 132, pág. 25, párr. 55. Véase el párrafo 8) del comentario de la directriz 3.1.2. Para un análisis detenido de la condición de generalidad establecida en el artículo 57 del Convenio, véase sobre todo Iain Cameron y Frank Horn, "Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* Case", *German Yearbook of International Law*, vol. 33 (1990), págs. 97 a 109, o R. St. J. MacDonald, "Reservations Under the European Convention on Human Rights", *Revue Belge de Droit International*, vol. 21 (1988), págs. 433 a 438 y 443 a 448.

²³⁰ Informe de la Comisión, 5 de mayo de 1982, *Temeltasch*, Demanda N° 9116/80, *Annuaire de la Commission Européenne des Droits del Homme*, vol. 25, párr. 588. Véase Pierre-Henri Imbert, *op. cit.* nota XXX, págs. 599 a 607.

²³¹ Cf. la reserva de Malta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966: "Aunque aprueba los principios enunciados en el artículo 13, el Gobierno de Malta no está en condiciones, en las circunstancias actuales, de cumplir plenamente las disposiciones de ese artículo" (*Traités multilatéraux...*, cap. IV.4).

²³² Véase párrafos 5) a 9).

²³³ En relación con los efectos de las reservas en general, véase la cuarta parte de la Guía de la Práctica *infra*.

²³⁴ Véanse los párrafos 1) o 4) *supra*.

Comentario

1) La directriz 3.1.5.3 versa sobre un problema que se plantea bastante a menudo en la práctica: el de la validez de una reserva a una disposición convencional que se limita a reflejar una norma del derecho internacional consuetudinario, con la advertencia de que se ha preferido el verbo "reflejar" a "enunciar" para señalar claramente que la formalización de esa norma en un tratado no afecta a su permanencia como norma consuetudinaria. En consecuencia, la directriz 3.1.5.3 enuncia el principio según el cual una reserva a una norma convencional que refleja una norma consuetudinaria no es incompatible *ipso jure* con el objeto y el fin del tratado, aun cuando ese elemento debe tenerse en cuenta en la apreciación de esa compatibilidad.

2) Se ha dado el caso, sin embargo, de que Estados partes en un tratado hayan hecho objeciones a reservas e impugnado su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado con el pretexto de que tales reservas eran contrarias a normas consuetudinarias bien arraigadas. De ese modo, Austria declaró, en términos prudentes, que:

"... en su opinión, las reservas de Guatemala [a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969] se refieren casi exclusivamente a normas generales de [esa Convención], muchas de las cuales están sólidamente fundadas en el derecho internacional consuetudinario. Las reservas podrían poner en entredicho normas claramente establecidas y universalmente aceptadas. Austria estima que se pueden albergar dudas sobre la compatibilidad de estas reservas con el objeto y el fin de la Convención..."²³⁵.

Del mismo modo, los Países Bajos hicieron objeción a las reservas formuladas por varios Estados con respecto a diversas disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y declararon que "en su opinión, las disposiciones correspondientes permanecen en vigor en las relaciones entre [ellos] y esos Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario"²³⁶.

3) A menudo se ha creído poder deducir la imposibilidad de formular reservas a las disposiciones convencionales que codifican normas consuetudinarias del *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos de la *Plataforma continental del Mar del Norte*²³⁷:

"En general, es característico de una norma o una obligación puramente convencional que la facultad de formular reservas unilaterales con respecto a dicha norma sea admitida dentro de ciertos límites; pero no se puede decir lo mismo en el caso de normas y obligaciones de derecho general o consuetudinario que, por

²³⁵ *Traités multilatéraux...*, cap. XXIII.1; véanse también las objeciones formuladas en términos similares por Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, el Reino Unido y Suecia, *ibíd.* En el asunto de la Delimitación de la plataforma continental entre la República Francesa y el Reino Unido, el Reino Unido sostuvo que la reserva francesa al artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental tenía por objeto "las normas de derecho internacional consuetudinario" y era "inadmisibles como reserva al artículo 6", laudo arbitral de 30 de junio de 1977, U.N.R.I.A.A., vol. XVIII, pág. 167, párr. 50.

²³⁶ *Traités multilatéraux...*, cap. III.3; en realidad, no son las disposiciones en cuestión las que permanecen en vigor, sino las normas consuetudinarias que ellas expresan (véase la directriz 4.4.2 (Falta de efecto en los derechos y obligaciones dimanantes de una norma de derecho internacional consuetudinario). Véanse también las objeciones de Polonia a las reservas de Bahrein y la Jamahiriya Árabe Libia (*ibíd.*) y D. W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Factor?", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 16 (1995), pág. 88.

²³⁷ Véase el voto particular disconforme del Magistrado Morelli, en anexo a la sentencia (C.I.J. Recueil, 1969, págs. 197 y 198) y los numerosos comentarios citados en P. H. Imbert, *Les réserves...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 244, nota 20; véase también G. Teboul, *op. cit.* nota XXX, pág. 685.

naturaleza, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional y, por lo tanto, no pueden estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad en beneficio propio²³⁸."

4) Aunque la redacción adoptada por la Corte no sea tal vez de las más afortunadas, la conclusión que se ha creído poder extraer de ella no parece exacta si se vuelve a situar ese pasaje en su contexto. En efecto, la Corte prosigue mostrándose circunspecta en cuanto a las deducciones a que conduce la exclusión de determinadas reservas. Constatando que la facultad de formular reservas al artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 1958 (relativo a la delimitación), no estaba excluida por el artículo 12, relativo a las reservas²³⁹, como lo estaba para los artículos 1 a 3, le pareció "normal" y

"legítimo deducir de ello que se le atribuyó un valor diferente y menos fundamental y que, contrariamente a esos artículos, no reflejaba el derecho consuetudinario preexistente o en vías de formación²⁴⁰."

5) Por consiguiente, "no es cierto que la Corte afirme la inadmisibilidad de las reservas a normas de derecho consuetudinario"²⁴¹; se limita a constatar que, en el caso considerado, el tratamiento diferente reservado por los autores de la Convención a los artículos 1 a 3, por una parte, y al artículo 6, por otra, hace pensar que no consideraban que este último codificara una norma consuetudinaria, lo cual confirma la conclusión que había alcanzado la Corte por otro lado.

6) Por lo demás, la propia sentencia indica, en un *obiter dictum* que generalmente se pasa por alto, "que un Estado que hubiera formulado una reserva no quedaría liberado por ello de las obligaciones que le impone el derecho marítimo general fuera e independientemente de la Convención sobre la Plataforma Continental..."²⁴². El magistrado discrepante Morelli no dice otra cosa cuando escribe: "Por supuesto, la facultad de formular la reserva sólo afecta a la obligación contractual dimanante de la Convención (...). Huelga decir que la reserva no tiene nada que ver con la norma consuetudinaria como tal. Si esa norma existe, existe también para el Estado que ha formulado la reserva, del mismo modo que existe para los Estados que no han ratificado"²⁴³. Esto implica claramente que el carácter consuetudinario de la norma recogida en una disposición convencional con respecto a la cual se formula una reserva no constituye por sí mismo un motivo de invalidez de la reserva; "la facultad de formular reservas a una disposición convencional no depende

²³⁸ Sentencia de 20 de febrero de 1969, C. I. J. Recueil, 1969, págs. 38 y 39, párr. 63.

²³⁹ Véase el párrafo 5) del comentario de la directriz 3.1.2.

²⁴⁰ C.I.J. Recueil, 1969, pág. 40, párr. 66; véase también, pág. 39, párr. 63; en el mismo sentido, véase el voto particular concurrente del Magistrado Padilla Nervo, *ibíd.*, pág. 89; contra: el voto particular disconforme del Magistrado Koretsky, *ibíd.*, pág. 163.

²⁴¹ P.-H. Imbert, *op. cit.* nota XXX, pág. 244, nota 22; en el mismo sentido, Alain Pellet, "La C.I.J. et les réserves aux traités - Remarques cursives sur une révolution inachevée", *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (La Haya: Kluwer Law International, 2002), págs. 507 y 508. En su voto particular disconforme, el Magistrado Tanaka adopta una posición contraria en lo que concierne a "la obligación de buscar una solución mediante acuerdo, ya que esta obligación dimana del derecho internacional general y continúa imponiéndose aunque el artículo 12 de la Convención no excluya expresamente los párrafos 1 y 2 del artículo 6 del conjunto de las disposiciones que pueden ser objeto de reservas" (C.I.J. Recueil, 1969, pág. 182); ello equivale a confundir la cuestión de la facultad de hacer una reserva con la de sus efectos cuando la disposición a la que se refiere una reserva presenta un carácter consuetudinario, incluso imperativo (el Magistrado Tanaka estima, curiosamente, que el principio de equidistancia "debe ser reconocido como *jus cogens*"; *ibíd.*).

²⁴² C.I.J. Recueil, 1969, pág. 40, párr. 65.

²⁴³ *Ibid.*, pág. 198.

de si esa disposición puede ser considerada o no como la expresión de una norma jurídica generalmente reconocida²⁴⁴.

7) Aunque discutido a veces²⁴⁵, este principio ha sido reconocido además por la mayoría de la doctrina²⁴⁶, y ello con razón:

- Las normas consuetudinarias obligan a los Estados con independencia de la manifestación de su consentimiento con respecto a una norma convencional²⁴⁷ pero, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las normas imperativas, los Estados pueden dejarlas sin efecto por acuerdo mutuo; no es lógico que no puedan hacerlo mediante una reserva²⁴⁸ si esta es válida, pero esa es precisamente la cuestión planteada.
- Una reserva sólo concierne a la expresión de la norma en el contexto del tratado y no a su existencia como norma consuetudinaria aunque, en determinados casos, pueda arrojar alguna duda sobre su aceptación general "como derecho"²⁴⁹. Como señaló el Reino Unido en sus observaciones sobre el Comentario general Nº 24 del Comité de Derechos Humanos, "existe una clara distinción entre decidir no contraer obligaciones en virtud de un tratado y tratar de dejar sin efecto el derecho internacional consuetudinario"²⁵⁰.
- Si se comprueba el carácter consuetudinario de la norma, los Estados siguen estando obligados por esta con independencia del tratado²⁵¹.
- A pesar de las apariencias, pueden tener un interés en ello; por ejemplo, para evitar que se apliquen a las obligaciones en cuestión los mecanismos de vigilancia o de solución de controversias previstos por el tratado, o para limitar la intervención de

²⁴⁴ Voto particular disconforme del Magistrado ad hoc Sørensen, *ibid.*, pág. 248.

²⁴⁵ Véase la posición de Briggs en la declaración que adjuntó al laudo arbitral de 30 de junio de 1977 dictado en el asunto de la Delimitación de la plataforma continental entre la República Francesa y el Reino Unido, U.N.R.I.A.A., vol. XVIII, pág. 262.

²⁴⁶ Véase en especial, Massimo Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", *California Western International Law Journal*, vol. 15 (1985), págs. 31 y 32; Giorgio Gaja, "Le riserve al Patto sui diritti civili e politici e il diritto consuetudinario", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 79 (1996), págs. 451 y 452; P.-H. Imbert, "La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 23 (1978), pág. 48; R. Riquelme Cortado, *op. cit.* nota XXX, págs. 159 a 171, o L. Sucharipa-Behrman, *op. cit.* nota XXX, págs. 76 y 77.

²⁴⁷ Véase la objeción de Finlandia a las reservas del Yemen al artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966: "No es formulando reservas que un Estado puede, en materia de derechos humanos [pero esto es así por regla general] sustraerse a normas universalmente obligatorias" (*Traités multilatéraux...*, cap. IV.2).

²⁴⁸ En este sentido, véase el voto particular disconforme del Magistrado ad hoc Sørensen emitido en los asuntos de la Plataforma continental de la mer du Nord (Plataforma continental del Mar del Norte), C.I.J. Recueil, 1969, pág. 248; véase también M. Coccia, *op. cit.* nota XXX, pág. 32.

²⁴⁹ Véase el artículo 38, párr. 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En ese sentido: R. R. Baxter, "Treaties and Customs", *Recueil des cours...* (1970-I), t. 129, pág. 50; M. Coccia, *op. cit.* nota XXX, pág. 31; G. Gaja "Le riserve...", *op. cit.* nota XXX, pág. 451, o G. Teboul, *op. cit.* nota XXX, págs. 711 a 714. Puede ocurrir lo mismo, en determinadas circunstancias (pero no siempre) con la existencia de una cláusula de reserva (véase P.-H. Imbert, *Les réserves...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 246 y P. Reuter, "Solidarité"..., *op. cit.* nota XXX, pág. 631 (reproducido también en P. Reuter, *Le développement...*, *op. cit.* nota XXX, págs. 370 y 371), nota 16).

²⁵⁰ Informe del Comité de Derechos Humanos, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/50/40), vol. I, págs. 131 y 132, párr. 7.

²⁵¹ Véase *infra* la directriz 4.4.2 y su comentario.

los tribunales internos que pueden tener competencias diferentes con respecto a las normas convencionales, por una parte, y a las consuetudinarias, por otra²⁵².

- Además, como señaló Francia en sus observaciones sobre el Comentario general N° 24, "no hay que confundir el deber de un Estado de ajustarse a un principio consuetudinario general con la aceptación de obligarse por su expresión convencional, sobre todo con los detalles y puntualizaciones que entraña la formalización mediante tratado"²⁵³.
- Por último, una reserva puede constituir para un "objeto persistente" el medio de manifestar la constancia de su objeción: por medio de un tratado éste puede ciertamente rechazar la aplicación de una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general²⁵⁴.

8) No obstante, se ha planteado la cuestión de si esa solución se puede trasponer en materia de derechos humanos²⁵⁵. El Comité de Derechos Humanos lo ha rechazado basándose en las características particulares de los tratados de derechos humanos:

"Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción"²⁵⁶.

9) Cabe señalar en primer lugar que el Comité confirma que no están excluidas *a priori* las reservas a normas consuetudinarias. Para establecer lo contrario en el caso particular de los tratados de derechos humanos, se limita a observar que estos instrumentos tienen por objeto proteger los derechos de las personas. Pero este postulado no tiene las consecuencias que el Comité le atribuye²⁵⁷, dado que una reserva a una disposición de un tratado de derechos humanos que refleja una norma consuetudinaria no libera en absoluto al Estado que formule la reserva de su obligación de respetar la norma en sí²⁵⁸, por una parte, y que,

²⁵² Así ocurre en Francia, donde los tratados (en virtud del artículo 55 de la Constitución), pero no las normas consuetudinarias, prevalecen sobre las leyes; véase la decisión adoptada el 20 de octubre de 1989, por la Asamblea de lo contencioso del Consejo de Estado francés en el asunto Nicolo, Recueil Lebon, pág. 748, conclusiones Friedman, y la decisión de 6 de junio de 1997 en el asunto Aquarone, Recueil Lebon, pág. 206, conclusiones Bachelier).

²⁵³ Informe del Comité de Derechos Humanos, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/51/40), vol. I, pág. 111, párr. 5; en el mismo sentido, véase la observación de los Estados Unidos, ibíd., quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40), vol. I, pág. 130. Véase también Gérard Cohen-Jonathan, "Les réserves dans les traités de droits de l'homme", R.G.D.I.P., vol. 70 (1966), págs. 932 y 933.

²⁵⁴ Véase Françoise Hampson, Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos. Documento de trabajo definitivo (E/CN.4/Sub.2/2004/42), nota 45.

²⁵⁵ Véase A. Pellet, Segundo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/477/Add.1), párrs. 143 a 147. Véase también Bruno Simma y Gleider I. Hernández, "Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Rights Treaty: Where Do We Stand?", en The Law of Treaties beyond the Vienna Convention, *op. cit.* nota XXX, págs. 63 a 68.

²⁵⁶ Comentario general N° 24 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), párr. 8.

²⁵⁷ Contra: Thomas Giegerich, "Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien - Ein Konstitutioneller Ansatz", ZaöRV, vol. 55 (1995), pág. 744 (resumen en inglés, págs. 779 y 780). Véase también A. Pellet y D. Müller, "From Bilateralism to Community Interest - Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil...", *op. cit.*, nota XXX, págs. 531 a 533.

²⁵⁸ Véase el párrafo 7) *supra* y la directriz 4.4.2 (Falta de efecto en los derechos y obligaciones dimanantes de una norma de derecho internacional consuetudinario). Según el Comité de Derechos Humanos, "... un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad

concretamente, es muy probable que una reserva a una norma de esta índole (y con mayor razón si esta es imperativa) sea contraria al objeto y el fin del tratado en virtud de las normas generales aplicables²⁵⁹, por otra.

10) Por lo que respecta, más generalmente, a las convenciones de codificación, cabe preguntarse si no es contrario a su propio objeto y fin introducir reservas a ellas. No cabe duda de que "el deseo de codificar se acompaña normalmente de la preocupación de preservar la norma que se afirma"²⁶⁰: "En efecto, si en un tratado de codificación se puede formular una reserva referente a una disposición de origen consuetudinario, el tratado de codificación no habrá (...) logrado su objetivo..."²⁶¹, hasta el punto de que se ha podido ver en las reservas y, en cualquier caso, en su acumulación "la negación misma de la labor de codificación"²⁶².

11) De eso no se deriva que, por definición, toda reserva a un tratado de codificación sea contraria a su objeto y a su fin:

- Es cierto que las reservas son poco compatibles con el objetivo perseguido de uniformar y aclarar el derecho consuetudinario, pero "bien mirado, el equilibrio de conjunto contra el cual atenta la reserva no constituye el objeto y el fin del tratado mismo, sino el objeto y el fin de la negociación de la cual emana ese tratado"²⁶³.
- El concepto mismo de "convención de codificación" es impreciso. Como ha señalado a menudo la Comisión de Derecho Internacional, es imposible distinguir la

de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma" (Comentario general N° 24, citado en la nota XXX, párr. 8). Esto es sin duda exacto, pero de ello no se deriva automáticamente que estén prohibidas las reservas a las disposiciones correspondientes del Pacto; si esos derechos deben ser respetados, ello se debe a su naturaleza consuetudinaria y, en determinados casos, imperativa, no a su inclusión en el Pacto. En el mismo sentido, véase G. Gaja, "Le réserve...", *op. cit.* nota XXX, pág. 452. Además, el Comité procede por simples afirmaciones y no justifica la calificación de normas consuetudinarias aplicadas a esas normas; como se escribió a otro respecto, "[t]he 'ought' merges with the 'is', lex ferenda with the lex lata" ["el 'debe ser' se fusiona con el 'es', la lex ferenda con la lex lata"] (Theodor Meron, *The Geneva Conventions as Customary Norms*, A.J.I.L., vol. 81, (1987), pág. 55; véase también la crítica muy argumentada de W. A. Schabas con respecto a los artículos 6 y 7 del Pacto ("Invalid Reservations...", *op. cit.* nota XXX, págs. 296 a 310).

²⁵⁹ En este sentido, véase el documento de trabajo de Françoise Hampson sobre las reservas formuladas a los tratados de derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1999/28), párr. 17, y su documento de trabajo definitivo sobre el tema (E/CN.4/Sub.2/2004/42), párr. 51: "En teoría, un Estado puede formular una reserva a una disposición de un tratado sin poner necesariamente en entredicho el carácter consuetudinario de la norma o su disposición a obligarse por la norma consuetudinaria. No obstante, en la práctica se suele recelar considerablemente de las reservas a disposiciones que reflejan normas de derecho internacional consuetudinario".

²⁶⁰ P. H. Imbert, *Les réserves...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 246. Véase también G. Teboul, *op. cit.* nota XXX, pág. 680: "Siendo ambos útiles, los conceptos de reserva y de convención de codificación casan mal el uno con el otro"; en este estudio se recapitula claramente toda la cuestión de las reservas a las convenciones de codificación (ibíd., págs. 679 a 717, *passim*).

²⁶¹ P. Reuter, "Solidarité...", *op. cit.* nota XXX, págs. 630 y 631 (reproducido también en *Ledéveloppement...*, *op. cit.*, pág. 370). El autor añade que, por ello, el tratado habrá además "engendrado una situación más alejada de su objeto y de su fin que si no hubiese existido, puesto que una norma general ve restringirse su campo de aplicación" (ibíd.); esta segunda afirmación es más discutible: parece postular que por el hecho de formular la reserva el Estado se encuentra liberado de la aplicación de la norma, y no es así (véase la nota XXX *infra*).

²⁶² R. Ago en *Anuario...*, 1965, vol. I, 797ª sesión, celebrada el 8 de junio de 1965, pág. 168, párr. 58.

²⁶³ G. Teboul, *op. cit.* nota XXX, pág. 700.

codificación *stricto sensu* del derecho internacional del desarrollo progresivo de ese derecho²⁶⁴. "¿Cuántas normas de origen consuetudinario debe contener un tratado para ser calificado de "tratado de codificación?"²⁶⁵.

- La condición de las normas incluidas en un tratado no es inmutable en el tiempo: una norma que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo puede convertirse en pura codificación y, a menudo, una "convención de codificación" cristaliza en normas de derecho internacional general normas que no tenían ese carácter en el momento de su adopción²⁶⁶.

12) Por consiguiente, la naturaleza de las convenciones de codificación no constituye, en sí misma, un obstáculo a la formulación de reservas a algunas de sus disposiciones por la misma razón (y con los mismos límites) que las formuladas a cualquier otro tratado, y los argumentos que se pueden esgrimir, de un modo general, a favor de la facultad de formular reservas a una disposición convencional que enuncia una norma consuetudinaria²⁶⁷ pueden también trasponerse plenamente a ellas. Por lo demás, la práctica en ese sentido está bien arraigada: junto con los tratados de derechos humanos (que codifican además en gran medida el derecho existente), las convenciones de codificación son, de todos los tratados, las que son objeto del mayor número de reservas²⁶⁸. Y si ha podido darse que determinadas objeciones se basasen en el carácter consuetudinario de las normas de que se trataba²⁶⁹, la naturaleza misma de estas convenciones no parece haber sido invocada nunca para sostener una declaración de incompatibilidad con su objeto y su fin.

13) El carácter consuetudinario de la norma "reflejada" en la disposición convencional con respecto a la cual se formula una reserva debe apreciarse en el momento de esa formulación. Y no se puede excluir que la adopción del tratado haya contribuido a cristalizar ese carácter, sobre todo si la reserva se formula mucho tiempo después de su celebración²⁷⁰.

14) La Comisión no ha creído que debiera dedicar específicamente una directiva a las reservas relativas a una norma convencional que refleje una norma imperativa de derecho

²⁶⁴ Véanse, por ejemplo, los informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones octavo (1956) y 47 (1995), *Anuario...*, 1956, vol. II (segunda parte), pág. 256, párr. 26, y *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), págs. 92 y 93, párrs. 156 y 157.

²⁶⁵ P. Reuter, "Solidarité...", *op. cit.* nota XXX, pág. 632 (reproducido también en *Le développement...*, *op. cit.* nota XXX, pág. 371).

²⁶⁶ Véase el párrafo 13) *infra* y, sobre la cuestión de la pena de muerte en relación con los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (pero para llegar a la conclusión negativa), W. A. Schabas, "Invalid Reservations...", *op. cit.* nota XXX, págs. 308 a 310.

²⁶⁷ Véase párrafo 2) *supra*.

²⁶⁸ A título de ejemplo, al 20 de junio de 2011, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas había sido objeto de 51 reservas o declaraciones de 31 Estados partes (*Traité multilatéraux...*, cap. III.3) y la Convención sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, de 68 reservas o declaraciones emanadas de 34 Estados (ibíd., cap. XXXIII.1). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que (hoy en todo caso) parece haber codificado ampliamente el derecho internacional general en vigor, provocó 196 reservas o declaraciones de 62 Estados (ibíd., cap. IV.4).

²⁶⁹ Véase párrafo 2) *supra*.

²⁷⁰ En la sentencia dictada en los asuntos Plateau continental de la mer du Nord (Plataforma continental del Mar del Norte), la Corte Internacional de Justicia reconoció así que "una disposición normativa [puede servir] de base o de punto de partida a una norma que, puramente convencional o contractual en su origen, [se ha] integrado después en el conjunto del derecho internacional general y [es] aceptada ahora en tal concepto por la *opinio juris*, de suerte que en lo sucesivo se impone incluso a los países que no son ni han sido nunca partes en la Convención. Desde luego, esta situación entra dentro de lo posible y se presenta de tiempo en tiempo: es incluso uno de los métodos reconocidos por los cuales pueden formarse nuevas normas de derecho internacional consuetudinario" (C.I.J. Recueil, 1969, pág. 41, párr. 71).

internacional general (*jus cogens*). En casi todos los casos, una norma de ese tipo es de naturaleza consuetudinaria²⁷¹. Por ello, el razonamiento aplicable a las reservas relativas a disposiciones convencionales que reflejen normas consuetudinarias "normales" debe transponerse a las reservas relativas a disposiciones que reflejen normas de *jus cogens*.

15) No obstante, según Paul Reuter, puesto que una reserva establece, por medio de las aceptaciones, una "relación contractual" entre las partes, una reserva a una disposición convencional que refleja una norma imperativa de derecho internacional general no sería factible: el acuerdo resultante sería nulo de pleno derecho como consecuencia del principio establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena²⁷².

16) Ese razonamiento no es evidente, puesto que se basa en uno de los postulados de la escuela de la "oponibilidad", según el cual la cuestión de la validez de las reservas se deja exclusivamente a la apreciación subjetiva de las partes contratantes y encuentra su respuesta sólo en las disposiciones del artículo 20 de las Convenciones de 1969 y 1986²⁷³. Sin embargo, ese postulado ha sido objeto de serias objeciones²⁷⁴. Además, y sobre todo, asimila el mecanismo de las reservas a un puro proceso convencional, pero una reserva es un acto *unilateral*, vinculado al tratado, desde luego, pero sin efectos exógenos. Por definición, una reserva tiene el "objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación" al Estado autor de la reserva²⁷⁵ y, si es aceptada, tales son, efectivamente sus consecuencias²⁷⁶. En cambio, aceptada o no, deja intacto el derecho internacional "circundante"; la situación jurídica de los Estados interesados resulta afectada sólo en sus relaciones *convencionales*²⁷⁷. Otros tratadistas, más numerosos, afirman la incompatibilidad de toda reserva a una disposición que refleja una norma imperativa de derecho internacional general, bien sin ofrecer ninguna explicación²⁷⁸, o bien partiendo del postulado de que tal reserva sería contraria *ipso facto* al objeto y el fin del tratado²⁷⁹.

17) Esta es también la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el Comentario general N° 24:

²⁷¹ Aunque la redacción del artículo 53 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no excluye que una norma convencional pueda, por sí misma, ser imperativa.

²⁷² P. Reuter, "Solidarité...", *op. cit.*, págs. 630 y 631 (reproducido también en P. Reuter, *Le développement...*, *op. cit.*, pág. 370). Véase también G. Teboul, *op. cit.*, págs. 690 y 707.

²⁷³ "The validity of a reservation depends, under the Convention's system, on whether the reservation is or is not accepted by another State, not on the fulfilment of the condition for its admission on the basis of its compatibility with the object and purpose of the treaty" (José-María Ruda, "Reservations to Treaties", *Recueil des cours...*, vol. 146, (1975-III), pág. 190) [La validez de una reserva depende, según el sistema de la Convención, de si la reserva es aceptada o no por otro Estado, y no del cumplimiento de la condición de admisibilidad basada en su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado].

²⁷⁴ Alain Pellet, Primer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/470), párrs. 100 a 105. Véase también el párrafo 4) del comentario general de la tercera parte de la Guía de la Práctica y el párrafo 11) del comentario de la directriz 4.1.

²⁷⁵ Véase el artículo 2, párrafo 1 d), de las Convenciones de Viena, reproducido en la directriz 1.1.

²⁷⁶ Véase el artículo 21 de las Convenciones de Viena.

²⁷⁷ Véase la sección 4.4 de la Guía de la Práctica (Efectos de una reserva en los derechos y obligaciones no enunciados en el tratado).

²⁷⁸ Véase, por ejemplo, R. Riquelme Cortado, *op. cit.* nota XXX, pág. 147.

²⁷⁹ Véase el voto particular disconforme del Magistrado Tanaka en los asuntos *Plateau continental de la mer du Nord* (Plataforma continental del Mar del Norte), C.I.J. *Recueil*, 1969, pág. 182.

"Las reservas contrarias a normas imperativas no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto²⁸⁰."

Esa formulación es discutible²⁸¹ y, en todo caso, no puede generalizarse: se puede concebir perfectamente que un tratado mencione, marginalmente, una norma de *jus cogens* sin que ésta atañe a su objeto y su fin.

18) Se ha señalado, sin embargo, que "la norma que prohíbe dejar sin efecto una norma de *jus cogens* se refiere no sólo a las relaciones convencionales sino también a todos los actos jurídicos, incluidos los actos unilaterales"²⁸². Esto es sin duda exacto y constituye, a decir verdad, el motivo más convincente para no trasponer a las reservas relativas a disposiciones que enuncian normas imperativas el razonamiento que conduce a no excluir, en principio, la facultad de formular reservas a disposiciones convencionales que reflejan normas consuetudinarias²⁸³.

19) En sentido opuesto, conviene señalar que, al formular una reserva, un Estado sin duda puede querer exonerarse de la norma a que se refiere la reserva misma y, si se trata de una norma imperativa de derecho internacional general, esto es inaceptable²⁸⁴, tanto más cuanto que no se puede admitir que un objetor persistente pueda poner en jaque una norma de esta índole. Pero los objetivos perseguidos por el Estado autor de la reserva pueden ser diferentes: aún aceptando el contenido de la norma, puede querer eludir las consecuencias que comporta, en especial en lo que concierne a la vigilancia de su aplicación²⁸⁵, y, a este respecto, no hay ninguna razón para no trasponer a las normas imperativas el razonamiento seguido con respecto a las normas consuetudinarias simplemente obligatorias.

²⁸⁰ CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, de 11 de noviembre de 1994, párr. 8. En sus observaciones, Francia aduce que "[e]l párrafo 8 del Comentario general N° 24 está redactado de manera tal que el documento parece asociar, hasta el punto de confundirlas, dos nociones jurídicas diferentes, la de "normas imperativas" y la de normas de "derecho internacional consuetudinario" (véase el informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/51/40), vol. I, pág. 111, párr. 3).

²⁸¹ Cf. las dudas expresadas a este respecto por los Estados Unidos, que, en sus observaciones al Comentario general N° 24, trasponen a las disposiciones que enuncian normas imperativas la solución que se impone en el caso de las que formulan normas consuetudinarias: "Es evidente que un Estado no se puede sustraer a una norma imperativa de derecho internacional formulando una reserva al Pacto. Pero no es en absoluto evidente que un Estado no pueda excluir un medio de cumplimiento de determinadas normas formulando reservas contra la inclusión de esas normas en las obligaciones contraídas con arreglo al Pacto" (ibíd., quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40), vol. I, pág. 131).

²⁸² G. Teboul, *op. cit.* nota XXX, pág. 707, nota 52, que remite a J.-D. Sicault, "Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public", R.G.D.I.P., vol. 83 (1979), pág. 663, y a la doctrina que éste menciona.

²⁸³ Ello es así a fortiori si se considera el "binomio" reserva-aceptación como un acuerdo por el que se modifica el tratado en las relaciones entre los dos Estados interesados (véase M. Coccia, *op. cit.* nota XXX, págs. 30 y 31; véase también la posición de P. Reuter mencionada en el párrafo 15) *supra*); este análisis, sin embargo es discutible (véase párr. 16) *supra*).

²⁸⁴ Existen, por supuesto, pocos ejemplos de reservas claramente contrarias a una norma de *jus cogens*. Véase, sin embargo, la reserva formulada por Myanmar con ocasión de su adhesión, en 1993, a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, por la que ese país se reservaba la posibilidad de no aplicar el artículo 37 de dicho instrumento y de ejercer la potestad "de detención, exclusión, interrogatorio, encuesta e investigación" con respecto a niños para "salvaguardar el interés nacional supremo" (*Traités multilatéraux...*, cap. IV.11); esta reserva, a la que habían formulado objeciones cuatro Estados (que se basaron en la remisión a la legislación nacional y no en que la reserva fuera contraria a una norma imperativa), fue retirada en 1993 (ibíd.).

²⁸⁵ Véase el párrafo 7) *supra*.

20) No obstante, conviene señalar que los Estados tienen otros modos de evitar las consecuencias de la inclusión en un tratado de una norma imperativa de derecho internacional general: tienen la posibilidad de formular una reserva con respecto, no a la disposición de fondo en cuestión, sino a artículos "secundarios" por los que se rigen las relaciones convencionales (vigilancia, solución de controversias, interpretación), aunque ello suponga limitar su alcance a una disposición de fondo determinada²⁸⁶.

21) Ejemplifica esa disociación el razonamiento seguido por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a las *Actividades armadas en el territorio del Congo* entre la República Democrática del Congo y Rwanda:

"En cuanto al argumento de la República Democrática del Congo de que la referida reserva [al artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966] carecería de efectos jurídicos porque, por una parte, la prohibición de la discriminación racial sería una norma imperativa de derecho internacional general y que, por otra parte, tal reserva estaría en contradicción con una norma imperativa",

la Corte se remitió

"a los motivos por los que rechazó el argumento similar expuesto por la República Democrática del Congo en relación con la reserva de Rwanda al artículo IX de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (véanse los párrafos 64 a 69 *supra*^[287]), a saber, que el hecho de que una controversia verse sobre la inobservancia de una norma imperativa de derecho internacional general no es fundamento suficiente de la competencia de la Corte al respecto, y que no existe ninguna norma imperativa que obligue a los Estados a aceptar dicha competencia para resolver controversias relativas a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial."²⁸⁸

Es obvio que, en este asunto, la Corte consideró que el carácter imperativo de la prohibición de la discriminación racial no tachaba de invalidez las reservas relativas, no a la norma misma que la prohibía, sino a su régimen jurídico.

22) Al mismo tiempo que estima que el principio planteado por la directriz 3.1.5.3 es aplicable a las reservas relativas a disposiciones convencionales que reflejen una norma consuetudinaria imperativa²⁸⁹, la Comisión considera que los Estados y las organizaciones internacionales deberían abstenerse de formular reservas de esa índole o, cuando lo estimen indispensable, formular más bien reservas a las disposiciones relativas al régimen convencional de las normas de que se trate.

²⁸⁶ En este sentido, véase por ejemplo las reservas de Malawi y México a la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 1979, que subordinan la aplicación del artículo 17 (solución de las controversias y competencia de la Corte) a las condiciones de sus declaraciones facultativas de jurisdicción obligatoria hechas en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *Traités multilatéraux...*, cap. XVIII.5. No puede haber ninguna duda de que tales reservas no se consideran inválidas por principio; véase la directriz 3.1.5.7 y su comentario.

²⁸⁷ Sobre este aspecto de la sentencia, véanse los párrafos 2) y 3) del comentario de la directriz 3.1.5.7.

²⁸⁸ Corte Internacional de Justicia, *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002), Compétence et recevabilité* (Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002), Competencia y admisibilidad), sentencia de 3 de febrero de 2006, párr. 78.

²⁸⁹ En relación con los efectos de esas reservas, véase la directriz 4.4.3 (Falta de efecto en una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)).

3.1.5.4 Reservas a disposiciones relativas a derechos que no puedan derogarse en ninguna circunstancia

Un Estado o una organización internacional no podrá formular una reserva a una disposición convencional relativa a derechos que no puedan derogarse en ninguna circunstancia, a menos que esa reserva sea compatible con los derechos y obligaciones esenciales que dimanen del tratado. En la apreciación de esa compatibilidad, habrá que tener en cuenta la importancia que las partes hayan atribuido a los derechos en cuestión al conferirles un carácter inderogable.

Comentario

1) En apariencia, el problema de las reservas a las disposiciones relativas a obligaciones que no puedan derogarse en ninguna circunstancia²⁹⁰ enunciadas en los tratados de derechos humanos, así como en ciertas convenciones relativas al derecho de los conflictos armados²⁹¹, a la protección del medio ambiente²⁹² o a las relaciones diplomáticas²⁹³, es muy semejante a la cuestión de las reservas a disposiciones convencionales que reflejan normas imperativas del derecho internacional general²⁹⁴. No obstante, puede resolverse de un modo autónomo. Los Estados motivan frecuentemente sus objeciones a las reservas a tales disposiciones basándose en la prohibición convencional de suspender su aplicación cualesquiera que sean las circunstancias²⁹⁵.

2) Es evidente que, en la medida en que las disposiciones inderogables se refieren a normas de *jus cogens*, el razonamiento aplicable a éstas vale para aquéllas²⁹⁶. Pero no existe

²⁹⁰ En relación con ese concepto, véase C. Dtenersen, I. Oseredzuk, D. Premont (dir.), *Droits intangibles et états d'exception*, Bruylant, 1996, pág. 644, o Ludovic Hennebel, "Les droits intangibles" en E. Bribosia y L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'Homme*, Bruylant, 2004, págs. 195 a 218.

²⁹¹ Los principios enumerados en el párrafo 1 del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 son inderogables y deben respetarse "en cualquier tiempo y lugar".

²⁹² La mayoría de las convenciones relativas a la protección del medio ambiente, aunque contienen reglas consideradas inderogables (véase el artículo 11 del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación), muy a menudo prohíben toda reserva. Véase también el párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

²⁹³ Véase el artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961. Véase también Corte Internacional de Justicia, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* (Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. el Irán)) sentencia de 24 de mayo de 1980, *C.I.J. Recueil*, 1980, pág. 40, párr. 86.

²⁹⁴ Sobre esta cuestión, véase *supra* el comentario de la directriz 3.1.5, párrs. 13) a 22). Véase también R. Riquelme Cortado, *op. cit.* nota XXX, págs. 152 a 159, o A. Pellet, "Article 19 (1969)", *op. cit.* nota XXX, págs. 760 a 766, párrs. 224 a 237.

²⁹⁵ Véase el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1996, el párrafo 2 del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (véase también el artículo 3 del Protocolo N° 6, el párrafo 3 del artículo 4, del Protocolo N° 7 y el artículo 2 del Protocolo N° 13), y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ni el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contienen una cláusula de este tipo (véase Fatsah Ouguergouz, "L'absence de clauses de dérogation dans certain traités relatifs aux droits de l'homme", *R.G.D.I.P.*, vol. 98 (1994), págs. 289 a 335; en el mismo sentido, véase Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004, pág. 302).

²⁹⁶ Véase el Comentario general N° 24 del Comité de Derechos Humanos: "en ningún caso cabe formular reservas [a algunos derechos, como la prohibición de la tortura y la privación arbitraria de la vida] dada su condición de normas imperativas" (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 de noviembre de 1994, párr. 10).

necesariamente una identidad total entre unas y otras²⁹⁷. Según el Comité de Derechos Humanos:

"Si bien no existe una correlación automática entre las reservas a las disposiciones inderogables y las reservas que van en contra del objeto y fin del Pacto, los Estados tienen la grave responsabilidad de justificar esas reservas."²⁹⁸

Este último punto es una pura petición de principio que responde sin ninguna duda a motivos de oportunidad pero que no está fundada en un principio de derecho positivo y que no puede pertenecer más que al desarrollo progresivo del derecho internacional y no a su codificación *stricto sensu*. Por otro lado, de esa postura se deriva *a contrario* que, según el Comité, si un derecho inderogable no pertenece al *jus cogens*, puede en principio ser objeto de una reserva.

3) Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983 sobre las restricciones a la pena de muerte, declaró lo siguiente:

"El artículo 27 permite a los Estados Partes la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado afectado y siempre que tal decisión no implique la suspensión o derogación de ciertos derechos básicos o esenciales, entre los cuales está el derecho a la vida garantizado por el artículo 4. En esta perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico. Como el género de reserva referido en las preguntas planteadas por la Comisión no aparece dirigido a negar el derecho a la vida como tal, la Corte concluye que, en este aspecto, debe considerarse en principio no incompatible con el objeto y fin de la Convención."²⁹⁹

4) En contra de toda posibilidad de formular reservas a una disposición inderogable, se ha alegado que, puesto que toda suspensión de las obligaciones en cuestión está excluida por el tratado, "with greater reason one should not admit any reservations, perpetuated in time until withdrawn by the State at issue; such reservations are (...) without any *caveat*, incompatible with the object and purpose of those treaties"³⁰⁰ [con mayor razón no se deberían admitir cualesquiera reservas, perpetuadas en el tiempo hasta que sean retiradas por el Estado en cuestión; tales reservas son (...) sin restricción alguna, incompatibles con el objeto y propósito de los referidos tratados]. Pero este argumento no logra convencer:

²⁹⁷ Véase la Observación general N° 29 del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 24 de julio de 2001, párr. 11). Véase también R. Riquelme Cortado, *op. cit.* nota XXX, págs. 153 a 155, o Teraya Koji, "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective on Non-Derogable Rights", *E.J.I.L.* vol. 12 (2001), págs. 917 a 947.

²⁹⁸ Comentario general N° 24, citado en la nota XXX, párr. 10.

²⁹⁹ OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, serie A, N° 3, párr. 61.

³⁰⁰ Voto particular del Sr. Antonio Augusto Cançado Trindade, adjunto a la sentencia de 22 de enero de 1999 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Blake*, serie C, N° 27, párr. 11; véase el comentario favorable de R. Riquelme Cortado, *op. cit.* nota XXX, pág. 155. En el mismo sentido, véase la objeción de los Países Bajos en la que precisa que una reserva de los Estados Unidos al artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 "tiene el mismo efecto que una suspensión general de este artículo, mientras que según el artículo 4 del Pacto no está autorizada suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales" (*Traités multilatéraux...*, cap. IV.4).

una cosa es no poder dejar sin efecto una disposición por la que se está obligado y otra determinar si el Estado está obligado por la disposición en cuestión³⁰¹. Pues bien, este segundo problema es el que hay que resolver.

5) Debe por tanto reconocerse que, si bien determinadas reservas a disposiciones inderogables están ciertamente excluidas porque serían contrarias al objeto y el fin del tratado, no siempre ocurre así necesariamente³⁰². La naturaleza inderogable de un derecho protegido por un tratado de derechos humanos subraya el carácter esencial que le atribuyen las partes contratantes, de lo que se deduce que toda reserva encaminada a excluir pura y simplemente su aplicación será contraria al objeto y el fin del tratado³⁰³. De ello no resulta, sin embargo, que ese carácter inderogable sea en sí mismo un obstáculo a que se formule una reserva con respecto a la disposición que enuncia el derecho en cuestión, siempre que verse sólo sobre algunos aspectos limitados relativos al ejercicio del derecho de que se trate.

6) Esta solución matizada está bien ejemplificada en la objeción de Dinamarca a las reservas de los Estados Unidos a los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966:

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

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

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que los artículos 6 y 7 protegen dos de los derechos más fundamentales proclamados en el Pacto, el Gobierno de Dinamarca considera dichas reservas incompatibles con el objeto y el fin del Pacto, y en consecuencia Dinamarca opone su objeción a las reservas.³⁰⁴

Dinamarca no se opuso a las reservas de los Estados Unidos sólo porque se refiriesen a derechos inderogables, sino también porque, teniendo en cuenta su redacción, esas reservas vaciaban de toda sustancia disposiciones esenciales del tratado. Por otra parte, conviene

³⁰¹ Véanse las observaciones del Reino Unido sobre el Comentario general N° 24 del Comité de Derechos Humanos: "Sustraerse al cumplimiento de una obligación formalmente contraída y resistirse desde el comienzo a contraer la obligación no son la misma cosa" (Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40)*, vol. I, pág. 136, párr. 6).

³⁰² Véase Françoise Hampson, Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos, Documento de trabajo definitivo (E/CN.4/SUB.2/2004/42), párr. 52; Rosalyn Higgins, "Human Rights: Some Questions of Integrity", *Michigan Law Review*, vol. 88 (1989), pág. 15; J. McBride, *op. cit.* nota XXX, págs. 163 y 164; Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe* (Estrasburgo: Consejo de Europa 1999), pág. 113 o Catherine J. Redgwell, "Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment N° 24 (52)", *I.C.L.Q.*, vol. 46 (1997), pág. 402; en contra: L. Lijnzaad, *op. cit.* nota XXX, pág. 91.

³⁰³ Véase la directriz 3.1.5: "Una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si afecta a un elemento esencial del tratado..."

³⁰⁴ *Traité multilatéraux...*, cap. IV.4; véase también, aunque menos claramente motivados por el carácter inderogable de los artículos 6 y 7, las objeciones de Alemania, Bélgica, Finlandia, Italia, Noruega, los Países Bajos (nota XXX), Portugal o Suecia (*ibíd.*).

señalar que, en numerosos casos, las partes no formulan objeciones contra reservas relativas a disposiciones que no se permite suspender³⁰⁵.

7) Es obvio, en cambio, que el hecho de que una disposición pueda, en principio, ser objeto de suspensión no significa que cualquier reserva a ella sea válida³⁰⁶. También se aplica en este caso el criterio de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. Como señala O. de Frouville, en lo relativo a los derechos inderogables (o intangibles), examinar la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado consiste en determinar si "la reserva equivale a negar la existencia de un derecho humano reconocido por la convención. (...) Pero, ¿qué entendemos por la "negación de la existencia" de un derecho? (...) Por un lado tenemos la distinción clásica entre la *esencia* y el *ejercicio* de un derecho. Un derecho puede reglamentarse en su ejercicio, pero esa reglamentación no debe menoscabar jamás su sustancia."³⁰⁷

8) Esto lleva a hacer dos observaciones:

- En primer lugar, es ciertamente posible hacer una reserva a una disposición que, con arreglo al tratado, no pueda ser objeto de suspensión alguna, siempre que dicha reserva no ponga en entredicho el principio enunciado por la norma convencional; en ese supuesto, las indicaciones metodológicas que figuran en la directriz 3.1.5.1³⁰⁸ son plenamente aplicables;
- No obstante, y en segundo lugar, conviene proceder con la máxima circunspección. Por esta razón, la Comisión ha redactado la primera frase de la directriz 3.1.5.4 de forma negativa ("Un Estado o una organización internacional no podrá formular una reserva... a menos que..."), como ya ha hecho en varias ocasiones cuando ha deseado señalar el carácter excepcional que debería revestir un comportamiento particular en materia de reservas³⁰⁹.

9) Además, al elaborar esta directriz, la Comisión se cuidó de no dar la impresión de que introducía un criterio suplementario de validez de las reservas: la apreciación de la compatibilidad mencionada en la segunda frase de esta disposición se refiere a las relaciones de la reserva "con los derechos y obligaciones esenciales que dimanen del tratado", y se recuerda que el hecho de si la reserva "afecta a un elemento esencial del tratado" constituye uno de los criterios de incompatibilidad con el objeto y el fin³¹⁰.

3.1.5.5 Reservas relativas al derecho interno

Una reserva por la que un Estado o una organización internacional se proponga excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado o del tratado en su conjunto para preservar la integridad de determinadas normas del derecho interno de ese Estado o de determinadas reglas de esa organización que estén en vigor en el momento de la formulación de la reserva

³⁰⁵ Véanse los numerosos ejemplos ofrecidos por W. A. Schabas en lo que concierne al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, W. A. Schabas, "Reservation to Human Rights Treaties...", *op. cit.* nota XXX, págs. 51 y 52, nota 51.

³⁰⁶ Véase C. J. Redgwell, "Reservations...", *op. cit.* nota XXX, pág. 402.

³⁰⁷ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op.cit.* nota XXX, pág. 302.

³⁰⁸ "Determinación del objeto y el fin del tratado".

³⁰⁹ Véanse las directrices 2.3 ("Formulación tardía de una reserva"), 2.4.7 ("Formulación tardía de una declaración interpretativa"), 2.5.11 ("Efecto del retiro parcial de una reserva"), 3.1.3 ("Validez sustantiva de las reservas que no estén prohibidas por el tratado") o 3.1.4 ("Validez sustantiva de determinadas reservas").

³¹⁰ Véase la directriz 3.1.5 y, en particular, el inciso ii) del párrafo 14) del comentario a esta disposición.

podrá formularse únicamente en la medida en que no menoscabe un elemento esencial del tratado ni su estructura general.

Comentario

1) Un motivo frecuentemente invocado por los Estados en apoyo de la formulación de una reserva deriva de su preocupación por preservar la integridad de ciertas normas específicas de su derecho interno.

2) Aunque se parecen en algunos aspectos, los problemas planteados por este tipo de reservas deben distinguirse de los planteados por las reservas vagas o generales. Estas últimas se formulan frecuentemente con relación al derecho interno en general o aspectos completos de este (Constitución, derecho penal, derecho de la familia) sin otra precisión, impidiendo con ello la apreciación de la compatibilidad de la reserva de que se trata con el objeto y el fin del tratado. La cuestión a la que la directriz 3.1.5.5 pretende responder es diferente: se trata de preguntarse si la formulación de una reserva (clara y suficientemente precisa) puede motivarse por consideraciones derivadas del derecho interno³¹¹.

3) A juicio de la Comisión, una vez más se impone una respuesta con matices, y ciertamente no es posible responder categóricamente de manera negativa, como dan a entender ciertas objeciones a las reservas de este tipo. Es así que, por ejemplo, varios Estados han objetado a la reserva formulada por el Canadá a la Convención sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, ya que ésta "hace que la observancia de la Convención dependa de ciertas disposiciones del derecho interno del Canadá"³¹². Igualmente, Finlandia se opuso a las reservas formuladas por varios Estados a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, en razón del "principio general de interpretación de los tratados según el cual una parte en un tratado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"³¹³.

4) Este fundamento de la objeción no es convincente. Sin duda, con arreglo al artículo 27 de la Convención de Viena³¹⁴, una parte "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"³¹⁵. Sin embargo, eso supone dar por resuelto el problema, es decir, que las disposiciones en cuestión son aplicables al Estado autor de la reserva; pero ahí radica precisamente toda la cuestión. Como se ha señalado correctamente, muy a menudo un Estado formula una reserva *porque* el tratado le impone obligaciones incompatibles con su derecho interno, que no está en

³¹¹ Véanse *supra* los párrafos 4) a 6) del comentario a la directriz 3.1.5.2.

³¹² Véase la objeción de España, así como las de Francia, Noruega, Irlanda, Luxemburgo y Suecia, (*Traités multilatéraux...*, cap. XXVII.4).

³¹³ Objeciones de Finlandia a las reservas de Indonesia, Malasia, Qatar, Singapur y Omán (ibíd., cap. IV.11). Véanse también, por ejemplo, las objeciones de Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, México, Noruega y Suecia a la segunda reserva de los Estados Unidos a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (ibíd., cap. IV.1); para el texto de esta reserva, véase el párrafo 6) del comentario de la directriz 3.1.5.2; véase también el párrafo 4) del mismo comentario.

³¹⁴ Invocado expresamente, por ejemplo, por Estonia y los Países Bajos en apoyo de sus objeciones a esa misma reserva de los Estados Unidos (ibíd.).

³¹⁵ A tenor del artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46" (que se refiere a las "ratificaciones imperfectas"). La norma enunciada en el artículo 27 concierne a los tratados en vigor pero, por definición, una reserva tiende a excluir o modificar los efectos jurídicos de la disposición a que se refiere en su aplicación al autor de la reserva.

condiciones de modificar³¹⁶, por lo menos en un primer momento³¹⁷. Por lo demás, el artículo 57 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no sólo autoriza a un Estado parte a formular una reserva en caso de que su derecho interno esté en oposición con una disposición del Convenio, sino que limita incluso esta facultad al único supuesto "en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición"³¹⁸. Además del Convenio Europeo existen por otra parte reservas relativas a la aplicación del derecho interno que no tropiezan con ninguna objeción ni han suscitado ninguna³¹⁹. Por el contrario, esa misma disposición excluye expresamente "las reservas de carácter general".

5) Lo que importa en esta materia es que el Estado que formula la reserva no se refugie tras su derecho interno³²⁰ para, en realidad, no aceptar ninguna obligación internacional

³¹⁶ Véase W. A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Rights of the Child", *op. cit.* nota XXX, págs. 479 y 480, y también "Reservations to Human Rights Treaties...", *op. cit.* nota XXX, pág. 59.

³¹⁷ A veces, el Estado autor de la reserva indica el plazo que necesitará para adecuar su derecho interno al tratado (como en el caso de la reserva de Estonia a la aplicación del artículo 6, o de la de Lituania al párrafo 3 del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que fijaron plazos de un año (<http://conventions.coe.int/>) o su intención de hacerlo (como en el caso de las reservas de Chipre y Malawi al adherirse a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, lo que efectivamente hicieron posteriormente; cf. *Traités multilatéraux...*, cap. IV.8); véase también la declaración hecha por Indonesia cuando se adhirió al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 22 de marzo de 1989 (*ibid.* cap. XXVII.3). Es también bastante frecuente que un Estado renuncie a una reserva formulada sin indicación de duración después de haber modificado las disposiciones de su derecho interno que habían dado lugar a la reserva (cf. el retiro por Francia, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de varias reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, *ibid.*, cap. IV.8); véanse también los retiros parciales sucesivos (1996, 1998, 1999, 2001) por Finlandia de su reserva al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el retiro completo por Serbia de sus reservas al mismo convenio, el 10 de mayo de 2011 (<http://conventions.coe.int/>). Estas prácticas son encomiables e indudablemente hay que alentarlas (véase la directriz 2.5.3 y su comentario); con todo, eso no permite deducir la invalidez del principio de las "reservas de derecho interno".

³¹⁸ Véase el párrafo 8) del comentario a la directriz 3.1.2.

³¹⁹ Véase, por ejemplo, la reserva de Mozambique a la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979, *Traités multilatéraux...*, cap. XVIII.5. (Se vuelve a encontrar la reserva relativa a la extradición de nacionales de Mozambique en relación con otros tratados, como por ejemplo el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, *ibid.*, cap. XVIII.11), las reservas de Guatemala y Filipinas a la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 1962 (*ibid.*, cap. XVI.3) o las de Colombia (hechas con ocasión de la firma), el Irán y los Países Bajos (sin embargo bastante vaga) a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (*ibid.*, cap. VI.19). La reserva de Francia al párrafo 1 del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido más debatida: véase Nicole Questiaux, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958", *Revue des Droits Humains* (1970), págs. 651 a 663; Alain Pellet, "La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue de droit public* (1974), págs. 1358 a 1365" o Vincent Coussirat-Coustère, "La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Journal du droit international*, vol. 102 (1975), págs. 269 a 293.

³²⁰ O, en el caso de las organizaciones internacionales, en las "reglas de la organización"; esta expresión se ha tomado de los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986. Figura también (y se define) en el párrafo b) del artículo 2 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales adoptado en segunda lectura por el Comité de Redacción en 2011 (véase A/CN.4/L.778). Sin embargo, la referencia a las

nueva³²¹, aun cuando el objetivo del tratado sea modificar la práctica de los Estados partes en el tratado. Si bien no es exacto considerar que el artículo 27 de las Convenciones de Viena pueda aplicarse en este caso³²², conviene sin embargo tener presente que las normas internas son "simples hechos" en lo que concierne al derecho internacional³²³ y que el objeto mismo de un tratado puede conducir a los Estados a modificarlas.

6) La Comisión ha preferido la expresión "normas del derecho interno" a "disposiciones de derecho interno", que hubiera podido dar a entender que se refería sólo a las normas escritas de carácter constitucional, legislativo o reglamentario, en tanto que la directriz 3.1.5.5 se refiere también a las normas consuetudinarias o jurisprudenciales. Asimismo, la expresión "reglas de la organización" engloba tanto "la práctica establecida de la organización" como los instrumentos constitutivos y las "decisiones, resoluciones y otros actos de la organización internacional adoptados de conformidad con esos instrumentos"³²⁴.

7) La Comisión es consciente de que la directriz 3.1.5.5 puede parecer, a primera vista, una mera repetición del principio enunciado en el apartado c) del artículo 19 de las Convenciones de Viena y reproducido en la directriz 3.1. Su función no es por ello menos importante: consiste en establecer que, contrariamente a una idea falsa pero bastante extendida, una reserva no es inválida por el mero hecho de que pretenda preservar la integridad de normas particulares de derecho interno, en la inteligencia de que, como cualquier reserva, las que persiguen tal objetivo deben ser compatibles con el objeto y el fin del tratado a que se refieren.

reglas de la organización quizás no plantee un problema similar si la reserva sólo se aplica a las relaciones entre la organización y sus miembros. **ESTA AFIRMACIÓN DEBERÁ ACTUALIZARSE POSTERIORMENTE.**

³²¹ O. de Frouville llama a las reservas que tienen ese efecto "reservas potestativas" (véase *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.* nota XXX, págs. 347 a 349. En ese mismo sentido, F. Coulée señala que ese tipo de reservas arrojan dudas sobre la realidad del compromiso de los Estados ("A propos d'une controverse autour d'une codification en cours: les réactions aux réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités de protection des droits de l'homme", *op. cit.* nota XXX, pág. 503). En sus Observaciones finales relativas al primer informe de los Estados Unidos (de fecha 6 de abril de 1995) sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, el Comité de Derechos Humanos "lamenta la amplitud de las reservas, declaraciones e interpretaciones del Pacto hechas por el Estado Parte. Cree que éstas, en su conjunto, tienen como objetivo lograr que los Estados Unidos acepten lo que ya se halla reflejado en su legislación. El Comité también está especialmente preocupado por las reservas expresadas con respecto al párrafo 5 del artículo 6 y al artículo 7 del Pacto, que a su juicio son incompatibles con el objetivo y la finalidad de éste" (CCPR/C/79/Add.50, párr. 14). Véase el análisis de W. A. Schabas, "Invalid Reservations...", *op. cit.* nota XXX, págs. 277 a 328; y J. McBride, *op. cit.* nota XXX, pág. 172.

³²² Véase párrafo 4) *supra*.

³²³ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Polish Upper Silesia* (Alta Silesia Polaca), sentencia de 25 de mayo de 1926, *C.P.J.I., Serie A*, N° 7, pág. 19; véase también Comisión de arbitraje para Yugoslavia, dictamen N° 1, 29 de noviembre de 1991, reproducido en R.G.D.I.P., vol. 96 (1992), pág. 264. Confirma ese principio el artículo 4 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, que figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General.

³²⁴ Art. 2, párr. b), del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, adoptado en segunda lectura por el Comité de Redacción en 2011 (A/CN.4/L.778). **ESTA AFIRMACIÓN DEBERÁ ACTUALIZARSE POSTERIORMENTE PARA HACER REFERENCIA AL INFORME DE LA CDI DE 2011.**

3.1.5.6 Reservas a los tratados que contienen numerosos derechos y obligaciones interdependientes

Para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado general que contiene numerosos derechos y obligaciones interdependientes, habrá que tener en cuenta esta interdependencia, así como la importancia que tiene la disposición objeto de la reserva en la estructura general del tratado y el grado de menoscabo que le causa la reserva.

Comentario

1) Las reservas a los tratados complejos que contienen numerosos derechos y obligaciones interdependientes plantean interrogantes particulares, pues resulta especialmente difícil determinar en qué momento esa interdependencia, que es la razón de ser del tratado, es puesta en duda por una reserva relativa a uno de sus elementos.

2) Donde abundan más las reservas a los tratados de este tipo, sean universales (como los dos Pactos de 1966) o regionales (como el Convenio Europeo, la Convención Americana o la Carta Africana)³²⁵, y más intensos son los debates sobre su validez es en materia de derechos humanos³²⁶. Teniendo en cuenta la abundante práctica relativa a las reservas a los tratados generales de derechos humanos, en un principio la Comisión había dedicado un proyecto de directriz a esas reservas³²⁷. No obstante, una vez considerados todos los elementos, la Comisión estimó que se planteaba el mismo problema en otras esferas (por ejemplo, con respecto a los tratados de paz o las convenciones generales de protección del medio ambiente); la particularidad de los problemas planteados por las reservas a esas convenciones no es que estas tengan por objeto proteger los derechos humanos³²⁸, sino que las reservas pueden afectar a la interdependencia que establecen y organizan esos tratados entre los diferentes derechos a que se refieren. La especificidad de dichos problemas se ha relacionado con frecuencia al concepto de "tratados integrales e interdependientes"³²⁹, pero los tratadistas que siguen ese enfoque reconocen que esa

³²⁵ La presente directriz no se refiere únicamente a esos tratados. Un instrumento como la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, tiene por objeto también la protección de un conjunto muy diverso de derechos. Véase asimismo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979) o la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990).

³²⁶ Véase A. Pellet y D. Müller, "From Bilateralism to Community Interest – Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil...", *op. cit.*, nota XXX, págs. 533 a 535.

³²⁷ Véase el proyecto de directriz 3.1.12 (Reservas a los tratados generales de derechos humanos), adoptado provisionalmente por la Comisión en su 59º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/62/10)*, pág. 113).

³²⁸ Cuando ha considerado que los tratados de derechos humanos planteaban problemas particulares en materia de reservas, la Comisión lo ha señalado en los comentarios; en lo que concierne a las directrices relativas a la validez sustantiva de las reservas, véanse en particular los párrafos 8) y 9) del comentario de la directriz 3.1.5.2 (Reservas vagas o generales), los párrafos 17) y 19) a 20) del comentario de la directriz 3.1.5.3 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria) y el comentario de la directriz 3.1.5.4 (Reservas a disposiciones relativas a derechos que no puedan derogarse en ninguna circunstancia), *passim*.

³²⁹ Sir Gerald Fitzmaurice, que fue su promotor, definió esos instrumentos como "tratados multilaterales que, sin establecer derechos y obligaciones de carácter recíproco, son: a) de tipo interdependiente, por lo que la violación fundamental de una de las obligaciones del tratado por una de las partes justificará la correlativa falta de ejecución por las demás partes en general y no solamente en sus relaciones con la parte culpable; b) de tipo integral, en los que la obligación existe de por sí y tiene fuerza absoluta e intrínseca para cada una de las partes sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo por las

categoría no se limita únicamente a los tratados de derechos humanos³³⁰. Por ello, no hay razón para separarse de uno de los principios constantemente seguidos en la elaboración de la Guía de la Práctica y de aplicar reglas distintas a las reservas en función del objeto del tratado³³¹, aunque la práctica más abundante y aclaradora sea en materia de reservas a los tratados generales de protección de los derechos humanos.

3) Con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos declaró en su Comentario general N° 24 que:

"En un instrumento que enuncia un número muy elevado de derechos civiles y políticos, cada uno de los múltiples artículos, y, de hecho, su relación recíproca, garantizan los objetivos del Pacto. El objeto y fin del Pacto es el de crear normas jurídicamente vinculantes para los derechos humanos al definir determinados derechos civiles y políticos e insertarlos en un marco de obligaciones que son

demás partes" (*Tercer informe sobre el derecho de los tratados*, documento A/CN.4/115, *Anuario...*, vol. II, pág. 29).

³³⁰ Por ejemplo, para B. Simma se trata de "*those multilateral treaties the rights and obligations of which are integral in the sense that they constitute an indivisible whole and have to be performed by every party vis-à-vis every other party*" [los tratados multilaterales cuyos derechos y obligaciones son integrales en el sentido de que constituyen un todo indivisible y cada parte debe respetarlos con respecto a cada una de las demás partes] (B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des cours*, vol. 250 (1994), pág. 351). El autor identifica dos categorías de tratados: "*the first sub-group of such treaties, namely integral treaties embodying genuine reciprocity operative as between the parties, like treaties banning nuclear tests or the proliferation of nuclear weapons*" e "*integral treaties of the second variety, exemplified by human rights conventions*" [el primer subgrupo de esos tratados, a saber, los tratados integrales que entrañan una verdadera reciprocidad en su aplicación entre las partes, como los que prohíben los ensayos nucleares o la proliferación de las armas nucleares [y] los tratados integrales del segundo tipo, cuyo ejemplo claro son los tratados de derechos humanos] (ibíd., pág. 352). F. Coulée define las obligaciones integrales como "obligaciones convencionales no recíprocas cuyo objeto no es la satisfacción de intereses opuestos, sino la protección de un interés común" (F. Coulée, "A propos d'une controverse autour d'une codification en cours: les réactions aux réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités de protection des droits de l'homme", *Mélanges offerts à Gérard Cohen-Jonathan*, op.cit. nota XXX, pág. 502). Véase también F. Capotorti, "Cours général de droit international public", *Recueil des cours*, vol. 248 (1994), pág. 157; J. Pauwelyn, "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?", *E.J.I.L.*, vol. 14 (2003), págs. 907 a 952, o F. Coulée, *Droit des traits et non-réciprocité: recherche sur l'obligation intégrale en droit international public*, tesis, Université Paris 2, 1999. Algunos tratadistas proponen un análisis civilista del objeto y el fin de un tratado integral, fundado en el concepto de "causa": "En un tratado recíproco, la causa de un compromiso de una parte es el compromiso de otra parte. (...) En un tratado integral, inversamente, la causa del compromiso es la misma para todas las partes: el propio enunciado. (...) Así pues, evaluar si una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado, en el caso de un tratado integral, es evaluar si la reserva no contradice la *causa* objetivamente determinada del tratado y, en consecuencia, si el Estado autor de la reserva se ha comprometido verdaderamente a respetar el tratado. (...) Por lo tanto, el criterio de la "compatibilidad con el objeto y el fin del tratado" protege, en un tratado integral, todas las cláusulas que participan en el objeto y el fin del tratado, que establecen obligaciones esenciales para estos." (Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004, págs. 287 a 288).

³³¹ Incluso los tratadistas que defienden el reconocimiento de un régimen especial para las reservas a los tratados de derechos humanos explican que dicho reconocimiento se basaría en una especificidad que esos tratados comparten con otros tratados normativos. Por ejemplo, F. Coulée destaca la "impermeabilidad a la reciprocidad" de los tratados de derechos humanos, que comparten con "la mayoría de las obligaciones convencionales en materia de protección del medio ambiente, así como con diversas obligaciones de derecho humanitario (...) que son obligaciones integrales." ("A propos d'une controverse autour d'une codification en cours: les réactions aux réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités de protection des droits de l'homme", op.cit. nota XXX, pág. 502).

jurídicamente vinculantes para los Estados que lo ratifican; y proporcionar un mecanismo eficaz de supervisión para las obligaciones contraídas."³³².

Esta posición, interpretada literalmente, conduciría a considerar inválida toda reserva general relativa a cualquiera de los derechos protegidos por el Pacto³³³. Sin embargo, no es esa la posición de los Estados partes que no han formulado sistemáticamente objeciones a reservas de ese tipo³³⁴, y el propio Comité no llega tan lejos, puesto que, en los párrafos que siguen a esa toma de posición de principio³³⁵, expone de modo más preciso los criterios que le llevan a cerciorarse de la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del Pacto; de ello no se deduce que, por naturaleza, una reserva general relativa a uno de los derechos protegidos sería, por ese solo hecho, inválida.

4) Del mismo modo, en lo referente a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, se han formulado numerosas reservas a las disposiciones relativas a la adopción³³⁶. Como se ha señalado, "*it would be difficult to conclude that this issue is so fundamental to the Convention as to render such reservations contrary to its object and purpose*"³³⁷ [sería difícil concluir que este problema es tan fundamental que toda reserva sobre este punto sería contraria al objeto y el fin de la Convención].

5) A diferencia de los tratados relativos a un derecho humano particular, como las convenciones sobre la tortura o la discriminación racial, el objeto y el fin de los tratados generales de derechos humanos es complejo³³⁸. Esos instrumentos versan sobre una serie de derechos diversos y se caracterizan por el carácter global de los derechos que están

³³² CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 de noviembre de 1994, párr. 7. Véase Françoise Hampson, Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos. Documento de trabajo definitivo (E/CN.4/Sub.2/2004/42), párr. 50, o D. Müller, comentario del artículo 48, en E. Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, París, 2011, págs. 802 a 803.

³³³ Algunos tratadistas han sostenido que existe una total incompatibilidad entre el régimen de las reservas y los derechos humanos. Véase Pierre-Henri Imbert, que no comparte esa visión radical, "La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme", en *Actes du cinquième colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, (París: Pedone, 1982), pág. 99 (también en inglés: "Reservations and Human Rights Convention", *Human Rights Review*, vol. 6 (1981), pág. 28) o *Les réserves aux traités multilatéraux*, (París: Pedone, 1979), pág. 249; M. Coccia, *op. cit.* nota XXX, pág. 16, o R. P. Anand, "Reservations to Multilateral Treaties", *Indian Journal of International Law*, vol. 1 (1960), pág. 88. Véanse también las observaciones al Comentario general N° 24 del Comité de Derechos Humanos, citado en la nota XXX, de Elena A. Baylis, "General Comment 24: Confronting the Problem of Reservations to Human Rights Treaties", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 17 (1999), págs. 277 a 329; Catherine J. Redgwell, "Reservations...", *op. cit.* nota XXX, págs. 390 a 412; Rosalyn Higgins, "Introduction", en J. P. Gardner (dir.), *op. cit.* nota XXX, págs. xvii a xxix, o Konstantin Korkelia, "New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights", *E.J.I.L.*, vol. 13 (2002), págs. 437 a 477.

³³⁴ Véase, por ejemplo, la reserva de Malta al artículo 13 (sobre las condiciones de expulsión de los extranjeros), a la que no se ha hecho ninguna objeción (véase *Traités multilatéraux...*, cap. IV.4). Véase asimismo la reserva de Barbados al párrafo 3 del artículo 14, o la reserva de Belice a la misma disposición (ibíd.); o también la reserva de Mauricio al artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ibíd., cap. IV.11).

³³⁵ Párrafos 8 a 10 del Comentario general N° 24; además de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del Pacto, esos criterios se refieren a la naturaleza consuetudinaria, imperativa o inderogable de la norma pertinente; véanse las directrices 3.1.5.3 y 3.1.5.4.

³³⁶ Arts. 20 y 21; véase *Traités multilatéraux ...*, cap. IV.11.

³³⁷ W. A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Rights of the Child", *op. cit.* nota XXX, pág. 480.

³³⁸ Véase también A. Pellet y D. Müller, "From Bilateralism to Community Interest – Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil...", *op. cit.* nota XXX, págs. 539 a 541.

destinados a proteger. Cabe, sin embargo, que algunos de los derechos protegidos sean más esenciales que otros o que, por lo menos, la disposición convencional que los prevea tenga un lugar primordial en la estructura del tratado³³⁹; además, aunque se trate de derechos esenciales, no se puede excluir la validez de una reserva formulada con respecto a ciertos aspectos limitados concernientes al modo de hacer efectivo el derecho de que se trate. A este respecto, las reservas a los tratados relativos a derechos y obligaciones interdependientes plantean problemas similares a los de las reservas a disposiciones relativas a derechos inderogables³⁴⁰.

6) La directriz 3.1.5.6 busca establecer un equilibrio particularmente delicado³⁴¹ entre esas diferentes consideraciones mediante la combinación de tres elementos:

- "El carácter interdependiente de los derechos y obligaciones";
- "La importancia que tiene la disposición objeto de la reserva en la estructura general del tratado"; y
- "El grado de menoscabo que le causa la reserva".

7) El primer elemento, relativo al carácter interdependiente de los derechos y obligaciones afectados por la reserva, hace hincapié en el objetivo de la realización global del objeto y el fin de un tratado y trata de evitar el desmantelamiento de esas obligaciones, su fraccionamiento en una amplia variedad de obligaciones cuyo cumplimiento individual e independiente no permitiría realizar el objeto del tratado en su conjunto.

8) El segundo elemento matiza el anterior y constituye el reconocimiento —conforme a la práctica— de que ciertos derechos protegidos por esos instrumentos tienen un carácter no menos esencial que otros, y en particular, que los derechos inderogables³⁴². Evidentemente, la importancia de la disposición afectada debe apreciarse en función de la "estructura general" del tratado, expresión retomada de la directriz 3.1.5³⁴³.

9) Por último, la referencia a "el grado de menoscabo que (...) causa la reserva" al derecho o la disposición con respecto a la cual se formula indica que, aun cuando se trata de derechos esenciales, las reservas son posibles si no impiden la protección de los derechos en cuestión y no tienen como efecto modificar excesivamente su régimen jurídico.

³³⁹ Véase el párrafo 4) *supra*.

³⁴⁰ Véase *supra* la directriz 3.1.5.4 y, en particular, los párrafos 4) a 8) del comentario.

³⁴¹ Sobre la importancia de ese equilibrio con respecto a las reservas a los tratados de derechos humanos, véase A. Pellet y D. Müller, "From Bilateralism to Community Interest – Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil...", *op. cit.* nota XXX, págs. 523 y 524.

³⁴² Véase la directriz 3.1.5.4 *supra*. Sobre el carácter fundamental de un derecho protegido y, por lo tanto, de la disposición que lo garantiza, O. de Frouville considera que es posible entenderlo de dos maneras: "El examen de la práctica de los Estados y de los órganos de vigilancia muestra que la certificación de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado plantea en realidad dos tipos de consideraciones: en primer lugar, se señala el carácter "fundamental" de un derecho, que prohibiría hacer una reserva al respecto. El propio carácter "fundamental" remite a determinadas características del derecho en cuestión. A continuación, se hace referencia a la imposibilidad de "negar" un derecho o de sustraerse totalmente a la obligación de respetarlo, consideración que refleja la idea de intangibilidad." (O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.* nota XXX, pág. 294).

³⁴³ Véase en particular el inciso ii) del párrafo 14) del comentario de la directriz 3.1.5.

3.1.5.7 Reservas a las cláusulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado

Una reserva a una disposición convencional relativa a la solución de controversias o a la vigilancia de la aplicación del tratado no es, en sí misma, incompatible con el objeto y el fin del tratado, a menos que:

- i) la reserva tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de una disposición del tratado que sea esencial para la razón de ser de este; o
- ii) la reserva tenga como efecto excluir a su autor de un mecanismo de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado con respecto a una disposición convencional que haya aceptado anteriormente, si el objeto mismo del tratado es la aplicación de tal mecanismo.

Comentario

1) En su primer informe sobre el derecho de los tratados, Fitzmaurice afirmó categóricamente: "Se considera inadmisibles que puedan existir partes en un tratado que no estén sujetas a la obligación relativa al arreglo de las controversias suscitadas por el mismo, si las demás partes están sujetas a ella"³⁴⁴. Inspirada evidentemente por el debate de la guerra fría relacionado con las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, esa posición es demasiado radical. Además, fue desautorizada por la Corte Internacional de Justicia, que, en los autos que dictó el 2 de junio de 1999 para atender las solicitudes de Yugoslavia de que adoptase medidas provisionales contra España y los Estados Unidos en los asuntos relativos a la *Licitud del uso de la fuerza*, reconoció claramente la validez de las reservas formuladas por esos dos Estados al artículo IX de la Convención de 1948, que atribuye a la Corte competencia para conocer de todas las controversias relativas a dicha Convención³⁴⁵, aun cuando algunas partes habían considerado que tales reservas no eran compatibles con el objeto y el fin de la Convención³⁴⁶.

2) En el auto por el que acordó la adopción de medidas provisionales en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002)*, la Corte Internacional de Justicia optó por la misma solución con respecto a la reserva de Rwanda a la misma disposición, y puntualizó que "dicha reserva no se refiere al fondo del derecho, sino únicamente a la competencia de la Corte" y "que, en consecuencia, no parece ser contraria al objeto y el fin de la Convención"³⁴⁷. La Corte confirmó esta posición en su sentencia de 3 de febrero de 2006: en respuesta a la República Democrática del Congo, que había sostenido que la reserva de Rwanda al artículo IX de la Convención contra el Genocidio "no era válida", la Corte, tras reafirmar la posición que había adoptado en su opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*³⁴⁸, según la cual una reserva a dicha Convención estaría permitida siempre que no fuera incompatible con el objeto y el fin de la Convención, concluyó:

³⁴⁴ *Anuario...*, 1956, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 127, párr. 96; a estos efectos, el Relator Especial propuso que la Comisión aprobase el párrafo 4 del proyecto de artículo 37 (ibíd., pág. 118).

³⁴⁵ *Licéité de l'emploi de la force, C.I.J. Recueil, 1999*, pág. 772, párrs. 29 a 33, y págs. 923 y 924, párrs. 21 y 25.

³⁴⁶ Véase *Traité multilatéraux...*, cap. IV.1 (véase en especial las objeciones muy claras en ese sentido del Brasil, China (Taiwán), México y los Países Bajos).

³⁴⁷ *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002)*, auto de 10 de julio de 2002, *Recueil, 2002*, pág. 246, párr. 72.

³⁴⁸ *Réserves à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil, 1951*, pág. 15.

"La reserva de Rwanda al artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio pertenece al ámbito de competencia de la Corte y no afecta a las obligaciones sustantivas que se derivan de dicha Convención en relación con los propios actos de genocidio. Dadas las circunstancias del caso, la Corte no puede concluir que la reserva de Rwanda, que tiene por objeto excluir un método particular de solución de una controversia relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de dicha Convención deba considerarse incompatible con el objeto y el fin del instrumento."³⁴⁹

Así, pues, la Corte Internacional de Justicia, en confirmación de su jurisprudencia anterior, reconoció la efectividad de la reserva de Rwanda al artículo IX de la Convención contra el Genocidio. Corroboran esta conclusión el carácter muy común de tales reservas y la práctica errática de las objeciones que se hacen a ellas³⁵⁰.

3) Sin embargo, varios magistrados, en su voto particular conjunto, consideraron que el principio aplicado por la Corte en su sentencia no podía tener un alcance absoluto. Subrayaron que podía haber situaciones en las que reservas a las cláusulas de solución de controversias podrían resultar contrarias al objeto y al fin del tratado y estimaron que todo dependía de las circunstancias de cada caso³⁵¹.

4) El Comité de Derechos Humanos, por su parte, estimó que las reservas a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, relativas a las garantías de su aplicación y que figuraban tanto en el propio Pacto como en su Protocolo Facultativo, podían ser contrarias al objeto y el fin de esos instrumentos:

"Esas garantías constituyen el marco necesario para asegurar los derechos enunciados en el Pacto, por lo que son fundamentales para su objeto y fin. (...) El Pacto prevé (...), para el mejor logro de los objetivos que en él se enuncian, una función de vigilancia por parte del Comité. Las reservas destinadas a excluir este elemento básico de la concepción del Pacto, que está destinado (...) a garantizar el disfrute de los derechos, son (...) incompatibles con su objeto y fin. Ningún Estado puede reservarse el derecho a no presentar un informe para que sea examinado por el

³⁴⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité*, sentencia de 3 de febrero de 2006, C.I.J. Recueil, 2006, párr. 67.

³⁵⁰ Véase en ese sentido R. Riquelme Cortado, *op. cit.* nota XXX, págs. 192 a 202. Véase también A. Pellet, "Article 19 (1969)", en O. Corten y P. Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, *op. cit.*, nota XXX, págs. 742 a 744, párrs. 199 a 201. Las objeciones a reservas relativas a cláusulas de solución de controversias son, efectivamente, poco comunes. Además de las objeciones hechas a las reservas al artículo IX de la Convención contra el Genocidio, existen, sin embargo, las objeciones formuladas por varios Estados con respecto a las reservas relativas al artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en especial las objeciones de Alemania, del Canadá, de Egipto, de los Estados Unidos (que especifican que la reserva de Siria "es incompatible con el objeto y el fin de la Convención y socava el principio de la solución imparcial de las controversias relativas a la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados, que fue objeto de amplias negociaciones en la Conferencia de Viena", *Traité multilatéral...*, cap. XXIII.1), del Japón, de Nueva Zelandia, de los Países Bajos ("las disposiciones relativas a la solución de controversias, que se enuncian en el artículo 66 de la Convención, constituyen un elemento importante de esta y no pueden disociarse de las normas de fondo a que están vinculadas" (*ibíd.*), del Reino Unido ("estas disposiciones están estrechamente vinculadas a las disposiciones de la parte V a que se refieren. Su inclusión es la base sobre la que la Conferencia de Viena aceptó los elementos de la parte V que constituyen un desarrollo progresivo del derecho internacional", *ibíd.*) y de Suecia (misma posición de fondo que el Reino Unido, *ibíd.*).

³⁵¹ Voto particular conjunto del Magistrado Higgins, el Magistrado Kooijmans, el Magistrado Elaraby, el Magistrado Owada y el Magistrado Simma a la sentencia de 3 de febrero de 2006, mencionada en la nota XXX, párr. 21.

Comité. La función del Comité con arreglo al Pacto, ya sea en virtud del artículo 40 o de los Protocolos Facultativos, entraña necesariamente la interpretación de las disposiciones del Pacto y la elaboración de una jurisprudencia. En consecuencia, toda reserva que rechace la competencia del Comité para interpretar las obligaciones establecidas en cualquier disposición del Pacto sería también contraria al objeto y fin de dicho tratado."³⁵²

Con respecto al Protocolo Facultativo, el Comité añadió:

"No puede formularse una reserva al Pacto valiéndose del Protocolo Facultativo, pero tal reserva serviría para que el Comité no pudiera comprobar el cumplimiento de esa obligación por el Estado con arreglo al Protocolo. Y, dado que el objeto y fin del Primer Protocolo Facultativo es el de permitir que el Comité compruebe si el Estado respeta los derechos por los que se ha comprometido a velar, toda reserva que trate de impedir esto sería contraria al objeto y fin del Primer Protocolo Facultativo, cuando no del Pacto. La reserva a una obligación sustantiva formulada por primera vez en relación con el Primer Protocolo Facultativo parecería reflejar la intención del Estado de impedir que el Comité exprese sus opiniones acerca de un determinado artículo del Pacto en un caso individual."³⁵³

Basándose en ese razonamiento, el Comité consideró en el asunto *Rawle Kennedy* que una reserva de Trinidad y Tabago por la que se excluía la competencia del Comité para examinar las comunicaciones relativas a un preso condenado a muerte no era válida³⁵⁴.

5) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Loizidou*, dedujo de su análisis del objeto y el fin del Convenio Europeo de Derechos Humanos "que los Estados no pueden limitar su aceptación de las cláusulas facultativas para sustraer de hecho a la vigilancia de los órganos del Convenio los elementos de su derecho y de su práctica relativos a su "jurisdicción"³⁵⁵ y que toda limitación de su competencia *ratione loci* o *ratione materiae* era incompatible con la naturaleza del Convenio³⁵⁶.

6) Esta jurisprudencia rica en matices ha llevado a la Comisión a:

³⁵² Comité de Derechos Humanos, Comentario general N° 24 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), 11 de noviembre de 1994, párr. 11; véase también Françoise Hampson, Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos. Documento de trabajo definitivo (E/CN.4/Sub.2/2004/42), párr. 55.

³⁵³ Comité de Derechos Humanos, Comentario general N° 24, *cit.*, párr. 13. En el párrafo siguiente, el Comité "considera que las reservas relativas a los procedimientos establecidos en el Primer Protocolo Facultativo no serían compatibles con el objeto y fin de este".

³⁵⁴ Comunicación N° 845/1999, *Kennedy c. Trinidad y Tabago* (CCPR/C/67/D/845/1999), Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/55/40)*, vol. II, anexo XI.A, párr. 6.7. Para justificar su reserva, Trinidad y Tabago había hecho valer que admitía "el principio según el cual los Estados no pueden utilizar el Protocolo Facultativo para formular reservas al propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero destaca que su reserva al Protocolo Facultativo no afecta de manera alguna a las obligaciones que ha contraído ni a los compromisos que ha asumido en virtud de dicho Pacto..." (*Traité multilatéraux...*, cap. IV.5). Siete Estados reaccionaron con objeciones a la reserva, antes de que Trinidad y Tabago denunciara pura y simplemente el Protocolo (*ibíd.*).

³⁵⁵ Sentencia de 23 de marzo de 1995, *C.E.D.H., Serie A*, vol. 310, pág. 27, párr. 77.

³⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 70 a 89; véase, en especial, párr. 79. Véase también la resolución de la Gran Sala, de 4 de julio de 2001, sobre la admisibilidad de la demanda N° 48787/99 en el asunto *Ilie Ilaşcu et as. c. Moldova et Fédération de Russie* (Ilie Ilaşcu y otros c. Moldova y la Federación de Rusia), pág. 20, o la sentencia de la Gran Sala, de 8 de abril de 2004, en el asunto *Assanidzé c. Géorgie* (demanda N° 71503/01), párr. 140.

1. Recordar que la formulación de reservas a cláusulas convencionales relativas a la solución de controversias o a la vigilancia de la aplicación del tratado no está en sí excluida; tal es el objeto del párrafo de encabezamiento de la directriz 3.1.5.7;

2. A menos que la solución o la vigilancia en cuestión constituya el objeto mismo del instrumento convencional a que se refiere la reserva; e

3. Indicar, sin embargo, que un Estado o una organización internacional no puede minimizar sus obligaciones convencionales sustantivas anteriores mediante la formulación de una reserva a una cláusula convencional de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado en el momento en que acepta este.

7) La Comisión opinó que no había motivo para distinguir esos dos tipos de cláusulas: aunque su objeto es en parte distinto³⁵⁷, las reservas que se pueden formular a unas y otras plantean el mismo género de problemas y dividir las en dos directrices separadas hubiese llevado a repetir las mismas normas dos veces.

3.2 Evaluación de la validez sustantiva de las reservas

Podrán evaluar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional, dentro de sus respectivas competencias:

- Los Estados o las organizaciones contratantes;
- Los órganos de solución de controversias, y
- Los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado.

Comentario

1) Con la directriz 3.2 se inicia la sección de la Guía de la Práctica relativa a la evaluación de la validez de las reservas. Se trata de una disposición general cuyo objetivo es recordar que existen diversas modalidades de evaluación de esa validez que, lejos de excluirse, se refuerzan recíprocamente, en particular cuando el tratado establece un órgano encargado de supervisar su aplicación. Esta constatación corresponde a la que figura, bajo una forma diferente, en el párrafo 6 de las Conclusiones Preliminares de la Comisión sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, de 1997³⁵⁸. Por supuesto, esas modalidades generalmente aplicables de la validez de las reservas pueden complementarse o ser sustituidas por modalidades de evaluación particulares establecidas por el propio tratado.

2) Huelga decir que todo tratado puede incluir una disposición especial que establezca procedimientos particulares de evaluación de la validez de la reserva, sea por un porcentaje determinado de los Estados partes, sea por un órgano competente a estos efectos. Una de las cláusulas más comunes y más comentadas³⁵⁹ a este respecto es la que figura en el párrafo 2

³⁵⁷ Solo en parte porque la solución (no obligatoria) de controversias puede constituir una de las funciones del órgano de vigilancia de un tratado y formar parte de su tarea general de vigilancia.

³⁵⁸ "La Comisión subraya que [la] competencia de los órganos de vigilancia no excluye ni afecta de ninguna manera las modalidades tradicionales de control que, por un lado, pueden aplicar las partes contratantes de conformidad con las disposiciones (...) de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 [relativas a las reservas] y, según el caso, los órganos de solución de cualquier controversia que pueda surgir en cuanto a la interpretación o aplicación de los tratados" (*Anuario...*, 1997, vol. II (segunda parte), párr. 157).

³⁵⁹ Véase, por ejemplo, Antonio Cassese, "A New Reservations Clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)", *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, I.U.H.E.I., Ginebra, 1968, págs. 266 a 304; C.J. Redgwell, "The Law of Reservations in Respect of Multilateral Conventions", en J. P. Gardner (dir), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out – Reservations and Objections to*

del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965:

"No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención, ni se permitirá ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos en virtud de la presente Convención. *Se considerará que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados partes en la Convención formulan objeciones a la misma.*"³⁶⁰

3) Esta cláusula sobre las reservas se inspira seguramente en las infructuosas tentativas por incluir en la propia Convención de Viena un mecanismo mayoritario de evaluación de la validez de las reservas³⁶¹:

- Dos de las cuatro propuestas presentadas de *lege ferenda* en 1953 por Hersch Lauterpacht subordinaban la aceptación de una reserva al consentimiento de las dos terceras partes de los Estados interesados³⁶²;
- Fitzmaurice no formuló ninguna propuesta expresa en ese sentido, pues se atuvo a una aplicación estricta del principio de la unanimidad³⁶³; con todo, en varias oportunidades sostuvo que la evaluación colectiva de la admisibilidad de las reservas era el régimen "ideal"³⁶⁴;
- Si bien Waldock tampoco propuso un mecanismo de esa índole en su primer informe en 1962³⁶⁵, varios miembros de la Comisión asumieron su defensa³⁶⁶;

Human Rights Conventions, B.I.C.L., Londres, 1997, págs. 13 y 14, o R. Riquelme Cortado (nota XXX *supra*), págs. 317 a 322.

³⁶⁰ La cursiva es nuestra. Véanse asimismo, por ejemplo, el artículo 20 de la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, de 4 de junio de 1954, que autoriza las reservas "si han sido aceptadas por la mayoría de los miembros de la Conferencia y se han hecho constar en el Acta Final" (párr. 1), o formuladas después de la firma si un tercio de los Estados Contratantes no han opuesto objeciones a las mismas dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que el Secretario General les comunicó las reservas (párrs. 2 y 3), y las cláusulas similares que figuran en el artículo 14 del Protocolo adicional a esta Convención y en el artículo 39 de la Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera (véase *Recueil des clauses finales préparé par la Section des traités du Service juridique du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies* (ST/LEG.6), 20 de junio de 1957, págs. 107 a 110), o el párrafo 3 del artículo 50 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el párrafo 3 del artículo 32 del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, que subordinan la admisibilidad de la reserva a la ausencia de objeción por parte de un tercio de los Estados contratantes.

³⁶¹ Para una síntesis de las deliberaciones sobre la cuestión en la Comisión de Derecho Internacional y durante la Conferencia de Viena, véase R. Riquelme Cortado (nota XXX *supra*), págs. 314 y 315.

³⁶² Variantes A y B del proyecto de artículo 9, primer informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/63), págs. 8 y 9 (el texto inglés se reproduce en *Yearbook... 1953*, págs. 91 y 92). Las variantes C y D confiaban la tarea de apreciar la admisibilidad de las reservas respectivamente a una comisión creada por los Estados partes y a una Sala de Procedimiento Sumario de la Corte Internacional de Justicia (ibíd., págs. 9, 10 y 92); véanse también las propuestas formuladas con ocasión de la elaboración del "Pacto de derechos humanos", reproducidas en el segundo informe de Hersch Lauterpacht (A/CN.4/87), págs. 30 y 31 (el texto inglés figura en *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 132).

³⁶³ Primer informe (A/CN.4/101), *Anuario...*, 1956, vol. II, págs. 118 y 129 a 131.

³⁶⁴ Véase en particular Gerald G. Fitzmaurice, "Reservations to Multilateral Conventions", en *I.C.L.Q.*, 1953, págs. 23 a 26.

³⁶⁵ Primer informe (A/CN.4/144), *Anuario...*, 1962, vol. II.

³⁶⁶ Véanse, en particular, Briggs, *Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 28, y 652ª sesión, 28 de mayo de 1962, párrs. 73 y 74; Gros, 654ª sesión, 30 de mayo de 1962, párr. 43;

- Durante la Conferencia de Viena, la enmienda en ese sentido de Filipinas, el Japón y la República de Corea³⁶⁷ fue rechazada por una considerable mayoría³⁶⁸ a pesar de contar con el apoyo de varias delegaciones³⁶⁹; el Consultor Técnico, Waldock³⁷⁰, y otras delegaciones³⁷¹ se mostraron muy reticentes respecto de ese mecanismo de control colectivo.

4) Es preciso, sin embargo, reconocer que tales cláusulas, por atractivas que puedan parecer desde el punto de vista intelectual³⁷², están, de todas maneras, lejos de resolver

Bartoš, 654ª sesión, párr. 66; *contra*: Rosenne, 651ª sesión, párr. 83; Tunkin, 653ª sesión, 29 de mayo de 1962, párrs. 24 y 25, y 654ª sesión, párr. 31; Jiménez de Aréchaga, 653ª sesión, párr. 47, o Amado, 654ª sesión, párr. 34. Waldock propuso una variante que plasmaba esas opiniones (véase 654ª sesión, párr. 16) que, a pesar de haber sido descartadas por la Comisión, aparecen en el comentario al proyecto de artículo 18 (*Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 206, párr. 11) y en los de los proyectos de artículos 16 y 17 de 1966 (*Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 223 y 224, párr. 11). Véase también el cuarto informe de Waldock (A/CN.4/177), *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 52, párr. 3.

³⁶⁷ La enmienda al párrafo 2 del artículo 16 preveía que si "a la expiración del plazo de 12 meses, una mayoría de los Estados contratantes hubiese formulado objeciones por tal motivo, la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión acompañadas de tal reserva quedarán sin efecto jurídico" (A/CONF.39/C.1/L.133/Rev.1 en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales, períodos de sesiones primero y segundo, Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2, pág. 144, párr. 177.1.a). Inicialmente, la enmienda (A/CONF.39/C.1/L.133) proponía reducir el plazo de 12 a 3 meses. Véase también la intervención del representante del Japón en la Conferencia, en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales, primer período de sesiones, Actas resumidas* (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 21ª sesión, 10 de abril de 1968, párr. 29, y 24ª sesión, 16 de abril de 1968, párrs. 62 y 63), y una enmienda en igual sentido de Australia (A/CONF.39/C.1/L.166, en A/CONF.39/11/Add.2, párr. 179), que luego fue retirada (véase *ibíd.*, párr. 181). Sin presentar una propuesta oficial, el Reino Unido indicó que "[h]ay una necesidad evidente de establecer algún modo de asegurar que el criterio se aplica de manera objetiva, bien por algún órgano independiente o bien mediante el establecimiento de un sistema colegiado para examinar las reservas que un grupo numeroso de Estados interesados consideren incompatibles con el objeto y el fin del tratado" (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 21ª sesión, párr. 76).

³⁶⁸ 48 votos contra 14 y 25 abstenciones (A/CONF.39/11/Add.2) (nota XXX, *supra*), pág. 147, párr. 182 c).

³⁶⁹ Viet Nam (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11) (nota XXX, *supra*), Comisión Plenaria, 21ª sesión, 10 de abril de 1968, párr. 22), Ghana (22ª sesión, 11 de abril de 1968, párrs. 71 y 72), Italia (22ª sesión, 11 de abril de 1968, párr. 79), China (23ª sesión, 11 de abril de 1968, párr. 3), Singapur (23ª sesión, párr. 16), Nueva Zelandia (24ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 18), la India (párrs. 32 y 38), Zambia (24ª sesión, párr. 41). El representante de Suecia, que apoyaba en principio la idea de un mecanismo de vigilancia, consideró que la propuesta del Japón era "una tentativa de llegar a una solución de este problema" (22ª sesión, párr. 34). Véanse también las reservas expresadas por los Estados Unidos de América (24ª sesión, párr. 49) y por Suiza (25ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 9).

³⁷⁰ A propósito de la enmienda propuesta por la delegación del Japón y otras delegaciones (nota XXX, *supra*), el Consultor Técnico estimó "que, por muy atractivos que parezcan, las propuestas de esa clase inclinarían la balanza en el sentido de la rigidez y harían tal vez más difícil un acuerdo general sobre las reservas. Por otra parte, este sistema posiblemente sería solo teórico, pues los Estados no hacen de buena gana objeciones a las reservas" (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11) (nota XXX, *supra*), Comisión Plenaria, 24ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 9).

³⁷¹ Tailandia (*ibíd.*, 21ª sesión, 10 de abril de 1968, párr. 47), Argentina (24ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 45), Checoslovaquia (24ª sesión, párr. 68), Etiopía (25ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 17).

³⁷² Con todo, se pueden abrigar dudas en cuanto a la razonabilidad de un régimen colegiado por cuanto la finalidad misma de una reserva es precisamente la de "defender la posición de un Estado que considera esencial una cuestión sobre la que no se ha alcanzado una mayoría de dos tercios"

todos los problemas; en la práctica no alientan a los Estados partes a poner de manifiesto la especial vigilancia que cabría esperar³⁷³ y dejan sin responder importantes interrogantes:

- ¿Excluyen la posibilidad que tienen los Estados partes de hacer objeciones en virtud de las disposiciones de los párrafos 4 y 5 del artículo 20 de la Convención de Viena? Habida cuenta de la grandísima latitud de que disfrutaban los Estados a ese respecto, es indudable que se impone una respuesta negativa; por lo demás, los Estados que han hecho objeciones a las reservas formuladas en virtud del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, las han mantenido³⁷⁴ a pesar de no contar con el apoyo de dos tercios de los Estados partes, necesario para una determinación "objetiva" de la incompatibilidad en virtud de dicha disposición.
- En cambio, el mecanismo instituido por el artículo 20 ha disuadido al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial creado por la Convención de adoptar una posición sobre la validez de las reservas³⁷⁵, lo que plantea la cuestión de si esa actitud dimana de una evaluación de la oportunidad o si, en ausencia de mecanismos específicos de evaluación, los órganos de vigilancia deben abstenerse de adoptar una posición. A decir verdad, nada los obliga a ese respecto: desde el momento en que se admite que esos mecanismos se superponen a los procesos previstos en las convenciones para determinar la validez de las reservas y que los órganos de derechos humanos tienen competencia para pronunciarse sobre ese asunto en el ejercicio de su cometido³⁷⁶, pueden hacerlo en todos los casos, al igual que los Estados³⁷⁷.

5) En realidad, la controversia doctrinal más encendida a este respecto se debe a la conjugación de varios factores:

- La cuestión solo se plantea en realidad en relación con los tratados de derechos humanos;

(*Anuario...*, 1962, vol. I, Jiménez de Aréchaga 654ª sesión, 30 de mayo de 1962, párr. 37). Véanse también las vivas críticas de Cassese (nota XXX, *supra*), *passim* y, en particular, págs. 301 a 304.

³⁷³ En cuanto a la inercia de los Estados en la materia, véanse las manifestaciones del Consultor Técnico en la Conferencia de Viena (nota XXX, *supra*), y P.-H. Imbert (nota XXX, *supra*), págs. 146 y 147, o R. Riquelme Cortado (nota XXX, *supra*), págs. 316 a 321.

³⁷⁴ Véase *Traité multilatéraux...*, cap. IV.2.

³⁷⁵ "El Comité debe tener en cuenta las reservas formuladas por los Estados partes al momento de ratificar la Convención o de adherirse a ella; no está facultado para actuar de otra manera. Ninguna decisión del Comité, aunque sea unánime, en el sentido de declarar inaceptable una reserva puede tener efecto jurídico alguno" (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 18 (A/33/18)*, párr. 374). Véanse sobre el tema las observaciones de P.-H. Imbert, "La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme", *Actes du cinquième colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, París, 1982, págs. 125 y 126 (*H.R.R.* 1981, págs. 41 y 42), y Dinah Shelton, "State Practice on Reservations to Human Rights Treaties", *Annuaire canadien des droits de la personne* 1983, págs. 229 y 230. Recientemente, el Comité ha flexibilizado su posición en alguna medida; en 2003, por ejemplo, dijo lo siguiente respecto de una reserva formulada por la Arabia Saudita: "La amplitud y la imprecisión de la reserva general formulada por el Estado parte llevan a cuestionar su compatibilidad con el objetivo y el propósito de la Convención. El Comité invita al Estado parte a revisar la reserva con miras a retirarla oficialmente" (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 18 (A/58/18)*, párr. 209).

³⁷⁶ Véase *infra*, párr. 8).

³⁷⁷ Véase también A. Pellet y D. Müller, "From Bilateralism to Community Interest – Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil...", *op. cit.* nota XXX, págs. 536 a 537 y 542 a 544.

- Ello se debe, en primer lugar, a que en esta esfera, y en ella solamente, los tratados modernos crean, casi sistemáticamente, mecanismos de vigilancia de la aplicación de las normas que enuncian; ahora bien, aunque nadie ha discutido nunca que un juez o un árbitro tenga competencia para evaluar la validez de una reserva, incluida su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado al que se refiere³⁷⁸, los tratados de derechos humanos atribuyen a los órganos que instituyen competencias diversas (algunos —en el plano regional— pueden adoptar decisiones vinculantes, pero otros, incluido el Comité de Derechos Humanos, solo pueden formular recomendaciones a los Estados, de carácter general o vinculadas a una denuncia individual);
- Este fenómeno, relativamente novedoso, no fue tenido en cuenta por los redactores de la Convención de Viena;
- Además, los órganos de derechos humanos han optado por una concepción particularmente amplia de sus competencias en este ámbito: además de declararse competentes para evaluar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de la convención que los ha creado, han considerado al parecer que poseían, a esos efectos, una competencia de decisión aunque no se les haya atribuido³⁷⁹ y, aplicando la doctrina de la "divisibilidad", han declarado que los Estados autores de reservas cuya invalidez habían constatado estaban vinculados por el tratado, incluidas la disposición o disposiciones a las que se referían sus reservas³⁸⁰;
- Los órganos de derechos humanos han suscitado así la oposición de los Estados, que no se consideran obligados por un tratado más allá de los límites que han aceptado; algunos de ellos incluso han negado que los órganos en cuestión tengan competencia en la materia³⁸¹;
- A ello se añaden las reacciones de los defensores de los derechos humanos y de la doctrina especializada en ese ámbito, lo que no ha contribuido a apaciguar una controversia que, por otra parte, es ampliamente artificial.

6) En realidad, las cosas son seguramente menos complicadas de lo que en general se dice, lo que no significa que la situación sea enteramente satisfactoria. En primer lugar, no hay duda de que los órganos de derechos humanos son competentes para pronunciarse, cuando, en el ejercicio de sus competencias, se les plantea la cuestión de la validez de una reserva, incluida naturalmente la de su compatibilidad con el objeto y el fin de la convención³⁸². En efecto, hay que reconocer que esos órganos no podrían desempeñar las

³⁷⁸ Véase *infra*, nota XXX.

³⁷⁹ Véanse en este sentido las observaciones de A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, segunda edición, Cambridge University Press, 2007, págs. 150 y 151.

³⁸⁰ Comité de Derechos Humanos, Comentario general N° 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 de noviembre de 1994, párr. 18; comunicación N° 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*, CCPR/C/67/D/845/1999, *Informe del Comité de Derechos Humanos, 2000 (A/55/40)*, vol. II, anexo XI.A, párr. 6.7. Esa decisión llevó al Estado parte en cuestión a denunciar el Protocolo Facultativo (véase *Traités multilatéraux...*, cap. IV.5), lo que no inhibió al Comité, en una decisión ulterior de fecha 26 de marzo de 2002, de considerar que Trinidad y Tabago había infringido varias disposiciones del Pacto de 1966, entre las cuales se contaba la disposición a la que se refería la reserva (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/57/40)*, vol. II, anexo IX.T).

³⁸¹ Véanse, en particular, las enérgicas críticas formuladas por los Estados Unidos (*Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General*, 1995 (A/50/40) vol. I, pág. 150), el Reino Unido (*ibíd.*, pág. 154) y Francia (A/51/40, vol. I, págs. 111 a 113).

³⁸² Véase el párrafo 5 de las Conclusiones Preliminares de la Comisión sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, de 1997: "... cuando esos tratados guardan silencio al respecto, los órganos de vigilancia son competentes para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la admisibilidad de las reservas

funciones que se les ha atribuido si no pudieran determinar el alcance preciso de sus competencias respecto de los Estados interesados, sea con ocasión del examen de peticiones de los Estados o de particulares o de informes periódicos, sea en el ejercicio de una competencia consultiva; para ello, les incumbe evaluar la validez de las reservas hechas por los Estados partes en los tratados que los crean³⁸³. En segundo lugar, a este respecto, no poseen ni más ni menos facultades que en los demás asuntos: el Comité de Derechos Humanos y los demás órganos universales de derechos humanos que carecen de facultades de decisión no las adquieren tampoco en materia de reservas; los tribunales regionales que pueden dictar fallos con autoridad de cosa juzgada sí las tienen, aunque dentro de ciertos límites³⁸⁴. En efecto, en tercer y último lugar, si bien casi todos los órganos de derechos humanos (o de arreglo de controversias) pueden evaluar la validez de la reserva impugnada, su evaluación no puede reemplazar el consentimiento del Estado en quedar vinculado por el tratado³⁸⁵. En verdad, huelga decir que las competencias de esos órganos no vulneran las competencias de los Estados para aceptar las reservas u objetarlas, tal como están establecidas y reglamentadas por los artículos 20, 21 y 23 de la Convención de Viena³⁸⁶.

7) Asimismo, si bien la directriz 3.2 no menciona expresamente la posibilidad de que los tribunales nacionales tengan competencia en la materia, tampoco la excluye: los tribunales internos, en cuanto al derecho internacional, forman parte integrante del "Estado", a cuya responsabilidad, según el caso, pueden dar origen³⁸⁷. Por lo tanto, nada impide que los tribunales nacionales evalúen, cuando corresponda, la validez de las reservas hechas por un Estado con ocasión de un litigio del que han de conocer³⁸⁸, incluida la compatibilidad de esas reservas con el objeto y el fin de un tratado.

hechas por los Estados, a fin de cumplir las funciones que tienen asignadas (nota XXX, *supra*, párr. 157).

³⁸³ Para una exposición exhaustiva de la posición de los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos, véase el segundo informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/477/Add.1, párrs. 193 a 210; véase también D. Greig, (nota XXX, *supra*), págs. 90 a 107; R. Riquelme Cortado (nota XXX, *supra*), págs. 345 a 353, y respecto en particular de los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase I. Cameron y F. Horn, "Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case", *G.Y.B.I.L.* 1990, págs. 88 a 92.

³⁸⁴ Véase el párrafo 8 de las Conclusiones Preliminares de la Comisión: "La Comisión observa que el valor jurídico de las conclusiones formuladas por los órganos de vigilancia en el ejercicio de sus facultades para tratar de las reservas no podrá exceder del que resulte de las facultades que se les hayan dado para cumplir su función general de vigilancia" (nota XXX, *supra*).

³⁸⁵ La Comisión de Derecho Internacional observó a ese respecto, en los párrafos 6 y 10 de sus Conclusiones Preliminares, que la competencia de los órganos de vigilancia para apreciar la validez de las reservas "no excluye ni afecta de ninguna manera las modalidades tradicionales de control que... pueden aplicar las partes contratantes..." y que, en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbe al Estado que formula la reserva adoptar medidas. El Estado, por ejemplo, puede modificar su reserva para eliminar la inadmisibilidad, retirar su reserva o renunciar a ser parte en el tratado (*ibid.*).

³⁸⁶ Véase, sin embargo, el Comentario general N° 24 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), párr. 18: "... se trata de una tarea [la determinación de la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado] inadecuada para los Estados partes en relación con los tratados de derechos humanos..."; este pasaje contradice el párrafo precedente en el cual el Comité reconocía que "la objeción a una reserva formulada por los Estados puede ofrecer cierta orientación al Comité para interpretar su compatibilidad con el objeto y el fin del Pacto".

³⁸⁷ Véase el artículo 4 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Comportamiento de los órganos del Estado), resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

³⁸⁸ Véase la sentencia dictada por el Tribunal Federal de Suiza, de 17 de diciembre de 1991, en la causa *Elisabeth B. c. Conseil d'État du canton de Thurgovie* (*Journal des Tribunaux*, I. *Droit fédéral*, 1995, págs. 523 a 537), y el comentario de J. F. Flauss, "Le contentieux des réserves à la CEDH devant le

8) Ni que decir tiene que la competencia para evaluar la validez de una reserva puede corresponder igualmente a los tribunales o árbitros internacionales. Así ocurriría evidentemente si un tratado previera expresamente la intervención de un órgano judicial para dirimir una controversia relativa a la validez de las reservas, pero no parece existir una cláusula de reserva en ese sentido, a pesar de que la cuestión se presta eminentemente a la determinación judicial³⁸⁹. Sin embargo, no cabe duda alguna de que un litigio de esa índole podría ser dirimido por un órgano designado por las partes para pronunciarse sobre las controversias relativas a la interpretación o aplicación del tratado. En consecuencia, se ha de considerar que toda cláusula general de solución de controversias establece la competencia del órgano designado por las partes en la materia³⁹⁰. Esa fue, por lo demás, la posición de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1951 sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

"Puede ocurrir (...) que ciertas partes, considerando incompatible con el fin de la Convención el asentimiento dado por otras partes a una reserva, decidan tomar posición en el plano judicial respecto de esa divergencia y llevar adelante la solución de la controversia planteada, sea mediante avenencia, sea mediante la vía indicada en el artículo IX de la Convención."³⁹¹

9) Es preciso, pues, considerar que la competencia para evaluar la validez de una reserva incumbe, en general, a los diferentes organismos llamados a aplicar e interpretar los tratados: los Estados y, dentro de los límites de sus competencias, sus tribunales internos, y los órganos de solución de controversias y de vigilancia de la aplicación del tratado; sin

Tribunal fédéral suisse: *Requiem* pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1", *Revue universelle de droits de l'homme* 1993, págs. 297 a 303.

³⁸⁹ A este respecto, véase Henry J. Bourguignon, "The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties", *Virginia Journal of International Law* 1989, pág. 359, o D. Bowett, "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", *BYbIL* (1976-1977), pág. 81.

³⁹⁰ Con respecto a la función que pueden desempeñar los órganos de solución de controversias en la materia, véase la directriz 3.2.5 *infra*.

³⁹¹ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J., Recueil 1951*, pág. 27. Por lo mismo, en su decisión de fecha 30 de junio de 1977, el Tribunal arbitral constituido en el asunto de la *Delimitación de la plataforma continental entre la República Francesa y el Reino Unido* se reconoció implícitamente competente para pronunciarse sobre la validez de las reservas de Francia, porque estimó "que las tres reservas al artículo 6 [de la Convención sobre la plataforma continental de 1958] son reservas auténticas y admisibles" (*Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. XVIII, pág. 170, párr. 56). Véanse también la posición de la Corte Internacional de Justicia en lo que concierne a la validez de las "reservas" (de naturaleza particular en verdad y distintas de las que son objeto de la Guía de la práctica: cf. la directriz 1.5.3 (Declaraciones unilaterales hechas en virtud de una cláusula de opción) y su comentario) incluidas en las declaraciones facultativas de aceptación de su jurisdicción obligatoria (véase en particular la sentencia de 26 de noviembre 1957 en el asunto *Droit de passage en Territoire indien (exceptions préliminaires)* (*Derecho de paso por el territorio de la India (excepciones preliminares)*), Corte Internacional de Justicia, *Recueil 1957*, págs. 141 a 144, los votos particulares de Lauterpacht, concurrente en el asunto *Certains emprunts norvégiens* (*Ciertos empréstitos noruegos*) (sentencia de 6 de julio de 1957, *C.I.J., Recueil 1957*, págs. 43 a 55) y disconforme en el asunto *Interhandel* (sentencia de 21 de noviembre de 1959, *C.I.J., Recueil 1959*, págs. 103 a 106; véanse también los votos particulares disconformes del Presidente Klaedstad y del magistrado Armand-Ugon, *ibid.*, págs. 75 y 93). Véase también *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Etats-Unies d'Amérique)* (*Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. los Estados Unidos de América)*), providencias de 2 de junio de 1999, *C.I.J., Recueil 1999*, pág. 772, párrs. 29 a 33, *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)* (*Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. España)*), *ibid.*, págs. 923 y 924; *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2000)* (*Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002)*), providencia de 10 de julio de 2002, *C.I.J., Recueil 2002*, pág. 246, párr. 72.

embargo, las posiciones que estos órganos puedan llegar a adoptar a este respecto no tienen un valor jurídico superior al que les confiere su condición, pues el verbo "evaluar", que la Comisión ha adoptado en la frase introductoria de la directriz 3.2, es neutro y no prejuzga la autoridad de esa evaluación. En igual sentido, la expresión "dentro de sus respectivas competencias" indica que la competencia que tienen los órganos de solución de controversias y los órganos de vigilancia para proceder a esa evaluación no es ilimitada, sino que es una competencia que les ha sido conferida por los Estados.

10) Por el contrario, conforme al principio, mayormente dominante, del "depositario buzón"³⁹² consagrado por el artículo 77 de la Convención de Viena de 1969³⁹³, el depositario solo puede en principio tomar nota de las reservas que se le notifiquen y transmitir las a los Estados contratantes³⁹⁴, sin pronunciarse respecto de su validez.

11) La situación actual en lo que se refiere a la evaluación de la validez de las reservas a los tratados y, en particular, a las convenciones de derechos humanos se caracteriza, pues, por la concurrencia o, en todo caso, la coexistencia de diversos mecanismos de evaluación de la validez de las reservas³⁹⁵:

- Uno de esos mecanismos, que constituye el derecho común, es el que, exclusivamente entre los Estados, consagra el artículo 20 de las Convenciones de Viena y que se puede aplicar mediante las cláusulas particulares sobre las reservas que figuren en cada tratado;
- Cuando el tratado crea un órgano de vigilancia de su aplicación, se considera aceptado que ese órgano puede igualmente evaluar la validez de las reservas, pero la posición que este adopte solo tiene la autoridad que le confiere el tratado en cuestión;
- Sin embargo, se deja así subsistir la posibilidad de que los Estados y las organizaciones internacionales partes recurran, según el caso, a las modalidades habituales de solución de controversias por medios pacíficos, incluidas las judiciales o arbitrales, si surge entre ellos una controversia en relación con la validez de una reserva³⁹⁶,

³⁹² Véase el párrafo 3) del comentario de la directriz 2.1.7 (Funciones del depositario). Véase también Palitha T. B. Kohona, "Some Notable Developments in the Practice of the UN Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties: Reservations and Declarations", en *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, págs. 433 a 450; véase también J. Combacau "Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités", *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Pedone, París, 1991, pág. 199.

³⁹³ Que corresponde al artículo 78 de la Convención de 1986.

³⁹⁴ Véanse la directriz 2.1.7 (Funciones del depositario) y su comentario.

³⁹⁵ Véase el segundo informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/477/Add.1, párrs. 211 a 215, o A. Pellet, "Article 19 (1969)", en O. Corten y P. Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article, op. cit.*, nota XXX, págs. 766 a 774, párrs. 238 a 249. Para una posición netamente favorable a la complementariedad de los regímenes de vigilancia, véase Lijnzaad (nota XXX, *supra*), págs. 97 y 98; véase también G. Cohen-Jonathan, "Les réserves dans les traités de droits de l'homme", *R.G.D.I.P.* 1996, pág. 944.

³⁹⁶ Ello, con todo, sin perjuicio de la existencia de "regímenes autónomos", entre los cuales cabe mencionar indudablemente los instituidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos o la Carta Africana (cf. Bruno Simma, "Self-Contained Regimes", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), pág. 130 y ss., o Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pág. 230 y ss.).

- Por otro lado, no se excluye que los propios tribunales nacionales, como los de Suiza³⁹⁷, se consideren facultados para evaluar igualmente la validez de una reserva respecto del derecho internacional, pero ese no es un supuesto diferente del primero citado en este sentido, pues los tribunales internos pertenecen, evidentemente, al Estado.

12) Es evidente que la multiplicidad de posibilidades de evaluación no deja de plantear algunos inconvenientes, de los cuales el menor no es el riesgo de que haya contradicciones entre las posiciones que unos y otros puedan adoptar respecto de la misma reserva (o respecto de dos reservas idénticas de Estados diferentes)³⁹⁸. Sin embargo, a decir verdad, ese riesgo es inherente a todo régimen de evaluación, pues en el curso del tiempo, un mismo órgano puede adoptar decisiones contradictorias, y quizás sea mejor que haya un exceso de evaluación que una falta absoluta de esta.

13) Más grave es la amenaza que plantea la sucesión de las evaluaciones en el tiempo en ausencia de toda limitación del plazo durante el cual se pueden realizar. En el caso del "régimen de Viena" el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención, en la medida en que sea aplicable, limita a los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva (o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado) el plazo durante el cual un Estado puede formular una objeción³⁹⁹. Surge un verdadero problema, sin embargo, en todos los casos de evaluación judicial o cuasi judicial que, hipotéticamente, es aleatoria y depende del recurso al órgano de solución o de vigilancia. Para evitarlo, se ha propuesto limitar igualmente a un plazo de 12 meses el derecho de los órganos de vigilancia a pronunciarse⁴⁰⁰. Aparte de que ninguno de los textos pertinentes actualmente en vigor prevé una limitación de esa índole, esta no parece muy compatible con el fundamento mismo de la intervención de los órganos de vigilancia, que tiene por objeto velar por el cumplimiento del tratado por las partes, incluida la preservación del objeto y el fin del tratado. Además, como se ha señalado, una de las razones por las cuales los Estados formulan pocas objeciones es precisamente que la regla de los 12 meses muchas veces no les da tiempo suficiente⁴⁰¹; el mismo problema se podría plantear *a fortiori* a los órganos de vigilancia, con el resultado de que estos queden paralizados.

14) Por otra parte, se puede considerar que las posibilidades de que se hagan evaluaciones cruzadas refuerzan, por el contrario, las probabilidades de que el régimen de reservas y, en particular, el principio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado desempeñen su verdadera función. El problema no radica en enfrentar una posibilidad a

³⁹⁷ Véase *supra*, nota XXX.

³⁹⁸ Véase, en particular, P.-H. Imbert, que señala los riesgos de incompatibilidad en el régimen del Convenio Europeo, en especial entre las posiciones del Tribunal y del Comité de Ministros ("Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire Temeltasch)", *R.G.D.I.P.* 1983, págs. 617 a 619 (*I.C.L.Q.*, vol. 33 (1984), págs. 590 y 591)).

³⁹⁹ Hay que señalar, sin embargo, que el problema se plantea por el escalonamiento de las ratificaciones y adhesiones en el tiempo.

⁴⁰⁰ Véase P.-H. Imbert (nota XXX, *supra*), pág. 146, o (nota XXX, *supra*), págs. 113 y 114 y 130 y 131 (*H.R.R.* 1981, págs. 36 y 44); *contra*: Héribert Golsong, intervención en el Coloquio de Roma, 5 a 8 de noviembre de 1975, *Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1976, págs. 269 y 270, y "Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme", en Université catholique de Louvain, *Quatrième colloque du Département des droits de l'homme*, 7 de diciembre de 1978, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* (Bruylant, Bruselas, 1982), párr. 7, o R. W. Edwards Jr., "Reservations to Treaties", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), nota XXX *supra*, págs. 387 y 388.

⁴⁰¹ Cf. B. Clark, "The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women", *A.J.I.L.* (1991), vol. 85, págs. 312 a 314.

otra o en afirmar el monopolio de un mecanismo⁴⁰², sino en combinarlos de manera que se refuerce su efectividad general, pues si bien sus modalidades son diferentes, su finalidad es la misma: se trata, en todos los casos, de conciliar las dos exigencias contradictorias, pero fundamentales, de la integridad del tratado y la universalidad de la participación. Es normal que los Estados que quisieron celebrar el tratado puedan expresar su punto de vista, así como también es natural que los órganos de vigilancia desempeñen cabalmente la función de custodios de los tratados que las partes les han confiado.

15) Esta situación no excluye, sino que, por el contrario, entraña cierta complementariedad entre las diferentes modalidades de vigilancia y una cooperación entre los órganos que tienen encomendada esa vigilancia. En particular, es indispensable que, cuando evalúan la validez de una reserva, los órganos de vigilancia (así como los órganos de solución de controversias) tengan plenamente en cuenta las posiciones adoptadas por las partes contratantes mediante aceptaciones u objeciones. A la inversa, los Estados, que están obligados a atenerse a las decisiones adoptadas por los órganos de vigilancia cuando les han atribuido poder de decisión, deberían tener muy en cuenta las posiciones ponderadas y fundamentadas de esos órganos, aun cuando estos no puedan adoptar decisiones jurídicamente vinculantes⁴⁰³.

⁴⁰² Ya que esa es la tendencia natural de las instituciones competentes para pronunciarse; véase la oposición de puntos de vista entre el Comité de Derechos Humanos ("se trata de una tarea inadecuada para los Estados partes en relación con los tratados de derechos humanos", Comentario general N° 24 (nota XXX, *supra*), párr. 18) y Francia ("corresponde, así pues, [a los Estados partes] y a ellos únicamente, salvo que el tratado disponga otra cosa, pronunciarse sobre una posible incompatibilidad entre una reserva y el objeto y el fin del tratado" – *Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General*, 1996 (A/51/40), vol. I, párr. 7).

⁴⁰³ Véase, sin embargo, la reacción extremadamente enérgica al Comentario general N° 24 que plasma el proyecto de ley presentado al Senado de los Estados Unidos por el Senador Helms el 9 de junio de 1995, según el cual: "*no funds authorized to be appropriated by this Act nor any other Act, or otherwise made available may be obligated or expended for the conduct of any activity which has the purpose or effect of (A) reporting to the Human Rights Committee in accordance with Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights, or (B) responding to any effort by the Human Rights Committee to use the procedures of Articles 41 and 42 of the International Covenant on Civil and Political Rights to resolve claims by other parties to the Covenant that the United States is not fulfilling its obligations under the Covenant, until the President has submitted to the Congress the certification described in paragraph (2)*".

- "(2) CERTIFICATION – *The certification referred to in paragraph (1) is a certification by the President to the Congress that the Human Rights Committee established under the International Covenant on Civil and Political Rights has (A) revoked its General Comment N° 24 adopted on November 2, 1994; and (B) expressly recognized the validity as a matter of international law of the reservations, understandings, and declarations contained in the United States instrument of ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights*" (Proyecto de ley para autorizar consignaciones con destino al Departamento de Estado para los ejercicios económicos de 1996 a 1999 inclusive..., 104° período de sesiones del Congreso, primera sesión, S.908-Report N° 104-95, págs. 87 y 88). [Los fondos cuya afectación se autorice en virtud de la presente ley o de cualquier otra ley o que puedan estar disponibles por cualquier otro medio no se podrán afectar o gastar en beneficio de ninguna actividad cuyo objeto y fin sea A) informar al Comité de Derechos Humanos de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o B) responder a una tentativa del Comité de Derechos Humanos de utilizar los procedimientos de los artículos 41 y 42 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para dar curso a denuncias de otras partes en el Pacto de que los Estados Unidos no estén dando cumplimiento a sus obligaciones en virtud del Pacto, hasta que el Presidente haya presentado al Congreso la certificación descrita en el párrafo 2.
2. CERTIFICACIÓN: La certificación mencionada en el párrafo 1 es la seguridad dada al Congreso por el Presidente de que el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos A) ha revocado el Comentario general N° 24, aprobado el 2 de

3.2.1 Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez sustantiva de una reserva

1. Un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, podrá evaluar la validez sustantiva de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.

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

Comentario

1) Al igual que las directrices siguientes, la directriz 3.2.1 define el alcance de la directriz general 3.2.

2) La directriz 3.2 da a entender que los órganos de vigilancia instituidos por el tratado⁴⁰⁴ tienen competencia para pronunciarse sobre la validez de las reservas formuladas por las partes contratantes, pero no establece dicha competencia en forma expresa, contrariamente al párrafo 5 de las Conclusiones Preliminares aprobadas por la Comisión en 1997, según el cual, incluso cuando el tratado guarda silencio al respecto, los órganos de vigilancia establecidos por los tratados multilaterales normativos "son competentes para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la admisibilidad de las reservas hechas por los Estados, a fin de cumplir las funciones que tienen asignadas".

3) El sentido de esa frase se dilucida en el párrafo 8 de las Conclusiones Preliminares:

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

4) La directriz 3.2.1 combina estos dos principios recordando, en su primer párrafo, que los órganos de vigilancia son necesariamente competentes para evaluar la validez de las reservas formuladas al tratado cuya aplicación se les ha encomendado vigilar y, en su segundo párrafo, que el valor jurídico de las conclusiones a que pueden llegar a este respecto no puede exceder del que se reconoce, de un modo general, a los instrumentos que esos órganos son competentes para adoptar⁴⁰⁵.

5) En cambio, en la directriz 3.2.1 no se aborda deliberadamente la cuestión de las consecuencias de la evaluación de la validez de una reserva: esas consecuencias, que no se pueden determinar sin tener en cuenta los efectos de la aceptación de las reservas y de las objeciones a las reservas, se exponen en la cuarta parte de la Guía de la Práctica, dedicada a los efectos de las reservas y de las declaraciones conexas.

noviembre de 1994, y B) ha reconocido expresamente la validez en cuanto al derecho internacional de las reservas, *understandings* y declaraciones contenidos en el instrumento de ratificación por los Estados Unidos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.]

⁴⁰⁴ En los casos más raros, un órgano de vigilancia puede ser instituido también después de la adopción del tratado, en virtud de una decisión colectiva de las partes o de un órgano de una organización internacional – cf. el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de 28 de mayo de 1985.

⁴⁰⁵ Para más información sobre este punto, véase el comentario de la directriz 3.2, *supra*, en particular los párrafos 6) y 9).

3.2.2 Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez sustantiva de las reservas

Los Estados o las organizaciones internacionales, cuando confieran a un órgano la competencia para vigilar la aplicación de un tratado, deberían especificar, cuando proceda, la naturaleza y los límites de las competencias de ese órgano en materia de evaluación de la validez sustantiva de las reservas.

Comentario

1) La directriz 3.2.2 retoma e incorpora en la Guía de la Práctica la idea en que se basaba la recomendación formulada en el párrafo 7 de las Conclusiones Preliminares de 1997⁴⁰⁶. Dicha recomendación estaba redactada de la manera siguiente:

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

2) Ciertamente, no sería apropiado incluir una disposición de esta índole en un proyecto de artículos que ha de ser adoptado en la forma de una convención internacional. Pero ese no es el caso de la Guía de la Práctica, pues se entiende que ha de constituir un "código de prácticas recomendadas", destinado a "orientar" la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas, pero sin fuerza jurídica vinculante⁴⁰⁷. Por otra parte, la Comisión ha decidido incluir en la Guía otras directrices claramente redactadas en forma de recomendaciones dirigidas a los Estados y a las organizaciones internacionales⁴⁰⁸.

3) Sin embargo, la Comisión, consciente de las dificultades que entrañan las empresas de esa índole, ha renunciado a recomendar expresamente a los Estados y a las organizaciones internacionales que, en los tratados multilaterales que concierten en el futuro y que prevean la creación de un órgano de vigilancia, incluyan cláusulas expresas que confieran a ese órgano la competencia para evaluar la validez de las reservas y precisen el efecto jurídico de esa evaluación, aun cuando sería algo ciertamente deseable en los casos en que sea posible.

4) La Comisión desea además precisar que no considera haber adoptado posición alguna, en esta directriz, sobre la oportunidad de crear tales órganos de vigilancia. Solamente estima que, *en el caso de que* se cree un órgano de ese tipo, sería oportuno aclarar expresamente la naturaleza y los límites de las competencias de dicho órgano en lo que respecta a la evaluación de la validez de las reservas, para evitar la incertidumbre y las controversias a este respecto⁴⁰⁹. Ese es el significado de la fórmula neutra empleada después de "Los Estados o las organizaciones internacionales": "*cuando* confieran a un órgano la competencia para vigilar la aplicación de un tratado...". De la misma manera, la expresión "cuando proceda" reafirma el carácter de mera recomendación de la directriz.

⁴⁰⁶ Véase nota XXX *supra*.

⁴⁰⁷ Véase a este respecto el párrafo 5) del comentario de la directriz 2.5.3.

⁴⁰⁸ Véase la directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas) y el párrafo 5) del comentario; véanse también las directrices 2.1.2 (Motivación de las reservas), 2.6.9 (Motivación [de las objeciones]), 2.9.5 (Forma de la aprobación, la oposición y la recalificación) o 2.9.6 (Motivación de la aprobación, la oposición y la recalificación).

⁴⁰⁹ Véase *supra*, párr. 1).

3.2.3 Toma en consideración de la evaluación de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados

Los Estados y las organizaciones internacionales que hayan formulado reservas a un tratado por el que se establezca un órgano de vigilancia de su aplicación deberán tener en cuenta la evaluación que este haga de la validez sustantiva de las reservas.

Comentario

1) La directriz 3.2.3 retoma el espíritu de la recomendación formulada en el párrafo 9 de las Conclusiones Preliminares de 1997, según la cual:

"9. La Comisión pide a los Estados que cooperen con los órganos de vigilancia y consideren debidamente las recomendaciones que estos formulen, o se atengan a la evaluación de esos órganos si se les confirieran facultades al respecto."⁴¹⁰

2) Ese llamamiento a la cooperación de los Estados y de las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia es retomado por la directriz 3.2.3, cuya redacción, sin embargo, se ha modificado para eliminar la ambigüedad de la redacción aprobada en 1997: las palabras "... si se les *confirieran* facultades al respecto" parecen indicar que no las tienen en la actualidad; ahora bien, ello es inexacto: estos órganos pueden sin duda alguna evaluar la validez de las reservas a los tratados cuya observancia deben vigilar⁴¹¹. Por el contrario, esos órganos no pueden:

- Por un lado, imponer su evaluación a los Estados y a las organizaciones internacionales autores de reservas, pues carecen de potestad general de decisión⁴¹²; y
- Por otro lado, en todos los casos, subrogarse el lugar del autor de la reserva en cuanto a las consecuencias que se han de derivar de la falta de validez de una reserva⁴¹³.

3) Aunque el párrafo 9 de las Conclusiones Preliminares esté redactado en la forma de una recomendación ("La Comisión pide a los Estados..."), se ha estimado viable elegir una redacción más firme para la directriz 3.2.3: no cabe ninguna duda de que las partes contratantes tienen una obligación general de cooperar con los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado que han creado, lo que recuerda la expresión "deberán tener en cuenta" que figura en la directriz. Obviamente, si esos órganos están dotados de potestad de decisión, las partes deberán respetar las decisiones que adopten, pero esto solo ocurre actualmente en relación con los tribunales regionales de derechos humanos⁴¹⁴. En cambio, los demás órganos de vigilancia carecen de potestad jurídica de decidir, tanto en el ámbito de las reservas como en las demás esferas en que disponen de una competencia de

⁴¹⁰ Véase la nota XXX *supra*.

⁴¹¹ Véase *supra*, párrafo 6) del comentario de la directriz 3.2; véase también el segundo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/477/Add.1), párrs. 206 a 209. También a ese respecto, véase, entre otros, F. Coulée, "A propos d'une controverse autour d'une codification en cours: les réactions aux réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités de protection des droits de l'homme", *op.cit.*, nota XXX, págs. 504 y 512 a 518.

⁴¹² Véase el segundo párrafo de la directriz 3.2.1.

⁴¹³ Véase el párrafo 10 de las Conclusiones Preliminares (nota XXX, *supra*) y el segundo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/477/Add.1), párrs. 218 a 230. Véase también *infra*, la directriz 4.5.3 (Condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado) y su comentario.

⁴¹⁴ Habida cuenta de su naturaleza muy particular, estos órganos, como el conjunto de órganos de solución de controversias, son objeto de una directriz separada; véase la directriz 3.2.5 *infra*.

constatación⁴¹⁵. Por lo tanto, sus conclusiones no son jurídicamente vinculantes y los Estados partes solo deben "tener en cuenta" su evaluación de buena fe.

4) Por supuesto, cabría decir lo mismo a la inversa, y corresponde a los órganos de vigilancia tener en cuenta las posiciones expresadas por los Estados y las organizaciones internacionales acerca de la reserva.

3.2.4 Organismos competentes para evaluar la validez sustantiva de las reservas en caso de que se cree un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado

Cuando un tratado cree un órgano de vigilancia de su aplicación, la competencia de ese órgano se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados y las organizaciones contratantes para evaluar la validez sustantiva de las reservas al tratado, y de la de los órganos de solución de controversias competentes para interpretar o aplicar el tratado.

Comentario

1) La directriz 3.2.4 precisa de manera particular, y en forma de una cláusula de salvaguardia "sin perjuicio", el principio plasmado en la directriz 3.2 de la pluralidad de organismos competentes para evaluar la validez de las reservas.

2) En efecto, conviene observar además que el enunciado de la directriz 3.2 solo reproduce parcialmente la sustancia del párrafo 6 de las Conclusiones Preliminares de 1997⁴¹⁶, pues enumera las personas o instituciones competentes para pronunciarse sobre la validez de las reservas, pero no aclara si esas competencias son acumulativas o si se excluyen recíprocamente. La Comisión consideró útil precisarlo en una directriz independiente.

3) Como en el caso de la directriz 3.2.3, se entiende que los órganos de vigilancia son aquellos creados por el tratado⁴¹⁷, y no los órganos de solución de controversias, cuya competencia en esta materia es objeto de la directriz 3.2.5.

3.2.5 Competencia de los órganos de solución de controversias para evaluar la validez sustantiva de las reservas

Cuando un órgano de solución de controversias sea competente para adoptar decisiones que obliguen a las partes en una controversia, y la evaluación de la validez sustantiva de una reserva sea necesaria para que pueda ejercer esa competencia, esta evaluación será jurídicamente vinculante para las partes como elemento de la decisión.

Comentario

1) La Comisión estimó necesario distinguir los órganos de vigilancia en sentido estricto, carentes de potestad de decisión, cuya competencia en materia de evaluación de la validez de las reservas es objeto de la directriz 3.2.3, de los órganos de solución de controversias, investidos de potestad para decidir. Si bien los tribunales regionales de derechos humanos pueden considerarse órganos de vigilancia en sentido amplio, entran en esta categoría porque sus decisiones tienen autoridad de cosa juzgada. Los órganos a que se refiere esta directriz abarcan igualmente aquellos que, como la Corte Internacional de Justicia, tienen una competencia general en materia de solución de controversias entre

⁴¹⁵ Véase el segundo párrafo de la directriz 3.2.1.

⁴¹⁶ Véase *supra*, nota XXX.

⁴¹⁷ Véase, sin embargo, la nota XXX *supra*.

Estados y que, en caso de un litigio que pueda tener un objeto más amplio, pueden verse obligados a pronunciarse sobre la validez de una reserva.

2) La precisión según la cual la evaluación que hacen de la validez de una reserva "será jurídicamente vinculante para las partes como elemento de la decisión" indica que el principio que enuncia la directriz se extiende no solamente a los casos en los que la controversia se refiere directamente a esa cuestión, sino también a los casos, mucho más frecuentes, en que la validez de la reserva constituye un problema conexo que es necesario resolver con carácter preliminar para solucionar la controversia más amplia de la que conoce el órgano competente.

3) Huelga decir que, en todos los supuestos, la constatación hecha por el órgano de solución de controversias solo tiene la autoridad relativa de la cosa juzgada⁴¹⁸, y solo en la medida de la competencia del órgano de solución de controversias para dictar tal resolución.

3.3 Consecuencias de la falta de validez sustantiva de una reserva

3.3.1 Irrelevancia de la distinción entre las causas de invalidez

Una reserva formulada a pesar de una prohibición resultante de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, sin que proceda hacer una distinción entre las consecuencias de esas causas de invalidez.

Comentario

1) La directriz 3.3.1 establece la unidad de las normas aplicables a las consecuencias de la falta de validez sustantiva de una reserva, sea cual sea la causa de esa invalidez, de entre las enumeradas en la directriz 3.1⁴¹⁹.

2) Aunque no especifica las consecuencias de la formulación de una reserva prohibida, expresa (apartado a)) o implícitamente (apartado b)), para el tratado al que se refiere, el artículo 19 de las Convenciones de Viena tampoco menciona los efectos de la formulación de una reserva prohibida por el apartado c)⁴²⁰, y nada en el texto de la Convención de Viena indica cómo se han de conjugar estas disposiciones con las del artículo 20 relativo a la aceptación de las reservas y a las objeciones. Existe ahí, pues, un "vacío normativo" (*normative gap*⁴²¹), que lleva a preguntarse si no ha sido deliberadamente querido por los autores de la Convención⁴²².

3) En todo caso, es forzoso reconocer que los trabajos preparatorios del apartado c) son confusos y no dan una clara indicación de las consecuencias que los redactores de la Convención pretendían derivar de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de la Convención⁴²³.

⁴¹⁸ O "conclusiones", si se entiende que un órgano no judicial puede ser llamado a evaluar, en el ejercicio de su competencia, la validez de una reserva.

⁴¹⁹ Para una apreciación crítica de esas directrices, véase, en su redacción de 2010, B. Simma y G. I. Hernández, "Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Rights Treaty: Where Do We Stand?", *op. cit.* nota XXX, págs. 73 a 75.

⁴²⁰ Cf. Greig (nota XXX, *supra*), pág. 83.

⁴²¹ F. Horn (nota XXX, *supra*), pág. 131; véase también J. Combacau (nota XXX, *supra*), pág. 199.

⁴²² Véase P.-H. Imbert (nota XXX, *supra*), págs. 137 a 140.

⁴²³ Conviene recordar que la inclusión del criterio en el proyecto fue tardía, pues solo se remonta al primer informe de Waldock en 1962 (A/CN.4/144, *Anuario...*, 1962, vol. II, págs. 75 y 76, párr. 10); véase también la exposición oral de Waldock, *Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 150, párrs. 4 a 6.

- En el proyecto de artículo 17 propuesto por Waldock en 1962, el objeto y el fin del tratado solo aparecían como una directriz que había de guiar al propio Estado autor de la reserva⁴²⁴;
- Los debates sobre este proyecto fueron particularmente confusos durante las sesiones plenarias de la Comisión de Derecho Internacional⁴²⁵ y pusieron de manifiesto, sobre todo, una escisión entre los miembros partidarios de una evaluación individual por los Estados y los que se pronunciaban a favor de un mecanismo colegiado⁴²⁶, sin que se discutieran realmente las consecuencias de esa evaluación;
- Con todo, después de la reformulación del proyecto por el Comité de Redacción en un sentido muy próximo al de la redacción del actual artículo 19, al parecer el sentimiento dominante fue que el objeto y el fin constituían un criterio de acuerdo con el cual se debía evaluar la validez de la reserva⁴²⁷; así lo corrobora la nueva modificación del artículo 18 *bis*, que se plasma, por un lado, en la inclusión del criterio de la incompatibilidad y, por el otro y en particular, en la modificación del título de esta disposición, que se cambió de "Validez de las reservas"⁴²⁸ a "Efectos de las reservas", lo que tiende a demostrar que su validez es el objeto del proyecto de artículo 17 (convertido en artículo 19 de la Convención);
- La hábil redacción del comentario de los proyectos de artículo 18 y 20 (que corresponden respectivamente a los artículos 19 y 21 de la Convención) aprobados en 1962 deja la cuestión sin resolver: se afirma a la vez que la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado constituye el criterio que rige la formulación de las reservas y que, como ese criterio "es hasta cierto punto una cuestión de apreciación subjetiva (...) el único medio de aplicarlo será, en la mayoría de los casos, la aceptación o rechazo de la reserva por cada Estado", pero solamente "de no haber un tribunal u órgano con competencia permanente"⁴²⁹;
- En su informe de 1965, el Relator Especial hizo observar igualmente, en relación con el proyecto de artículo 19 relativo a los tratados que guardan silencio sobre la cuestión de las reservas (que se convertiría en el artículo 20 de la Convención), que la Comisión "reconoció que el criterio de la "compatibilidad" es hasta cierto punto subjetivo y que puede haber opiniones divergentes en cuanto a la compatibilidad de una determinada reserva con el objeto y la finalidad de un determinado tratado. Por otra parte, no habiendo una jurisdicción obligatoria, estimó que el único medio de aplicar el criterio es que el Estado interesado acepte o rechace la reserva"; el Relator Especial reconoció igualmente "que las normas propuestas por la Comisión se aceptarían con más facilidad si su interpretación y aplicación se sometiesen a una decisión internacional"⁴³⁰;

⁴²⁴ Art. 17, párr. 2, apartado a) – véase *ibíd.*; véase también la intervención del Relator Especial en el 14º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional (*Anuario...*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 85).

⁴²⁵ Véase *Anuario...*, 1962, vol. I, págs. 150 a 180 y 185 a 188.

⁴²⁶ Véase *supra*, párrafo 3) del comentario de la directriz 3.2.

⁴²⁷ Véase en particular *Anuario...*, 1962, vol. I, págs. 241 a 251. Durante el debate sobre el nuevo artículo 18 *bis* titulado "Validez de las reservas", todos los miembros se refirieron al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado que, sin embargo, no se mencionaba en el proyecto aprobado por el Comité de Redacción.

⁴²⁸ Véase *Anuario...*, 1962, vol. I, págs. 271 y 272.

⁴²⁹ *Ibid.*, vol. II, pág. 209, párr. 22.

⁴³⁰ Cuarto informe de Waldock sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 54, párr. 9.

- Los comentarios de la Comisión sobre los proyectos de artículos 16 y 17 (que pasaron a ser los artículos 19 y 20 respectivamente) no son, con todo, más claros y se limitan a indicar que "la admisibilidad o no admisibilidad de una reserva según el apartado c) es en todo caso materia que depende en gran medida de la apreciación de la aceptabilidad de la reserva por los demás Estados contratantes" y que, por esa razón, es preciso interpretar que el apartado c) del artículo 16 "tiene que ser considerado en estrecha relación con las disposiciones del artículo 17 relativas a la aceptación de las reservas y a la objeción a las reservas"⁴³¹;
- En la Conferencia de Viena, algunas delegaciones intentaron impartir contenido al criterio del objeto y el fin del tratado; por ejemplo, la delegación de México propuso que se previeran expresamente las consecuencias de una decisión judicial que reconociera la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado⁴³²; sin embargo, fueron sobre todos los defensores de un régimen de evaluación colegiada los que trataron de derivar consecuencias concretas de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado⁴³³.

4) Por lo demás, nada, ni en el texto del artículo 19, ni en los trabajos preparatorios, hace pensar que corresponda hacer una distinción entre unas y otras: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. En los tres casos, como se desprende del claro texto del encabezamiento del artículo 19, un Estado no puede formular una reserva y, desde el momento en que se admite que una reserva prohibida por el tratado es nula de pleno derecho en virtud de los apartados a) y b) del artículo 19, no hay razón para sacar conclusiones diferentes del apartado c). Con todo, se han formulado tres objeciones, de distinta importancia, respecto de esta conclusión.

5) En primer lugar, se ha señalado que los depositarios, cuando rechazan las reservas prohibidas por el tratado, comunican a los demás Estados contratantes el texto de las reservas que, *prima facie*, son incompatibles con su objeto y su fin⁴³⁴. Esta ha sido, en efecto, la práctica seguida por el Secretario General de las Naciones Unidas⁴³⁵, pero el alcance de esta práctica se debe relativizar. En efecto, "el Secretario General rehúsa el depósito solamente *cuando no cabe ninguna duda* de que la declaración que acompaña al instrumento constituye una reserva no autorizada. (...) *En caso de duda*, el Secretario General pide al Estado interesado que precise su posición. (...) El Secretario General, con todo, estima que *no le corresponde pedir ese tipo de aclaraciones en forma sistemática* y que, en cambio, incumbe a los Estados formular, si lo consideran apropiado, objeciones a las declaraciones que, a su juicio, constituyan reservas no autorizadas"⁴³⁶. En otras palabras, la diferencia observada en la práctica del Secretario General no está fundada en la

⁴³¹ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 227, párr. 17.

⁴³² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Documentos Oficiales, primer período de sesiones, Actas resumidas* (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 21ª sesión, 10 de abril de 1968, párr. 63. México propuso dos soluciones: la primera era que el Estado autor de la reserva incompatible quedara obligado a retirarla y que, de no hacerlo, no pudiera llegar a ser parte en el tratado; la segunda era considerar que el tratado, en su totalidad, dejara de estar en vigor entre el Estado autor de la reserva y el Estado que hubiera formulado una objeción.

⁴³³ Véanse, en particular, las intervenciones de las diferentes delegaciones citadas más arriba, comentario de la directriz 3.2, párr. 3), notas XXX a XXX, *supra*.

⁴³⁴ Cf. G. Gaja, "Unruly Treaty Reservations", *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milán, 1987, vol. I, pág. 317.

⁴³⁵ Véase *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/8), Nueva York, 1997, N° de venta: F.94.V.15, párrs. 191 y 192.

⁴³⁶ *Ibid.*, párrs. 194 a 196; la cursiva es nuestra. La práctica seguida por el Secretario General del Consejo de Europa es similar, si bien, en caso de dificultad, puede consultar (y consulta) al Comité de Ministros (véase J. Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1999, págs. 90 a 93).

distinción entre los supuestos de los apartados a) y b), por un lado, y del apartado c) del artículo 19, por el otro, sino en el carácter cierto de incompatibilidad de la reserva con el tratado: cuando se requiere interpretación, el Secretario General se remite a los Estados; así ocurre siempre cuando se trata de la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado; también puede ocurrir cuando se trata de reservas prohibidas expresa o implícitamente.

6) En segundo lugar, se ha señalado, con el mismo ánimo que en el supuesto de los apartados a) y b), que el Estado autor de la reserva no puede desconocer la prohibición y que, en consecuencia, se ha de entender que ha aceptado el tratado en su conjunto, no obstante su reserva (doctrina de la "divisibilidad")⁴³⁷. No es dudoso que la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado sea más difícil de evaluar objetivamente que cuando existe una cláusula de prohibición. La observación es a todas luces pertinente, pero no decisiva: la evaluación del alcance de las cláusulas de reserva es menos evidente de lo que a veces se piensa, sobre todo cuando la prohibición es implícita, como ocurre en el supuesto del apartado b)⁴³⁸; además, puede ser difícil determinar si una declaración unilateral es o no una reserva, y el Estado que la ha formulado puede haber pensado de buena fe que no violaba la prohibición, estimando que la aceptación de su interpretación del tratado condicionaba su consentimiento en obligarse⁴³⁹. A decir verdad, aunque no se presume que un Estado desconozca la prohibición que resulta de una cláusula de reserva, debe con todo tener presente que no puede privar a un tratado de su sustancia por medio de una reserva incompatible con su objeto y fin.

7) En tercer lugar y sobre todo, se ha aducido que los párrafos 4 y 5 del artículo 20 enuncian una sola limitación a la posibilidad de aceptar una reserva: la presencia de una disposición contraria en el tratado⁴⁴⁰; *a contrario*, de ello se derivaría una total libertad de aceptación de las reservas no obstante las disposiciones del apartado c) del artículo 19⁴⁴¹. Si bien es exacto que, en la práctica, los Estados pocas veces objetan a las reservas, a pesar de que probablemente sean muy contrarias al objeto y el fin del tratado al que se refieren y que ello equivale, de hecho, a privar de efecto concreto a la norma enunciada en el apartado c) del artículo 19⁴⁴², al menos en ausencia de un órgano competente para adoptar decisiones a ese respecto⁴⁴³, son numerosos los argumentos que, fundados en el texto mismo de la Convención, se oponen, sin embargo, a ese razonamiento:

- Los artículos 19 y 20 de la Convención cumplen funciones diferentes; las normas que enuncian intervienen en "momentos" diferentes de la formulación de una

⁴³⁷ Véase Alessandro Fodella, "The Declarations of States Parties to the Basel Convention" en Tullio Treves (dir.), "Six Studies on Reservations", *Comunicazioni e Studi*, vol. XXII, 2002, págs. 143 a 147.

⁴³⁸ Véase en particular el comentario de la directriz 3.1.2 (Definición de determinadas reservas).

⁴³⁹ Respecto de la distinción entre reservas, por un lado, y declaraciones interpretativas, simples o condicionales, por el otro, véanse las directrices 1.3 a 1.3.3 y sus comentarios.

⁴⁴⁰ La expresión común a ambas disposiciones es: "... a menos que el tratado disponga otra cosa...".

⁴⁴¹ Véase D. W. Greig (nota XXX, *supra*), págs. 83 y 84.

⁴⁴² Véase, en particular, D. Carreau, *Droit international*, Pedone, 2004, pág. 137; G. Gaja (nota XXX, *supra*), págs. 315 a 318; D. W. Greig (nota XXX, *supra*), págs. 86 a 90, o P.-H. Imbert (nota XXX, *supra*), págs. 134 a 137.

⁴⁴³ Véanse los párrafos 8) y 9) del comentario de la directriz 3.2 (Evaluación de la validez sustantiva de las reservas); véanse también M. Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", *California Western I.L.J.I.* 1985, pág. 33, o R. Szafarz, "Reservations to Multilateral Treaties", *Polish Yearbook of International Law* 1970, pág. 301.

reserva: el artículo 19 enuncia los casos en los cuales no se puede formular una reserva; el artículo 20 indica qué ocurre cuando se ha formulado la reserva⁴⁴⁴;

- La interpretación propuesta privaría de todo efecto útil al apartado c) del artículo 19: de esa interpretación resultaría que una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado produciría prácticamente el mismo efecto que una reserva compatible;
- Priva igualmente de sentido al párrafo 1 del artículo 21, que precisa que una reserva solo es "efectiva... de conformidad con los artículos 19, 20 y 23"⁴⁴⁵; e
- Introduce una distinción entre el alcance de los apartados a) y b), por un lado, y el apartado c), por el otro, del artículo 19, distinción que su texto en modo alguno autoriza⁴⁴⁶.

8) En consecuencia, nada, ni en el texto del artículo 19 de las Convenciones de Viena, ni en su contexto, ni en los trabajos preparatorios de las Convenciones, ni siquiera en la práctica de los Estados o de los depositarios, justifica hacer una distinción de esa índole entre las consecuencias de la formulación de una reserva a pesar de una prohibición convencional, por un lado (apartados a) y b) del artículo 19), y las de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado, por el otro (apartado c)).

3.3.2 Invalidez sustantiva de las reservas y responsabilidad internacional

La formulación de una reserva sustantivamente inválida produce sus consecuencias a tenor del derecho de los tratados y no genera la responsabilidad internacional del Estado o de la organización internacional que la ha formulado.

Comentario

1) Una vez que se admite que, conforme a la directriz 3.3.1, los tres apartados del artículo 19 (que se reproducen en la directriz 3.1) cumplen la misma función y que toda reserva que sea contraria a sus disposiciones es inválida, queda todavía por ver qué ocurre si, a pesar de esas prohibiciones, un Estado o una organización internacional formula una reserva. Si lo hace, es cierto que esta reserva no puede producir los efectos jurídicos que el artículo 21 subordina claramente a que esta sea "efectiva... de conformidad con los artículos 19 [en su conjunto], 20 y 23"⁴⁴⁷.

2) Sean cuales fueren esos efectos⁴⁴⁸, no termina allí la cuestión: por una parte, ¿se ha de considerar que, al proceder de ese modo, el autor de la reserva comete un hecho internacionalmente ilícito que genera su responsabilidad internacional? Por otra parte, ¿están las demás partes impedidas de aceptar una reserva formulada a pesar de las prohibiciones del artículo 19?

3) En lo que concierne a la primera de estas dos cuestiones⁴⁴⁹, se ha dicho que una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado⁴⁵⁰ "*amounts to a breach of [the] obligation*" (equivale a una violación de [la] obligación) resultante del apartado c) del artículo 19. "*Therefore, it is a wrongful act, entailing such State's responsibility vis-à-vis*

⁴⁴⁴ Véase D. Bowett (nota XXX, *supra*), pág. 80, o C. J. Redgwell, "Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment N° 24(52)", en *I.C.L.Q.*, vol. 46 (1997), págs. 404 a 406.

⁴⁴⁵ Véase el párrafo 6) del comentario de la directriz 3.1 y el comentario de la directriz 4.1.

⁴⁴⁶ Véase el párrafo 4) *supra*.

⁴⁴⁷ Artículo 21 (Efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas): "Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23...".

⁴⁴⁸ Que se abordan en la cuarta parte de la Guía de la Práctica.

⁴⁴⁹ Véanse también *supra* los párrafos 2) a 7) del comentario general de la tercera parte de la Guía de la Práctica.

⁴⁵⁰ Debería ocurrir lo mismo *a fortiori* con las reservas prohibidas por el tratado.

each other party to the treaty. It does not amount to a breach of the treaty itself, but rather of the general norm embodied in the Vienna Convention forbidding 'incompatible' reservations"⁴⁵¹. (Por lo tanto, se trata de un hecho ilícito, que da lugar a la responsabilidad del Estado en cuestión respecto de cada una de las demás partes en el tratado. Ello no equivale a una violación del tratado mismo, sino más bien de la regla general enunciada en la Convención de Viena, que prohíbe las reservas "incompatibles".) Este razonamiento, fundado expresamente en las normas del derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁴⁵², no es totalmente convincente⁴⁵³.

4) No es dudoso que "[h]ay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación"⁴⁵⁴ y que la violación de una obligación de no hacer (en este caso, de no formular una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado) constituye un hecho internacionalmente ilícito que puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado del mismo modo que una obligación de hacer. Es menester, con todo, que la cuestión se plantee en la esfera del derecho de la responsabilidad. Ahora bien, como convincentemente señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, esta rama del derecho y el derecho de los tratados son "evidentemente ámbitos de aplicación distintos"; del mismo modo que "es a tenor del derecho de los tratados que hay que determinar si una convención está o no en vigor y si ha sido o no suspendida o denunciada legítimamente"⁴⁵⁵, a esa misma rama del derecho le corresponde determinar si una reserva puede o no ser formulada. De ello se deduce, como mínimo, que la responsabilidad eventual de un Estado autor de una reserva no se puede determinar en relación con las normas de Viena y que no tiene pertinencia a los fines del "derecho de las reservas". Además, incluso si el perjuicio no constituye una condición necesaria para que nazca la responsabilidad del Estado⁴⁵⁶, el daño condiciona el modo de hacerla efectiva y, en particular, la reparación⁴⁵⁷, mientras que, para que una reserva inválida pueda producir consecuencias concretas en el plano del derecho de la responsabilidad, sería preciso que el Estado que la invoque pueda aducir que ha habido perjuicio, una hipótesis que es sumamente improbable.

5) Hay más, sin embargo. Es ciertamente revelador que nunca un Estado, al formular una objeción a una reserva prohibida, haya invocado la responsabilidad de su autor: las consecuencias que emanan de la constatación de la falta de validez de una reserva pueden

⁴⁵¹ M. Coccia (nota XXX, *supra*), págs. 25 y 26.

⁴⁵² Cf. los artículos 1 y 2 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional que figura en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

⁴⁵³ Véase G. Gaja (nota XXX, *supra*), pág. 314, nota 29.

⁴⁵⁴ Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 12.

⁴⁵⁵ Sentencia de 25 de septiembre de 1997, *Project Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J., Recueil 1997*, pág. 38, párr. 47; véase también el laudo arbitral de 30 de abril de 1990 en el asunto *Rainbow Warrior*, *Revue Générale de Droit International Public* 1990, pág. 851, párr. 75. En cuanto a las relaciones entre ambas ramas del derecho, véanse en particular D. Bowett, "Treaties and State Responsibility", *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Pedone, París, 1991, págs. 137 a 145; J. Combacau (nota XXX, *supra*), págs. 195 a 203; P. M. Dupuy, "Droit des traités, codification et responsabilité internationale", *Annuaire français de droit international* 1997, págs. 7 a 30; Ph. Weckel, "Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale", *Revue générale de droit international public* 1998, págs. 647 a 684; P. Weil, "Droit des traités et droit de la responsabilité", *Le droit international dans un monde en mutation – Liber Amicorum Jiménez de Aréchaga*, FCU, Montevideo, 1994, págs. 523 a 543; A. Yahi, "La violation d'un traité: L'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale", *Revue belge de droit international* 1993, págs. 437 a 469.

⁴⁵⁶ Véase a este respecto el artículo 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión, nota XXX *supra*.

⁴⁵⁷ Cf. los artículos 31 y 34 de los artículos de la Comisión.

ser diversas⁴⁵⁸, pero nunca son una obligación de reparar y, si el Estado autor de la objeción invitara al Estado autor de la reserva a retirar su reserva o a modificarla en el marco del "diálogo sobre las reservas", ese Estado no actuaría en la esfera del derecho de la responsabilidad, sino en la del derecho de los tratados exclusivamente. En efecto, no parece dudoso que la formulación de una reserva excluida por uno de los apartados del artículo 19 este vinculada con el derecho de los tratados y no con el derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En consecuencia, no da lugar a la responsabilidad del Estado autor de la reserva⁴⁵⁹. Aunque esto parece obvio, la intención de la Comisión, al aprobar la directriz 3.3.2 era eliminar cualquier ambigüedad que pudiera subsistir al respecto.

6) En consecuencia, la Comisión, que en un principio había elegido el término francés "*illicite*" (ilícita) como equivalente del término inglés *impermissible* para calificar las reservas formuladas pese a lo dispuesto en el artículo 19, decidió, en su 58º período de sesiones, sustituir las palabras "lícita", "ilícita", "licitud" e "ilicitud" por "válida", "inválida", "validez" e "invalidéz" o "falta de validez", y modificar los comentarios de todas las directrices de la Guía de la Práctica en consecuencia⁴⁶⁰.

3.3.3 Falta de efecto de la aceptación individual de una reserva en la validez sustantiva de la reserva

La aceptación de una reserva sustantivamente inválida por un Estado o una organización contratante no tendrá por efecto subsanar la nulidad de la reserva.

Comentario

1) De conformidad con la primera oración de la directriz 3.3.1 (Irrelevancia de la distinción entre las causas de invalidez), "[u]na reserva formulada a pesar de una prohibición resultante de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida...". De ello se deduce claramente que la invalidez de la reserva resulta *ipso facto* de uno de los motivos enumerados en el artículo 19 de las Convenciones de Viena y recogidos en la directriz 3.1. En otras palabras, la prohibición (expresa o implícita) de la reserva o su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado son las condiciones (alternativas) necesarias y suficientes para su invalidez sustantiva.

2) En consecuencia, no cabe ninguna duda de que la aceptación por un Estado o una organización internacional contratantes de una reserva formulada a pesar de lo dispuesto en los apartados a) y b) del artículo 19 no puede subsanar esa falta de validez, que es la

⁴⁵⁸ Esas consecuencias emanan, *a contrario*, del artículo 20 y, sobre todo, del artículo 21 de las Convenciones de Viena.

⁴⁵⁹ Ni tampoco, con más razón, la de los Estados que acepten implícitamente una reserva prohibida o incompatible con el objeto y el fin del tratado (véase, sin embargo, L. Lijnzaad (nota XXX, *supra*), pág. 56: "*The responsibility for incompatible reservations is (...) shared by reserving and accepting States*" (La responsabilidad por reservas incompatibles (...) es compartida por el Estado autor de la reserva y los Estados que la aceptan), aunque parece desprenderse del contexto que el autor no considera la reserva incompatible ni su aceptación como hechos internacionalmente ilícitos; más que de "responsabilidad" en el sentido estrictamente jurídico (*responsibility*), se debe sin duda hablar aquí de "responsabilidad" en el sentido de la obligación de rendir cuentas (*accountability*)).

⁴⁶⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10)*, págs. 360 a 363, párr. 159. Véanse también *supra* los párrafos 2) a 7) del comentario general de la tercera parte de la Guía de la Práctica.

consecuencia "objetiva" de la prohibición de la reserva o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado⁴⁶¹. Eso es lo que explica la directriz 3.3.3.

3) Waldock, en su calidad de consultor técnico, se había manifestado claramente a favor de esa solución en la Conferencia de Viena, al precisar que:

"un Estado contratante no puede invocar el artículo 17 [actual artículo 20] para aceptar una reserva prohibida en virtud de los apartados a) o b) del artículo 16 [19], porque al prohibir esa reserva los Estados contratantes han excluido expresamente la posibilidad de su aceptación."⁴⁶²

4) Esa "imposibilidad" de aceptar una reserva inválida, sea en virtud de los apartados a) o b) del artículo 19 (o de la directriz 3.1), sea en virtud del apartado c) del artículo 19, que sigue exactamente la misma lógica, y que no hay ninguna razón para distinguir de los otros dos apartados del artículo⁴⁶³, tiene como consecuencia lógica que dicha aceptación no puede surtir efectos jurídicos⁴⁶⁴. La aceptación no es susceptible de "hacer válida" la reserva ni tampoco de hacerle producir un efecto determinado —y ciertamente no el previsto en el párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena, que exige que la reserva haya quedado "establecida"⁴⁶⁵. Además, si se considerara que la aceptación de una reserva inválida puede constituir un acuerdo entre el autor de esa reserva y el Estado o la organización internacional que la haya aceptado, ello implicaría una modificación del tratado en las relaciones entre ambas partes, lo cual no sería compatible con lo establecido en el artículo 41, párrafo 1 b) ii), de las Convenciones de Viena, que excluye toda alteración del tratado relacionada con "[una] disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto"⁴⁶⁶.

5) La Comisión ha estimado que esta directriz debería incluirse en la parte 3 de la Guía de la Práctica, dedicada a la validez de las reservas, y no en la parte 4, relativa a sus consecuencias, pues no se trata de determinar el efecto de la aceptación de una reserva inválida, sino el de la aceptación *de la validez* de la reserva misma (un problema que es posterior a la cuestión de los efectos de las reservas). La validez precede lógicamente a la aceptación (y esa lógica es la misma que se sigue en las Convenciones de Viena); sin embargo, la directriz 3.3.3 concierne a la validez de la reserva —es decir, al hecho de que la aceptación no puede subsanar la falta de validez de esta. La directriz no tiene por objeto determinar cuáles son los efectos de la aceptación de una reserva por un Estado, sino solo constatar que, si la reserva en cuestión no es válida, sigue siendo inválida a pesar de la aceptación de la que ha sido objeto.

⁴⁶¹ Al respecto, véase A. Pellet y D. Müller, "Reservations to Treaties: an Objection to a Reservation is Definitely not an Acceptance" en E. Cannizzaro (dir.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, págs. 54 a 56 en particular.

⁴⁶² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota XXX *supra*, 25ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 144, párr. 2.

⁴⁶³ Véase el final de la directriz 3.3.1 (Irrelevancia de la distinción entre las causas de invalidez): "Una reserva formulada a pesar de una prohibición resultante de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, *sin que proceda hacer una distinción entre las consecuencias de esas causas de invalidez*".

⁴⁶⁴ Véase *infra* la directriz 4.5.2 (Reacciones a una reserva considerada inválida) y su comentario.

⁴⁶⁵ Véanse *supra* las directrices 4.2.1 a 4.2.5 y los comentarios correspondientes.

⁴⁶⁶ En este sentido, véanse D. W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Factor?", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 16, 1995, pág. 57, o L. Sucharipa-Behrmann, "The Legal Effect of Reservations to Multilateral Treaties", *Austrian Review of International and European Law*, 1996, págs. 78 y 79; véanse *contra*, sin embargo, las observaciones de Jiménez de Aréchaga y Amado durante los debates de las propuestas de Sir Humphrey Waldock de 1962 (*Anuario...*, 1962, vol. I, 653ª sesión, 29 de mayo de 1962, pág. 177, párrs. 44 y 45, y pág. 179, párr. 63).

- 6) La aceptación individual⁴⁶⁷ —incluso expresa— de una reserva inválida no surte ningún efecto como tal en las consecuencias que produce esa nulidad, que se especifican en la parte 4 de la Guía de la Práctica. La cuestión de las consecuencias de la aceptación en los efectos de la reserva no se plantea ni puede plantearse; se detiene en el estadio de la validez, que no depende, ni puede depender, del hecho de la aceptación.
- 7) La directriz 3.3.3 establece que la aceptación de una reserva inválida no puede surtir ningún efecto, ni en la validez de la reserva ni *a fortiori* en las consecuencias jurídicas que se derivan de la nulidad de la reserva inválida, que son objeto de la sección 4.5 de la Guía de la Práctica.
- 8) En cambio, cabe preguntarse por la posibilidad de una aceptación colectiva de una reserva que, de otro modo, se consideraría inválida.
- 9) El proyecto de artículo 17, párrafo 1 b), propuesto por Waldock en 1962 se refería al "caso excepcional de que se trate de formular una reserva de una índole que esté efectivamente prohibida o excluida por las estipulaciones del tratado"⁴⁶⁸; proponía que, en este supuesto, se debía haber "obtenido previamente el consentimiento de los demás Estados interesados"⁴⁶⁹. Esa disposición no se reprodujo en los proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1962⁴⁷⁰ y 1966, y no figura tampoco en la Convención⁴⁷¹.
- 10) Se puede, sin embargo, sostener que las Partes siempre están en libertad de enmendar el tratado mediante un acuerdo general *inter se* de conformidad con el artículo 39 de las Convenciones de Viena y que nada les impide adoptar un acuerdo unánime⁴⁷² a estos efectos en materia de reservas⁴⁷³. Esta posibilidad, que es conforme al principio del

⁴⁶⁷ La expresión "aceptación individual" se utiliza asimismo en la directriz 2.8.9 para designar las aceptaciones de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional emanadas de un Estado o de una organización internacional por oposición a la del órgano competente de la organización. Se plantea otro problema diferente en relación con la aceptación colectiva de una reserva por todos los Estados y organizaciones internacionales contratantes; a ese respecto, véanse los párrafos 8) a 13) *infra*.

⁴⁶⁸ Primer informe sobre el derecho de los tratados, A/CN.4/144, en *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 75, párr. 9.

⁴⁶⁹ Por lo que respecta al texto del proyecto, véase *ibíd.*, pág. 69.

⁴⁷⁰ Suscitó la oposición de Tunkin (*ibíd.*, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 19) y de Castrén (*ibíd.*, párr. 68, y 652ª sesión, 28 de mayo de 1962, párr. 30), que la consideraron superflua, y desapareció del proyecto simplificado aprobado por el Comité de Redacción (*ibíd.*, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, párr. 3).

⁴⁷¹ Esta solución, sin embargo, fue aplicada en la cláusula sobre reservas del Acuerdo europeo relativo al trabajo de las tripulaciones de los vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera, de 1º de julio de 1970, cuyo artículo 21, párrafo 2, dice: "Si al tiempo de depositar su instrumento de ratificación o adhesión, un Estado formula una reserva distinta de la prevista en el párrafo 1 del presente artículo, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará esa reserva a los Estados que ya hubieran depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión y no hubieran posteriormente denunciado el presente Acuerdo. Se tendrá por aceptada la reserva si, en el plazo de seis meses a contar de la fecha de dicha comunicación, ninguno de esos Estados se hubiera opuesto a su admisión. En caso contrario, la reserva no será admitida y, si el Estado que la formula no la retira, el depósito del instrumento de ratificación o adhesión de ese Estado no surtirá efecto...". Sobre la base de esta disposición y a falta de objeción de los demás Estados partes en el Convenio, los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea formularon una reserva, no autorizada por el Acuerdo, por la que se excluía la aplicación del Acuerdo a ciertas operaciones. Véanse las reservas de los Estados que a la sazón eran miembros de la Comunidad, *Traités multilatéraux...*, cap. XI.B.21.

⁴⁷² Pero no un acuerdo entre ciertas partes solamente: véase el artículo 41 de las Convenciones de Viena.

⁴⁷³ En este sentido: D. W. Greig, nota XXX *supra*, págs. 56 y 57, o L. Sucharipa-Behrmann, nota XXX *supra*, pág. 78. Igual posición sostiene D. W. Bowett ("Reservations to Non-Restricted Multilateral

consensualismo que informa todo el derecho de los tratados, no deja tampoco de plantear problemas muy arduos. En primer lugar, el de saber si la ausencia de objeción de todas las partes en el plazo de un año equivale a un acuerdo unánime que constituya una enmienda a la cláusula de reserva. Una respuesta afirmativa parece, a primera vista, desprenderse del párrafo 5 del artículo 20 de la Convención.

11) Pero, bien mirado, ello no es obvio: el silencio del Estado parte no implica que este tome posición con respecto a la validez de la reserva; significa, a lo sumo, que la reserva le es oponible⁴⁷⁴ y que se abstendrá de oponerse a ella en el futuro⁴⁷⁵. La prueba está en que no se puede sostener que se impide a los órganos de vigilancia, ya se trate de la Corte Internacional de Justicia, de un tribunal arbitral o de un órgano de supervisión de un tratado de derechos humanos, apreciar la validez de una reserva incluso cuando no se haya hecho ninguna objeción a esta⁴⁷⁶.

12) No obstante, cabe citar un ejemplo que podría dar peso a la idea contraria, a saber, la conocida reserva de neutralidad formulada por Suiza al adherirse al Pacto de la Sociedad de las Naciones: aunque este prohibía las reservas, ese país fue admitido como Estado parte⁴⁷⁷. Sin embargo, ese "precedente"⁴⁷⁸ no permite seguramente establecer la existencia de una norma consuetudinaria en ese sentido.

13) A falta de una norma arraigada, la Comisión consideró más adecuado no adoptar una posición sobre esta cuestión, la cual, en cualquier caso, pertenece más a la problemática general de la modificación de los tratados que a la de las reservas *stricto sensu*⁴⁷⁹.

3.4 Validez sustantiva de las reacciones a las reservas

Comentario

1) A diferencia de lo que ocurre con las reservas, las Convenciones de Viena no contienen ningún criterio ni requisito de validez sustantiva de las reacciones a las reservas, si bien la aceptación y la objeción ocupan un lugar nada desdeñable en cuanto instrumentos

Treaties", *British Yearbook of International Law* 1976-1977, pág. 84; véase también C. Redgwell, nota XXX *supra*). Además, no se queda pretender razonablemente que las normas enunciadas en el artículo 19 y, en particular, en el apartado c), constituyen normas imperativas de derecho internacional general que las partes no podrían dejar sin efecto mediante un acuerdo en contrario.

⁴⁷⁴ En ese sentido, véase M. Coccia, nota XXX *supra*, F. Horn, nota XXX *supra*, págs. 121 a 131, o Karl Zemanek, "Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Nijhoff, La Haya, 1984, págs. 331 y 332; véase también G. Gaja, "Unruly Treaty Reservations", *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milán, 1987, vol. I, págs. 319 y 320. Como ha señalado con acierto L. Lijnzaad, no se trata de aceptación *stricto sensu*, "[i]t is the problem of inactive States whose laxity leads to the acceptance of reservations contrary to object and purpose" ["se trata del problema de los Estados inactivos cuyo laxismo lleva a la aceptación de reservas contrarias al objeto y el fin"], *op. cit.*, nota XXX *supra*, pág. 56.

⁴⁷⁵ Véase *supra* la directriz 2.8.13 y su comentario.

⁴⁷⁶ Véase en particular D. W. Greig, nota XXX *supra*, págs. 57 y 58. Durante los debates en la Comisión de Derecho Internacional en 1962, Bartoš ya había señalado que era casi inimaginable que una reserva manifestamente inválida ya no pudiese, por la simple aplicación de los plazos fijados para la formulación de objeciones, ser impugnada (*Anuario...*, 1962, vol. I, 654ª sesión, 30 de mayo de 1962, págs. 182 y 183, párr. 29).

⁴⁷⁷ Véase M. H. Mendelson, "Reservations to the Constitutions of International Organizations", *British Year Book of International Law*, vol. 45, 1971, págs. 140 y 141.

⁴⁷⁸ Aproximado, pues no se trató estrictamente de una aceptación unánime de las partes en el Pacto, sino más bien de la propia Organización.

⁴⁷⁹ A este respecto: D. W. Bowett ("Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", *British Year Book of International Law*, 1976-1977, pág. 84).

mediante los cuales los Estados u organizaciones internacionales dan o niegan su consentimiento a una reserva válida. No obstante, estas reacciones no constituyen criterios de validez de una reserva, susceptibles de ser evaluados objetivamente en función de los requisitos establecidos en el artículo 19 de las Convenciones de Viena e independientemente de las aceptaciones u objeciones que la reserva haya suscitado. Son un medio para que los Estados y las organizaciones internacionales expresen su punto de vista sobre la validez sustantiva de una reserva, pero lo cierto es que la validez (o falta de validez) sustantiva de una reserva debe valorarse con independencia de las aceptaciones u objeciones que haya suscitado. Esta idea está por lo demás claramente expresada en la sección 3.3 (Consecuencias de la falta de validez sustantiva de una reserva). No es menos cierto que las aceptaciones y las objeciones constituyen un medio para que los Estados y las organizaciones internacionales expresen su punto de vista sobre la validez sustantiva de una reserva y pueden, por este motivo, ser tomadas en consideración cuando se determina la validez sustantiva de una reserva⁴⁸⁰.

2) La falta de conexión entre la validez de la reserva y las reacciones a ella aparece con especial claridad en los trabajos preparatorios del régimen de Viena sobre las objeciones⁴⁸¹. De ello se desprende también que, si bien no hay inconveniente en hablar de "validez" sustantiva de una objeción o aceptación, esa palabra tiene una connotación distinta de la que tiene respecto de las propias reservas: se trata esencialmente de determinar si la objeción o la aceptación puede surtir plenos efectos.

3.4.1 Validez sustantiva de la aceptación de una reserva

La aceptación de una reserva no está sujeta a ninguna condición de validez sustantiva.

Comentario

1) Parece evidente que los Estados u organizaciones internacionales contratantes pueden aceptar libremente una reserva válida sin que la validez de dicha aceptación pueda ponerse en duda⁴⁸². No se ha demostrado que la cuestión se plantee de forma diferente cuando el Estado o la organización internacional aceptan una reserva sustantivamente inválida.

2) Aunque la aceptación no puede determinar la validez de una reserva, la doctrina ha sostenido que lo contrario no es exacto:

*"An acceptance of an inadmissible reservation is theoretically not possible. Directly or indirectly prohibited reservations under article 19 (1) (a) and (b) cannot be accepted by any confronted state. Such reservations and acceptances of these will no have any legal effects. (...) Similarly, an incompatible reservation under article 19 (1) (c) should be regarded as incapable of acceptance and as eo ipso invalid and without any legal effect."*⁴⁸³

["La aceptación de una reserva inadmisible es teóricamente imposible. Las reservas prohibidas directa o indirectamente en el artículo 19, párrafo 1 a) y b), no pueden ser aceptadas por ningún Estado. Tales reservas y sus correspondientes aceptaciones no tendrán efecto jurídico alguno. [...] De modo análogo, una reserva incompatible según el artículo 19, párrafo 1 c), debería considerarse que no puede ser aceptada y es inválida *per se* y carente de todo efecto jurídico."]

⁴⁸⁰ Véase el comentario de la directriz 4.5.2 *infra*.

⁴⁸¹ Véase *supra* el comentario de la directriz 2.6.2, párrs. 4 a 6.

⁴⁸² Véase *infra* la directriz 4.1 y su comentario. Véase también el comentario de la directriz 2.8.3 (Aceptación expresa de las reservas).

⁴⁸³ F. Horn, nota XXX *supra*, pág. 121.

3) No obstante, la Comisión no ha adoptado ese punto de vista. Aunque esa afirmación doctrinal no sea discutible en sí misma, ello no quiere decir que la aceptación de una reserva inválida sea, a su vez y automáticamente, inválida. Parece más correcto considerar que simplemente no puede surtir los efectos jurídicos que pretendía su autor. La razón de esa falta de efectos no es la invalidez de la aceptación, sino la invalidez de la reserva. La aceptación en sí misma no puede calificarse de válida o inválida.

4) Por otro lado, solo las aceptaciones expresas pueden estar sujetas a condiciones de validez, pues es difícil pensar que pueda existir un régimen de invalidez para un acto inexistente, como son las aceptaciones tácitas. Ahora bien, no está claro que pueda existir un régimen de validez para las aceptaciones expresas y otro para las aceptaciones tácitas, en contradicción con las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que las consideran al mismo nivel.

5) Esas son las razones por las que la Comisión ha considerado que la aceptación no está sujeta a ninguna condición de validez. Esa constatación se entiende sin perjuicio de la falta de efectos de la aceptación individual de una reserva en su falta de validez sustantiva⁴⁸⁴.

3.4.2 Validez sustantiva de una objeción a una reserva

Una objeción a una reserva por la que un Estado o una organización internacional se proponga excluir en sus relaciones con el autor de la reserva la aplicación de disposiciones del tratado a las que no se refiera la reserva solo será válida si:

- 1) las disposiciones así excluidas tienen un vínculo suficiente con las disposiciones a las que se refiera la reserva; y
- 2) la objeción no frustra el objeto y el fin del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el autor de la objeción.

Comentario

1) La directriz 3.4.2 solo se refiere a una categoría muy particular de objeciones, frecuentemente llamadas "de efecto intermedio", mediante las cuales un Estado o una organización internacional estima que la exclusión de las relaciones convencionales debe ir más allá de lo previsto en el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena, pero no se opone a que el tratado entre en vigor entre él mismo y el autor de la reserva. La Comisión señaló la existencia de esas objeciones que podrían calificarse "del tercer tipo" en el comentario de la directriz 2.6.1, sobre la definición de las objeciones a las reservas, pero sin pronunciarse acerca de su validez⁴⁸⁵.

2) Existen pocos ejemplos concretos de la práctica relativa a esas objeciones de efecto intermedio o "extensivas", pero ello no significa que tal práctica no exista. Sin embargo, esta "nueva generación"⁴⁸⁶ de objeciones parece haberse desarrollado exclusivamente con respecto a reservas a la propia Convención de Viena de 1969, ya que algunos Estados aceptaron que la Convención entrara en vigor entre ellos mismos y los autores de las reservas excluyendo no solo las disposiciones a las que se referían las reservas del caso⁴⁸⁷,

⁴⁸⁴ Véanse las directrices 3.3.3 (Falta de efecto de la aceptación individual de una reserva en la validez sustantiva de la reserva) y 4.5.2 (Reacciones a una reserva considerada inválida).

⁴⁸⁵ Véase el párrafo 23) del comentario de la directriz 2.6.1.

⁴⁸⁶ R. Riquelme Cortado, nota XXX *supra*, pág. 293.

⁴⁸⁷ Por regla general, el artículo 66 de la Convención y su anexo. Véanse las reservas formuladas por Argelia (*Traité multilatéraux...*, cap. XXIII.1), Belarús (*ibíd.*), China (*ibíd.*), Cuba (*ibíd.*), la Federación de Rusia (*ibíd.*), Guatemala (*ibíd.*), la República Árabe Siria (*ibíd.*), Ucrania (*ibíd.*), Túnez

sino también otros artículos relacionados con estas⁴⁸⁸. Se trataba pues de objeciones de alcance más amplio que las reservas "de efecto mínimo", pero sin que los autores de la objeción declararan que no quedaban obligados por el tratado con respecto al autor de la reserva. Aunque varios Estados partes en la Convención de Viena formularon objeciones a esas reservas ciñéndose a los efectos "presuntos" previstos en el artículo 21, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969⁴⁸⁹, otros Estados (Canadá⁴⁹⁰, Egipto⁴⁹¹, Estados Unidos⁴⁹², Japón⁴⁹³, Nueva Zelandia⁴⁹⁴, Países Bajos⁴⁹⁵, Reino Unido⁴⁹⁶ y Suecia⁴⁹⁷) quisieron que sus objeciones tuvieran consecuencias más importantes, pero sin llegar a impedir la entrada en vigor de la Convención de Viena entre ellos y los Estados autores de las reservas⁴⁹⁸. En efecto, esos Estados no solo quisieron excluir la aplicación de la disposición o las disposiciones relativas a la solución obligatoria de controversias "a las que se refiere la reserva": tampoco se consideraron vinculados, en sus relaciones bilaterales con el Estado autor de la reserva, por las disposiciones de fondo a las que se aplicara el procedimiento o los procedimientos de solución de controversias. Así, según la objeción de los Estados Unidos a la reserva de Túnez relativa al artículo 66 a) de la Convención de Viena:

(ibíd.) y Viet Nam (ibíd.). Bulgaria, Hungría, Mongolia y Checoslovaquia habían formulado reservas en el mismo sentido pero las retiraron a comienzos del decenio de 1990 (ibíd.). La República Democrática Alemana también había formulado una reserva que excluía la aplicación del artículo 66 (ibíd.).

⁴⁸⁸ Se trata de otras disposiciones de la parte V de la Convención de Viena, y en particular de su artículo 64 relativo a *jus cogens* (arts. 53 y 64). Véase también el párrafo 9) *infra*.

⁴⁸⁹ Es el caso de Alemania y Dinamarca (ibíd.).

⁴⁹⁰ En relación con la reserva de la República Árabe Siria (ibíd.).

⁴⁹¹ La objeción de Egipto no se refiere específicamente a una reserva concreta, sino a cualquier reserva que excluya la aplicación del artículo 66 (ibíd.).

⁴⁹² Las objeciones de los Estados Unidos fueron formuladas antes de que ese país llegara a ser parte contratante y se refieren a las reservas de la República Árabe Siria y Túnez (ibíd.).

⁴⁹³ En relación con cualquier reserva que excluya la aplicación del artículo 66 o el anexo (ibíd.).

⁴⁹⁴ En relación con la reserva de Túnez (ibíd.).

⁴⁹⁵ En relación con todos los Estados que hayan formulado reservas sobre los procedimientos obligatorios de solución de controversias, de manera general. Sin embargo, esta declaración general se reiteró de manera individual en relación con cada uno de los Estados que habían formulado efectivamente tales reservas (ibíd.).

⁴⁹⁶ En la medida prevista por su declaración de 5 de junio de 1987 y dejando al margen el caso de la reserva de Viet Nam.

⁴⁹⁷ En relación con cualquier reserva que excluya las disposiciones relativas a la solución de controversias, de manera general, y en relación concretamente con las reservas de la República Árabe Siria, Túnez y Cuba (ibíd.).

⁴⁹⁸ El Reino Unido formuló objeciones de efecto máximo a las reservas de la República Árabe Siria y Túnez en buena y debida forma. Sin embargo, el efecto de esas objeciones parece haber quedado atenuado *a posteriori* por la declaración del Reino Unido de 5 de junio de 1987 que, en cierto modo, supone el retiro parcial de la objeción anterior (véase la directriz 2.7.7 y su comentario, ya que su autor no se opone a la entrada en vigor de la Convención entre el Reino Unido y un Estado que haya formulado una reserva respecto del artículo 66 o el anexo, sino que solo excluye la aplicación de la parte V en sus relaciones convencionales. Según esta declaración, que se volvió a mencionar en 1989 (reserva de Argelia) y en 1999 (reserva de Cuba), "en relación con cualquier otra reserva cuya intención sea excluir la aplicación total o parcial de las disposiciones del artículo 66 y respecto de la cual el Reino Unido ya haya presentado una objeción, o que se formule después de la reserva [de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas], el Reino Unido considerará que en sus relaciones convencionales con el Estado que haya formulado o que formule tal reserva no se aplicarán las disposiciones de la parte V de la Convención respecto de las cuales haya quedado excluida la aplicación del artículo 66 en razón de la reserva formulada" (ibíd.). No obstante, en 2002 el Reino Unido volvió a dotar a su objeción contra la reserva de Viet Nam de un efecto máximo que excluía toda relación convencional con Viet Nam (ibíd.). Nueva Zelandia también decidió dotar de efecto máximo a su objeción contra la reserva de la República Árabe Siria (ibíd.).

"El Gobierno de los Estados Unidos tiene la intención, en el momento en que llegue a ser parte en la Convención, de reafirmar su objeción [...] y declarar que considerará que los artículos 53 ó 64 de la Convención no se aplicarán a las relaciones entre los Estados Unidos de América y Túnez."⁴⁹⁹

3) Pese a que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no autorizan expresamente estas objeciones de efecto intermedio, ninguna de sus disposiciones las impiden. Por el contrario, las objeciones de efecto intermedio, como su propio nombre indica, se encuentran "a mitad de camino", en el sentido de que se sitúan justamente entre los dos extremos preconizados por el régimen de Viena: su objetivo es excluir la aplicación del tratado en mayor grado que una objeción de efecto mínimo (artículo 21, párrafo 3, de las Convenciones de Viena) pero en menor medida que una objeción de efecto máximo (artículo 20, párrafo 4 b), de las Convenciones de Viena)⁵⁰⁰.

4) Se plantea la cuestión de saber si, aunque, en principio, "[u]n Estado o una organización internacional podrá formular una objeción a una reserva con independencia de la validez de la reserva"⁵⁰¹, en algunos casos, esas objeciones de efecto intermedio no deben considerarse inválidas.

5) Algunos autores proponen que se considere que "*these extended objections are, in fact, reservations (limited ratione personae)*"⁵⁰² [esas objeciones extensivas son, de hecho, reservas (limitadas *ratione personae*)]. Este análisis podría basarse, en cierta medida, en el hecho de que otros Estados han decidido formular reservas en sentido estricto para alcanzar el mismo resultado⁵⁰³. Es el caso de Bélgica, que formuló (tardíamente) una reserva a la Convención de Viena al declarar que:

"El Estado belga no quedará obligado por los artículos 53 y 64 de la Convención respecto de cualquier parte que formule una reserva al artículo 66, apartado a), y rechaza el procedimiento de solución de controversias establecido en ese artículo."⁵⁰⁴

Como se ha escrito:

"As a partial rejection modifies the content of the treaty in relation to the reserving State to an extent that exceeds the intended effect of the reservation, acceptance or acquiescence on the part of the reserving State appear to be necessary for a partial rejection to take its effect; failing this no relations under the

⁴⁹⁹ Ibid.

⁵⁰⁰ Véase D. Müller, "Article 21", en Olivier Corten y Pierre Klein (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, op. cit., nota XXX., págs. 925 y 926, párrs. 67 a 69.

⁵⁰¹ Directriz 2.6.2 (Derecho a formular objeciones).

⁵⁰² Véase, en particular, J. Sztucki, "Some Questions Arising from Reservations to the Vienna Convention on the Law of Treaties", *German Yearbook of International Law*, 1977, pág. 297. Este autor sugiere que ese tipo de declaraciones han de considerarse "*objections only to the initial reservations and own reservations of the objecting States in the remaining part*" (ibid., pág. 291) ["objeciones únicamente en relación con las reservas iniciales, y reservas en sentido estricto de los Estados autores de la objeción en cuanto al resto"].

⁵⁰³ La reserva de Bélgica que se cita a continuación difiere muy poco, por su espíritu, el objetivo perseguido y la técnica utilizada, de las objeciones condicionales (véanse los párrafos 29) a 34) del comentario de la directriz 2.6.1). Véase, en particular, la objeción de Chile a la Convención de Viena de 1969, citada en el párrafo 30) del comentario de la directriz 2.6.1.

⁵⁰⁴ *Traités multilatéraux...*, cap. XXIII.1.

treaty are established between the reserving State and an objecting State which partially rejects those relations."⁵⁰⁵

["Dado que un rechazo parcial modifica el contenido del tratado en las relaciones con el Estado autor de la reserva más allá del efecto perseguido por la reserva, la aceptación o aquiescencia del Estado autor de la reserva parece necesaria para que ese rechazo parcial surta sus efectos; en caso contrario, no se establece ninguna relación convencional entre el Estado autor de la reserva y el Estado que haya hecho una objeción por la que rechaza parcialmente esa relación."]

6) Este análisis fue cuestionado so pretexto de que, ateniéndose a la letra de la definición de las reservas⁵⁰⁶, el Estado autor de la objeción, que por lo general solo formulará su objeción cuando ya sea parte en el tratado, no podría hacerlo en el plazo fijado y se expondría así a las incertidumbres características del régimen de las reservas tardías⁵⁰⁷; entonces, sin perjuicio del "diálogo sobre reservas" que pueda entablarse al respecto, el Estado autor de la reserva, no estaría, en principio, en condiciones de responder eficazmente a esa objeción. Se ha sostenido además que someter las objeciones de efecto intermedio a condiciones de validez sustantiva sin hacer lo propio con las objeciones de efecto máximo resultaría contradictorio y que la determinación y apreciación del vínculo necesario entre las disposiciones cuyo efecto jurídico puede quedar excluido en virtud de la reserva y de la objeción extensiva depende más de si la objeción de efecto intermedio puede producir o no el resultado perseguido por su autor⁵⁰⁸.

7) Este punto de vista no convenció a la Comisión, que estimó que esas objeciones de efecto intermedio, que en ciertos aspectos constituyen "contrarreservas" (pero ciertamente no reservas propiamente dichas), debían respetar los requisitos de validez sustantiva y formal de las reservas y, en todo caso, no privar al tratado de su objeto y su fin, aunque solo sea porque no tiene mucho sentido aplicar un tratado privado de su objeto y su fin. Eso es lo que dice el apartado 2 de la directriz 3.4.2.

8) No obstante, sería inadmisibles, y totalmente contrario al principio del consensualismo⁵⁰⁹, que los Estados y las organizaciones internacionales pudieran utilizar una reserva como pretexto para dotar a sus objeciones de tales efectos intermedios con total libertad, excluyendo así cualquier disposición que pudiera parecerles inconveniente. Una mirada a los orígenes de las objeciones de efecto intermedio es reveladora a este respecto.

9) Como se recordó más arriba⁵¹⁰, la práctica de esas objeciones de efecto intermedio se ha producido principalmente, por no decir de forma exclusiva, en el marco de las reservas y las objeciones a las disposiciones de la parte V de la Convención de Viena de 1969 y pone claramente de manifiesto los motivos que llevaron a los Estados objetores a recurrir a ellas. El artículo 66 de la Convención de Viena y su anexo relativo a la conciliación obligatoria constituyen garantías procesales que muchos Estados consideraron esenciales cuando se aprobó dicha Convención para evitar que se abusara de ciertas disposiciones de la

⁵⁰⁵ G. Gaja, nota XXX *supra*, pág. 326. Véase también R. Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, A. Giuffrè, Milán, 1999, pág. 385.

⁵⁰⁶ Véase la directriz 1.1 (y el artículo 2, párr. 1 b), de las Convenciones de Viena).

⁵⁰⁷ Véanse las directrices 2.3 a 2.3.4.

⁵⁰⁸ Según esta opinión, "[u]na cosa es afirmar que una objeción de efecto intermedio no es válida y otra distinta sostener que dicha objeción no puede producir el efecto deseado por su autor. Así pues, el problema no se refiere a la validez de la objeción y por tanto no debe tratarse en la parte de la Guía de la Práctica dedicada a la cuestión de la validez material de las declaraciones relativas al tratado, sino en la concerniente a los efectos que efectivamente puede producir una objeción de efecto intermedio" (14º informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/614/Add.1, párr. 118).

⁵⁰⁹ Véase en particular el comentario de la directriz 3.1.5.2, especialmente el párrafo 3).

⁵¹⁰ Párr. 2).

parte V⁵¹¹. Este vínculo fue subrayado por ciertos Estados que formularon objeciones de efecto intermedio respecto de las reservas al artículo 66. Por ejemplo:

"El Reino de los Países Bajos opina que las disposiciones relativas a la solución de controversias, enunciadas en el artículo 66 de la Convención, constituyen un elemento importante del instrumento *y no pueden disociarse* de las normas sustantivas a las que están vinculadas."⁵¹²

Por su parte, el Reino Unido se manifestó en los siguientes términos, aún más explícitos:

"El artículo 66 prevé la solución obligatoria de las controversias por la Corte Internacional de Justicia en ciertas circunstancias [...] o mediante un procedimiento de conciliación [...]. Estas disposiciones están *vinculadas indisolublemente* a las normas de la parte V con las que guardan relación. Su inclusión motivó que los elementos de la parte V que constituían un desarrollo progresivo del derecho internacional fueran aceptados por la Conferencia de Viena."⁵¹³

10) Las reacciones de varios Estados a las reservas relativas al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 buscaban pues preservar el acuerdo global —el *Packaged deal*— que ciertos Estados habían tratado de cuestionar por medio de reservas y que, salvo que se recurriera a una objeción de efecto máximo⁵¹⁴, solo podía restablecerse mediante una objeción que fuese más allá de los efectos "normales" de las reservas previstos en las Convenciones de Viena⁵¹⁵.

11) De este modo, la práctica relativa a las objeciones de efecto intermedio muestra que debe existir un vínculo intrínseco entre la disposición objeto de la reserva y aquellas otras disposiciones cuyo efecto jurídico se ve afectado por la objeción.

12) Tras haberse preguntado cuál era la mejor manera de definir ese vínculo, la Comisión, que consideró la posibilidad de calificarlo de "intrínseco", "indisociable" o "inextricable", optó en definitiva por el adjetivo "suficiente", que no le parece incompatible con los adjetivos antes mencionados pero que tiene la virtud de mostrar que deben tomarse en consideración las circunstancias propias de cada especie. Además, muy probablemente la directriz 3.4.2 tiene que ver más con el desarrollo progresivo del derecho internacional que con su codificación en sentido estricto, y la calificación de "suficiente" tiene la virtud de hacer lugar para otras precisiones que pueda introducir la práctica futura.

13) Se han sugerido otras limitaciones a la validez de las objeciones de efecto intermedio. Así, se ha señalado que parecía lógico excluir las objeciones referentes a los artículos a los que está prohibido formular reservas, en aplicación de los apartados a) y b) del artículo 19 de las Convenciones de Viena⁵¹⁶. La Comisión no discrepa de este parecer, pero se trata de hipótesis tan lejanas y marginales que no parece útil preverlas expresamente en la directriz 3.4.2.

14) Podría también considerarse que, como, en virtud del párrafo 2 de la directriz 4.4.3, "[u]na reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de una manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general", lo mismo debería ocurrir con las objeciones de efecto intermedio. No obstante, la Comisión no ha

⁵¹¹ J. Sztucki, nota XXX *supra*, págs. 286 y 287 (véanse también las referencias aportadas por el autor).

⁵¹² Véase la nota XXX *supra* (la cursiva es nuestra).

⁵¹³ Objeción del Reino Unido de 5 de junio de 1987 a la reserva formulada por la Unión Soviética en relación con el artículo 66 de la Convención de Viena (la cursiva es nuestra); véase la nota XXX *supra*.

⁵¹⁴ Véanse los artículos 20, párr. 4 b), y 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena.

⁵¹⁵ D. Müller, "Article 21", nota XXX *supra*, págs. 927 y 928, párr. 70.

⁵¹⁶ Cuyo texto se reproduce en la directriz 3.1 de la Guía de la Práctica.

adoptado este punto de vista considerando que las objeciones, incluso las de efecto intermedio, no son reservas y tienen como objetivo primordial contrarrestar una reserva, y que la "proximidad" de ésta a las disposiciones excluidas por la objeción⁵¹⁷ basta para alejar cualquier riesgo de incompatibilidad con el *jus cogens*.

15) En consecuencia, la Comisión ha descartado deliberadamente toda mención de la invalidez de una objeción por el hecho de ser contraria a una norma de *jus cogens*. En realidad, le pareció que tal hipótesis no podía producirse.

16) Es evidente que si una objeción tuviera por efecto modificar las relaciones convencionales bilaterales entre su autor y el autor de la reserva en un sentido que resultara contrario a una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*), dicho resultado no sería aceptable. Sin embargo, esta posibilidad parece excluida: una objeción solo tiene por objeto, y solo puede, excluir la aplicación de una o varias disposiciones convencionales. Tal exclusión no puede "producir" una norma incompatible con una norma de *jus cogens*. El efecto es simplemente de "desregulación", lo que lleva a la aplicación del derecho consuetudinario. Así pues, en última instancia las normas aplicables entre el autor de la reserva y el de la objeción nunca son diferentes de las que preexisten al tratado y, si no se ha excluido la aplicación del tratado en su conjunto, de las disposiciones convencionales que no resultan afectadas por la reserva. En estas circunstancias, es imposible concebir una "objeción" que pueda violar una norma imperativa.

17) Además, al aprobar la definición de "objeción", la Comisión rehusó tomar posición sobre la cuestión de la validez de las objeciones que tienen por objeto producir un efecto "supermáximo"⁵¹⁸. Se trata de objeciones por las que sus autores constatan no solo que la reserva no es válida, sino también que, en consecuencia, el tratado se aplica *ipso facto* en su conjunto a las relaciones entre los dos Estados. La validez de las objeciones de efecto supermáximo se ha puesto muchas veces en entredicho⁵¹⁹, en particular porque "el efecto de una declaración de este tipo no es impedir la aplicación de un tratado en su conjunto o de las disposiciones a las que se refiere la reserva en las relaciones entre las dos partes, sino dejar sin efecto la reserva sin el consentimiento de su autor. Ello va mucho más allá de las consecuencias de las objeciones a las reservas previstas en el párrafo 3 del artículo 21 y el párrafo 4 b) del artículo 20 de las Convenciones de Viena. Mientras que, a diferencia de las reservas, las objeciones expresan la actitud de un Estado, no respecto a una norma jurídica sino respecto a la posición adoptada por otro Estado, es en este caso la misma norma aceptada por el Estado que hace la reserva la que se cuestiona, lo cual es contrario a la esencia misma de las objeciones"⁵²⁰.

18) Sin embargo, lo que se pone en entredicho no es la validez de la objeción como tal; el problema que plantea esta práctica es determinar si la objeción puede producir el efecto querido por su autor⁵²¹, lo cual dista mucho de poder afirmarse y depende sobre todo de la validez de la propia reserva⁵²². Un Estado (o una organización internacional) puede muy bien hacer una objeción y pretender que tenga un efecto supermáximo, pero ello no quiere decir que la objeción produzca ese efecto, que no está contemplado en absoluto en el régimen de Viena. Pero, como explica la Comisión en su comentario de la directriz 2.6.1, donde se define el término "objeción" incluyendo, sin lugar a dudas, las objeciones de efecto supermáximo:

⁵¹⁷ Véase el apartado 1 de la directriz 3.4.2.

⁵¹⁸ Véase el comentario de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas), párrs. 24) y 25).

⁵¹⁹ Véase el octavo informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/535/Add.1, párrs. 97 y 98, y nota 154. Véase también el comentario de la directriz 2.6.1, en particular los párrafos 24) y 25).

⁵²⁰ Octavo informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/535/Add.1, párr. 97.

⁵²¹ *Ibid.*, párr. 95, y el comentario de la directriz 2.6.1, párrs. 24) y 25).

⁵²² Véanse las directrices 4.3.5 y 4.5.2 *infra*.

"La Comisión ha tratado de adoptar una posición de total neutralidad en lo que se refiere a la validez de los efectos [y no de la objeción] que el autor de la objeción pretende que produzca su objeción. Se trata de una cuestión que corresponde examinar en relación con los efectos de las objeciones."⁵²³

19) Además, conviene volver a insistir en que una objeción ya no puede formularse válidamente si su autor ha aceptado con anterioridad la reserva a que dicha objeción se refiere. Aunque esta condición pueda considerarse como una condición de validez sustantiva de una objeción, también puede entenderse que se trata de una cuestión de forma o de formulación. Por este motivo, la directriz 2.8.13 (Carácter definitivo de la aceptación de una reserva) establece que: "La aceptación de una reserva no podrá ser retirada ni modificada". No parece útil repetirlo en la presente directriz.

3.5 Validez sustantiva de una declaración interpretativa

Un Estado o una organización internacional podrá formular una declaración interpretativa a menos que la declaración interpretativa esté prohibida por el tratado.

Comentario

1) Las Convenciones de Viena no contienen ninguna norma sobre las declaraciones interpretativas como tales ni tampoco, como es lógico, sobre las condiciones de validez de esas declaraciones unilaterales. En este aspecto, como en muchos otros, las declaraciones interpretativas son distintas de las reservas, a las que no pueden asimilarse pura y simplemente. La directriz 3.5 y las directrices siguientes pretenden colmar esta laguna en lo que respecta a la validez de esos instrumentos, en la inteligencia de que conviene distinguir a este respecto las declaraciones interpretativas "simples" de las declaraciones interpretativas condicionales, que en este punto siguen el régimen jurídico de las reservas⁵²⁴.

2) La definición de las declaraciones interpretativas incluida en la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) se limita a identificar el fenómeno de manera positiva:

"Se entiende por "declaración interpretativa" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones".

3) Sin embargo, esta definición, según se indica en su comentario, "no prejuzga en forma alguna la validez ni el efecto de dichas declaraciones y en lo que se refiere a las declaraciones interpretativas se imponen las mismas precauciones que las adoptadas con respecto a las reservas: la definición propuesta no prejuzga la licitud ni los efectos de esas declaraciones en relación con las reglas que les son aplicables"⁵²⁵.

4) Cabe preguntarse no obstante si una declaración interpretativa puede ser válida o no, cuestión obviamente distinta de la de si una declaración unilateral constituye una declaración interpretativa o una reserva. En efecto, una cosa es determinar si la declaración unilateral tiene por objeto "precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones", lo que corresponde a la definición de las declaraciones

⁵²³ Comentario de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas), párr. 25).

⁵²⁴ Para la definición de las declaraciones interpretativas condicionales, véase la directriz 1.4, que precisa que "[l]as declaraciones interpretativas condicionales estarán sujetas a las normas aplicables a las reservas".

⁵²⁵ Párrafo 33) del comentario de la directriz 1.2.

interpretativas, y otra distinta determinar si la interpretación propuesta es válida o, en otros términos, si el sentido o el alcance que el declarante atribuye a un tratado o a alguna de sus disposiciones es válido.

5) Es indudable que la cuestión de la validez de las declaraciones interpretativas puede quedar resuelta en el propio tratado⁵²⁶, lo que, en la práctica, no es demasiado frecuente, pero tampoco imposible. Así, la prohibición en el tratado de toda declaración interpretativa privaría de validez a cualquier declaración que tuviera por objeto "precisar o aclarar el sentido o el alcance" del tratado o de algunas de sus disposiciones. El artículo XV.3 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre el Canadá y Costa Rica en 2001⁵²⁷ es un ejemplo de una disposición de este tipo. Los ejemplos no se limitan, por lo demás, a los tratados bilaterales. El tercer borrador del Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas, de noviembre de 2003, que a fecha de hoy sigue siendo un proyecto, establece efectivamente en su artículo XXIV.4 lo siguiente:

"Este Acuerdo no podrá ser objeto de reservas [ni declaraciones interpretativas unilaterales] al momento de su ratificación."⁵²⁸

6) Del mismo modo, no es inconcebible que un tratado solo prohíba la formulación de ciertas declaraciones interpretativas relativas a algunas de sus disposiciones. En la práctica convencional pueden encontrarse prohibiciones más generales que, sin referirse expresamente a ninguna declaración en particular, limitan la facultad de las partes de interpretar el tratado de tal o cual manera. De ello se deduce que, si no se permite interpretar el tratado de cierta manera, las declaraciones interpretativas que propongan la interpretación proscrita no serán válidas. Es posible encontrar ejemplos de este tipo de prohibición en la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, de 5 de noviembre de 1992, que en su artículo 4, párrafo 4, establece lo siguiente:

"Ninguna de las disposiciones de la presente Carta *se podrá interpretar en el sentido* de que limita o deroga los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos."

El artículo 5, por su parte, prescribe que:

"Nada de la presente Carta *podrá ser interpretado en el sentido* de que lleve consigo el derecho de emprender cualquier actividad o de realizar cualquier acción que contradigan los fines de la Carta de las Naciones Unidas u otras obligaciones del Derecho internacional, incluido el principio de soberanía y de integridad territorial de los Estados."

7) De modo análogo, los artículos 21 y 22 del Convenio marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de 1º de febrero de 1995, limitan también la posibilidad de interpretar este instrumento:

Artículo 21

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio marco *se interpretará en el sentido* de que implique el derecho a ejercer cualquier actividad o realizar cualquier acto contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y,

⁵²⁶ M. Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen [Declaraciones interpretativas unilaterales a tratados multilaterales]*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005, pág. 114.

⁵²⁷ "Artículo XV.3 – Reservations: This Agreement shall not be subject to unilateral reservations or unilateral interpretative declarations" [Este Tratado no podrá ser objeto de reservas unilaterales ni declaraciones interpretativas unilaterales] (disponible en línea en <http://www.sice.oas.org/Trade/canct/English/text3-e.asp>).

⁵²⁸ Véase el sitio web del Área de Libre Comercio de las Américas, http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXXIV_s.asp (los corchetes aparecen en el texto original).

en particular, de la igualdad soberana, integridad territorial e independencia política de los Estados.

Artículo 22

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio marco *se interpretará en el sentido* de que introduzca limitaciones o excepciones a cualquiera de los derechos humanos y libertades fundamentales que estén reconocidos según las leyes de cualquier Parte Contratante o de conformidad con cualquier otro acuerdo en el que ésta sea parte.

8) Estos ejemplos muestran que la prohibición de las declaraciones interpretativas contemplada en la directriz 3.5 puede ser tanto expresa como o implícita.

9) Por este motivo, la Comisión no consideró oportuno prever, en la directriz 3.5, el supuesto en que una "declaración interpretativa" es incompatible con el objeto y el fin del tratado: eso tan solo sería posible si la declaración se analizara como una reserva ya que, por definición, estas declaraciones no tienen por objeto modificar los efectos jurídicos del tratado, sino solamente precisarlos o aclararlos⁵²⁹. Tal es el supuesto contemplado en la directriz 3.5.1.

10) Asimismo, pero por razones distintas, la Comisión se negó a considerar que una interpretación "objetivamente errónea" —por ejemplo, contraria a la interpretación dada por un órgano jurisdiccional internacional a la que se haya sometido la cuestión— deba ser declarada inválida.

11) Es evidente que una interpretación puede tenerse por fundada o infundada, aunque, en términos absolutos, sea imposible determinar si su autor tiene o no razón hasta que un órgano competente se pronuncie sobre la interpretación del tratado. La interpretación no deja de ser un proceso eminentemente subjetivo y es poco frecuente que una disposición jurídica, o un tratado en su conjunto, se preste a una única interpretación. "La interpretación de documentos es hasta cierto punto un arte, no una ciencia exacta."⁵³⁰

12) Como subrayó Kelsen:

"Si por interpretación se entiende la determinación del sentido de la norma que debe aplicarse, el resultado de esta actividad solo puede ser la determinación del marco que constituye esa norma y, por consiguiente, la constatación de las diversas maneras posibles de darle contenido. La interpretación de una norma, pues, no conduce necesariamente a una sola solución, que sería la única correcta. Por el contrario, puede dar lugar a varias soluciones igualmente válidas desde el punto de vista jurídico."⁵³¹

⁵²⁹ Véase el párrafo 16) del comentario de la directriz 1.2. Véase también el célebre pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* [Interpretación de los tratados de paz celebrados con Bulgaria, Hungría y Rumania], opinión consultiva de 18 de julio de 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 229; y la sentencia de 27 de agosto de 1952 dictada por la Corte en *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)* [Asunto relativo a los derechos de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. los Estados Unidos de América)], *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 196).

⁵³⁰ Véase el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados, comentario de los proyectos de artículo 27 y 28, párr. 4), en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones (A/6309/Rev.1), *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 240. Véase también Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, segunda ed., Cambridge University Press, 2007, pág. 230.

⁵³¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, segunda ed., adaptada del alemán por H. Thévenaz, Ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1988, pág. 151.

Como se señaló también:

"En efecto, los casos en que el proceso interpretativo [en derecho internacional] está centralizado, ya sea en un órgano jurisdiccional o de cualquier otra forma, son excepcionales. La competencia de interpretación pertenece al conjunto de los sujetos e, individualmente, a cada uno de ellos. La fragmentación de modos de interpretación que se desprende de lo anterior solo se ve compensada de forma imperfecta por la jerarquía existente entre ellos. Las interpretaciones unilaterales son en principio de igual valor, y los modos concertados son facultativos y, por ende, aleatorios. No obstante, no deben subestimarse las dificultades prácticas. No se trata tanto de una imperfección esencial del derecho internacional como de un componente de su naturaleza, que lo orienta por entero hacia una negociación permanente que las normas en vigor permiten racionalizar y canalizar."⁵³²

13) Así, "en virtud de su soberanía, cada Estado tiene derecho a indicar el sentido que da a los tratados en los que es parte en lo que a él se refiere"⁵³³. Si los Estados tienen derecho a interpretar unilateralmente los tratados, también deben tener derecho a hacer público su punto de vista sobre la interpretación de un tratado o de algunas de sus disposiciones.

14) Sin embargo, el derecho internacional no ofrece ningún criterio que permita determinar de manera decisiva si una interpretación es o no fundada. Es cierto que existen métodos de interpretación (véanse en primer lugar los artículos 31 a 33 de las Convenciones de Viena), pero solo se trata de directrices sobre los medios que permiten hallar la interpretación "correcta", de donde no cabe extraer una prueba "objetiva" (o "matemática") del carácter fundado de la interpretación. Así, el artículo 31, párrafo 1, de las Convenciones de Viena especifica que "[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*". Esta precisión en modo alguno constituye un criterio para determinar el fundamento o la falta de fundamento de las interpretaciones dadas al tratado, y menos aún una condición para su validez, sino un medio para obtener una interpretación. No es más que eso.

15) En derecho internacional, el valor de la interpretación se aprecia no en relación con su contenido, sino por razón de su autoridad. Lo que prima no es la interpretación "correcta", sino la que han dado bien todas las partes en el tratado —en cuyo caso se habla de interpretación "auténtica"—, bien un órgano facultado para interpretar el tratado con fuerza obligatoria para las partes. No es ocioso recordar a este respecto la opinión emitida en 1923 por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de *Jaworzina*, de la que pueden extraerse múltiples enseñanzas. Aunque la Corte estaba convencida del carácter infundado de la interpretación realizada por la Conferencia de Embajadores, no abordó el problema como una cuestión de validez, sino que se situó en el terreno de la oponibilidad. La Corte hizo el siguiente razonamiento:

"E incluso si dejamos de lado las normas que rigen la interpretación auténtica de los textos jurídicos, está claro que no se puede atribuir un valor decisivo a la opinión de los autores de un texto cuando esa opinión, posterior a la redacción del texto en cuestión, es incompatible con la que emitieron en ese momento. Con mayor motivo es fundado rechazar la autoridad de tal opinión cuando, como ocurre en el

⁵³² Jean Combacau y Serge Sur, *Droit international public*, 8ª ed., Montchrestien, París, 2008, pág. 171.

⁵³³ Patrick Daillier, Mathias Forteau, Nguyen Quoc Dinh y Alain Pellet, *Droit international public*, 8ª ed., L.G.D.J., París, 2009, pág. 277, párr. 164. Véase también Ch. Rousseau, *Droit international public*, tomo I, *Introduction et Sources*, Sirey, París, 1970, pág. 250.

caso de que se trata, ha transcurrido un período de más de dos años entre el día en que se formuló y aquél en que se adoptó la decisión sujeta a interpretación."⁵³⁴

16) El derecho internacional en general y el derecho de los tratados en particular no imponen condiciones de validez para la interpretación en general ni para las declaraciones interpretativas en particular. Solo conoce el concepto de oponibilidad de una interpretación o de una declaración interpretativa que, por su parte, pertenece al marco de la determinación de los efectos de una declaración interpretativa⁵³⁵. A falta de toda condición de validez, "[e]infache Interpretationserklärungen sind damit grundsätzlich zulässig" ["las declaraciones interpretativas simples son por tanto admisibles en principio"]⁵³⁶, sin que proceda hablar de validez o invalidez fuera de los casos en que el propio tratado establece los criterios al respecto⁵³⁷.

17) Además, a la Comisión le pareció que no se podía, por medio de la apreciación de la validez de las declaraciones interpretativas, entrar en el terreno de la responsabilidad, lo que la directriz 3.3.2 excluye en el caso de las reservas. Pues bien, ese sería el caso de las declaraciones interpretativas, si se considerara que una interpretación "errónea" constituye un hecho internacionalmente ilícito que "viola" los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena.

3.5.1 Validez sustantiva de una declaración interpretativa que es en realidad una reserva

Si una declaración unilateral se presenta como una declaración interpretativa pero es en realidad una reserva, su validez sustantiva deberá apreciarse de conformidad con las disposiciones de las directrices 3.1 a 3.1.5.7.

Comentario

1) La sección 1.3 de la Guía de la Práctica prevé el supuesto en que una "declaración interpretativa" tiene en realidad por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos en su aplicación al autor de esa declaración⁵³⁸. En tal caso, no se trata de una declaración interpretativa, sino de una reserva, que ha de ser tratada como tal y debe cumplir por tanto las condiciones de validez sustantiva y formal de las reservas.

2) El Tribunal de Arbitraje llamado a dirimir la controversia entre Francia y el Reino Unido respecto de la *Delimitación de la plataforma continental entre la República Francesa y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* confirmó este punto de vista. El Reino Unido sostuvo ante el Tribunal que la tercera reserva de Francia al artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental no era más que una declaración interpretativa, interpretación que acto seguido rechazó alegando que no le era oponible. El Tribunal no estimó este argumento y entendió que la declaración francesa no se limitaba a una simple interpretación, sino que modificaba el ámbito de aplicación del artículo 6, por lo que se trataba de una reserva, conforme a lo alegado por Francia:

⁵³⁴ Opinión consultiva de 6 de diciembre de 1923, *C.P.J.I., Serie B*, N° 8, pág. 38.

⁵³⁵ Véanse las directrices 4.7.1 a 4.7.3.

⁵³⁶ M. Heymann, nota XXX *supra*, pág. 113.

⁵³⁷ Véanse los párrafos 5) y 8) *supra*.

⁵³⁸ Directriz 1.3.3 (Formulación de una declaración unilateral cuando una reserva está prohibida). Se entiende que no basta con que un Estado u otra organización internacional "recalifique" una declaración interpretativa como reserva para que resulte modificada la naturaleza de la declaración en cuestión (véase la directriz 2.9.3 (Recalificación de una declaración interpretativa) y su comentario, en particular los párrafos 3) a 6).

"A juzgar por su tenor, esta condición parece ir más allá de una simple interpretación. En efecto, la aplicación de este sistema está subordinada a la aceptación, por el otro Estado, de las zonas designadas por la República Francesa como áreas a las que se aplica el concepto de "circunstancias especiales", fuera de toda cuestión de legitimidad de esta designación de las zonas en cuestión según el artículo 6. El artículo 2, párrafo 1, apartado d), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que según ambas partes define correctamente las reservas, establece que "se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado [...] con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado". Esta definición no limita las reservas a las declaraciones que tienen por objeto excluir o modificar las propias disposiciones del tratado, sino que abarca asimismo las declaraciones cuyo objeto es excluir o modificar los *efectos jurídicos* de ciertas disposiciones en su aplicación al Estado autor de la reserva. El Tribunal estima que este es precisamente el propósito de la tercera reserva francesa y por tanto concluye que dicha "reserva" [*sic*: ¿declaración?] debe considerarse como una "reserva" y no como una "declaración interpretativa."⁵³⁹

3) Aunque es frecuente que los Estados afirmen o den a entender que la interpretación propuesta por otro Estado no se adecua al objeto y al fin del tratado en cuestión⁵⁴⁰, una declaración interpretativa no puede, por definición, ir en contra del tratado ni de su objeto y su fin. Si así lo hiciera, se trataría de una reserva, como ha quedado de manifiesto en numerosas reacciones de los Estados a estas "declaraciones interpretativas"⁵⁴¹. La reacción de España a la "declaración" formulada por el Pakistán al firmar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 revela claramente las distintas etapas del razonamiento en caso de que la "interpretación" propuesta se presente en realidad como una modificación del tratado contraria a su objeto y fin. Es necesario en primer lugar calificar la declaración y solo entonces podrán aplicársele las condiciones de validez sustantiva (*de las reservas*):

"El Gobierno del Reino de España ha examinado la declaración hecha por el Gobierno de la República Islámica del Pakistán el 3 de noviembre de 2004, al firmar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.

El Gobierno del Reino de España recuerda que, cualquiera que sea su denominación, una declaración unilateral hecha por un Estado con objeto de excluir

⁵³⁹ Laudo arbitral de 30 de junio de 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, págs. 169 y 170, párr. 55 (en cursiva en el original).

⁵⁴⁰ Véase, por ejemplo, la reacción de Alemania a la declaración interpretativa de Polonia sobre el Convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957 (*Recueil des Traités européens*, N° 024 (<http://conventions.coe.int>)) o la reacción también de Alemania a la declaración interpretativa de la India referente al artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Traités multilatéraux...*, cap. IV.3 y 4).

⁵⁴¹ Además del ejemplo de la reacción de España que se cita más adelante, véase la objeción de Austria a la "declaración interpretativa" formulada por el Pakistán en relación con el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 1997, y las reacciones análogas de Alemania, Australia, el Canadá, Dinamarca, España, los Estados Unidos, Finlandia, Francia, la India, Israel, Italia, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia (*Traités multilatéraux...*, cap. XVIII.9). Véanse igualmente las reacciones de Alemania y los Países Bajos a la declaración unilateral de Malasia (*ibíd.*) o las reacciones de Alemania, Finlandia, los Países Bajos y Suecia a la "declaración interpretativa" del Uruguay sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional (*ibíd.*, cap. XVIII.10). Para otros ejemplos de recalificaciones, véase el comentario de la directriz 1.2, nota XXX.

o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado en su aplicación a ese Estado constituye una reserva.

El Gobierno del Reino de España considera que la declaración del Gobierno de la República Islámica del Pakistán mediante la cual subordina la aplicación de las disposiciones del Pacto a las disposiciones de la constitución de la República Islámica del Pakistán constituye una reserva que pretende limitar los efectos jurídicos del Pacto en su aplicación a la República Islámica del Pakistán. Una reserva que contiene una referencia general al derecho interno, sin precisar su contenido, no permite determinar con claridad en qué medida la República Islámica del Pakistán ha aceptado las obligaciones derivadas del Pacto y, en consecuencia, suscita dudas sobre el compromiso de la República Islámica del Pakistán con el objeto y el fin del Pacto.

El Gobierno del Reino de España considera que la declaración del Gobierno de la República Islámica del Pakistán mediante la cual subordina las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a las disposiciones de su constitución constituye una reserva y que dicha reserva es incompatible con el objeto y el fin del Pacto.

De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, tal y como ha sido codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado no están permitidas.

En consecuencia, el Gobierno del Reino de España objeta la reserva hecha por el Gobierno de la República Islámica del Pakistán al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta objeción no impide la entrada en vigor del Pacto entre el Reino de España y la República Islámica del Pakistán.⁵⁴²

4) Así pues, no se trata en modo alguno de un problema de "validez" de las declaraciones interpretativas. En realidad, estas declaraciones unilaterales no son sino reservas y deben ser tratadas como tales, incluso en lo concerniente a su validez sustantiva y formal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió efectivamente este mismo razonamiento en la sentencia dictada en el asunto *Belilos c. Suiza*. Tras recalificar la declaración suiza como una reserva, el Tribunal le aplicó los requisitos de validez sustantiva de las reservas propios del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

"Para determinar la naturaleza jurídica de una "declaración" de este tipo, hay que ir más allá de su mero título y examinar su contenido material. En este caso, se ha comprobado que la intención de Suiza era evitar la aplicación del párrafo 1 del artículo 6 a ciertas categorías de litigios y protegerse de una interpretación, en su opinión demasiado amplia, de este último precepto. Sin embargo, el Tribunal debe velar por que las obligaciones derivadas del Convenio no sufran restricciones que no respondan a las exigencias del artículo 64, relativo a las reservas. Por ello, examinará la validez de la declaración interpretativa en cuestión bajo el prisma de esta disposición, como si se tratara de una reserva."⁵⁴³

3.6 Validez sustantiva de las reacciones a una declaración interpretativa

La aprobación o la recalificación de una declaración interpretativa, o la oposición a ella, no están sujetas a ninguna condición de validez sustantiva.

⁵⁴² *Traité multilatéraux...*, cap. IV.3.

⁵⁴³ Sentencia de 29 de abril de 1988, *Série A*, vol. 132, párr. 49, pág. 24.

Comentario

1) La cuestión de la validez de las reacciones a las declaraciones interpretativas —la aprobación, la oposición y la recalificación⁵⁴⁴— debe examinarse a la luz del estudio de la validez de las propias declaraciones interpretativas. Dado que todo Estado, en virtud de su derecho soberano a interpretar los tratados en los que es parte, está facultado para hacer declaraciones interpretativas, parece indudable que los demás contratantes también están facultados para reaccionar frente a esas declaraciones interpretativas y que, si cabe, esas reacciones están sometidas a las mismas condiciones de validez que los de la declaración a la que se refieren.

2) Por regla general, como las declaraciones interpretativas mismas, su aprobación o las oposiciones que suscitan pueden resultar correctas o erróneas, pero ello no implica que sean válidas o inválidas.

3) La cuestión de la validez de las recalificaciones de las declaraciones interpretativas debería plantearse de un modo algo diferente. En efecto, mediante una recalificación, su autor no pone en tela de juicio⁵⁴⁵ el contenido de la declaración inicial, sino su naturaleza jurídica y el régimen que se le debería aplicar⁵⁴⁶.

4) La calificación de reserva o de declaración interpretativa debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta los criterios que la Comisión ha indicado en las directrices 1.3 y 1.3.1 a 1.3.3. En efecto, conforme a la directriz 1.3:

"La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa está determinada por los efectos jurídicos que su autor tiene por objeto producir."

5) Esta prueba "objetiva" se efectúa teniendo en cuenta exclusivamente los posibles efectos que, *según su autor*, la declaración tiene por objeto producir en el tratado. Dicho de otro modo:

"únicamente el análisis de los efectos potenciales y objetivos de la declaración permite determinar el objeto de ésta. A los efectos de la determinación de la naturaleza jurídica de una declaración hecha en relación con un tratado, el criterio decisivo descansa sobre el resultado efectivo que produce (o produciría) su aplicación: si da (o diera) lugar a que se modifique o excluya el efecto jurídico del tratado o de algunas de sus disposiciones, se trata de una reserva "cualquiera que sea su enunciado o denominación"; si la declaración se limita a precisar o a aclarar el sentido o el alcance que su autor atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones, se trata de una declaración interpretativa."⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Véanse las directrices 2.9.1 a 2.9.3.

⁵⁴⁵ Puede cuestionar *simultáneamente* el contenido de la declaración recalificada haciendo una objeción a ella; pero, en tal caso, la recalificación, por una parte, y la objeción, por otra, siguen siendo operaciones intelectualmente distintas. En la práctica, los Estados combinan casi siempre la recalificación y la objeción a la reserva. Sin embargo, cabe señalar que recalificar una declaración interpretativa como reserva no es lo mismo que formular una objeción a la reserva así "recalificada". No obstante, hay que señalar el hecho de que incluso en el caso de una reserva "disfrazada" (de declaración interpretativa), que, desde el punto de vista jurídico, ha sido siempre una reserva, siguen siendo plenamente aplicables las normas de procedimiento y de formulación enunciadas en esta Guía de la Práctica. Esto implica claramente que un Estado que quiera hacer una recalificación y una objeción debe atenerse a las normas y plazos procesales aplicables a las objeciones.

⁵⁴⁶ Véase el comentario de la directriz 2.9.3, párr. 5).

⁵⁴⁷ Véase el párrafo 3) del comentario de la directriz 1.3.1 (Método de determinación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas).

6) Sin prejuzgar los efectos de esas declaraciones unilaterales⁵⁴⁸, es evidente que constituyen un elemento nada desdeñable para la determinación de la naturaleza jurídica del acto formulado inicialmente: para determinar si se trata de una declaración interpretativa o de una reserva, esas declaraciones deben tenerse en cuenta como expresión de la posición de las partes en el tratado en cuanto a la naturaleza de la "declaración interpretativa" o "reserva", con todas las consecuencias que ello conlleva. Sin embargo, el autor de la recalificación no hace más que emitir su opinión sobre esa cuestión. Su opinión puede resultar fundada o errónea cuando se aplique el criterio de la directriz 1.3. Pero eso no implica en modo alguno que la recalificación sea válida o inválida. Se trata de dos cuestiones distintas.

7) Las recalificaciones, con independencia de su carácter fundado o infundado, no están sometidas a ningún criterio de validez sustantiva. La abundante práctica de los Estados⁵⁴⁹ demuestra que las partes contratantes se consideran facultadas para formular esas declaraciones, a menudo para garantizar la integridad del tratado o hacer respetar la prohibición convencional de formular reservas⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Véanse las directrices 4.7.1 a 4.7.3 y sus comentarios.

⁵⁴⁹ Véase en particular el párrafo 4) del comentario de la directriz 2.9.3.

⁵⁵⁰ Como ejemplo particularmente elocuente, véanse las reacciones de varios Estados a la "declaración interpretativa" de Filipinas a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (*Traité multilatéraux...*, cap. XXI.6).