



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2004/42
19 de julio de 2004

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección
de los Derechos Humanos
56º período de sesiones
Tema 6 del programa provisional

CUESTIONES CONCRETAS DE DERECHOS HUMANOS

Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos

Documento de trabajo definitivo preparado por la Sra. Françoise Hampson 4* **

Resumen

Al examinar esta cuestión, se deben tener en cuenta dos relaciones diferentes: la relación entre el Estado que formula la reserva y otro Estado Parte, y la que existe entre un Estado autor de una reserva y el mecanismo de supervisión del tratado. En términos generales, la reserva no tiene una validez o eficacia decisivas. Cuando un Estado ejerce sus funciones de supervisión, puede discutir las reservas con el Estado Parte. Esto rige tanto para las reservas válidas como para las que posiblemente no lo sean. La cuestión de la validez puede volverse decisiva si un órgano encargado de la supervisión del tratado debe emitir un dictamen en un caso que afecta a dos o más Estados o en una presentación individual. Tal como lo disponen las normas generales del derecho de los tratados que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto de la reservas, un Estado puede formular cualquier reserva que no esté prohibida por el tratado, a condición de que no sea incompatible con el objeto y el fin de este último. Aplicándose esas normas y el principio de que un órgano judicial o cuasijudicial es competente para determinar si tiene o no tiene jurisdicción, los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos son competentes para determinar si la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado. En el presente documento se examinan también los problemas que surgen al determinar si una reserva es inválida y las consecuencias de dicha determinación.

* Este documento se presenta con retraso para incluir en él la información más reciente.

** Las notas de pie de página se reproducen en el idioma original únicamente.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 5	3
I. PRESENTACIÓN DE RESERVAS A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	6 - 20	4
II. LA REACCIÓN DE OTRAS ALTAS PARTES CONTRATANTES	21 - 35	9
III. LA REACCIÓN DE LOS MECANISMOS DE VIGILANCIA.....	36 - 62	14
IV. NOVEDADES DESDE EL 55º PERÍODO DE SESIONES DE LA SUBCOMISIÓN	63 - 67	22
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	68 - 73	23

INTRODUCCIÓN

1. En su decisión 1998/113, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos pidió a la Sra. Françoise Hampson que preparara, sin consecuencias financieras, un documento de trabajo sobre la cuestión de las reservas formuladas a los tratados de derechos humanos. Se presentó un primer documento de trabajo (E/CN.4/Sub.2/1999/28 y Corr.1). En su resolución 2001/17, la Subcomisión encargó a la Sra. Hampson la tarea de elaborar un documento de trabajo ampliado, en que se debía evitar la superposición con el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. En el 53º período de sesiones de la Subcomisión, la Sra. Hampson presentó un documento (E/CN.4/Sub.2/2002/34) en que se incluyó un gráfico de la reservas y declaraciones concretas formuladas respecto de los seis tratados de derechos humanos más importantes¹ y las reacciones de otros Estados. En el 55º período de sesiones de la Subcomisión, la Sra. Hampson presentó un documento de trabajo ampliado (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2).
2. En su decisión 2003/114, la Subcomisión pidió a la Sra. Hampson que actualizara su documento de trabajo ampliado y que presentara un documento de trabajo definitivo a la Subcomisión en su 56º período de sesiones.
3. Este documento se presenta de conformidad con dicha solicitud.
4. En el primer documento de trabajo se hizo referencia a otros documentos en este ámbito, en particular el Comentario general N° 24 del Comité de Derechos Humanos (1994) y las observaciones formuladas al respecto por tres Estados², así como el segundo informe del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la reservas a los tratados (A/CN.4/477 y sus adiciones y correcciones). Desde entonces, el reconocimiento generalizado de que existe un problema concreto con las reservas a los tratados de derechos humanos ha dado origen a diversos tipos de documentos:
 - a) Otros informes del Relator Especial de la CDI, en particular los informes tercero (A/CN.4/491), quinto (A/CN.4/508), séptimo (A/CN.4/526) y octavo (A/CN.4/535);
 - b) Declaraciones del Comité de Derechos Humanos en el contexto de la jurisprudencia³ y las observaciones respecto de los informes de los Estados Partes;
 - c) Un documento del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos en materia de reservas (CEDAW/C/II/4);

¹ This was before the entry into force of International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families on 1 July 2003.

² France (see A/51/40), the United States of America (see A/50/40, vol.1) and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (see A/50/40).

³ Communication No. 845/1999, *Rawle Kennedy v. Trinidad and Tobago*, (CCPR/C/67/D/845/1999), decision adopted on 2 November 1999.

- d) Recopilación de reservas a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD/C/60/Rev.4);
- e) Análisis académicos del problema⁴; y
- f) Otros documentos⁵.

5. A fin de evitar las superposiciones con la labor del Relator Especial de la CDI, el presente informe se centrará en la aplicación de las normas a las reservas que se han formulado a los siete tratados de derechos humanos más importantes, en particular con relación al desempeño de sus funciones por los mecanismos de supervisión.

I. PRESENTACIÓN DE RESERVAS A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

6. Si bien la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no tiene carácter retroactivo, en general se acepta que los artículos 19 a 22, que se ocupan de la formulación de reservas y de sus efectos, son el punto de partida de toda discusión⁶. Ningún elemento de la Convención de Viena sugiere que se aplica un régimen especial a los tratados de derechos humanos o a un tipo de tratado en particular que pudiera incluir a los tratados de derechos humanos⁷.

⁴ C. Redgwell, "Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment 24", 46 *International and Comparative Law Quarterly* (1997) 390; B. Simma, "Reservations to Human Rights Treaties: Some Recent Developments", in Hafner et. al., *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenweldern* (Kluwer Law International, 1998) pp. 659-680; R. Baratta, "Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded?", 11 *European Journal of International Law*, (2000) 413; M. Craven, "Legal Differentiation and the Concept of Human Rights Treaty in International Law", 11 *European Journal of International Law* (2000) 489; J. Klabbers, "Accepting the Unacceptable? A Nordic Approach to Reservations to Multilateral Treaties", 69 *Nordic Journal of International Law* (2000) 179.

⁵ E.g. Follow-up action and conclusions and recommendations of the sixth meeting of persons chairing the human rights treaty bodies, report of the Secretary General (HRI/MC/1996/2), especially paras. 11-15 on intergovernmental expressions of concern.

⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, entry into force 27 January 1980 in accordance with its article 84, paragraph 1.

⁷ Article 60, paragraph 5, however, does provide an exception to the usual rules in the case of the effects of a material breach of treaties of a humanitarian character.

7. En algunas ocasiones se sugiere que deberían existir dos tipos de normas: las que rigen los tratados puramente consensuales y las que se ocupan de obligaciones de carácter normativo⁸. No existen pruebas de una distinción de este tipo en las propias normas. También se ha sugerido que esa distinción se refiere a la aplicación de las normas (a diferencia de las normas propiamente dichas), pero esa cuestión se presta a polémicas.

¿Puede un Estado formular una "reserva" a un tratado de derechos humanos?

8. En el artículo 19 de la Convención de Viena se dispone que, en el momento de firmar o ratificar un tratado, el Estado puede formular una reserva si ello está expresamente contemplado en el instrumento⁹ o si el tratado no se manifiesta respecto de las reservas¹⁰, y a condición de que la reserva no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Calificación de una declaración como reserva

9. En algunas ocasiones los propios Estados califican las declaraciones formuladas al momento de la firma o la ratificación de reserva, declaración, declaración de entendimiento, etc. (E/CN.4/Sub.2/2002/34). Puede plantearse la cuestión de si una calificación es decisiva para la naturaleza de la declaración o si otras Altas Partes Contratantes, el órgano de supervisión, o ambos, pueden discrepar de ella¹¹.

10. En otras situaciones, una declaración puede no estar calificada, en cuyo caso otras Altas Partes Contratantes, el mecanismo de supervisión, o ambos, deberán hacer por lo menos una determinación inicial, quizás hasta tanto el Estado signatario ratificador aclare la cuestión.

11. Estas cuestiones plantean temas generales sobre las normas que rigen las reservas, de los que se ocupa el Relator Especial de la CDI.

⁸ McNair, "The Functions and Differing Legal Character of Treaties", 11 *British Yearbook of International Law* (1930) 100; R. Higgins, "Human Rights: Some Questions of Integrity", 52 *Michigan Law Review* (1989) 1; see also the discussion of this issue in the second report on the reservations to treaties (A/CN.4/477).

⁹ See for example, article 20 of the Convention against Torture; article 2, paragraph 1, of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights and general comment No. 24, para. 15.

¹⁰ Human rights treaties are generally silent on this issue.

¹¹ E.g. general comment No. 24, para. 3 and the objection by Germany to the reservation by Algeria to article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

Posible incompatibilidad entre las "reservas" y el objeto y el fin del tratado: el carácter jurídico de una reserva no válida

12. Se ha dicho que una "reserva" incompatible con el objeto y el fin de un tratado no es en realidad una reserva¹². Por consiguiente, no se ve afectada por las disposiciones de los artículos 20 a 22 del Convención de Viena que se ocupan de la oponibilidad de una reserva válida a otras Altas Partes Contratantes. Este tema tiene una importancia potencial considerable en el caso de los tratados de derechos humanos debido a la proporción excepcionalmente alta de reservas que han sido objetadas debido a su incompatibilidad con el instrumento correspondiente¹³. La práctica de los Estados con relación a los tipos de "reserva" formuladas y los tipos de objeciones que suscitan parece ser significativamente diferente de la relativa a otros tratados no humanitarios.

13. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1950-1951), se pronunció de la siguiente manera:

"El Estado que haya formulado y mantenido una reserva a la que hayan formulado objeciones una o más partes en la Convención, pero no otras, puede considerarse como parte en la Convención *si dicha reserva es compatible con el objeto y el fin de la Convención*"¹⁴ (sin bastardilla en el original).

14. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en este sentido refleja en forma pormenorizada la opinión consultiva de la CIJ, establece:

"Artículo 19

Formulación de reservas

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, *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." (Sin bastardilla en el original)

¹² Observations of the United Kingdom on general comment No. 24 , op. cit. at note 2.

¹³ E/CN.4/Sub.2.2002/34; of the 492 objections made to reservations to the six treaties 370 (75 per cent) refer expressly to incompatibility with the object and purpose of the treaty and 118 (24 per cent) refer indirectly to incompatibility (e.g. the objecting State will interpret the statement in such a way as to be compatible with the objects and purpose of the treaty).

¹⁴ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, I.C.J. Report 1951, p. 23, para 10*

15. Tanto la opinión consultiva como la disposición sobre los tratados, implican que si la reserva no es compatible no puede ser aceptada. El artículo 19, al ocuparse sólo de las obligaciones del Estado autor de la reserva, prohíbe al Estado formular una "reserva" que sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Si dicha "reserva" no puede formularse, otro Estado no tiene la posibilidad de aceptarla. La compatibilidad con el objeto y el fin del tratado es, en ese sentido, fundamental para que la declaración se convierta en una reserva válida a los fines de los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena. En ese sentido, existen sólo dos posibilidades: o bien el Estado no pasa a ser parte en el instrumento, o bien sí lo hace, pero sin beneficiarse de la "reserva".

16. Ese enfoque fue adoptado por varios Estados respecto de reservas que se consideraban incompatibles con el objeto y el fin de los tratados humanitarios, los Convenios de Ginebra de 1949. En el momento de la ratificación el Reino Unido declaró respecto de reservas a los artículos 12 y 85 del Tercer Convenio de Ginebra, y del artículo 45 del Cuarto Convenio de Ginebra presentadas por Albania, Bulgaria, Checoslovaquia, China, Hungría, Polonia, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, Rumania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que

"... Si bien considera que todos los Estados antes mencionados son partes en los Convenios de que se trata, no reconoce como válidas las reservas que esos Estados han formulado al respecto y que, por consiguiente, considerará toda aplicación de una de esas reservas como infracción al Convenio a la que se refiere dicha reserva."

17. En 1975, el Reino Unido objetó en términos análogos las reservas de ese tipo formuladas por el Gobierno Revolucionario Provisional de la República de Viet Nam Meridional, la República de Guinea-Bissau, la República Democrática de Alemania y la República Democrática de Viet Nam. En 1985, el Reino Unido objetó de la misma manera la reserva de Angola al artículo 85 del Tercer Convenio de Ginebra. En el momento de la ratificación, Australia y Nueva Zelandia objetaron en términos análogos a los del Reino Unido las reservas de nueve de los diez Estados de la lista original (excluida China). En su ratificación, los Estados Unidos formularon una declaración por la que rechazaban las reservas, con excepción del párrafo 2 del artículo 68 del Cuarto Convenio de Ginebra, tal como lo habían hecho otros Estados, pero afirmaron que:

"... Los Estados Unidos aceptan las relaciones convencionales con todas las Partes [en los Convenios] con excepción de los cambios propuestos por dichas reservas"¹⁵.

El Reino Unido ratificó los Convenios de Ginebra el 23 de septiembre de 1957; Australia, el 14 de octubre de 1958; Nueva Zelandia, el 2 mayo de 1959; y los Estados Unidos, el 2 de agosto de 1955. En otras palabras, las ratificaciones fueron posteriores a la opinión consultiva de la CIJ. Algunas de las reservas del Reino Unido fueron posteriores a la adopción de la Convención de Viena. En todos estos casos, los Estados que formularon objeciones de hecho separaron la declaración que cuestionaban.

¹⁵ Roberts and Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd ed., pp. 363-368.

18. Si bien este enfoque evitaría diversas dificultades de orden práctico, no por ello dejaría de causar problemas. En primer lugar, no existe ningún mecanismo para determinar, al recibir la declaración, que ésta es incompatible y, por consiguiente, que no constituye una reserva. Por ello, inicialmente corresponde a las otras Altas Partes Contratantes indicar que consideran que no se trata de una reserva. Cuando un Estado indica que no acepta la declaración como reserva válida, ¿qué consecuencias tiene para i) los Estados que objetan la "reserva" por ser incompatible con el objeto y el fin del tratado, pero que consideran que éste ha entrado en vigor entre ellos y el Estado ratificador¹⁶, ii) los Estados que no formulan observaciones sobre la reserva y iii) el Estado ratificador que afirma que la declaración es una reserva y es compatible con el objeto y el fin del tratado? No resulta claro qué constituye una determinación decisiva de la cuestión. Los comentarios generales y las observaciones finales de los órganos de supervisión de tratados no son vinculantes para los Estados Partes. Tampoco lo son las conclusiones del Comité de Derechos Humanos cuando actúa en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, se sostiene que la conclusión del órgano creado en virtud del tratado, si bien no es vinculante, tendrá una considerable fuerza persuasiva, y no sólo porque es probable que llegue a conclusiones análogas respecto de reservas similares de otras Partes. La cuestión de la función de los órganos de supervisión de tratados se examinará más adelante.

19. En segundo lugar, con arreglo a la Convención de Viena, los Estados tienen un plazo concreto para indicar si desean presentar una objeción a una reserva. Si no lo hacen, a partir de esa fecha dan a entender que la aceptan. Si bien ese principio se aplica sólo a una reserva válida y si una "reserva" incompatible con el objeto y el fin del tratado no es una reserva válida, ¿existe un plazo determinado para que el Estado señale que considera que una "reserva" es inválida? De no ser así, no será posible determinar si la falta de reacción indica la aceptación de la reserva o una objeción a la "reserva" por motivos de incompatibilidad. Aun cuando muchos Estados que objetan una reserva a un tratado de derechos humanos lo hacen en términos que sugieren que se expresan dentro de los parámetros de los artículos 20 a 22 de la Convención de Viena¹⁷, por ejemplo al especificar el efecto de su objeción sobre las relaciones entre las partes en virtud del tratado, pueden simplemente estar protegiendo sus propios intereses.

20. La respuesta de los Estados a las reservas formuladas a los seis tratados de derechos humanos más importantes se examinará más adelante. En este sentido, es suficiente señalar que muchas objeciones se han basado en la presunta incompatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del tratado. En algunos de esos casos, el Estado que formuló la objeción especificó que de todos modos el tratado entraba en vigor entre él y la Parte que formuló la reserva. En otros casos, el Estado que formuló la objeción no aclaró el efecto de su medida. Cuando un Estado no puede aceptar como reserva una declaración incompatible con el objeto y el fin del tratado, los Estados que afirman que el tratado de todas maneras entra en vigor entre ellos y los Estados que formulan las reservas deben de querer decir que no se da ningún valor a la declaración. En otras

¹⁶ This is a common pattern with regard to objections to reservations to human rights treaties, see E/CN.4/Sub.2/2002/34.

¹⁷ E.g. they specify that, notwithstanding their objection, the treaty is to enter into force between themselves and the reserving State; see *ibid.*

palabras, la "reserva" debe separarse o dejarse de lado. En algunos casos, el Estado que presenta la objeción ha dejado muy en claro este efecto¹⁸.

II. LA REACCIÓN DE OTRAS ALTAS PARTES CONTRATANTES

21. Cuando una Alta Parte Contratante recibe la notificación de que se ha ratificado un tratado de derechos humanos acompañado de reservas, esa Parte debe calificar la declaración y determinar si, en caso de que se trate de una reserva, ésta es compatible con el objeto y el fin del tratado y decidir qué consecuencias tendrá su determinación.

22. El presunto carácter especial de los compromisos de derechos humanos podrían tener un efecto en las consecuencias de la ratificación¹⁹, pero no existen pruebas de que se crea que ese carácter especial tendrá un efecto sobre la aceptación de las obligaciones que impone el tratado. Para estar obligado por las disposiciones de un tratado de derechos humanos, el Estado debe ratificarlo, es decir que debe manifestar que consiente a estar obligado por ellas.

Ese consentimiento puede estar sujeto a diferentes salvedades. No puede estar condicionado por una "reserva" que sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Si el consentimiento está condicionado de cualquier manera, otras Altas Partes Contratantes deben determinar si aceptan ese tipo de condicionamiento: tienen la posibilidad de rechazar todo condicionamiento no expresamente previsto en el tratado y no están limitados a rechazar el condicionamiento sólo porque no coincide con el objeto y el fin del tratado²⁰.

23. Podría adoptarse una norma que exigiera el consentimiento de todas las otras Altas Partes Contratantes a cualquier reserva. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia y los Estados que negociaron la Convención de Viena rechazaron expresamente esa posibilidad²¹. Además, los Estados que han formulado una objeción a determinadas reservas a los tratados de derechos humanos nunca han sugerido que las reservas serían inválidas a menos que las aceptasen todas las otras Partes.

¹⁸ See, for example, certain Swedish objections to human rights treaties, *ibid.*; see also eighth report on the reservation to treaties (A/CN.4/535).

¹⁹ If the obligations are characterized as obligations *erga omnes* or obligations of an objective character or as binding unilateral undertakings, this might affect the ability of the State to rely on another State's reservation or to act in violation of the obligations where no other party is adversely affected by the violation; see further below.

²⁰ Observations by the United Kingdom on general comment 24, *op. cit.* at note 2. States use forms of objections such as "national legislation is not contradicting the treaty", "reservation is unnecessary: "reservations cast doubts on the commitment of the reserving State", "reservation will be interpreted as not limiting the obligations of the reserving State". See E/CN.4/Sub.2/2002/34.

²¹ *Ibid.*

24. Puesto que la unanimidad no es obligatoria, cada Estado debe decidir por sí mismo si acepta una ratificación condicionada por una reserva. En tal caso, también es pertinente saber si una "reserva" inválida sigue siendo una reserva. De no ser así, otras Partes pueden no aceptarla. Esa actitud podría considerarse producto del principio de *pacta sunt servanda*, o de la buena fe. La Parte debe poner en práctica sus compromisos de buena fe y ello impediría que aceptara una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado.

25. Si, por otra parte, una reserva presuntamente inválida mantiene su carácter de reserva hasta que otras Partes señalen si la consideran o no inválida, entonces esas Partes deben manifestarse respecto de dicha determinación.

26. Varios Estados al parecer se sienten cada vez más descontentos por la incertidumbre que crea el hecho de que otros Estados no reaccionen ante una "reserva" que consideran que es incompatible con el objeto y el fin del tratado, lo cual ha producido lo que el Relator Especial de la CDI denomina diálogo sobre la reserva. La falta de comentarios puede querer decir que otros Estados consideran que la reserva es compatible, o bien que no piensan que deben formular comentarios ante lo que no es una reserva válida. El hecho de que un número considerable de Estados haya expresado su opinión socava la afirmación de que el silencio representa un rechazo de la validez de una "reserva". El régimen creado por la Convención de Viena favorece al Estado autor de la reserva. La única herramienta de que dispone el Estado que expresa su objeción es su capacidad de negar la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado que formula la reserva. El resultado es justo lo contrario de lo que se pretende alcanzar: una ratificación sin la reserva agravante. Los Estados han tratado de alcanzar ese objetivo por diferentes medios²².

27. El régimen de la Convención de Viena produce la fragmentación del compromiso que representa el tratado. Una reserva a la que se oponen algunos Estados sobre la base de que es incompatible con el objeto y el fin del tratado puede dar la impresión de ser aceptada, expresa o implícitamente, por otros. La pregunta que aparentemente debería tener una sola respuesta (si la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado) parecería tener diversas respuestas. La mayoría de estas preguntas surgen en relación con cualquier tratado normativo multilateral y son objeto de la atención del Relator Especial de la CDI.

28. La situación de los tratados de derechos humanos es ligeramente diferente debido a dos factores. El primero es la función de los órganos de supervisión. La cuestión de la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado no sólo incumbe a las Partes *inter se* (véase más adelante). Para cumplir con su función, el órgano de supervisión debe examinar, entre otras cosas, la práctica de las Partes en el correspondiente instrumento respecto de las reservas y objeciones. Los cuadros²³ ponen de manifiesto que la práctica varía considerablemente de un Estado a otro. Algunas modalidades son evidentes. Al examinar las reservas que se han objetado, se observa que una proporción importante de las objeciones son relativamente recientes. Esta característica es especialmente notable en aquellos casos en que la reserva reciente parece ser muy similar a una reserva anterior formulada por un Estado diferente, pero que no había sido objeto de objeciones. Esto sugiere que los Estados quizás sólo han

²² Ibid.

²³ Ibid.

comenzado a supervisar las reservas de forma relativamente sistemática en estos últimos tiempos, hecho confirmado, en el caso de la Unión Europea o de los Estados del Consejo de Europa, por las disposiciones especiales que han aplicado dichos Estados para supervisar las reservas²⁴. La importancia de esta tendencia es que algunas reservas que no habían sido objetadas en su oportunidad podrían de hecho ser consideradas ahora incompatibles con el objeto y el fin del tratado por algunos Estados. Al examinar la compatibilidad de las reservas que no han sido objetadas por ningún Estado, sería útil que los mecanismos de supervisión examinaran reservas análogas formuladas más recientemente, a fin de determinar si los Estados las han cuestionado.

29. Una segunda tendencia se vincula con la primera. Se refiere a las cantidades y tipos muy diferentes de reservas formuladas a los diferentes tratados y al número muy variable de objeciones. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño han dado lugar a numerosas reservas, así como a reservas de carácter muy general²⁵, además de un número importante de objeciones. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ha sido objeto de un gran número de reservas, pero de muchas menos objeciones. Éstas en general son anteriores a las reservas a los otros dos tratados. La tendencia respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es menos clara, tal vez debido a que el ritmo de las ratificaciones ha sido más lento. En lo que respecta a este Pacto, si las reservas se hubieran formulado más recientemente, más Estados habrían presentado objeciones por motivos de incompatibilidad con el objeto y el fin del instrumento²⁶. En el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el tratado ha sido objeto de reservas de Estados que no adoptaron medidas análogas con respecto a disposiciones similares de otros instrumentos, en particular los Pactos. Puesto que la reserva a la mencionada Convención no puede tener por efecto modificar las obligaciones contraídas por el Estado en virtud del Pacto, se plantea la cuestión de si el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer puede pasar por alto dicha reserva²⁷. El orden en que se han formulado las reservas al parecer no afecta a la situación.

²⁴ See, Recommendation No. R (99) 13 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on responses to inadmissible reservations to international treaties; document prepared by the Secretariat Directorate of Legal Affairs of the Council of Europe for the Ad hoc Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI) on practical issues regarding reservations to international treaties, CAHDI report of 3 May 2000, appendix. 4, item 10.5; see also, L. Magnusson, "Elements of Nordic Practice 1997: The Nordic Countries in Co-ordination" 67 *Nordic Journal of International Law* (1998), p. 350.

²⁵ See further below.

²⁶ It might be possible for CERD to contact all the States parties to ask them whether, if each of the reservations had been made now, they would have objected on grounds of incompatibility. Any such opinions might not be binding on the parties *inter se*, if the time limits in the Vienna Convention are regarded as applicable

²⁷ See para. 48 below.

30. Una tercera tendencia se refiere a los Estados que han presentado objeciones a las reservas. Una abrumadora mayoría de ellas se origina en países del Grupo de Estados de Europa Occidental y otros Estados, no sólo de los Estados de la Unión Europea o del Consejo de Europa, sino también de otros Estados del Grupo. En la mayoría de los casos, más de un Estado ha presentado objeciones, pero en otros se trata de varios Estados. También hay casos aislados de sólo un Estado del grupo que formula la objeción. Fuera del Grupo Occidental, se registran objeciones aisladas del Grupo de Europa Oriental (la República Checa y Eslovaquia). Como miembros del Consejo de Europa, y en algunos casos de la Unión Europea, estos Estados están claramente vinculados al Grupo Occidental. Aparte de estos dos grupos, los únicos Estados que presentan objeciones son al parecer Arabia Saudita²⁸ y México, este último autor de un número importante de ellas²⁹. Una explicación posible de esta tendencia es que los miembros del Grupo Occidental quizás estén en mejores condiciones de supervisar las reservas de las otras Partes gracias a los recursos de que disponen. Además, en tanto que Estados que a menudo ratifican los instrumentos con relativa rapidez, pueden objetar las reservas de las nuevas Partes. Sin embargo, ésta puede ser sólo una parte de la explicación. Cabría pensar que los miembros del Grupo de los Ocho (G-8) ajenos al Grupo Occidental tienen los recursos necesarios. Esta tendencia tiene varias consecuencias posibles para la supervisión de los tratados. Al evaluar las prácticas de los Estados, el órgano puede estimar conveniente considerar qué porcentaje de los Estados que han presentado objeciones en algún momento se opusieron a una reserva en particular. Ello implicaría no hacer ningún tipo de suposición sobre las opiniones de los Estados que no han presentado objeciones. Si se tomaran en cuenta las opiniones de los Estados que no han objetado las reservas significa que se daría por sentado que la falta de reacción quiere decir que la reserva es compatible. Puesto que los Estados sólo están obligados a indicar su opinión si desean objetar una reserva y al parecer no existe ninguna obligación general de oponerse a las reservas incompatibles, parecería imprudente atribuir un significado concreto al silencio, aparte de la posible oponibilidad de la reserva a la Parte que guarda silencio³⁰. Todo parece indicar que sería preferible aplicar otro criterio³¹.

31. La última modalidad se refiere a los Estados autores de reservas que han sido objetadas. Es más común que las objeciones se refieran a algunos tipos de reservas que a algunos Estados determinados. Con todo, como algunos Estados tienen la costumbre de presentar el tipo de

²⁸ Saudi Arabia objected to a reservation to the Convention on the Rights of the Child made by Oman.

²⁹ Mexico has objected to 14 reservations.

³⁰ The European Commission of Human Rights stated that, owing to the objective character of human rights obligations, a State could not rely, in an inter-State application, on a reservation made by one of the applicant governments; *Norway, Sweden, Denmark, the Netherlands & France v. Turkey*, European Commission of Human Rights, Application No. 9940-9944/82 (joined), decision on admissibility of 6 December 1983, 35 *Decisions & Reports* (1984) 143. The decision enabled the Commission to avoid ruling on the compatibility of the French reservation with the object and purpose of the European Convention on Human Rights; see further below.

³¹ Clearly any State that has made a reservation very similar to the one being examined can be assumed to think that the reservation is compatible with the object and purpose of the treaty.

reserva que es objetada, los mismos Estados aparecen reiteradamente en la lista de países cuyas reservas atraen objeciones. Lo sorprendente, empero, es que no se objetan solamente las reservas de un grupo determinado de Estados. Los miembros del Grupo Occidental han presentado un número significativo de objeciones a las reservas formuladas por otros miembros del mismo grupo.

32. Las pruebas de la práctica de los Estados y las consecuencias que pueden derivarse de ella deben ser evaluadas por el órgano de cada tratado independientemente. Sería útil que los órganos de supervisión intercambiaran los resultados de sus estudios. También sería muy conveniente aplicar un criterio uniforme para evaluar las prácticas de los Estados, aun cuando éstas varíen de un tratado a otro, a fin de asegurar una evolución coherente de las normas internacionales de derechos humanos³².

33. El segundo factor que hace que las normas de derechos humanos sean un tanto diferentes es el efecto que se da, o más precisamente que no se da, a las reservas en la solución de controversias entre los Estados. Se trata de una cuestión de oponibilidad y no de separación. La única práctica existe a nivel regional, ya que el Comité de Derechos Humanos aún no ha ejercido su jurisdicción en virtud del artículo 41 del Pacto. Normalmente un Estado puede basarse en una reserva del país con el que mantiene la controversia, aduciendo la reciprocidad³³. En el caso incoado por Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y los Países Bajos contra Turquía (9940-9944/82), Turquía intentó basarse en la reserva formulada por Francia al artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, afirmando que en el caso entraban a tallar cuestiones que estarían amparadas por la reserva. La Comisión Europea de Derechos Humanos no estimó necesario emitir un dictamen sobre la validez de la reserva. La Comisión afirmó lo siguiente:

"... el principio general de la reciprocidad en el derecho internacional y la norma, establecida en el párrafo 1 del artículo 21 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto de las relaciones bilaterales en el marco de un tratado multilateral, no se aplican a las obligaciones dimanantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos que son "esencialmente de carácter objetivo, al estar destinadas a proteger los derechos fundamentales de los particulares contra toda violación cometida por cualquiera de las Altas Partes Contratantes más que a crear derechos subjetivos y recíprocos para las propias Altas Partes Contratantes" (*Austria c. Italia*, *Yearbook 4*, 116 pág. 140)... La Comisión recuerda además que el mecanismo de aplicación establecido por el Convenio se basa en el sistema de una "garantía colectiva por las Altas Partes Contratantes de los derechos y libertades consagrados en el Convenio" y que no se considerará que una Alta Parte Contratante, al presentar una presunta violación del Convenio a la Comisión en virtud del artículo 24, "ejerce un derecho de acción cuyo fin es hacer valer sus propios derechos, sino que somete a la Comisión una presunta violación del orden público en Europa" (*Austria c. Italia*, *loc. cit*)"³⁴.

³² See section IV below.

³³ Case of Certain Norwegian Loans, ICJ, 6 July 1957, *France v. Norway*.

³⁴ 35 *Decisions and Reports* 143, at paras. 39-40.

34. El Relator Especial de la CDI, en el contexto específico de la separación de una reserva inválida, ha sugerido que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe considerarse como una forma de derecho consuetudinario regional que no tiene repercusiones sobre el derecho consuetudinario de las reservas en general³⁵.

35. La cuestión requiere un análisis más a fondo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lejos de afirmar que está elaborando una forma de derecho consuetudinario regional, afirma reiteradamente que toma en cuenta todo el derecho internacional pertinente, incluida la Convención de Viena, teniendo en cuenta también el carácter especial del Convenio en tanto que instrumento de derechos humanos³⁶. El Tribunal no tiene en cuenta el carácter especial del Convenio como tratado europeo, ni siquiera como tratado europeo de derechos humanos. Se refiere al carácter especial de los tratados de derechos humanos en general. Este carácter especial habitualmente no conduce a la aplicabilidad de las diferentes normas, en particular en el caso de la Convención de Viena, sino que puede afectar a la aplicación de las normas habituales. La conciencia de que es necesario dar un efecto práctico a la Convención, por ejemplo, tiene por resultado la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos de manera menos formalista que en otros tipos de tribunales. La razón que aduce el Tribunal Europeo -el carácter especial de los tratados de derechos humanos- se aplica de la misma manera a los tratados internacionales de derechos humanos en general. El razonamiento de la Comisión al rechazar la dependencia recíproca en las reservas parece basarse en la intención que se supone tienen las Partes de poner en práctica sus compromisos. En el caso de un tratado de derechos humanos, ello tiene un resultado diferente del de otros tratados cuyo carácter no es el mismo.

III. LA REACCIÓN DE LOS MECANISMOS DE VIGILANCIA

36. Se plantean varias cuestiones en relación con las atribuciones y funciones de un mecanismo de vigilancia cuando se enfrenta con una o más reservas. Algunas de ellas son análogas a las que se plantean en las relaciones *inter se* de las Altas Partes Contratantes, pero otras no lo son. En los artículos pertinentes de la Convención de Viena no se contempla expresamente esa situación. Algunas de las cuestiones son las siguientes:

- a) La autoridad, en caso de haberla, de un mecanismo de vigilancia para tomar una decisión sobre la validez de una reserva;
- b) La calificación de una declaración de reserva, declaración, declaración de entendimiento, etc.;
- c) La manera en que un mecanismo de vigilancia debe determinar si una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado;

³⁵ *Report of the International Law Commission on the work of its forty-ninth session, Official Records of the General Assembly Fifty-second Session, Supplement No. 10 (A/52/10)*, para 84.

³⁶ *Bankovic & others v. Belgium & 16 other NATO States*, 52207/99, admissibility decision of 12 December 2001, paras. 55-57.

- d) Las repercusiones que pueda tener la decisión de un mecanismo de vigilancia de declarar una reserva incompatible con el objeto y el fin de un tratado.

Autoridad para tomar una decisión sobre la validez de una reserva

37. Una reserva válida afecta al alcance de las obligaciones del Estado autor de la reserva. Por lo tanto, también afecta al alcance de las competencias del órgano de supervisión, cualesquiera de sus funciones esté ejerciendo. Un órgano judicial o cuasijudicial es intrínsecamente competente para determinar el ámbito de su jurisdicción. Así pues, el órgano de vigilancia debe tener una autoridad inherente para:

- a) Determinar si una declaración constituye una reserva;
- b) De ser así, determinar si es una reserva válida;
- c) Hacer efectiva una conclusión sobre la validez.

38. Se ha insinuado que los mecanismos de control no tienen autoridad para "determinar" nada, ya que sus conclusiones no son jurídicamente vinculantes. Se entiende que aquí se confunden dos cuestiones diferentes. La primera es el alcance de su autoridad para llegar a conclusiones en cuanto al fondo. La segunda es el carácter vinculante de las conclusiones en cuanto al fondo. El hecho de que las conclusiones de un órgano de vigilancia en cuanto al fondo no sean jurídicamente vinculantes no significa que las conclusiones en cuanto a las competencias no lo sean. Por ejemplo, un órgano de supervisión excedería sus atribuciones si ejerciera una autoridad que no tiene, aun cuando tuviera el consentimiento del Estado de que se tratara.

39. Con arreglo al principio *pacta sunt servanda*, los Estados Partes deben dar importancia a las conclusiones de un órgano de vigilancia establecido a tal efecto, aunque no sean estrictamente vinculantes. Eso es cierto en particular en el caso de las controversias entre Estados y las quejas individuales. Las decisiones de un mecanismo de control son decisivas en el sentido de que no es posible recurrir contra ellas ante otro órgano.

40. Otra cuestión más difícil es el significado, en su caso, para otros Estados Partes de la decisión adoptada por un órgano de vigilancia sobre la validez de una reserva. Se plantean varias situaciones, entre ellas las siguientes:

- a) Las consecuencias para otro Estado Parte que haya realizado una reserva con un enunciado idéntico o parecido;
- b) Las consecuencias para otros Estados Partes cuando un órgano de supervisión determina la invalidez de una reserva y:
 - i) Ningún Estado Parte ha hecho objeciones a la reserva;
 - ii) Sólo algunos Estados Partes han hecho objeciones;
- c) Las consecuencias de la determinación de validez de una reserva para un Estado Parte que se haya opuesto a la reserva alegando una presunta incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

41. En sentido estricto, un órgano de vigilancia sólo entiende de la situación que tiene ante sí. No hay ninguna doctrina de precedentes vinculantes. No obstante, dichos órganos deberían esforzarse por actuar con uniformidad y coherencia intelectual, y de hecho lo hacen. Así es muy probable que dos reservas similares se traten de manera similar, hecho del cual los Estados son ya plenamente conscientes. Es posible que los órganos de vigilancia tengan que permitir la intervención de terceros Estados a los que pueda afectar su decisión en los procesos entre Estados o en procesos individuales. Eso ya ocurre en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁷.

42. La segunda situación parece problemática a primera vista. Se podría pensar que si un órgano de control determina que una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado, las demás partes contratantes están obligadas a adoptar una postura al respecto. Toda objeción a la reserva hecha ulteriormente por una parte contratante podría exceder los plazos previstos en la Convención de Viena, si son aplicables, salvo que la reserva fuera considerada nula de pleno derecho. En realidad, parecería que los Estados que no hacen objeciones a la reserva no necesitan adoptar ninguna medida. En cualquier caso que afecte al Estado autor de la reserva, ese Estado no podrá hacer uso de ella. Sería difícil que el Comité de Derechos Humanos permitiera a un Estado Parte aceptar una reserva inválida, ni siquiera a un Estado que no hubiera hecho objeciones.

43. La tercera situación no parece plantear problemas. Tal como se ha señalado, toda Alta Parte Contratante puede presentar objeciones a una reserva no prevista en el tratado alegando cualquier motivo y es libre de mantener su objeción, pero tendrá que comunicarla en los plazos previstos en la Convención de Viena.

Calificación de una declaración

44. Un mecanismo de vigilancia puede decidir discutir con un Estado la calificación de una declaración si ésta no está clara o se presta a controversias. Lógicamente, las competencias de ese mecanismo para determinar la validez de una reserva deben extenderse a la calificación de una declaración de reserva. En la práctica, no es probable que eso plantee problemas. Si el Estado tenía previsto que su declaración fuera calificada de reserva pero se la califica de otro modo, no surgirá ningún problema si no existe incompatibilidad. Si el Estado alegaba que el texto no era una reserva pero el Comité discrepa, el Estado deberá precisar el texto para reflejar su intención. Al calificar la declaración, el órgano de control aplicaría los principios establecidos en los informes del Relator Especial de la CDI, pero la aplicación se podría ver afectada por el contexto particular³⁸.

³⁷ E.g. *Bäck v. Finland* (37598/97); in April 2003 the Governments of Norway, the Netherlands, Sweden and the United Kingdom were given leave to take part in the proceedings as third parties; Press Release 332, 19 June 2003.

³⁸ There may be a temptation for a monitoring mechanism to interpret a statement which, if it were a reservation, would be invalid as incompatible as merely as a declaration, on the grounds that the State, in consenting to be bound by a human rights treaty, would not intend to negate that consent by an invalid reservation. Certain States appear to take such an approach; see E/CN.4/Sub.2/2002/34. Reserving States are likely to object to this approach.

Cómo debe determinar un mecanismo de supervisión si una reserva es incompatible con el objeto y el fin de un tratado

45. El órgano de supervisión analizará la reserva aplicando los principios que figuran en la Convención de Viena, cuyo enfoque se puede apreciar en cualquier observación sobre las reservas, como en el Comentario general N° 24 del Comité de Derechos Humanos y en su jurisprudencia sobre las reservas, como el caso *Rawle Kennedy*³⁹.

46. *El contexto.* El objeto y el fin de un tratado de derechos humanos están en función i) de los objetos y fines de la normativa de los derechos humanos y ii) del objeto y el fin de incorporar una obligación a un tratado⁴⁰. Los Estados, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad⁴¹ han reconocido que las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos pueden poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, una función de la promoción y la protección de los derechos humanos y de la aplicación de su normativa es evitar las amenazas a la paz y la seguridad internacionales. Esa función ha afectado a la forma de la normativa de los derechos humanos.

47. A diferencia de muchos otros tratados, los tratados de derechos humanos representan compromisos unilaterales contraídos por una serie de Estados⁴². Todos los Estados tienen interés en que un Estado concreto respete la normativa de los derechos humanos. No es principalmente una cuestión de interés particular o bilateral, y en ello radica la diferencia entre la normativa de los derechos humanos y el derecho general sobre la responsabilidad de los Estados, en el que el interés particular prevalece sobre el interés general. Si la normativa de los derechos humanos fuera fundamentalmente bilateral, no habría sido necesario establecer un conjunto especial de normas y procedimientos ya que es probable que el derecho sobre la responsabilidad de los Estados habría sido suficiente. Ese carácter especial de la normativa de los derechos humanos ha propiciado que la vigilancia adquiriera tanta importancia. Aunque sigue siendo posible que los Estados presenten quejas, el control es la manera principal de velar por la observancia de las normas. En cierto modo, los órganos de vigilancia, cuando ejercen sus funciones, están representando los intereses de todos los Estados.

³⁹ See supra note 3.

⁴⁰ Supra note 14.

⁴¹ For example, more recently Security Council Resolution 1318 of 7 September 2000 on ensuring the effective role for the Security Council in the maintenance of international peace and security, particularly in Africa; Security Council Resolution 1366 of 30 August 2001 on the role of the Security Council in the prevention of armed conflict.

⁴² Human rights law involves the assumption of obligations towards people within the State's jurisdiction enforced through a system of collective guarantee, rather than subjective and reciprocal rights for and between the contracting parties; *France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands v. Turkey* (9940-9944/82), paras. 39-41.

48. En el contexto se puede incluir la postura que el Estado haya adoptado en relación con otros tratados de derechos humanos. Los siete tratados de derechos humanos más importantes se consideran cada vez más como un todo. Cuando un órgano creado en virtud de un tratado intenta determinar si la reserva formulada por un Estado es compatible con ese instrumento en particular, ¿puede tener en cuenta si ese Estado ha planteado o no reservas a disposiciones muy similares de otros tratados de derechos humanos⁴³?

49. *El contenido.* Tres características del contenido de la normativa de los derechos humanos pueden repercutir en la aplicabilidad de la determinación de compatibilidad:

- a) La relación entre artículos por separado y todo el tratado;
- b) El supuesto carácter imperativo de, como mínimo, algunas normas (*jus cogens*);
- c) La distinción entre derechos que pueden y los que no pueden suspenderse.

50. *La relación entre los artículos por separado y todo el tratado.* Aunque las reservas pueden afectar a más de una disposición de un tratado, se suelen formular haciendo alusión expresa a un artículo concreto. De conformidad con la Convención de Viena, la compatibilidad de la reserva se debe determinar en relación con el tratado en general y no con la norma del artículo concreto. La dificultad en el caso de la normativa de los derechos humanos estriba en que el objeto no es la aceptación de un gran número de obligaciones individuales, sino que hay un único objetivo (el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos) que se debe alcanzar observando un gran número de disposiciones individuales⁴⁴. Así pues, una reserva a una disposición puede ser incompatible con el objeto y el fin del tratado.

51. *Supuesto carácter imperativo (jus cogens).* Saber si una norma de derechos humanos tiene carácter imperativo (*jus cogens*) sería importante para determinar la compatibilidad de una reserva con esa norma. Ninguna reserva formulada a la norma en sí misma sería válida. Ello contrasta con la situación de las disposiciones de tratados que son también normas del derecho internacional consuetudinario. En teoría, un Estado puede formular una reserva a una disposición de un tratado sin poner necesariamente en entredicho el carácter consuetudinario de la norma o su disposición a obligarse por la norma consuetudinaria. No obstante, en la práctica se suele recelar considerablemente de las reservas a las disposiciones que reflejan normas del derecho internacional consuetudinario⁴⁵.

⁴³ This is a particular problem in relation to certain States' reservations to CEDAW, which have no equivalent in the ratification of the ICCPR; see E/CN.4/Sub.2/2002/34. In order to begin to identify the range of issues involved, let alone deal with them, it is essential that the treaty bodies have as much relevant information as possible.

⁴⁴ See also general comment No. 24.

⁴⁵ Another distinction is that the concept of the persistent objector would appear to be inapplicable to rules of *ius cogens* but it might be relevant in relation to customary human rights norms.

52. *Distinción entre derechos que pueden suspenderse y los que no pueden suspenderse.* Algunos tratados de derechos humanos contemplan expresamente la posibilidad de que los Estados modifiquen el alcance de algunas de sus obligaciones. Se podría pensar que, necesariamente, no es posible formular reservas a los derechos que no pueden suspenderse. Eso parece ser una simplificación excesiva. Un derecho puede no poder suspenderse por su carácter de pilar fundamental de la normativa de los derechos humanos, porque ninguna emergencia podría causar jamás la necesidad de modificar ese derecho o porque no es posible restringirlo. Además, es posible formular una reserva a una posible aplicación de la norma pero no a la esencia misma de ésta. Si un principio no puede suspenderse por su carácter de pilar fundamental o si constituye el núcleo que no puede suspenderse de un derecho que potencialmente podría suspenderse, toda reserva a ese principio, y no su aplicación particular, podría ser incompatible con el objeto y el fin del tratado en general.

53. *Reservas efectivas a los tratados de derechos humanos.* Los problemas que se plantean en la práctica a los mecanismos de vigilancia se refieren a la relación entre las características del contenido de la normativa de los derechos humanos y las reservas efectivas formuladas por los Estados Partes⁴⁶. Aunque es posible que las características individuales de las normas, las reservas y el contexto no sean exclusivas de la normativa de los derechos humanos, la relación entre esos elementos sí parece dar lugar a patrones que son exclusivos de la normativa de los derechos humanos.

54. *Reservas generales y específicas.* Algunas reservas se enuncian en términos generales y no hacen alusión a disposiciones particulares del tratado. Otras formulan un único tipo de objeción a varias disposiciones concretas. Otras incluso explican de manera precisa en qué manera tienen por fin modificar una parte específica de una disposición concreta del tratado. Determinar el alcance exacto de la aplicación de una reserva general puede resultar especialmente difícil para los mecanismos de vigilancia, que deben recurrir a la misma exactitud para determinar la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado. Si una reserva está formulada en términos imprecisos o no indica a qué disposiciones del tratado se aplica, sería conveniente que esos extremos fueran uno de los temas de intercambio entre el órgano de supervisión y el Estado Parte. De hecho, eso es lo que suele ocurrir. Las conclusiones de ese intercambio, incluida la posible revisión del enunciado de la reserva, deben incluirse en las observaciones finales. De esa manera no se olvidará el acuerdo cuando el Estado Parte presente un informe periódico ulterior, aun cuando haya cambiado considerablemente la composición del Comité.

55. *Reservas a disposiciones de procedimiento o a disposiciones de fondo.* Muchos tratados de derechos humanos contienen una serie de mecanismos que se pueden aplicar mediante la ratificación, mediante una declaración de aceptación expresa de una disposición o mediante una reserva a una disposición. En el caso de estas dos últimas, se incluirá una disposición expresa en el tratado. Sería tentador suponer que una reserva a una disposición de procedimiento tiene más posibilidades de ser compatible con el objeto y el fin de un tratado de derechos humanos que una reserva a una disposición de fondo, pero al parecer no es así. No tendría mucho sentido que un Estado aceptara una obligación de fondo si rechazara toda rendición de cuentas prevista en el tratado. Por lo tanto, una reserva por la que se rechazara totalmente la función del comité de vigilancia sería incompatible con el objeto y el fin del tratado.

⁴⁶ See E/CN.4/Sub.2/2002/34.

56. *El objeto de las reservas.* Es difícil generalizar en cuanto al objeto de las reservas efectivas a los tratados de derechos humanos, pero sí se repiten algunos elementos:

- a) Condicionar la obligación a la conformidad con un elemento ajeno al tratado, como:
 - i) Una doctrina religiosa;
 - ii) El derecho interno, incluida la constitución o las costumbres nacionales;
- b) Aceptar la norma en sí misma, pero no en la medida en que esté en oposición con una disposición o característica particular del derecho interno.

Habida cuenta de que un tratado es una obligación sujeta al derecho internacional el mecanismo de supervisión debe interpretar los términos de un tratado de derechos humanos basándose exclusivamente en ese derecho. Ésa es también la base de la obligación *inter se* de los Estados Partes, que son libres de alcanzar acuerdos entre sí sobre obligaciones más onerosas o la aplicación de alguna otra norma de interpretación del tratado, pero siempre que no se vea afectado el mecanismo de vigilancia establecido en virtud del tratado original. Otra objeción al primer tipo de reserva es que puede haber desacuerdo en cuanto al contenido del canon de interpretación alternativo que se proponga. Distintos adeptos del mismo grupo religioso pueden discrepar sobre el significado de una doctrina particular o sobre su aplicación en una situación concreta. Se plantean problemas similares cuando se hace una alusión general al derecho interno, ya sea en su totalidad, la constitución o las costumbres nacionales. Los Estados pueden hacer uso de esas reservas en razón de otras disposiciones de la Convención de Viena, principalmente el artículo 27⁴⁷. No se debe olvidar que, al ratificar un tratado internacional, los Estados contraen una obligación internacional. No efectúan una promesa internacional de aplicar su derecho interno. Sin embargo, otra objeción es que el canon de interpretación alternativo puede variar con el paso del tiempo. En algunos casos, una reserva puede hacer alusión expresa no sólo al derecho interno vigente, sino también al futuro. Si la alusión a la legislación futura se limitara a que las disposiciones legales restrinjan el alcance de la reserva, por lo menos no agravaría el problema, pero no se suele dar esa garantía. Con ese tipo de reservas se pide, no sólo al mecanismo de vigilancia, sino también a los demás Estados Partes, que firmen un cheque en blanco. Toda reserva general por la que se subordina un tratado en su totalidad a una ley religiosa o a la legislación interna suele ser declarada incompatible con el objeto y el fin del tratado.

57. *Consecuencias de una decisión por la que se declara incompatible una reserva.* Sería sorprendente que un órgano creado en virtud de un tratado de derechos humanos hiciera efectiva una reserva que hubiera declarado incompatible con el objeto y el fin del instrumento que controla. Las consecuencias reales de esa decisión dependerán de la función que esté ejerciendo el órgano.

⁴⁷ Article 27 of the Vienna Convention states: “A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty”. By attempting to make its internal law part of its international obligation, a State may circumvent article 27.

58. *Vigilancia.* Si el órgano está ejerciendo su función de vigilancia, la decisión explícita o implícita de que la reserva es incompatible no tendrá consecuencias inmediatas. El órgano de que se trate entablará un diálogo con el Estado en torno a la reserva incompatible y le pedirá que la retire o modifique. La mayor parte de la labor de los órganos de vigilancia, y en algunos casos su totalidad, consiste en examinar los informes de los Estados Partes junto con el Estado Parte interesado.

59. *Controversias entre Estados.* Aunque existe la posibilidad de hacerlo, no hay precedentes de que se haya ejercido esa función a nivel internacional. Ello contrasta con la postura a nivel regional. Parecería que se plantean las mismas consideraciones que en el caso de las quejas individuales.

60. *Quejas individuales.* Se trata de una cuestión jurídica compleja que se ha tornado más difícil por la existencia de una línea de jurisprudencia relativamente asentada en un órgano regional de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*⁴⁸. Aunque es debatible si la reserva era incompatible⁴⁹, se entiende que el órgano de vigilancia era claramente competente para adoptar esa decisión y sería lógico que el órgano hubiera hecho efectiva su decisión. El resultado es la aplicación del tratado sin la reserva, se llame a eso "separación" o se lo disfrace empleando alguna otra expresión, como la no aplicación.

61. No obstante, los Estados no están obligados a ratificar los tratados. El Estado podría haber puesto la formulación de la reserva como condición *sine qua non* para ratificar el tratado. Al menos en los casos interpuestos en virtud del Protocolo Facultativo y en los que la reserva de que se trate afecta a la aplicabilidad del Protocolo, el Estado es libre de denunciar el Protocolo, como ocurrió en el caso de Trinidad y Tabago. Ello plantea la cuestión de si la "separación" sólo es posible cuando el Estado es libre de denunciar el tratado. Otra cuestión es la condición del Estado como Parte contratante cuando se ha producido la separación pero el Estado no ha indicado su respuesta. El hecho de que el Estado pueda denunciar el tratado podría indicar que, si no lo ha hecho, sigue obligándose por él. Es decir, la participación del Estado en el tratado no queda en suspenso hasta que adopte una postura.

62. La postura puede muy bien ser diferente si un Estado no es libre de denunciar el tratado al que ha formulado una reserva incompatible. Un ejemplo de ello es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁰. Si surge una situación en la que el Comité de Derechos Humanos deja sin efecto una reserva al Pacto que considere incompatible y el Estado la plantea como condición *sine qua non* para ratificar el Pacto, no está claro cómo se saldría del atolladero. El Estado podría optar por abandonar el Pacto, pero el Comité de Derechos Humanos ha

⁴⁸ Supra note 3. The decision of the Human Rights Committee postdates the report of the Special Rapporteur of ILC in which he argued that the severance principle was, at most, regional customary law in Europe.

⁴⁹ Ibid., dissenting opinions of the four members of the Human Rights Committee.

⁵⁰ General comment No. 26; contrast the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

determinado que ningún Estado que haya ratificado el Pacto puede denunciarlo o abandonarlo. Una posibilidad sería que la reserva incompatible empañara la totalidad de la ratificación, de manera que, de hecho, el Estado nunca hubiera sido parte en el Pacto. Sin embargo, sería difícil compatibilizar ese planteamiento con el Comentario general N° 26.

IV. NOVEDADES DESDE EL 55° PERÍODO DE SESIONES DE LA SUBCOMISIÓN

Reunión entre miembros de la Subcomisión y miembros de la Comisión de Derecho Internacional

63. Por iniciativa de la CDI, algunos miembros de la Subcomisión se reunieron con miembros de la Comisión, entre ellos el Sr. Alain Pellet, Relator Especial sobre las reservas a los tratados, el 7 de agosto de 2003. La CDI se reunió también con miembros de los órganos creados en virtud de tratados. El encuentro permitió un fructífero intercambio de opiniones. Cabe esperar que en el futuro se puedan organizar reuniones semejantes cuando la Subcomisión y la CDI tengan intereses comunes.

64. Los miembros de la CDI indicaron que sus opiniones habían evolucionado desde que el Relator Especial se ocupó por primera vez en sus informes de las reservas a los tratados de derechos humanos. El Relator Especial estaba en general de acuerdo con las conclusiones del documento de trabajo de la Subcomisión, aunque discrepaba de algunos de los razonamientos. Señaló que, en su informe al 56° período de sesiones de la CDI en 2004, retomaría la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos. Por otra parte, en informes futuros examinaría en general la cuestión de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado y las consecuencias de determinar esa incompatibilidad en relación, entre otras cosas, con los tratados de derechos humanos. Su informe de 2004 no se ha publicado.

Tercera reunión entre los Comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos

65. El 21 y 22 de junio de 2004 tuvo lugar la tercera reunión entre los Comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Se plantearon dos cuestiones que vienen al caso. En primer lugar, en el contexto del ejercicio de sus funciones de vigilancia, convinieron en que los órganos creados en virtud de tratados podían solicitar el retiro de reservas formuladas al tratado correspondiente. Un órgano de vigilancia de un tratado puede examinar el retiro de una reserva aunque ésta sea claramente compatible con el objeto y el fin del tratado. Si la reserva puede ser incompatible, se entiende que el órgano debe indefectiblemente entablar ese tipo de debate.

66. En segundo lugar, aunque no todos los órganos creados en virtud de tratados se enfrentan con la necesidad de determinar la validez de las reservas, destacaron que convendría adoptar un enfoque común. Para ello, se propuso que la Secretaría preparara un informe (en el que figurara un cuadro con todas las reservas formuladas a los principales tratados de derechos humanos y la índole de las disposiciones abarcadas) con el fin de crear un grupo de trabajo integrado por un representante de cada órgano que examinaría ese informe e informaría de él a la siguiente reunión entre los Comités.

67. Se recordará que en el 53º período de sesiones de la Subcomisión se prepararon cuadros semejantes (E/CN.4/Sub.2/2002/34). Cabe esperar que la Secretaría haga uso de ellos y se limite a actualizarlos en relación con los seis primeros tratados e incluir las reservas y declaraciones formuladas respecto del séptimo, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, así como toda respuesta dada al respecto. Es importante que se mantenga al día ese cuadro y que se recopilen todas las observaciones formuladas por un órgano de supervisión, en cualquier contexto, en relación con las reservas. Esas observaciones deben ser comunicadas a todos los demás órganos de tratados.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

68. Hay dos relaciones diferentes que se deben examinar: la relación entre un Estado que formula una reserva y otro Estado Parte y la que existe entre un Estado autor de una reserva y el mecanismo de supervisión del tratado.

69. En términos generales, las reservas tienen una validez o eficacia decisiva. Cuando un órgano ejerce sus funciones de supervisión, puede discutir las reservas con el Estado Parte. Eso rige tanto para las reservas válidas como para las que posiblemente no lo sean. A fin de facilitar esa tarea y adoptar un enfoque común, si no idéntico, los órganos creados en virtud de tratados deben ultimar y actualizar la información sobre las declaraciones y reservas formuladas respecto de todos los tratados de derechos humanos principales, la reacción de las demás Partes contratantes a esas reservas y las observaciones formuladas en cualquier contexto por otros órganos de derechos humanos respecto de la cuestión de las reservas. La cuestión de la validez puede volverse decisiva si un órgano encargado de la supervisión de un tratado debe emitir un dictamen en un caso que afecta a dos o más Estados o en una presentación individual.

70. Un Estado puede formular cualquier reserva que no esté prohibida por el tratado, a condición de que no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

71. Aplicándose las normas generales del derecho de los tratados que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto de las reservas, y el principio de que un órgano judicial o cuasijudicial es competente para determinar si tiene o no jurisdicción, los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos son competentes para determinar si la reserva es compatible o incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Recomendaciones

72. La Subcomisión debe suspender todo examen ulterior de la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos hasta la publicación del próximo informe del Relator Especial de la CDI sobre las reservas a los tratados y, en particular, su examen sobre cómo determinar si una reserva es compatible con el objeto y el fin de un tratado de derechos humanos y sobre las consecuencias de esa determinación.

73. El documento de trabajo definitivo debe ser remitido al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, quien pidió inicialmente el estudio, a los demás órganos creados en virtud de tratados y a la Comisión de Derecho Internacional.