



Asamblea General

Distr. limitada
29 de julio de 2010
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional

62º período de sesiones

Ginebra, 3 de mayo a 4 de junio
y 5 de julio a 6 de agosto de 2010

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos de su 62º período de sesiones

Relator: Sr. Stephen Vasciannie

Capítulo IV Las reservas a los tratados

Adición

Índice

- C.2. Texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 62º período de sesiones (*continuación*)

C.2. Texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 62º período de sesiones (*continuación*)

3.3.2 [3.3.3] Efecto de la aceptación individual de una reserva inválida

La aceptación de una reserva inválida por un Estado contratante o por una organización contratante no subsanará la nulidad de la reserva.

Comentario

1) De conformidad con la primera oración de la directriz 3.3 (Consecuencias de la falta de validez de una reserva), "[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..."¹. De ello se deduce claramente que la invalidez de la reserva resulta *ipso facto* de los motivos enumerados en el artículo 19 de las Convenciones de Viena y recogidos en la directriz 3.1 de la presente Guía de la práctica. En otras palabras, la prohibición (expresa o tácita) de la reserva o su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado son las condiciones (alternativas) necesarias y suficientes para su invalidez material.

2) En consecuencia, no cabe ninguna duda de que la aceptación por un Estado o una organización internacional contratante 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 consecuencia "objetiva" de la prohibición de la reserva o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado. Eso es lo que explica la directriz 3.3.2.

3) Sir Humphrey 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."²

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 artículo³, tiene como consecuencia lógica que dicha aceptación no puede surtir efectos jurídicos⁴. 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 sea "efectiva"⁵. Además, si se permitiera que la aceptación de una reserva inválida pudiera

¹ Por lo que respecta al comentario de esta disposición, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, págs. 340 a 346.

² *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, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11)*, 25ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 144, párr. 2.

³ Véase el final de la directriz 3.3 (Consecuencias de la falta de validez de una reserva): "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*".

⁴ Véase *infra* la directriz 4.5.3 [4.5.4] (Reacciones a una reserva inválida) y su comentario.

⁵ Véanse *supra* las directrices 4.2.1 a 4.2.5 y los comentarios correspondientes.

constituir un acuerdo entre el autor de esa reserva y el Estado u organización internacional que la ha aceptado, ello implicaría una modificación del tratado en las relaciones entre ambas partes, que no sería compatible con lo establecido en el artículo 41, párrafo 1 b) ii), de la Convención 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"⁶.

5) Pese a que se han expresado opiniones en contra, la Comisión estima que esta directriz debe incluirse en la tercera parte de la Guía de la práctica, consagrada a la validez de las reservas, y no en la cuarta parte, relativa a sus consecuencias, pues no se trata de establecer cuáles son los efectos de la aceptación de una reserva inválida, sino determinar qué efectos tiene la aceptación *de la validez* de la propia reserva (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 3.3.2 se refiere a la validez de la reserva —es decir, al hecho de que la aceptación no puede subsanar la invalidez de la reserva. La directriz no tiene por objeto determinar cuáles son los efectos de la aceptación de una reserva por un Estado, sino sólo constatar que, si la reserva en cuestión no es válida, sigue siendo inválida a pesar de la aceptación de la que haya sido objeto.

6) La aceptación individual⁷ —incluso expresa— de una reserva inválida no incide como tal en los efectos que produce esa nulidad, cuyos límites se fijan en la cuarta parte 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 examen de la validez, que no depende, ni puede depender, del hecho de la aceptación.

7) La directriz 3.4.1 (Validez sustancial de la aceptación de una reserva)⁸ confirma además muy claramente este punto de vista. En ella se establece que una aceptación expresa de una reserva inválida no puede tener ningún efecto por sí misma, pues es también inválida. Las directrices 3.3.2 y 3.4.1 permiten responder a la cuestión relativa a los efectos *de la aceptación* de una reserva inválida: la aceptación no puede surtir ningún efecto, ni respecto de la validez de la reserva —salvo en el caso especial previsto en el proyecto de directriz 3.3.3— ni *a fortiori* respecto de los efectos jurídicos que son consecuencia de la nulidad de la reserva inválida. Se trata de esos efectos en la sección 4.5 de la Guía de la práctica.

3.3.3 [3.3.4] Efecto de la aceptación colectiva de una reserva carente de validez

Una reserva prohibida por el tratado o incompatible con su objeto y su fin se considera válida si ninguno de los Estados contratantes u organizaciones contratantes hace objeciones después de que éstos hayan sido informados expresamente de dicha reserva por el depositario a petición de un Estado contratante o de una organización contratante.

⁶ 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-Behrman, "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).

⁷ Por oposición a la aceptación colectiva de que trata la directriz 3.3.3. Las palabras "aceptación individual" se utilizan asimismo en la directriz 2.8.9 para designar a las aceptaciones de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional procedentes de un Estado o de una organización internacional por oposición a la del órgano competente de la organización.

⁸ Esta directriz dice así: "La aceptación expresa de una reserva inválida será en sí misma inválida".

Comentario

- 1) El principio enunciado por la directriz 3.3.2 está sujeto a una importante salvedad: sólo se aplica a las aceptaciones de Estados u organizaciones internacionales individualmente. Si bien no cabe duda de que la aceptación individual por un Estado u organización contratantes no pueden tener como efecto "dar validez" a una reserva inválida ni producir ningún otro efecto en la reserva ni en el tratado, la situación es distinta cuando la totalidad de los Estados u organizaciones contratantes aprueban expresamente una reserva que —sin esa aceptación unánime— no sería válida, hipótesis prevista en la directriz 3.3.3.
- 2) Más concretamente, la situación prevista por la presente directriz es la siguiente: un Estado contratante o una organización contratante formula una reserva prohibida (expresa o tácitamente) por el tratado o incompatible con su objeto y su fin, que se notifica al depositario. Posteriormente, otro Estado u organización contratante⁹, que considera inválida la reserva, solicita al depositario que notifique esa posición al conjunto de los Estados y organizaciones contratantes aunque sin hacer objeción a la reserva. Tras la notificación de esta posición por el depositario, ningún Estado contratante u organización contratante, debidamente informado, se opone a que la reserva surta los efectos deseados —entonces la reserva se "considera válida"¹⁰.
- 3) El proyecto de artículo 17.1 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"¹¹; el texto propuesto preveía que, en esa hipótesis, se debía haber "obtenido previamente el consentimiento de los demás Estados interesados"¹². Esa disposición no se reprodujo en los proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1962¹³ y 1966, y tampoco figura en la Convención¹⁴.
- 4) Este silencio no resuelve el problema. Se puede, en verdad, 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

⁹ O bien el propio autor de la reserva, si es consciente de la invalidez de ésta.

¹⁰ Acerca de esta expresión, véase el párrafo 8) del presente comentario.

¹¹ Primer informe, A/CN.4/144, en *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 75, párr. 9.

¹² Véase el texto del proyecto *ibíd.*, pág. 69.

¹³ 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).

¹⁴ Esta solución, sin embargo, fue aplicada por la cláusula de 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, reza como sigue: "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...". Habida cuenta de esta disposición y en ausencia 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, que excluyó la aplicación del Acuerdo a las operaciones. Véanse las reservas de los Estados que a la sazón eran miembros de la Comunidad, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 840 y 841.

concertar un acuerdo unánime¹⁵ a ese fin en materia de reservas¹⁶. Esa circunstancia, conforme al principio consensual 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 positiva parece desprenderse *prima facie* del párrafo 5 del artículo 20 de la Convención.

5) Pero, bien mirado, ello no es obvio: el silencio del Estado parte no implica que éste adopte una posición en cuanto a la validez de la reserva; significa, a lo sumo, que la reserva le es oponible¹⁷ y que se abstendrá de objetarla en el futuro¹⁸. La prueba está en que no se podría 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 hayan hecho objeciones a ésta¹⁹.

6) La idea que subyace a la directriz 3.3.3 tiene cierto apoyo en la práctica. Si bien no se trata propiamente de una aceptación unánime de las partes en un tratado, el caso de la reserva de neutralidad formulada por Suiza al adherirse al Pacto de la Sociedad de las Naciones no deja de ser un ejemplo de que, a pesar de la prohibición de formular reservas, el autor de la reserva fue admitido en el círculo de Estados partes²⁰. Sin embargo, este "precedente" no permite ciertamente establecer la existencia de una regla consuetudinaria en este sentido. En consecuencia, salvo si se quiere dejar una laguna sobre una cuestión que

¹⁵ Pero no un acuerdo entre ciertas Partes solamente. Véase *supra* el párrafo 7) del comentario de la directriz 3.3.2.

¹⁶ En este sentido: D. W. Greig, *op. cit.* nota 6, págs. 56 y 57, o L. Sucharipa-Behrman, *op. cit.* nota 6, pág. 78. Igual posición sostiene D. W. Bowett, que considera, con todo, que esta posibilidad no corresponde al derecho de las reservas ("Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", *British YearBook of International Law 1976-1977*, pág. 84; véase también C. Redgwell, "Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties", *British YearBook of International Law 1993*, pág. 269). Además, no se podría pretender razonablemente que las reglas enunciadas en el artículo 19 y, en particular, en el apartado c), constituyen normas imperativas de derecho internacional general que las Partes no podrían derogar por mutuo acuerdo.

¹⁷ En ese sentido, M. Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", *California Western I.L.J.I.* 1985, pág. 26; F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, *Studies in International Law*, vol. 5, La Haya, 1988, págs. 121 a 131 o K. 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 bien lo ha señalado 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" (*Reservations to U.N. Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, T.M.C. Asser Instituut, Nijhoff, Dordrecht, 1994, pág. 56) [se trata del problema de los Estados inactivos cuyo laxismo lleva a la aceptación de reservas contrarias al objeto y el fin].

¹⁸ Véase la directriz 2.8.12 y su comentario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, págs. 258 y 259.

¹⁹ Véase en particular D. W. Greig, *op. cit.* nota 6, págs. 57 y 58. Durante los debates en la Comisión de Derecho Internacional en 1962, Bartoš ya había hecho ver que ni siquiera se podía pensar en que una reserva evidentemente carente de validez, por la simple aplicación de los plazos impuestos a la formulación de objeciones, "ya no pueda atacarse" (*Anuario...*, 1962, vol. I, 654ª sesión, 30 de mayo de 1962, págs. 182 y 183, párr. 29).

²⁰ Véase M. H. Mendelson, "Reservations to the Constitutions of International Organizations", *British Year Book of International Law*, vol. 45, 1971, págs. 140 y 141. El valor probatorio de este ejemplo queda algo atenuado por el hecho de que entonces se aplicara el principio de la unanimidad; sin embargo, una reserva manifiestamente inválida pudo surtir efecto gracias al acuerdo unánime de las partes.

puede plantearse, conviene situarse en el terreno de la *lex ferenda* y del desarrollo progresivo del derecho internacional.

7) Ese es el sentido de la directriz 3.3.3, para cuya redacción la Comisión se inspiró en la solución que adoptó respecto de la formulación tardía de reservas, por la cual admitió que la reserva prohibida por el tratado o manifiestamente contraria a su objeto y fin no se puede formular "a menos que ninguna de las demás Partes contratantes haga objeciones"²¹ después de haber sido debidamente consultadas por el depositario²².

8) Sin embargo, la Comisión ha considerado siempre que convenía proceder con prudencia. Ello explica en particular la expresión "... se considera válida si...", con la que se señala que la invalidez del principio de la reserva se mantiene pero que el acuerdo posterior de las partes ha modificado en realidad el tratado inicial con el fin de que el autor de la reserva pueda invocarla. Además debe entenderse que esta expresión deja abierta la posibilidad de que la reserva sea declarada no válida por otras razones por parte de un órgano competente para pronunciarse sobre la cuestión.

9) La expresión "a petición de un Estado contratante o de una organización contratante" que se agrega al fin de la directriz tiene como fin establecer que la iniciativa debe partir de éstos y que la Comisión no pretende suspender los estrictos límites que se imponen a las funciones del depositario en los artículos 77 de la Convención de Viena de 1969 y 78 de la de 1986. Ello está además de conformidad con uno de los motivos que inspiraron la redacción de la presente directriz, que tiene por objeto facilitar el diálogo sobre las reservas.

10) La Comisión es consciente de que la directriz 3.3.3 no toma posición sobre los plazos en los que los Estados y las organizaciones contratantes deben haber tomado posición (o en que se considera que no han hecho objeciones a que la reserva surta sus efectos). Podría pensarse que es adecuado el plazo de "uso" de 12 meses, que, según lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena, la directriz 2.6.13 impone a los Estados para formular objeciones a una reserva; pero, desde el punto de vista jurídico, la integración no se impone: el conjunto de las partes en un tratado es libre de modificarlo por acuerdo mutuo sin conceder ningún plazo. Por otra parte, puede parecer que dejar esta posibilidad abierta indefinidamente podría poner en peligro la seguridad de las relaciones sobre los tratados. Frente a estas consideraciones contradictorias, la Comisión ha optado por dejar las cuestiones abiertas. El silencio de la presente directriz sobre este punto implica que los Estados contratantes y las organizaciones contratantes deben comunicar su parecer en un plazo razonable²³.

²¹ La directriz 2.3.1 (Formulación tardía de una reserva) aprobada en primera lectura dice lo siguiente: "Salvo que el tratado disponga otra cosa, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una reserva a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás Partes contratantes haga objeción a esa formulación tardía de la reserva".

²² Véase el proyecto de directriz 2.1.8 ("Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]") y su comentario, A/57/10, nota 383 *supra*. Respecto del conjunto de esta problemática, véase R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados – Formulación y ambigüedades del régimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, págs. 223 a 230.

²³ Tal como subrayó la Corte Internacional de Justicia en el contexto de las normas relativas a la denuncia de los tratados: "Los periodos de tiempo necesarios para cumplir las obligaciones de consultar y negociar y la antelación con que debe hacerse la notificación son cuestiones que varían necesariamente con arreglo a las circunstancias de cada caso particular. En principio, por consiguiente, corresponde a las partes en cada caso determinar la duración de esos periodos celebrando de buena fe consultas y negociaciones". Tal como ha observado la Corte, "[c]iertas indicaciones sobre la duración posible de esos periodos pueden hallarse en las disposiciones de los acuerdos de sede, incluida la sección 37 del Acuerdo de 25 de marzo de 1951, y en el artículo 56 de la

11) Al igual que la directriz 3.3.2²⁴, la directriz 3.3.3 debe integrarse en la tercera parte de la Guía de la práctica relativa a la validez de las reservas. En cualquier caso, no sería lógico incluir un proyecto de directriz de esa índole en la parte relativa a los efectos de una reserva inválida; por definición, la reserva de que se trata en este caso se vuelve válida en razón de la aceptación o ausencia de oposición unánimes

4.5 Consecuencias de una reserva inválida

1) Ni la Convención de Viena de 1969 ni la de 1986 tratan abiertamente la cuestión de los efectos jurídicos de una reserva que no respeta las condiciones de validez sustancial y formal establecidas en los artículos 19 y 23, cuyo cumplimiento permite considerar que la reserva es efectiva con respecto a otro Estado contratante u otra organización contratante desde el momento en el que ha sido aceptada por éste o ésta conforme a lo dispuesto en el artículo 20. Los trabajos preparatorios de las disposiciones relativas a las reservas en estas dos Convenciones tampoco arrojan luz sobre los efectos, o la ausencia de efectos, derivados de la invalidez de una reserva.

2) Los efectos que los primeros relatores especiales de la Comisión atribuían a una reserva que no era efectiva derivaban implícitamente de su adhesión al sistema tradicional de la unanimidad: el autor de la reserva no podía pretender convertirse en parte en el tratado. Por lo demás, no se trataba de determinar los efectos de una reserva que no cumplía determinadas condiciones de validez, pues no existían tales condiciones en este sistema enteramente intersubjetivo²⁵, sino, más bien, los de una reserva que no había sido aceptada por todos los demás Estados contratantes y que, por esta razón, no se convertía en "parte del acuerdo entre las partes"²⁶.

3) Desde esta perspectiva, en 1950 J. L. Brierly consideró que la aceptación de un tratado con una reserva solamente produce efectos cuando todos los Estados u organizaciones internacionales cuyo consentimiento sea necesario para la validez de dicha reserva hayan expresado su consentimiento a ella²⁷. H. Lauterpacht expresó esta misma idea afirmando que, en el caso de un tratado multilateral, es nula toda firma, ratificación, adhesión u otra forma de aceptación del tratado que vaya acompañada de una o más reservas a las que todas las demás partes en el tratado no den su asentimiento²⁸. En el supuesto de que una reserva no sea formulada de esta manera, no producirá efecto alguno e implicará la nulidad del consentimiento en obligarse por el tratado. El Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Sociedad de las Naciones ya había subrayado esta ausencia de efectos de una reserva "carente de valor":

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo correspondiente del proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Pero lo que es razonable y equitativo en un caso dado depende necesariamente de las circunstancias". (Opinión consultiva de 20 de diciembre de 1980 sobre la Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, *Rec. 1980*, pág. 96 ; véase también CIJ, sentencia de 26 de noviembre de 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Compétence et recevabilité* [Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, Competencia de la Corte y Admisibilidad de la demanda], *Rec. 1984*, pág. 420, párr. 63.

²⁴ Véanse los párrafos 6) y 7) del comentario de la directriz 3.3.2.

²⁵ Véase sin embargo el párrafo 4) *supra*.

²⁶ J. L. Brierly, Report on the Law of Treaties (A/CN.4/23), *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 241, párr. 96. Véase también *ibíd.*, vol. I, 53ª sesión, 23 de junio de 1953, pág. 90, párr. 3 (J. L. Brierly).

²⁷ Proyecto de artículo 10, párr. 3, en el informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/23), pág. 52 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950*, vol. II, pág. 240).

²⁸ Proyecto de artículo 9, en el informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/63), pág. 7 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1953*, vol. II, pág. 91).

"Para que pueda formularse válidamente una reserva cualquiera sobre una cláusula del tratado, es indispensable que dicha reserva sea aceptada por todos los contratantes, como lo habría sido si se hubiese formulado durante la negociación. De lo contrario, la reserva, al igual que la firma subordinada a dicha reserva, carecerá de valor."²⁹

En este sistema, se trataba más de ausencia de efectos que de falta de validez de la reserva, siendo el consentimiento a ella el único elemento que determinaba que la reserva fuera aceptable o inaceptable con respecto a todas las demás partes contratantes.

4) No obstante, el propio J. L. Brierly, firme partidario del sistema de la unanimidad, era consciente de que tal vez había reservas que, por su propia naturaleza o por causa del tratado al que se referían, podían verse privadas *ipso jure* de todo posible efecto. Al observar la práctica convencional, consideró que algunas disposiciones convencionales tan sólo permiten determinadas reservas definidas en el texto y prohíben todas las demás. Nada dicen sobre el papel del depositario ni sobre la cuestión de la consulta de los Estados con respecto a las reservas, *pues no se pueden plantear estos problemas debido a que en esta etapa no se permite formular ninguna reserva*³⁰. De ello se desprende que los Estados no eran libres de aceptar cualquier cláusula especial en forma de reserva³¹, como había sostenido el Relator Especial un año antes, sino que existían reservas que no podían ser aceptadas al estar prohibidas por el propio tratado. Fitzmaurice incorporó la idea en el párrafo 3 de su proyecto de artículo 37 en los siguientes términos:

"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."³²

5) La situación cambió con el primer informe de Sir Humphrey Waldock. En efecto, el cuarto Relator Especial sobre el derecho de los tratados, partidario del sistema flexible, subordinaba expresamente el derecho soberano de los Estados a formular reservas a determinadas condiciones de validez. A pesar de las incertidumbres relativas a su posición sobre la validez de las reservas contrarias al objeto y propósito del tratado³³, el párrafo 1 del proyecto de artículo 17 de su primer informe "admite la opinión de que, *salvo cuando el tratado mismo prohíba o restrinja, ya sea expresamente o de modo claramente implícito*, hacer reservas, el Estado está en libertad, en virtud de su soberanía, de formular las reservas que estime oportunas"³⁴. Sin embargo, Sir Humphrey no consideró pertinente precisar los

²⁹ *Diario Oficial de la Sociedad de las Naciones*, octavo año, N° 7, pág. 880.

³⁰ Informe sobre las reservas a las convenciones multilaterales (A/CN.4/41, pág. 10, párr. 11) (*Anuario...*, 1951, vol. II, pág. 3) (sin cursiva en el original). El Relator Especial citó en el anexo C de su informe los ejemplos del Convenio por el que se establece una ley uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden de 1930, el Convenio por el que se establece una ley uniforme en materia de cheques de 1931 y el Protocolo de 1948 por el que se modifica la Convención Internacional sobre Estadísticas Económicas, firmada en Ginebra el 14 de diciembre de 1928.

³¹ Informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/23), pág. 50, párr. 88 (*Anuario...*, 1950, vol. II, pág. 239).

³² Informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/101), *Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 118.

³³ Primer informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/144), *Anuario...*, 1962, vol. II, págs. 75 y 76, párrafo 10) del comentario sobre el proyecto de artículo 17. Véase también el comentario sobre la directriz 3.1 (Validez material de una reserva), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10)*, págs. 364 y 365, párrs. 2 y 3.

³⁴ Primer informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/144), *Anuario...*, 1962, vol. II, págs. 74 y 75, *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 74, párrafo 9) del comentario sobre el proyecto de artículo 17 (en cursiva en el original). Véase también *ibid.*, pág. 76, el párrafo 15) del comentario sobre el proyecto de artículo 18. Véanse asimismo los debates de la CDI, *Anuario...*, 1962, vol. I,

efectos que conllevaba la formulación de una reserva prohibida. Es decir, expuso los criterios de validez de las reservas sin determinar el régimen de aquellas que no los respetaban³⁵.

6) No obstante, el primer informe de Sir Humphrey contiene algunas pistas que inducen a reflexionar sobre los efectos de una reserva prohibida por el tratado. En este sentido, "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"³⁶. Si bien esta precisión no responde directamente a la pregunta de cuál es el efecto de las reservas prohibidas, tiene el valor de sugerir que éstas están excluidas del campo de aplicación de las disposiciones relativas al consentimiento de los Estados contratantes y, por tanto, del conjunto de las disposiciones relativas a los efectos de las reservas, dejando al margen la posibilidad de convalidar una reserva que, de lo contrario, no sería válida, mediante el consentimiento unánime de todos los Estados contratantes³⁷.

7) Durante mucho tiempo la Comisión trató por separado —y de forma algo confusa— la cuestión de las reservas incompatibles con el fin y el objeto del tratado y la de las reservas prohibidas. Así, el apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 20 ("Efectos de las reservas"), aprobado en primera lectura por la Comisión, tan sólo contemplaba los efectos jurídicos de una reserva en relación con una objeción que se le hubiera formulado por causa de su incompatibilidad con el fin y el objeto del tratado:

"Toda objeción hecha a una reserva por un Estado que la considerare incompatible con el objeto y finalidad del tratado impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere formulado la reserva y el que hubiere formulado la objeción, salvo que este último hubiere manifestado la intención contraria."³⁸

8) Asimismo, se desprende de esta formulación que el efecto de la objeción, a su vez también sometida a la condición de la compatibilidad con el objeto y el fin conforme a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia³⁹, tan sólo estaba previsto para los

651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 160, párr. 64 (Yasseen) y las conclusiones del Relator Especial, ibíd., 653ª sesión, 29 de mayo de 1962, pág. 178, párr. 57 (Sir Humphrey Waldock).

³⁵ A. Verdross consideró durante el debate que el caso en el que "el tratado prohíba específicamente las reservas [...] no ofrece dificultad alguna" (ibíd., 652ª sesión, 28 de mayo de 1962, pág. 160, párr. 33), sin por ello aportar ninguna solución concreta en cuanto a los efectos de la violación de dicha prohibición expresa. No obstante, los miembros de la Comisión eran conscientes de que podía plantearse el problema, como demuestra el debate del proyecto de artículo 27 relativo a las funciones del depositario (*Anuario...*, 1962, vol. I, 658ª sesión, 6 de junio de 1962, pág. 205, párr. 59 (Sir Humphrey Waldock), e ibíd., 664ª sesión, 19 de junio de 1962, pág. 253, párrs. 82 a 95).

³⁶ Ibíd., vol. II, pág. 75, párrafo 9) del comentario sobre el proyecto de artículo 17. En este mismo sentido, véase J. L. Brierly, Informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/23), pág. 50, párr. 88 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950*, vol. II, pág. 239).

³⁷ Proyecto de artículo 17, párrafo 1 b), en el primer informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/144), *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 69: "Es inadmisibles la formulación de una reserva que esté expresamente prohibida o implícitamente excluida con arreglo a las disposiciones del inciso a), salvo cuando se haya obtenido previamente el consentimiento de todos los demás Estados". Véase también el proyecto de artículo 18 propuesto por Sir Humphrey Waldock en 1965, cuarto informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/177 y Add.1 y 2), *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 52. Sobre la cuestión del consentimiento unánime de los Estados contratantes y de las organizaciones contratantes, véanse *supra* la directriz 3.3.3 y su comentario, en particular el párrafo 3).

³⁸ *Anuario...*, 1962, vol. II, pág. 194.

³⁹ En 1951 la Corte afirmó que es la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención la que debe servir de criterio para apreciar la actitud del Estado que se adhiere formulando una reserva y del que considera que debe presentar una objeción a este respecto. Esta es la norma de

casos de reservas contrarias (o consideradas contrarias) al objeto y el fin del tratado. No obstante, tras las críticas expresadas por varios Estados con respecto a esta limitación del derecho a formular objeciones a las reservas, el Relator Especial propuso en 1965 una nueva fórmula⁴⁰ con el fin de desvincular más claramente la objeción de la validez de la reserva. Pero, como consecuencia de ello, las reservas inválidas se dejaron al margen de los trabajos de la Comisión y de la Conferencia y así se mantuvieron hasta la aprobación de la Convención de Viena.

9) La ausencia de normas en la Convención de Viena de 1969 con respecto a las reservas inválidas deriva, por otra parte, del propio texto del párrafo 1 de su artículo 21, relativo al efecto de la aceptación de una reserva: solamente pueden considerarse efectivas en el sentido de esa disposición las reservas que al mismo tiempo sean válidas conforme a las condiciones del artículo 19, se hayan formulado conforme a lo dispuesto en el artículo 23 y hayan sido aceptadas por otra parte contratante conforme al artículo 20⁴¹. Es evidente que una reserva que no sea válida no cumple dichas condiciones acumulativas, independientemente de su aceptación por una o varias partes contratantes.

10) No obstante, esta precisión no se recoge en el párrafo 3 del artículo 21 relativo a las objeciones a las reservas. Pero de ello no se desprende que la Convención determine los efectos jurídicos de una reserva inválida que haya sido objetada: para que dicha objeción pueda surtir el efecto previsto en el párrafo 3 del artículo 21, será necesaria al menos una aceptación, conforme a lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 4 del artículo 20⁴²; ahora bien, los efectos de la aceptación de una reserva inválida no están regulados por la Convención.

11) Los trabajos de la Conferencia de Viena confirman claramente que la Convención de 1969 no trata de las consecuencias de las reservas inválidas y menos aún de sus efectos. En 1968, en la primera sesión de la Conferencia, los Estados Unidos propusieron que se añadiera en la frase introductoria del párrafo 4 del futuro artículo 20, tras las palabras "en los casos no previstos en los párrafos precedentes de este artículo", la siguiente precisión: "y salvo que la reserva esté prohibida en virtud del artículo 16 [futuro artículo 19]"⁴³. Según

conducta que debe orientar a cada Estado en la apreciación que le corresponde hacer individualmente y por cuenta propia del carácter regular de una reserva (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, opinión consultiva, C.I.J., Recueil des traités 1951*, pág. 24). Para un análisis riguroso de las diferencias entre el sistema jurídico adoptado por la Comisión y la opinión consultiva de la Corte de 1951, véase J. K. Kohl, "Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision", *Harvard International Law Journal*, vol. 23, 1982-1983, págs. 88 a 95.

⁴⁰ Cuarto informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/177 y Add.1 y 2), *Anuario...*, 1965, vol. II, pág. 54, párrafo 9) del comentario sobre el proyecto de artículo 19. El párrafo 4 del proyecto de artículo 19 propuesto por Sir Humphrey establece lo siguiente:

"4. En los demás casos, salvo que el Estado [*sic* – léase "el tratado"] interesado manifestare [en inglés, *specifies*] otra cosa:

- a) La aceptación de una reserva por una de las partes constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con la parte que la hubiere aceptado;
- b) La objeción hecha a una reserva por una de las partes impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere hecho la objeción y el Estado autor de la reserva."

⁴¹ Véase *supra* la directriz 4.1 (Efectividad de una reserva con respecto a otro Estado u organización) y su comentario.

⁴² Véanse los párrafos 2) y 3) del comentario de la directriz 4.3.2.

⁴³ A/CONF.39/C.1/L.127, reproducido en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primera y segunda sesión, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969* (A/CONF.39/11/Add.2), pág. 146, párr. 179 v) d).

las explicaciones dadas por H. Briggs, representante de los Estados Unidos, en apoyo de la enmienda:

"La finalidad de la enmienda de los Estados Unidos al párrafo 4 es hacer extensiva la aplicación de las reservas prohibidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 a las decisiones tomadas por los Estados, en virtud del párrafo 4 del artículo 17, al aceptar una reserva propuesta o hacer objeciones a la misma. En particular, la propuesta impediría que otro Estado contratante aceptase una reserva prohibida por el tratado y el criterio de incompatibilidad con el objeto o el fin del tratado establecido en el apartado c) del artículo 16 sería aplicable a esa aceptación o a esas objeciones. El apartado c) establece un criterio de incompatibilidad relativo a las reservas prohibidas, pero presenta el defecto de no hacerlo aplicable de modo explícito a la aceptación de las reservas o a la objeción a las reservas."⁴⁴

12) Aunque apenas se desprenda de las explicaciones de H. Briggs, que hacen sobre todo hincapié en la extensión de los criterios de validez de una reserva a las aceptaciones y objeciones, la enmienda de los Estados Unidos habría tenido sin duda por efecto que el sistema de las aceptaciones y objeciones a las reservas contemplado en el párrafo 4 del artículo 20 quedase limitado únicamente a las reservas que cumplieran los criterios de validez del artículo 19. La aceptación de una reserva inválida o la objeción a ella quedan excluidas claramente del campo de aplicación de dicha enmienda⁴⁵, sin que se haya propuesto ninguna norma nueva con respecto a estas reservas. M. Wershof, representante del Canadá, planteó entonces la pregunta de si "[concordaba] o no el párrafo c) de la enmienda de los Estados Unidos (A/CONF.39/C.1/L.127) con la intención de la Comisión de Derecho Internacional en materia de reservas incompatibles"⁴⁶. Sir Humphrey, en su calidad de consultor técnico, señaló que "la respuesta [era] afirmativa [...], pues en definitiva se trata de repetir la norma ya enunciada en el artículo 16"⁴⁷.

13) La enmienda "de redacción" de los Estados Unidos fue remitida al Comité de Redacción⁴⁸. Sin embargo, ni el texto aprobado provisionalmente por el Comité y presentado a la Comisión Plenaria el 15 de mayo de 1968⁴⁹, ni el texto finalmente aprobado por la Comisión Plenaria y remitido a la Conferencia Plenaria⁵⁰ contienen la fórmula propuesta por los Estados Unidos, sin que se explique esta decisión en los trabajos publicados de la Conferencia. No obstante, queda claro que la Comisión de Derecho Internacional y la Conferencia consideraron que el caso de las reservas inválidas no estaba

⁴⁴ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primera sesión, 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)*, 21ª sesión de la Comisión Plenaria, 10 de abril de 1968, pág. 119, párr. 11.

⁴⁵ No obstante, no queda del todo clara la razón por la cual no debería aplicarse la misma restricción a los casos previstos en el párrafo 2 (tratados que deben ser aplicados en su integridad) y en el párrafo 3 (instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales).

⁴⁶ Véase la nota 2 *supra*, 24ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 146, párr. 77.

⁴⁷ *Ibid.*, 25ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 146, párr. 4. El artículo 16 del proyecto de artículos pasó a ser el artículo 19 de la Convención.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 149, párr. 38.

⁴⁹ A/CONF.39/C.1/L.344, reproducido en *Documentos de la Conferencia (A/CONF.39/11/Add.2)*, nota 43 *supra*, pág. 148, párr. 185.

⁵⁰ El texto fue aprobado por 60 votos contra 15 y 13 abstenciones (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segunda sesión, 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)*, 85ª sesión de la Comisión Plenaria, 10 de abril de 1969, pág. 234, párrs. 33 y 34). Para el texto de esta disposición, véase *Documentos de la Conferencia (A/CONF.39/11/Add.2)*, pág. 125, párr. 57.

regulado por normas expresas aprobadas como resultado de sus trabajos y que las disposiciones de los artículos 20 y 21 de la Convención de Viena no se aplicaban a esta situación.

14) La cuestión de los eventuales efectos de una reserva formulada incumpliendo las condiciones de validez del artículo 19 no se abordó ni durante los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en relación con la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales ni durante los de la Conferencia de Viena de 1986. Sin embargo, Paul Reuter, Relator Especial de la Comisión sobre la cuestión, reconoció que "incluso en los tratados entre Estados, la cuestión de las reservas ha sido siempre una cuestión difícil y controvertida y no se pudo poner término a todas las dificultades, ni siquiera con las disposiciones de la Convención de Viena"⁵¹. No obstante, "el Relator Especial [estimó] prudente no apartarse de [la Convención de 1969] en lo concerniente a la concepción de las reservas"⁵².

15) En sus observaciones sobre la Observación general N° 24 del Comité de Derechos Humanos, el Reino Unido también reconoció, al menos en principio⁵³, que la Convención de Viena de 1969 no regula la cuestión de las reservas inválidas. Su explicación fue la siguiente:

"El Comité está en lo cierto al decir que los artículos 20 y 21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contienen las normas que, tomadas en conjunto, gobiernan los efectos jurídicos de las reservas a los tratados multilaterales. El Reino Unido se pregunta si el Comité está en lo cierto al suponer que se aplican a las reservas incompatibles. Es indudable que las normas citadas se aplican a las reservas que son plenamente compatibles con el objeto y el fin del Pacto, pero permanecen abiertas a la aceptación o a la formulación de objeciones [...]. Es, sin embargo, discutible si también tuvieron por objeto cubrir las reservas que son inadmisibles *in limine*".⁵⁴

16) En efecto, hay que admitir que ni la Convención de Viena de 1969 ni la de 1986 (en gran medida semejantes, incluso en este aspecto) no contienen normas claras y precisas sobre los efectos de una reserva inválida⁵⁵. Esta es una de las lagunas más graves de las Convenciones de Viena en la materia. Se ha hablado en este sentido de "vacío normativo",

⁵¹ Décimo informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1981*, vol. II, primera parte, pág. 63, párr. 53. El Relator Especial se refirió a los trabajos de P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, París, 1979, y "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. XXIV, 1978, págs. 29 a 58.

⁵² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1977*, vol. I, 1434ª sesión, 6 de junio de 1977, pág. 104, párr. 4 (P. Reuter).

⁵³ Véase la nota 92 *infra*. Aunque el Reino Unido considera que las reservas inválidas no están reguladas en las Convenciones de Viena, la solución que propone consiste, no obstante, en aplicarles sin más el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones.

⁵⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40)*, vol. I, págs. 137 y 138, párr. 13.

⁵⁵ En este sentido, véase también G. Gaja, "Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili", en *Studi in onore di Vincenzo Starace* (Nápoles, éd. Scientifica, 2008, págs. 349 a 361; B. Simma, "Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments", *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, Kluwer, La Haya, 1998, pág. 663; Ch. Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tomo 281, pág. 321.

que es tanto más preocupante cuanto que en los trabajos preparatorios malamente se encuentran indicaciones claras sobre la intención de los autores de la Convención de 1969; por el contrario, inducen a pensar que dejaron deliberadamente la cuestión en suspenso. Ahora bien, lo que era aceptable en el marco de un instrumento general sobre el derecho de los tratados, debido a los desacuerdos que suscita la cuestión, deja de serlo precisamente cuando se trata de colmar las lagunas de las Convenciones de Viena en materia de reservas.

17) Resulta particularmente sorprendente que "la Convención de Viena de 1969 no ha paralizado el derecho. Incluso independientemente de que la Convención deje subsistir numerosas ambigüedades, tenga lagunas sobre puntos a veces muy importantes y no haya podido prever reglas aplicables a problemas que no se planteaban o que apenas se planteaban en el momento de su elaboración [...], su adopción ha constituido el punto de partida de prácticas nuevas que no se han estabilizado o apenas se han estabilizado en el momento actual"⁵⁶. Por lo tanto, conforme al método de trabajo seguido por la Comisión en el marco de la elaboración de la Guía de la práctica⁵⁷, conviene dar por sentadas las normas convencionales, que no se pronuncian sobre la cuestión de los efectos de las reservas inválidas, y procurar colmar sus lagunas y, cuando parezca realizable y deseable, eliminar sus ambigüedades pero preservando su flexibilidad y adaptabilidad⁵⁸.

18) Sin embargo, no se trata en modo alguno de que la Comisión legisle y establezca *ex nihilo* normas relativas a los efectos de una reserva que no cumple los criterios de validez. La práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina ya han elaborado enfoques y soluciones para esta cuestión que en su opinión pueden perfectamente guiar sus trabajos en la materia. No se trata de crear, sino de sistematizar los principios y normas aplicables de forma razonable y preservando el espíritu general del sistema de Viena.

19) Como título de esta cuarta parte de la Guía de la práctica se ha preferido el de "Consecuencias de una reserva inválida" al de "Efectos de una reserva inválida"⁵⁹, dado que la principal consecuencia de estos instrumentos es precisamente que carecen de efectos.

20) Por otra parte, cabe observar que las reservas inválidas cuyas consecuencias se explicitan en esta parte de la Guía de la práctica lo son ya sea porque no cumplen las exigencias de forma y procedimiento establecidas en la segunda parte o porque carecen de validez sustancial según las disposiciones de la tercera parte. El empleo de las palabras "validez/invalidéz" y "válidas/inválidas" se ajusta a la definición general de la expresión "validez de las reservas" adoptada por la Comisión en 2006 para "denominar la operación intelectual consistente en determinar si una declaración unilateral hecha por un Estado o por

⁵⁶ Primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1995, vol. II, primera parte, pág. 164, párr. 161.

⁵⁷ Durante el examen del décimo informe sobre las reservas a los tratados realizado por la Comisión en 2006, "hubo incluso quien se preguntó si la Comisión debía ocuparse de las consecuencias de la falta de validez de las reservas, que, tal vez sensatamente, no se abordaban en las Convenciones de Viena. Hubiera sido mejor no tratar de llenar esa laguna; el régimen que confería a los Estados la facultad de pronunciarse libremente sobre la validez de las reservas y sacar o no las consecuencias debidas existía ya y no era necesario cambiarlo" (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10)*, pág. 337, párr. 142).

No obstante, en el seno de la Sexta Comisión se afirmó que se trataba de una cuestión central del estudio [A/C.6/61/SR.17, párr. 5 (Francia)]. Varias delegaciones dieron su aprobación a la idea de la nulidad de una reserva inválida [A/C.6/61/SR.16, párr. 43 (Suecia)]; *ibíd.*, párr. 51 (Austria); y [A/C.6/61/SR.17, párr. 7 (Francia)] y se expresó el deseo de que los efectos concretos de esta nulidad fueran precisados en la Guía de la práctica [A/C.6/61/SR.16, párr. 59 (Canadá)].

⁵⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1998, vol. II, segunda parte, pág. 100, párr. 482.

⁵⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1998, vol. II, segunda parte, pág. 110, nota 219.

una organización internacional con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización puede producir los efectos asignados en principio a la formulación de una reserva"⁶⁰.

4.5.1 [4.5.1 Nulidad de una reserva inválida y 4.5.2]

Una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y material contempladas en las partes segunda y tercera de la Guía de la práctica es nula de pleno derecho y, por lo tanto, carece de efecto jurídico.

Comentario

1) Al indicar claramente que una reserva que no cumple las condiciones de validez formal y sustancial enunciadas en las partes segunda y tercera de la Guía de la práctica es nula y al deducir formalmente que carece de todo efecto, la directriz 4.5.1 pretende colmar una de las lagunas más graves de las Convenciones de Viena, que dejaron deliberadamente sin respuesta esta cuestión⁶¹, a pesar de la gran importancia que reviste.

2) La presente directriz, que es probablemente una de las disposiciones más importantes de la Guía de la práctica, no duplica la directriz 3.3.2 (Consecuencias de la invalidez de una reserva)⁶². En primer lugar, concierne tanto a la invalidez formal como sustancial de las reservas⁶³; dado que la tercera parte, en particular sus tres primeras secciones, se refiere únicamente a la validez sustancial de las reservas, no hay ninguna razón para excluir de las condiciones de validez de una reserva —cuyo incumplimiento hace que la reserva sea nula— las que se refieren a la forma. Una reserva que no se haya formulado por escrito⁶⁴, que no haya sido notificada a las demás partes interesadas⁶⁵ o que se haya formulado con retraso⁶⁶ tampoco puede, en principio, surtir efectos jurídicos; es nula de pleno derecho⁶⁷. En segundo lugar, la directriz 4.5.1 figura después de las directrices 3.1 y 3.3.2, de las cuales extrae consecuencias: estas últimas establecen en qué condiciones carece de validez una reserva y la directriz 4.5.1 deduce de esta invalidez que la reserva es nula y carece de efecto jurídico.

⁶⁰ Véase *Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10)*, pág. 358, párrafo 2, del comentario de la introducción a la sección 3 de la Guía de la práctica.

⁶¹ Véase *supra* el párrafo 16 de la introducción general a la sección 4.5 de la Guía de la práctica.

⁶² Véase *supra* la nota 3.

⁶³ Véase *supra* el párrafo 20 de la introducción general a la sección 4.5 de la Guía de la práctica. Este gran alcance explica que la directriz 4.5.1 figure en la cuarta parte y no en la tercera de la Guía de la práctica (véanse, *a contrario*, las razones de la inclusión de la directriz 3.3.2 en la tercera parte, en los párrafos 5) a 7) del comentario de ésta (véase también el párrafo 11) del comentario de la directriz 3.3.3).

⁶⁴ Art. 23, párr. 1, de las Convenciones de Viena. Véase también la directriz 2.1.1 (Forma escrita), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2002*, vol. II, segunda parte, págs. 29 y 30.

⁶⁵ Art. 23, párr. 1, de las Convenciones de Viena. Véase también la directriz 2.1.5 (Comunicación de las reservas), *ibíd.*, págs. 35 a 40.

⁶⁶ Véanse las directrices 2.3 (Reservas tardías), 2.3.1 (Formulación tardía de una reserva) a 2.3.5 (Ampliación del alcance de una reserva), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II, segunda parte, págs. 197 a 205, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/59/10)*, págs. 297 a 303.

⁶⁷ Además, la directriz 4.5 sería el equivalente para las reservas inválidas de lo que la directriz 4.1 es para las reservas válidas ("Reservas efectivas"): tanto la una como la otra se refieren a las dos categorías de condiciones (sustanciales o formales) necesarias para que una reserva se considere "efectiva" en un caso (con la condición de que sea además aceptada por al menos otro Estado contratante u organización contratante) o "inválida" en el segundo caso.

3) La expresión "de pleno derecho" tiene por objeto recordar que esta nulidad no depende de las reacciones de otros Estados contratantes u organizaciones contratantes, cosa que especifican de modo más explícito las directrices 3.3.2 y 4.5.3.

4) La nulidad de la reserva y las consecuencias y los efectos de esta nulidad son dos aspectos sin duda interdependientes, pero no por ello dejan de ser diferentes. No es posible examinar en primer lugar los efectos de una reserva inválida para deducir de ello su nulidad: el hecho de que un acto jurídico no produzca efectos no significa que sea necesariamente nulo. Son las características del acto las que influyen en sus efectos y no a la inversa. En este sentido, la nulidad de un acto es simplemente una de sus características, que, a su vez, influye en la capacidad del acto para producir o modificar una situación jurídica.

5) Sobre el acto nulo en derecho civil, el gran jurista francés Marcel Planiol afirmó lo siguiente:

"Un acte juridique est nul lorsqu'il se trouve privé d'effets par la loi, bien qu'il ait été réellement accompli, et qu'aucun obstacle ne le rende inutile. La nullité suppose que l'acte pourrait produire tous ses effets, si la loi le permettait."⁶⁸

[Un acto jurídico es nulo cuando se encuentra privado de efectos por la ley, aunque se haya realizado realmente y no haya ningún obstáculo que lo convierta en inútil. La nulidad supone que el acto podría producir todos sus efectos si la ley lo permitiera.]

El *Dictionnaire de droit international* define el término nulidad de la siguiente forma:

"Caractéristique d'un acte juridique, ou d'une disposition d'un acte, dépourvu de valeur juridique, en raison de l'absence des conditions de forme ou de fond nécessaires pour sa validité."⁶⁹

[Característica de un acto jurídico, o de una disposición de un acto, carente de valor jurídico debido a la falta de condiciones de forma o de fondo necesarias para su validez.]

Este es exactamente el caso de la reserva que no cumple los criterios de validez del artículo 19 de las Convenciones de Viena: no cumple las condiciones de fondo necesarias para su validez y, por esta razón, carece de valor jurídico. Sin embargo, la reserva habría podido surtir efectos jurídicos si hubiera cumplido las condiciones necesarias para su validez.

6) Remitirse únicamente a la apreciación de las partes contratantes para determinar la validez de una reserva equivale, en último término, a negar todo efecto útil al artículo 19 de las Convenciones de Viena (cuyo texto, en su versión de 1986, se reproduce en la directriz 3.1), que, sin embargo, ocupa un lugar absolutamente central en el régimen de Viena y que formula (*a contrario*) las condiciones de validez sustancial de las reservas, no como si se tratara de elementos que debieran ser tenidos en cuenta por los Estados y las organizaciones internacionales, sino en términos prescriptivos⁷⁰. La posición contraria implica que los Estados podrían, al aceptarla, validar una reserva que no cumpliera los

⁶⁸ Citado por P. Guggenheim, "La validité et la nullité des actes juridiques internationaux", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tomo 74, 1949-I, pág. 208.

⁶⁹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruselas 2001, pág. 760 (*nullité*).

⁷⁰ "Un Estado podrá formular una reserva en el momento [...], a menos [...]", lo que significa sin duda alguna que "un Estado NO PUEDE formular una reserva SI [...]".

critérios de validez contemplados en la Convención de Viena de 1969 o en la de 1986. Ello privaría al artículo 19 de toda sustancia y contradiría las disposiciones de la directriz 3.3.2.

7) Es pues razonable y conforme con la lógica del régimen de Viena consagrar la solución en la que coinciden los partidarios de la admisibilidad y los de la oponibilidad⁷¹, igualmente conforme a las posiciones adoptadas por los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos⁷², según la cual la inobservancia de las condiciones de validez de la formulación de las reservas enunciadas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena y recogidas en el proyecto de directriz 3.1 entraña la nulidad de la reserva. La nulidad de una reserva inválida no dimana en absoluto de la *lex ferenda*; está sólidamente arraigada en la práctica de los Estados.

8) No es infrecuente que los Estados formulen objeciones a reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado, precisando que consideran la reserva como "nula y sin valor".

9) Ya en 1955 y 1957, cuando ratificaron las Convenciones de Ginebra sobre el derecho humanitario de la guerra, el Reino Unido y los Estados Unidos hicieron objeciones a las reservas formuladas por varios Estados de Europa del Este, precisando que como las reservas en cuestión eran nulas, las convenciones se aplicaban íntegramente a los Estados autores de las reservas. El Reino Unido declaró que:

"si bien considera a todos los Estados citados como partes en los Convenios en cuestión, no reconoce como válidas las reservas mencionadas que han formulado dichos Estados y, por consiguiente, considera cualquier aplicación de dichas reservas como una violación del Convenio en cuestión."⁷³

Por su parte, en 1982,

"el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas [consideró] nula y sin valor la reserva formulada por el Gobierno del Reino de Arabia Saudita con ocasión de su adhesión a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, ya que esa reserva [era] contraria a una de las disposiciones esenciales de dicha Convención, en concreto la que señala que "la valija diplomática no podrá ser abierta ni retenida".⁷⁴

⁷¹ Aun si éstos no deducen todas las consecuencias. Sobre la oposición de ambas escuelas, véase el comentario introductorio de la tercera parte de la Guía de la práctica (Validez de las reservas y declaraciones interpretativas), párr. 3 (*Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10)*, pág. 342); véase también el informe preliminar sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/470. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1995*, vol. II, primera parte, págs. 154 y 155, párrs. 101 a 105.

⁷² Véase el párrafo 16) del comentario de la directriz 3.2 (*Documentos oficiales de la Asamblea general, sexagésimo cuarto período de sesiones, suplemento N° 10 (A/64/10)*, pág. 319), así como el comentario de las directrices 3.2.1 (Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de una reserva) y 3.2.2 (Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de las reservas), *ibíd.*, págs. 332 a 335.

⁷³ Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 278, 1957, pág. 268. Véanse también las objeciones idénticas de los Estados Unidos, adjuntas a los cuatro Convenios de Ginebra. La objeción presentada al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra establece lo siguiente: "Rechazando las reservas formuladas por varios Estados al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, los Estados Unidos de América aceptan tener con todas las partes en el Convenio las relaciones derivadas de un tratado, salvo por lo que se refiere a las modificaciones propuestas por dichas reservas" (*ibíd.*, vol. 213, 1955, pág. 383).

⁷⁴ *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. III, 3).

También es este el caso de Italia, que presentó una objeción a la reserva formulada por los Estados Unidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

"En opinión de Italia, no están autorizadas las reservas a lo dispuesto en el artículo 6, tal y como se especifica en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto.

Por ello, esta reserva es nula y sin valor, puesto que es incompatible con el objeto y el fin del artículo 6 del Pacto."⁷⁵

En 1995, Finlandia, los Países Bajos y Suecia presentaron objeciones similares a las declaraciones formuladas por Egipto al adherirse al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. Los Países Bajos precisaron en su objeción lo siguiente:

"El Reino de los Países Bajos considera que la declaración egipcia relativa a la exigencia de una autorización previa antes de transitar por las aguas territoriales constituye una reserva nula y sin valor."⁷⁶

Los Gobiernos de Finlandia y Suecia también precisaron en sus objeciones que consideraban estas declaraciones "nulas y sin valor"⁷⁷. Las reacciones de Suecia ante las reservas consideradas inválidas a menudo van acompañadas de esta precisión, con independencia de la cuestión de si la reserva está o no prohibida por el tratado⁷⁸, si se ha formulado con retraso⁷⁹ o si es incompatible con el objeto y el fin del tratado⁸⁰. En esta última hipótesis, la reacción de Suecia a la declaración formulada por la República Democrática Alemana en relación con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁸¹ es particularmente explícita:

"El Gobierno de Suecia concluye de todo ello que la declaración efectuada por la República Democrática Alemana es incompatible con el objeto y el fin de la

⁷⁵ *Ibid.* (cap. IV, 4).

⁷⁶ *Ibid.* (cap. XXVII, 3). El párrafo 1 del artículo 26 del Convenio de Basilea establece lo siguiente: "No se podrán formular reservas ni excepciones al presente Convenio".

⁷⁷ *Ibid.* (cap. XXVII, 3).

⁷⁸ Véase la nota *supra*.

⁷⁹ No obstante, la objeción de Suecia a la declaración de Egipto formulada con retraso en relación con el Convenio de Basilea estaba motivada por la prohibición de las reservas por parte de dicho Convenio y por el hecho de que "estas declaraciones se formularon cerca de dos años después de la adhesión de Egipto al Convenio de Basilea, en contra de la norma establecida en el artículo 26, párrafo 2, de este Convenio" (*ibid.*). Finlandia, sin embargo, motivó su objeción por el solo hecho de que las declaraciones fueron tardías (*ibid.*). Asimismo, Bélgica consideró que las declaraciones de Egipto se formularon tardíamente y que, "por esta razón, no se podía aceptar el depósito de las declaraciones mencionadas, incluso sin abordar el fondo de su contenido" (*ibid.*).

⁸⁰ Véanse las objeciones de Suecia a las reservas formuladas por Mauritania y Maldivas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*ibid.* (cap. IV, 4)); sus objeciones a las reservas formuladas por la República Popular Democrática de Corea, Bahrein, los Estados Federados de Micronesia, los Emiratos Árabes Unidos, Omán y Brunei Darussalam a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*ibid.* (cap. IV, 8)) o sus objeciones a la reserva de El Salvador y la declaración interpretativa de Tailandia relativas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (*ibid.* (cap. IV, 15)).

⁸¹ La República Democrática Alemana había declarado en la firma y ratificación de la Convención que únicamente participaría en sufragar los gastos contemplados en el párrafo 7 del artículo 17 y en el párrafo 5 del artículo 18 de la Convención en la medida en que resultaran de actividades correspondientes a la competencia que dicho país reconocía al Comité (*ibid.* (cap. IV, 9)). Véase también el tercer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1998*, vol. II, primera parte, pág. 277, párr. 217.

Convención y que, por consiguiente, es nula conforme al apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados."⁸²

10) Esta objeción precisa de manera muy clara que la nulidad de la reserva no se deriva de la objeción realizada por el Gobierno de Suecia, sino del hecho de que la declaración de la República Democrática Alemana no cumple las condiciones necesarias para la validez de una reserva. Se trata de una cuestión objetiva que no depende de las reacciones de las demás partes contratantes, aunque éstas puedan contribuir a apreciar la incompatibilidad de la reserva con las exigencias del artículo 19 de las Convenciones de Viena reproducidas en el proyecto de directriz 3.1 (Validez material de una reserva)⁸³.

11) No se trata aquí de conferir a las partes una competencia que, evidentemente, no les corresponde. Individualmente, los Estados contratantes y las organizaciones contratantes no están autorizados a declarar la nulidad de una reserva inválida⁸⁴. Por otro lado, no es éste el objetivo de dichas objeciones y no es así como habría que interpretarlas.

12) No obstante, y esto es particularmente importante en un sistema desprovisto de mecanismos de control y de anulación, estas objeciones expresan el punto de vista de sus autores con respecto a la cuestión de la validez y los efectos de las reservas inválidas⁸⁵ y tienen una importancia capital para el diálogo sobre las reservas. Tal y como señaló el representante de Suecia en la Sexta Comisión en 2005:

"En teoría, no se necesita una objeción para establecer ese hecho, sino que se trata simplemente de una forma de llamar la atención sobre él. Por tanto, la objeción no tiene efectos jurídicos reales por sí misma y no tiene por qué considerarse siquiera una objeción *per se*; en consecuencia, el plazo de 12 meses especificado en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención no debería aplicarse. Sin embargo, de no haber un órgano que pueda calificar con autoridad una reserva de no válida, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esas "objeciones" siguen teniendo un propósito importante."⁸⁶

13) Además es muy significativo que, con frecuencia, cuando los Estados formulan objeciones a reservas que consideran inválidas, no se preocupan mucho por las condiciones de que depende la eficacia de sus objeciones. Por ejemplo, en relación con la Convención contra la Tortura, nueve Estados⁸⁷ formularon objeciones a cuatro reservas; ahora bien, de las 18 objeciones planteadas, 12 se presentaron tardíamente, lo que muestra en cierto modo que sus autores estaban convencidos de que la nulidad de las reservas en cuestión no dependía de sus reacciones negativas, sino que existía antes de que las formularan. Por decirlo de otro modo, esas objeciones *constatan* una nulidad preexistente, con arreglo a criterios objetivos.

14) No obstante, la simple constatación de la nulidad de la reserva, efectuada en la primera parte de la directriz 4.5.1, no resuelve la cuestión de los efectos, o la ausencia de efectos, de dicha nulidad sobre el tratado y las relaciones convencionales que puedan establecerse entre el autor de la reserva y las demás partes contratantes; ahora bien, las

⁸² *Ibid.*

⁸³ Véanse también los párrafos 1) a 3) del comentario de la directriz 3.3.2.

⁸⁴ Véase también J. Klabbers, "Accepting the Unacceptable? A New Nordic Approach to Reservations to Multilateral Treaties", *Nordic Journal of International Law*, vol. 69, 2000, pág. 184.

⁸⁵ Véase también la directriz 3.2 (Evaluación de la validez de las reservas), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, págs. 318 a 332.

⁸⁶ A/C.6/60/SR.14, párr. 22.

⁸⁷ Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos y Suecia (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, <http://treaties.un.org> (cap. IV, 9)).

Convenciones de Viena no dan ninguna indicación sobre esta cuestión⁸⁸. Por tanto, hay que referirse a los principios básicos que inspiran el derecho de los tratados en su conjunto (comenzando por las normas aplicables a las reservas) y, en primer lugar, al principio del consentimiento.

15) Muchas son las objeciones que se formulan contra reservas consideradas inválidas —porque están prohibidas por el tratado o porque son incompatibles con su objeto y su fin— y que, sin embargo, no impiden que el tratado entre en vigor. Esta práctica se adecua perfectamente al principio estipulado en el apartado b) del párrafo 4 del artículo 20 y en el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena, aunque pueda parecer sorprendente que fueran principalmente (aunque no exclusivamente) los Estados occidentales los que, durante la Conferencia de Viena, manifestaran grandes reticencias frente a la inversión de la presunción apoyada con fuerza por los países del Este⁸⁹. Sin embargo, el mantenimiento en vigor *del tratado* deja intacta la cuestión de qué es lo que ocurre *con la reserva*.

16) La objeción de Bélgica a las reservas de la República Árabe Unida y de Camboya a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas permite plantear el problema. Así, el Gobierno de Bélgica, cuando ratificó la Convención en 1968, consideró que:

"la reserva formulada por la República Árabe Unida y el Reino de Camboya al párrafo 2 del artículo 37 es incompatible con la letra y el espíritu de la Convención"⁹⁰,

sin extraer de ello ninguna consecuencia concreta. Pero en 1975, como reacción a la confirmación de estas reservas y de una reserva comparable de Marruecos, Bélgica precisó lo siguiente:

"El Gobierno del Reino de Bélgica objeta las reservas formuladas en lo que se refiere al párrafo 3 del artículo 27 por Bahrein y al párrafo 2 del artículo 37 por la República Árabe Unida (en la actualidad, la República Árabe de Egipto), Camboya (en la actualidad, la República Khmer) y Marruecos. No obstante, el Gobierno considera que la Convención sigue en vigor entre su país y los Estados mencionados, *salvo por lo que respecta a las disposiciones que son objeto en cada caso de dichas reservas*."⁹¹

Es decir, según Bélgica, a pesar de la incompatibilidad de las reservas con "la letra y el espíritu" de la Convención, ésta entra en vigor entre dicho país y los autores de las reservas inválidas. No obstante, las disposiciones a las que se refieren las reservas no se aplican entre los autores de éstas y Bélgica, lo que supone equiparar el efecto de las reservas inválidas con el de las reservas válidas.

17) La solución preconizada por la objeción de Bélgica, que es bastante aislada⁹², parece

⁸⁸ Véase el comentario de la introducción de la parte 4.5, párrs. 1) a 13).

⁸⁹ Véase el comentario de la directriz 4.3.4 (No entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y el autor de una objeción de efecto máximo), párrs. 7) a 13). Véase también el comentario sobre la directriz 2.6.8 (Manifestación de la intención de impedir la entrada en vigor del tratado), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/63/10), págs. 221 y 222, párr. 1.

⁹⁰ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. III, 3).

⁹¹ *Ibid.* (sin cursiva en el original).

⁹² Véase, no obstante, la objeción planteada por los Países Bajos frente a la reserva formulada por los Estados Unidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El Gobierno del Reino de los Países Bajos formula una objeción a la reserva que se refiere a la pena de muerte por los delitos cometidos por personas menores de 18 años, dado que se desprende del texto del Pacto y de los

adecuarse a lo estipulado en el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena en el caso de una objeción simple⁹³.

18) Esta solución es muy cuestionable. En efecto, no extrae ninguna consecuencia concreta de la nulidad de la reserva, sino que la trata de la misma manera que una reserva válida, incorporando por la puerta de atrás lo que habían excluido los autores de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986⁹⁴. Es probable que el texto del artículo 21, párrafo 3, de las Convenciones de Viena no indique expresamente que no se aplica al caso de las reservas inválidas, pero se desprende claramente de los trabajos preparatorios que

trabajos preparatorios que dicha reserva es incompatible con el texto, el objeto y el fin del artículo 6 del Pacto, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4, enuncia la norma mínima para la protección del derecho a la vida.

El Gobierno del Reino de los Países Bajos formula una objeción a la reserva relativa al artículo 7 del Pacto, ya que se desprende del texto y de la interpretación de este artículo que dicha reserva es incompatible con el objeto y el fin del Pacto.

En opinión del Gobierno del Reino de los Países Bajos, esta reserva tiene el mismo efecto que una suspensión de carácter general de dicho artículo, mientras que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto, no se permite suspensión alguna, ni siquiera en caso de peligro público excepcional.

El Gobierno del Reino de los Países Bajos considera que las declaraciones interpretativas y las declaraciones de los Estados Unidos no anulan ni modifican los efectos jurídicos de las disposiciones del Pacto en su aplicación a los Estados Unidos y que no limitan en modo alguno la competencia del Comité de Derechos Humanos para interpretar dichas disposiciones en su aplicación a los Estados Unidos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las presentes objeciones no constituyen un obstáculo a la entrada en vigor del Pacto entre el Reino de los Países Bajos y los Estados Unidos" (ibíd. (cap. IV, 4), sin cursiva en el original).

En sus observaciones sobre la Observación general N° 24 del Comité de Derechos Humanos, el Reino Unido también otorgó cierto crédito a la exclusión de las partes del tratado a las que afecta la reserva: "el Reino Unido tiene absolutamente claro que la separabilidad entrañaría la eliminación tanto de la reserva como de las partes del tratado a las que se aplica. Consideraría cualquier otra solución profundamente contraria a los principios, especialmente a la norma fundamental recogida en el párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de que las convenciones internacionales establecen reglas "expresamente reconocidas por" los Estados contratantes. El Reino Unido considera muy poco factible tratar de hacer responsable a un Estado de obligaciones previstas en el Pacto que evidentemente no ha "reconocido expresamente", sino que más bien ha indicado en forma explícita no estar dispuesto a aceptar" (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40)*, vol. I, pág. 138, párr. 14).

En su informe a la 18ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, el Grupo de Trabajo sobre las reservas tampoco excluyó totalmente dicha solución. En sus recomendaciones, sugirió que "en cuanto a las consecuencias de la invalidez, las únicas previsibles son que *podría considerarse que el Estado no era parte en el tratado, o que el Estado era parte en el tratado pero que no se aplicaba la disposición a la que se refería la reserva*, o que el Estado era parte en el tratado sin el beneficio de la reserva" (HRI/MC/2006/5, párr. 16, recomendación N° 7, sin cursiva en el original). No obstante, esta posición se modificó posteriormente (véase la nota 96 del presente documento).

⁹³ Véase el comentario de la directriz 4.3.5 (Efecto de una objeción en las relaciones convencionales).

⁹⁴ Véanse las observaciones del Reino Unido sobre la Observación general N° 24 del Comité de Derechos Humanos, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, 1995, A/50/40, vol. I, págs. 137 y 138, párr. 13. Véase también Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, documento de trabajo ampliado de la Sra. Françoise Hampson, presentado conforme a la decisión 2001/17 de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2), párr. 16.

esta cuestión ya no se consideraba relacionada con el proyecto de artículo que originó esta disposición⁹⁵.

19) Tal y como explicó el representante de Suecia, hablando en nombre de los Estados nórdicos, durante el debate en la Sexta Comisión relativo al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 57º período de sesiones:

"Las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado no se formulan de conformidad con el artículo 19, de modo que los efectos jurídicos citados en el artículo 21 no son aplicables. Cuando en el párrafo 3 del artículo 21 se afirma que las disposiciones a que se refiera la reserva no se aplicarán entre el Estado que haya hecho una objeción y el Estado autor de la reserva en la medida determinada por la reserva, se está refiriendo a las reservas permitidas en virtud del artículo 19. No sería razonable aplicar la misma norma a las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado. En su lugar, una reserva de ese tipo debería considerarse no válida y sin efecto jurídico."⁹⁶

20) Por lo demás, la irrelevancia de las normas de las Convenciones de Viena queda claramente confirmada por la inmensa mayoría de las reacciones de los Estados a las reservas que consideran inválidas. Con independencia de que especifiquen o no claramente que su objeción no impide la entrada en vigor del tratado frente al autor de la reserva, no dejan de considerar sin ambigüedad que una reserva inválida carece de todo efecto jurídico.

21) El ejemplo, antiguo, de las objeciones formuladas por los Estados Unidos y el Reino Unido frente a algunas reservas de los Estados de Europa Oriental a los Convenios de Ginebra de 1949 habla por sí mismo⁹⁷.

22) Belarús, Bulgaria, Checoslovaquia y Rusia también formularon objeciones a la "declaración interpretativa", que consideraban una reserva, de Filipinas a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de Montego Bay, al considerar que dicha reserva carecía de todo valor y efecto jurídico⁹⁸. Noruega y Finlandia formularon objeciones contra una declaración de la República Democrática Alemana relativa a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁹⁹, también criticada por otros Estados que consideraban que toda declaración de esta naturaleza carecía de efectos jurídicos y no podía de ninguna manera atenuar la obligación que tienen los gobiernos de asumir su parte de los gastos del Comité en virtud de lo dispuesto en la Convención¹⁰⁰. Asimismo, Portugal consideró en su objeción a las reservas formuladas por Maldivas frente a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

⁹⁵ Véase el comentario introductorio de la sección 4.5, párrs. 5) a 13).

⁹⁶ A/C.6/60/SR.14, párr. 22. Véase también Malasia (A/C.6/60/SR.18, párr. 86) y Grecia (A/C.6/60/SR.19, párr. 39), o también la 19ª reunión de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, sexta reunión entre comités de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre las reservas (HRI/MC/2007/5), párr. 18 ("no puede contemplarse la posibilidad de que el Estado que formula reservas siga siendo parte [en el] tratado que cuenta con la disposición en relación con la cual se ha declarado que la reserva no se aplica").

⁹⁷ Véanse los párrafos 9) y 10) del presente comentario.

⁹⁸ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. XXI, 6).

⁹⁹ Véase la nota 81.

¹⁰⁰ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. IV, 9).

"que estas reservas no pueden cambiar ni modificar en modo alguno las obligaciones derivadas de la Convención para cualquier Estado parte."¹⁰¹

23) La práctica de los Estados está muy desarrollada, es básicamente homogénea y no se limita a Estados concretos. Las objeciones recientes de Finlandia¹⁰² o Suecia¹⁰³, así como las de otros Estados como Bélgica¹⁰⁴, España¹⁰⁵, los Países Bajos¹⁰⁶, la República Checa¹⁰⁷ o Eslovaquia¹⁰⁸, o incluso de algunas organizaciones internacionales¹⁰⁹, van a menudo

¹⁰¹ *Ibid.* (cap. IV, 8).

¹⁰² Véanse las objeciones de Finlandia a la reserva del Yemen a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/>, (cap. IV, 2)), a las reservas formuladas por Kuwait, Malasia, Lesotho, Singapur y el Pakistán a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*ibid.* (cap. IV, 8)), a las de Malasia, Qatar, Singapur y Omán a la Convención sobre los Derechos del Niño (*ibid.* (cap. IV, 11)) y, por último, a la reserva de los Estados Unidos formulada cuando manifestó su consentimiento en obligarse por el Protocolo III de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (*ibid.* (cap. XXVI, 2)).

¹⁰³ Véase la objeción de Suecia a la reserva de los Estados Unidos formulada cuando manifestó su aceptación del Protocolo III de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (*ibid.* (cap. XXVI, 2)). No obstante, Suecia precisó que la Convención entraba en vigor íntegramente entre los dos Estados, sin que los Estados Unidos de América pudieran beneficiarse de su reserva.

¹⁰⁴ Véase la objeción de Bélgica a la reserva de Singapur a la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que considera que el párrafo 2 de las declaraciones relativas a los artículos 19 y 37 de la Convención, así como el párrafo 3 de las reservas relativas a los límites constitucionales a la aceptación de las obligaciones inherentes a la Convención, son contrarios al objeto y al fin de la Convención y, por tanto, carecen de efectos en derecho internacional (*ibid.* (cap. IV, 9)).

¹⁰⁵ Véase la objeción de España a la reserva formulada por Qatar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: "El Gobierno del Reino de España estima que las mencionadas declaraciones [...] carecen de efectos jurídicos y en nada excluyen o modifican las obligaciones contraídas por Qatar en virtud de la Convención" (*ibid.* (cap. IV, 8)).

¹⁰⁶ Véase la objeción de los Países Bajos a la reserva formulada por El Salvador a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: "El Gobierno del Reino de los Países Bajos entiende que la reserva formulada por el Gobierno de la República de El Salvador no excluye ni modifica los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación a la República de El Salvador" (*ibid.* (cap. IV, 15)).

¹⁰⁷ Véase la objeción de la República Checa a la reserva formulada por Qatar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: "Por tanto, el Gobierno de la República Checa objeta las reservas mencionadas que el Estado de Qatar ha formulado respecto de la Convención. Esta objeción no impide la entrada en vigor de la Convención entre la República Checa y el Estado de Qatar. La Convención entra en vigor en su integridad entre los dos Estados, sin que Qatar pueda beneficiarse de su reserva" (*ibid.* (cap. IV, 8)).

¹⁰⁸ Véase la objeción de Eslovaquia a la reserva del Pakistán al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se precisaba que el Pakistán no podía beneficiarse de la reserva que había formulado (*ibid.* (cap. IV, 3)), o también a la formulada por Qatar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: "Esta objeción no impide la entrada en vigor de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer entre la República Eslovaca y el Estado de Qatar. La Convención entra en vigor íntegramente entre la República Eslovaca y el Estado de Qatar, sin que éste pueda beneficiarse de las reservas y declaraciones" (*ibid.*).

¹⁰⁹ Véanse las objeciones presentadas conjuntamente por la Comunidad Europea y sus miembros (República Federal de Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido) a las declaraciones formuladas por Bulgaria y la República Democrática

acompañadas de la precisión de que la reserva inválida carece de efectos jurídicos. Y es muy revelador que, en principio, esa práctica de las objeciones de efecto "supermáximo"¹¹⁰ no suscite una oposición de principio por parte de los demás Estados contratantes u organizaciones contratantes, incluidos los autores de las reservas en cuestión.

24) La ausencia de todo efecto jurídico como consecuencia directa de la nulidad de la reserva inválida, que, por otro lado, se desprende directamente de la propia noción de nulidad¹¹¹, también fue puesta de manifiesto por el Comité de Derechos Humanos en su Observación general N° 24 sobre las cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto. El Comité consideró que uno de los aspectos de la "consecuencia normal" de la invalidez de una reserva es, entre otros, que su autor no puede beneficiarse de ella¹¹². Es significativo que, a pesar del vigor de la reacción de los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido frente a la Observación general N° 24, ninguno de estos tres Estados haya cuestionado esta posición¹¹³.

25) Posteriormente, el Comité de Derechos Humanos confirmó y aplicó esta conclusión de su Observación general N° 24 con ocasión del examen de la comunicación de *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*. En su decisión sobre la admisibilidad de la comunicación¹¹⁴, el Comité se pronunció sobre la validez de la reserva formulada por el Estado parte al volver a adherirse al Primer Protocolo Facultativo del Pacto el 26 de mayo de 1998, después de haberlo denunciado ese mismo día. Por medio de su reserva, Trinidad y Tabago pretendía excluir de la competencia del Comité a los detenidos condenados a la pena de

Alemana al Convenio aduanero relativo al transporte internacional de mercancías. En las dos objeciones idénticas, sus autores consideraron que: "Por su contenido, la declaración efectuada [...] a propósito del artículo 52, párrafo 3, tiene la apariencia de una reserva a esta disposición, aunque dicha reserva está expresamente prohibida por el Convenio. La Comunidad y sus Estados miembros estiman, por consiguiente, que esta declaración no se les puede oponer en ningún caso y la consideran carente de efectos" (ibíd. (cap. XI, A, 16)).

¹¹⁰ Véase el comentario de la directriz 4.3.7, párrs. 1) a 4), y el octavo informe sobre las reservas a los tratados (2003) (A/CN.4/535/Add.1), párr. 96. Véase también B. Simma, *op. cit.*, nota 55, págs. 667 y 668.

¹¹¹ Véase el párrafo 5) del comentario de la directriz 4.5.1.

¹¹² 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. 127, párr. 18. Véase también Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Reservas a los tratados de derechos humanos, documento de trabajo final presentado por la Sra. Françoise Hampson (E/CN.4/Sub.2/2004/42), párr. 57 ("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") y documento de trabajo ampliado de la Sra. Françoise Hampson, nota 666, párr. 59 ("no [cabe] esperar que un órgano de supervisión [haga] efectiva una reserva que [haya] considerado incompatible con el objeto y el fin de un tratado"). El Comité de Derechos Humanos mezcla en una única fórmula la cuestión de la imposibilidad de que la reserva incompatible produzca efectos —que no se cuestiona— y la del efecto de dicha incompatibilidad sobre la condición de parte de su autor, que suscita un amplio debate (véanse los párrafos 435 a 481 del presente documento).

¹¹³ Véanse las observaciones de los Estados Unidos (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI, págs. 130 a 134), del Reino Unido (ibíd., págs. 134 a 139) y de Francia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/51/40)*, vol. I, anexo VI, págs. 111 a 113).

¹¹⁴ Comunicación N° 845/1999, decisión de 2 de noviembre de 1999 (CCPR/C/67/D/845/1999).

muerte¹¹⁵. El Comité, basándose en el carácter discriminatorio de la reserva, consideró que ésta "no puede considerarse compatible con el objeto y fin del Protocolo Facultativo"¹¹⁶. El Comité concluyó diciendo:

"La consecuencia es que el Comité no tiene impedimentos para examinar la presente comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo."¹¹⁷

Por decirlo de otro modo, según el Comité de Derechos Humanos, la reserva de Trinidad y Tabago no excluye la aplicación del Protocolo Facultativo al autor de la comunicación, que era un detenido condenado a la pena de muerte. Por tanto, no produce ni los efectos jurídicos vinculados a una reserva efectiva¹¹⁸ ni los de una reserva válida frente a la que se haya formulado una objeción¹¹⁹. No produce ningún efecto.

26) La Corte Interamericana de Derechos Humanos también consideró que una reserva inválida que pretendía limitar su competencia no podía producir efecto alguno. En su sentencia en el caso *Hilaire c. Trinidad y Tabago*, la Corte señaló lo siguiente:

"Trinidad y Tabago no puede prevalerse de las limitaciones formuladas en su instrumento de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de lo establecido en el artículo 62 de la Convención Americana, por cuanto dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención."¹²⁰

27) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió en principio el mismo enfoque en las causas *Belilos c. Suiza*¹²¹, *Weber c. Suiza*¹²² y *Loizidou c. Turquía*¹²³. En las tres causas, el Tribunal, tras haber constatado la falta de validez de las reservas de Suiza y Turquía, aplicó el Convenio Europeo como si no se hubieran formulado. Por consiguiente, no produjeron ningún efecto jurídico.

28) Teniendo en cuenta esta gran aceptación, la Comisión considera que el propio principio de la ausencia de cualquier efecto jurídico de una reserva inválida se rige por el derecho positivo. Ese principio se enuncia en la segunda parte de la directriz 4.5.1.

29) Según un punto de vista que quedó aislado en la Comisión, ese principio se ha expresado de manera demasiado rígida, puesto que la nulidad de las reservas inválidas y su falta de efectos sólo pueden verificarse si la cuestión de la validez es —y puede ser— sometida a un tercero imparcial dotado de capacidad para decidir. Según dicho punto de vista, a falta de un mecanismo así, cada Estado debe decidir por sí mismo y la reserva sólo es nula para los Estados que así lo deciden. Evidentemente, es cierto (e inherente al sistema

¹¹⁵ Conforme al otro elemento de las conclusiones de su Observación general N° 24, el Comité manifestó que el Estado parte seguía vinculado por el Protocolo, cuestión que dista de ser evidente aunque se admita que Trinidad y Tabago pudo retirarse del Protocolo para ratificarlo de nuevo inmediatamente (punto sobre el cual la Comisión no se pronunciará) (véanse los párrafos 22) a 31) del comentario de la directriz 4.5.2).

¹¹⁶ *Ibíd.*, párr. 6.7.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ Véanse las directrices de la sección 4.2 de la Guía de la práctica.

¹¹⁹ Véanse las directrices de la sección 4.3 de la Guía de la práctica.

¹²⁰ Sentencia de 1° de septiembre de 2001, *Hilaire c. Trinidad y Tabago, excepciones preliminares*, Serie C, N° 80, párr. 98. Véase también la sentencia de ese mismo día, *Benjamin y otros c. Trinidad y Tabago, excepciones preliminares*, Serie C, N° 81, párr. 89. En esta última sentencia, la Corte llegó a las mismas conclusiones sin por ello precisar que la reserva era incompatible con el objeto y el fin de la Convención.

¹²¹ *Belilos c. Suiza*, 29 de abril de 1988, párr. 60, Serie A, N° 132.

¹²² *Weber c. Suiza*, 22 de mayo de 1990, párrs. 36 a 38, Serie A, N° 177.

¹²³ *Loizidou c. Turquía*, 23 de marzo de 1995, párrs. 89 a 98, Serie A, N° 310.

jurídico internacional) que mientras no se pronuncie un tercero imparcial que tenga autoridad para decidir, la cuestión de la validez de la reserva sigue abierta (de ahí, por cierto, el interés del diálogo sobre las reservas). Sin embargo, la Comisión estima que no se puede consagrar el relativismo generalizado que es la consecuencia inevitable de esa postura: no se debe confundir el fondo del derecho aplicable (que se intenta enunciar en la Guía de la práctica) con el arreglo de las controversias que suscita su aplicación. Una reserva *es* o no es válida, independientemente de las posturas que puedan adoptar los Estados o las organizaciones internacionales al respecto, y por lo tanto su nulidad no es una cuestión subjetiva o relativa, sino que puede y debe determinarse objetivamente, sin que por ello las reacciones de las demás partes carezcan de sustancia ni de interés, aunque de esto se ocupan las directrices de la sección 4.3 de la Guía de la práctica.

4.5.2 [4.5.3] Situación del autor de una reserva inválida en relación con el tratado

Cuando se ha formulado una reserva inválida, el Estado o la organización internacional autores de dicha reserva se consideran Estado contratante u organización contratante o, según el caso, parte en el tratado sin el beneficio de la reserva, a menos que pueda determinarse una intención contraria del Estado u organización en cuestión.

La intención del autor de la reserva se determinará tomando en consideración todos los factores que puedan ser pertinentes, en particular los siguientes:

- Los términos de la reserva;
- Las declaraciones hechas por el autor de la reserva al negociar, firmar o ratificar el tratado, o en cualquier otra expresión de su consentimiento en obligarse por el tratado;
- La actitud posterior del autor de la reserva;
- Las reacciones de los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes;
- La disposición o disposiciones a que se refiere la reserva; y
- El objeto y el fin del tratado.

Comentario

1) La directriz 4.5.1 no resuelve todas las cuestiones relativas a los efectos de la nulidad de una reserva inválida. Aunque se establezca que dicha reserva no puede producir efectos jurídicos, sigue siendo indispensable responder a la cuestión de si su autor se convierte en parte contratante sin el beneficio de su reserva o si la nulidad de su reserva afecta también a su consentimiento en obligarse por el tratado. En efecto, estas dos soluciones satisfacen el principio que consagra la ausencia de efectos jurídicos de la reserva: o bien el tratado entra en vigor para el autor de la reserva sin que este pueda beneficiarse de su reserva inválida, que no produce, por tanto, los efectos pretendidos, o bien el tratado no entra en vigor para el autor de la reserva y, por consiguiente, esta tampoco produce efectos —no existe ninguna relación convencional¹²⁴. La directriz 4.5.2 sienta las bases de una solución intermedia entre esas dos posiciones aparentemente irreconciliables, que descansa en la presunción (sencilla – "refutable") de que el autor de la

¹²⁴ D.W. Greig, *op. cit.* nota 6, pág. 52; R. Goodman, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent", *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, pág. 531.

reserva está obligado por el tratado sin que pueda reclamar beneficios de la misma, a menos que haya expresado la intención contraria.

2) La primera tesis concebible, la de la divisibilidad (*severability*) de la reserva inválida y del consentimiento en obligarse por el tratado, encuentra hoy en día cierto respaldo en la práctica de los Estados. En efecto, son numerosas las objeciones que están motivadas claramente por la falta de validez de una reserva y que a menudo constatan incluso la nulidad de esta, así como su incapacidad de producir efectos; no obstante, en casi todos los casos, los autores de estas objeciones no se oponen a la entrada en vigor del tratado, es decir, se declaran favorables al establecimiento de una relación convencional con el autor de la reserva. Dada la ausencia de efectos jurídicos de una reserva nula de pleno derecho, dicha relación convencional solamente podría conducir a que el autor de la reserva esté vinculado por el tratado en su totalidad sin que pueda beneficiarse de su reserva.

3) Este punto de vista se ve confirmado por la práctica, seguida en especial por los Estados nórdicos¹²⁵, de lo que se ha convenido en llamar objeciones de efecto (u objetivo) "supermáximo"¹²⁶, siguiendo el ejemplo de la objeción de Suecia a la reserva formulada por El Salvador a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad:

"Por consiguiente, el Gobierno de Suecia objeta la reserva a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad formulada por el Gobierno de la República de El Salvador y la considera nula y sin valor. Esta objeción no tiene incidencia alguna sobre la entrada en vigor de la Convención entre El Salvador y Suecia. Por tanto, la Convención entra en vigor entre ambos países en su integridad, sin que El Salvador pueda beneficiarse de su reserva"¹²⁷.

4) Estas objeciones a las que han recurrido a menudo los Estados nórdicos —si bien no son ellos quienes originaron esta práctica¹²⁸— se han desarrollado durante los últimos 15 años y cada vez son más utilizadas, en especial por los Estados europeos. Así, además de Suecia, también Austria¹²⁹, la República Checa¹³⁰ y los Países Bajos¹³¹ pretendieron otorgar un efecto supermáximo a sus objeciones a las reservas de El Salvador y Tailandia a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

5) Más recientemente, a comienzos de 2010, varios Estados europeos objetaron la reserva formulada por los Estados Unidos cuando manifestaron su consentimiento en

¹²⁵ Sobre esta práctica, véase, en especial, J. Klabbers, *op. cit.* nota 84 *supra*, págs. 183 a 186.

¹²⁶ Véase nota 110 *supra*.

¹²⁷ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. IV, 15). Véase también la objeción de Suecia a la reserva formulada por Tailandia a la misma Convención (*ibíd.*).

¹²⁸ Una de las primeras objeciones que, sin decirlo abiertamente, puede calificarse de objeción de efecto "supermáximo" fue la formulada por Portugal como reacción a la reserva de Maldivas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. IV, 8)); véase también, por ejemplo, la objeción británica a las reservas de determinados países del Este a las Convenciones de la Cruz Roja de 1949 (*supra*, nota 73) o la de la URSS a la reserva de la Arabia Saudita a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (*supra*, nota 74).

¹²⁹ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. IV, 15). En su objeción, el Gobierno de Austria subrayó que esta "no impide la entrada en vigor de la Convención, *en su integridad*, entre Austria y El Salvador" (sin cursiva en el original).

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.* (cap. IV, 15). El Gobierno de los Países Bajos precisó que "entiende que la reserva formulada por el Gobierno de la República de El Salvador no excluye ni modifica los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación a la República de El Salvador".

obligarse por el Protocolo III de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. No menos de cinco de estas objeciones contienen fórmulas que pretenden producir lo que se ha venido en llamar efecto "supermáximo"¹³². Asimismo, Austria, Eslovaquia, España, Estonia, Letonia, Noruega, la República Checa y Rumania también acompañaron sus objeciones a la reserva de Qatar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la precisión de que estas objeciones no impedían la entrada en vigor de la Convención entre dichos Estados y el autor de la reserva, sin que este pudiera beneficiarse de su reserva¹³³. Esta práctica, muy seguida por los países europeos, está influida sin duda por la recomendación del Consejo de Europa de 1999 sobre las reacciones ante las reservas a los tratados internacionales consideradas inadmisibles, que sugiere a los Estados miembros la utilización de determinadas cláusulas modelo de reacción¹³⁴ que sirven en gran medida de inspiración para las objeciones mencionadas.

6) Sin duda alguna, esta práctica encuentra cierto respaldo en las decisiones de los órganos de derechos humanos y de los tribunales regionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7) En su sentencia, que sentaba jurisprudencia, en la causa *Belilos c. Suiza*¹³⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sesión plenaria, no solamente otorgó una nueva calificación a la declaración interpretativa formulada por el Gobierno de Suiza, sino que además tuvo que decidir si la reserva (calificada de forma errónea como declaración

¹³² *Ibid.* (cap. XXVI, 2): Austria ("el Gobierno de Austria objeta la reserva mencionada que han formulado los Estados Unidos de América en relación con el Protocolo III de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. No obstante, esta posición no es obstáculo para la entrada en vigor de la Convención en su integridad entre los Estados Unidos de América y Austria"); Chipre ("el Gobierno de la República de Chipre objeta la reserva mencionada que han formulado los Estados Unidos de América en relación con el Protocolo III de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. No obstante, esta posición no es obstáculo para la entrada en vigor de la Convención en su integridad entre los Estados Unidos de América y la República de Chipre"); Finlandia ("el Gobierno de Finlandia objeta, por tanto, la reserva mencionada, a la que considera sin efectos jurídicos, entre los Estados Unidos de América y Finlandia. No obstante, esta objeción no es obstáculo para la entrada en vigor del Protocolo III entre los Estados Unidos de América y Finlandia"); Noruega ("el Gobierno del Reino de Noruega objeta la reserva mencionada del Gobierno de los Estados Unidos de América al Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) de la Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. No obstante, esta objeción no es obstáculo para la entrada en vigor del Protocolo en su integridad entre los dos Estados, sin que los Estados Unidos de América puedan beneficiarse de su reserva"); Suecia ("el Gobierno de Suecia objeta, por tanto, la reserva mencionada que ha formulado el Gobierno de los Estados Unidos de América en relación con la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, considerando que la reserva carece de efectos jurídicos. La presente objeción no constituye un obstáculo para la entrada en vigor de la Convención entre los Estados Unidos de América y Suecia. La Convención entra en vigor en su integridad entre los dos Estados, sin que los Estados Unidos de América puedan beneficiarse de su reserva").

¹³³ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. IV, 8).

¹³⁴ Consejo de Europa, Comité de Ministros, recomendación N° R (99) 13, de 18 de mayo de 1999.

¹³⁵ Demanda N° 10328/83, sentencia de 29 de abril de 1988, Serie A, N° 132.

interpretativa) era válida o no. Tras concluir que la reserva de Suiza carecía de validez, en especial con respecto a las condiciones establecidas en el artículo 64¹³⁶ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Tribunal añadió:

"Ahora bien, no cabe duda de que Suiza está y se considera vinculada por el Convenio, con independencia de la validez de la declaración."¹³⁷

En su sentencia en la causa *Weber c. Suiza*¹³⁸, se había solicitado a una sala del Tribunal que se pronunciara sobre la aplicabilidad del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio, sobre la violación de este precepto por parte del Estado demandado y sobre la aplicación de la reserva de Suiza con respecto a tal disposición, que, según el Estado demandante, era independiente de su declaración interpretativa. En este sentido, el Gobierno de Suiza alegó que "la reserva de Suiza al artículo 6, párrafo 1 (art. 6-1) [...] impediría por completo que el Sr. Weber se beneficiara del incumplimiento del principio de publicidad ante las jurisdicciones cantonales"¹³⁹. El Tribunal procedió al examen de la validez de la reserva de Suiza y, más en particular, de su adecuación al artículo 64 del Convenio. Señaló que la reserva:

"no cumple claramente uno [de los requisitos], ya que el Gobierno de Suiza no adjuntó [a la reserva] "una breve exposición de la ley [o leyes] de que se trate". Ahora bien, la exigencia del párrafo 2 del artículo 64 (art. 64-2) "constituye al mismo tiempo un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica"; pretende "ofrecer, especialmente a las partes contratantes y a los órganos del Convenio, la garantía de que la reserva no va más allá de las disposiciones explícitamente excluidas por el Estado en cuestión" (sentencia en la causa *Belilos* anteriormente mencionada, Serie A, N° 132, págs. 27 y 28, párr. 59). Su desconocimiento no infringe "una simple exigencia formal", sino "una condición de fondo" (ibíd.). Por consiguiente, debe considerarse que la reserva de Suiza en cuestión carece de validez."¹⁴⁰

Contrariamente a la sentencia que dictó en la causa *Belilos*, el Tribunal no siguió su razonamiento preguntándose si la nulidad de la reserva tenía consecuencias sobre el compromiso de Suiza de obligarse por el Convenio. Se limitó simplemente a examinar si el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio había sido efectivamente violado y concluyó que, "por tanto, [había] habido una violación del artículo 6, párrafo 1 (art. 6-1)"¹⁴¹. Sin decirlo explícitamente, el Tribunal consideró de esta forma que Suiza seguía estando vinculada por el Convenio Europeo, a pesar de la nulidad de su reserva, y que no podía beneficiarse de dicha reserva, de modo que el párrafo 1 del artículo 6 le era aplicable como tal.

8) En su sentencia sobre las excepciones preliminares en la causa *Loizidou c. Turquía*¹⁴², una sala del Tribunal de Estrasburgo aprovechó la ocasión para completar y aclarar notablemente su jurisprudencia. Aunque en esta causa no se planteara la cuestión de la validez respecto de una reserva a una disposición del Convenio, sino respecto de una "reserva" a la declaración facultativa en virtud de la cual Turquía reconocía la competencia obligatoria del Tribunal conforme a los artículos 25 y 46 del Convenio, las conclusiones de la sentencia se pueden extrapolar fácilmente a la problemática de las reservas. Tras

¹³⁶ En la actualidad, art. 57.

¹³⁷ Demanda N° 10328/83, sentencia de 29 de abril de 1988, Serie A, N° 132, párr. 60.

¹³⁸ Demanda N° 11034/84, sentencia de 22 de mayo de 1990, Serie A, N° 177.

¹³⁹ Ibíd., párr. 36.

¹⁴⁰ Ibíd., párr. 38.

¹⁴¹ Ibíd., párr. 40.

¹⁴² Demanda N° 15318/89, sentencia de 23 de marzo de 1995, Serie A, N° 310.

constatar la invalidez de las restricciones *ratione loci* de las que Turquía había acompañado sus declaraciones de aceptación de la competencia del Tribunal, los jueces del Tribunal de Estrasburgo siguieron su razonamiento examinando "si, como consecuencia, puede cuestionarse la validez de las propias aceptaciones"¹⁴³. El Tribunal señaló lo siguiente:

"93. Al examinar esta cuestión, el Tribunal debe tener en cuenta la naturaleza particular del Convenio, instrumento de orden público europeo para la protección de los seres humanos, y su misión, establecida en el artículo 19 (art. 19), consistente en "asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del [...] Convenio".

94. Asimismo, el Tribunal recuerda su sentencia en la causa *Belilos c. Suiza*, de 29 de abril de 1988, en la que, tras haber rechazado una declaración interpretativa por no adecuarse al artículo 64 (art. 64), precisó que Suiza seguía vinculada por el Convenio, pese a la invalidez de la declaración (Serie A, N° 132, pág. 28, párr. 60).

95. El Tribunal no cree que pueda resolver la cuestión de la divisibilidad de las partes inválidas de las declaraciones de Turquía remitiéndose a las declaraciones efectuadas por los representantes de este país con posterioridad al depósito de las declaraciones, bien ante el Comité de Ministros y la Comisión (por lo que se refiere a la declaración relativa al artículo 25) (art. 25), o bien en la audiencia ante el propio Tribunal (con respecto a los artículos 25 y 46) (art. 25, art. 46). En este punto, el Tribunal observa que el gobierno demandado no ha podido ignorar, teniendo en cuenta la práctica uniforme de las Partes Contratantes en el ámbito de los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46), consistente en aceptar sin condiciones la competencia de la Comisión y del Tribunal, que las cláusulas restrictivas denunciadas tenían una validez cuestionable en el sistema del Convenio y que los órganos de este podrían considerarlas inadmisibles. Es interesante observar en este sentido que la Comisión ya expresó en sus alegaciones ante el Tribunal en la causa del *régimen lingüístico en Bélgica (excepción preliminar)* y la causa *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* (sentencias de 9 de febrero de 1967 y de 7 de diciembre de 1976, Serie A, N° 5 y N° 23 respectivamente) la opinión de que el artículo 46 (art. 46) no autorizaba ninguna restricción en cuanto al reconocimiento de la competencia del Tribunal (véanse, respectivamente, la segunda memoria de la Comisión de 14 de julio de 1966, Serie B, N° 3, vol. I, pág. 432, y la memoria de la Comisión (excepción preliminar) de 26 de enero de 1976, Serie B, N° 21, pág. 119). La reacción posterior de varias Partes Contratantes a las declaraciones de Turquía [...] respalda con firmeza la anterior observación según la cual Turquía no ignoraba la situación jurídica. El hecho de que, en estas condiciones, dicho país haya presentado posteriormente declaraciones relativas a ambos artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) —la última tras la reacción mencionada de las Partes Contratantes— indica que estaba dispuesto a correr el riesgo de que los órganos del Convenio declararan inválidas las cláusulas limitativas objeto del litigio, sin que ello afectara a la validez de las propias declaraciones. Desde este punto de vista, el gobierno demandado no puede invocar las declaraciones *ex post facto* de los representantes turcos para apartarse de la intención fundamental, aunque matizada, de aceptar la competencia de la Comisión y el Tribunal.

96. Por tanto, compete al Tribunal, en el ejercicio de las responsabilidades que le confiere el artículo 19 (art. 19), resolver la cuestión remitiéndose al texto de las declaraciones respectivas y a la naturaleza particular del régimen del Convenio. Ahora bien, este aboga por la separación de las cláusulas impugnadas, ya que de esta

¹⁴³ *Ibid.*, párr. 89.

forma se pueden garantizar los derechos y libertades consagrados en el Convenio en todos los ámbitos dependientes de la "jurisdicción" de Turquía en el sentido del artículo 1 (art. 1) del Convenio.

97. El Tribunal ha examinado el texto de las declaraciones y el tenor de las restricciones con vistas a determinar si las restricciones impugnadas pueden separarse de los instrumentos de aceptación o si forman parte integrante e indivisible de ellos. Incluso considerando los textos de las declaraciones relativas a los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) como un todo, el Tribunal estima que las restricciones denunciadas pueden separarse del resto del texto, dejando intacta la aceptación de las cláusulas facultativas.

98. De ello se desprende que las declaraciones de 28 de enero de 1987 y 22 de enero de 1990 relativas a los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) del Convenio contienen aceptaciones válidas de la competencia de la Comisión y el Tribunal¹⁴⁴.

9) En su fallo sobre las excepciones preliminares en el caso *Hilaire c. Trinidad y Tabago*¹⁴⁵, la Corte de San José también observó que, teniendo en cuenta el objeto y el fin de la Convención Americana de Derechos Humanos, Trinidad y Tabago no podía beneficiarse de su declaración por la que limitaba la aceptación de la competencia de la Corte, y seguía vinculada por su aceptación de dicha competencia obligatoria¹⁴⁶.

10) Mediante la comunicación individual presentada por Rawle Kennedy contra Trinidad y Tabago, el Comité de Derechos Humanos examinó un problema comparable en relación con la reserva formulada por el Estado parte cuando volvió a adherirse al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tras concluir que la reserva carecía de validez por causa de su carácter discriminatorio, el Comité se limitó a constatar: "La consecuencia es que el Comité no tiene impedimentos para examinar la presente comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo"¹⁴⁷. En otras palabras, Trinidad y Tabago seguía estando vinculada por el Protocolo y no podía beneficiarse de la reserva que había formulado.

11) Esta última decisión del Comité de Derechos Humanos se adecua a las conclusiones contenidas en su Observación general N° 24 sobre las cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto¹⁴⁸, en la que el Comité afirmaba lo siguiente:

"La consecuencia normal de una reserva inaceptable no es la de que el Pacto carezca de todo vigor para la parte que formula la reserva. Antes bien, será posible considerar independientemente esa reserva, en el sentido de que el Pacto será aplicable para la parte que formule la reserva sin que la reserva se tenga en cuenta."¹⁴⁹

12) Por lo demás, cabe destacar que el texto aprobado por el Comité no sugiere que esta consecuencia "normal" sea la "única" posible y no excluye la posibilidad de otras soluciones.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párrs. 93 a 98.

¹⁴⁵ Fallo de 1° de septiembre de 2001, Serie C, N° 80.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 98.

¹⁴⁷ Comunicación N° 845/1999, CCPR/C/67/D/845/1999, 2 de noviembre de 1999, párr. 6.7. Véase también el párrafo 25) del comentario de la directriz 4.5.1 *supra*.

¹⁴⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40)*, anexo V, págs. 122 a 129.

¹⁴⁹ *Ibid.*, págs. 127 y 128, párr. 18.

13) No obstante, en sus observaciones sobre la Observación general N° 24 del Comité de Derechos Humanos, Francia afirmó categóricamente

"que los acuerdos, sea cual fuere su índole, se rigen por el derecho de los tratados; que se basan en el consentimiento de los Estados y que las reservas son las condiciones que los Estados ponen a ese consentimiento; que de lo anterior se deduce necesariamente que, si se consideran esas reservas incompatibles con el fin y objeto del tratado, la única consecuencia que de ello cabe sacar es declarar que ese consentimiento no es válido y decidir que no se considere a esos Estados partes en el instrumento de que se trate."¹⁵⁰

14) Este punto de vista, que refleja la respuesta contraria a la cuestión de si el autor de una reserva inválida se convierte en parte contratante o no, se basa en el principio de que la nulidad de la reserva afecta a todo el acto que expresa el compromiso de obligarse por el tratado. En su opinión consultiva de 1951, la Corte Internacional de Justicia respondió en ese mismo sentido a la primera pregunta planteada por la Asamblea General:

"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; *de lo contrario, no se le puede considerar parte en la Convención.*"¹⁵¹

15) Según este enfoque, la reserva aparece como una condición *sine qua non* del consentimiento de su autor en obligarse por el tratado, lo cual se adecuaría al principio del consensualismo. Si la condición no es válida (*permissible*), no existe consentimiento por parte del autor de la reserva. En estas condiciones, corresponde únicamente al autor de la reserva tomar las decisiones necesarias para paliar la nulidad de su reserva y no debería considerársele parte en el tratado en tanto en cuanto no haya retirado o modificado su reserva.

16) La práctica del Secretario General en su calidad de depositario de los tratados multilaterales también parece confirmar esta solución radical. A este respecto, el *Précis de la pratique* señala lo siguiente:

"191. Si el tratado prohíbe todas las reservas, el Secretario General se negará a aceptar el depósito del instrumento. Informará del problema al Estado interesado y no comunicará la notificación relativa al instrumento a los demás Estados [...].

192. Si la prohibición de las reservas afecta únicamente a determinados artículos o, a la inversa, si las reservas únicamente están autorizadas para determinadas disposiciones, el Secretario General actuará del mismo modo, *mutatis mutandis*, cuando existan reservas que no se ajusten a las disposiciones del tratado. [...]

193. Sin embargo, solo cuando a primera vista no haya ninguna duda de que la declaración que acompaña al instrumento constituye una reserva no autorizada, el Secretario General rechazará el depósito. Este sería ciertamente el caso de una declaración que dijera, por ejemplo, "el Estado X no aplicará el artículo Y", cuando el tratado prohibiera todas las reservas o las reservas al artículo Y."¹⁵²

¹⁵⁰ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer periodo de sesiones, Suplemento N° 40 (A/51/40)*, vol. I, pág. 113, párr. 13.

¹⁵¹ *C.I.J., Recueil, 1951*, pág. 29 (sin cursiva en el original).

¹⁵² *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, ST/LEG/7/Rev.1, págs. 57 y 58, párrs. 191 a 193.

17) No obstante, nada justifica que se haga una distinción entre las reservas prohibidas por el tratado y las reservas inválidas por otras razones¹⁵³.

18) La práctica de los Estados, sin ser completamente inexistente, es todavía menos coherente desde ese punto de vista. Por ejemplo, Israel, Italia y el Reino Unido objetaron la reserva formulada por Burundi en su adhesión a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973. Sin embargo, mientras que:

"el Gobierno del Estado de Israel estima que la reserva formulada por el Gobierno de Burundi es incompatible con el objeto y el fin de la Convención. Por tanto, no puede considerar como válida la adhesión de Burundi a la Convención en tanto en cuanto no se retire la reserva"¹⁵⁴,

los otros dos Estados que objetaron la reserva de Burundi no incluyeron una declaración de ese tipo¹⁵⁵.

19) El Gobierno de la República de China, que había ratificado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en 1951¹⁵⁶ declaró que:

"[...] objeta todas las reservas idénticas formuladas en el momento de la firma o de la ratificación de la Convención o de la adhesión a dicha Convención por parte de Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, Rumania y la Unión de

¹⁵³ Véase la directriz 3.3 (Consecuencias de la falta de validez de una reserva) y su comentario (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, págs. 339 a 346).

¹⁵⁴ *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. XVIII, 7). La objeción presentada por el Reino Unido señalaba que el fin de esa Convención era asegurar la represión, a escala mundial, de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, y negar asilo a los autores de dichos delitos. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la reserva formulada por el Gobierno de Burundi era incompatible con el objeto y el fin de la Convención, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no podía considerar la adhesión de Burundi a la Convención como válida en tanto en cuanto no retirara dicha reserva (ibíd.). Y la de Italia consideraba que el fin de la Convención era asegurar la represión, a escala mundial, de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, y negar asilo a los autores de dichos delitos. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la reserva formulada por el Gobierno de Burundi era incompatible con el objeto y el fin de la Convención, el Gobierno de Italia no podía considerar la adhesión de Burundi a la Convención como válida en tanto en cuanto no retirara dicha reserva (ibíd.).

¹⁵⁵ La objeción de la República Federal de Alemania señalaba que el Gobierno de dicho país opinaba que la reserva formulada por el Gobierno de la República de Burundi con respecto al párrafo 2 del artículo 2 y al párrafo 1 del artículo 6 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, era incompatible con el objeto y el fin de dicha Convención (ibíd.). El Gobierno de Francia, al adherirse a la Convención, declaró que objetaba la declaración efectuada por Burundi el 17 de diciembre de 1980 por la que limitaba la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el párrafo 1 del artículo 6 (ibíd.).

¹⁵⁶ Esta notificación se produjo antes de la aprobación por parte de la Asamblea General el 25 de octubre de 1971 de la resolución 2758 (XXVI), por la que decidió "restituir a la República Popular China todos sus derechos y reconocer a los representantes de su Gobierno como únicos representantes legítimos de China en las Naciones Unidas"; el Gobierno de la República Popular China declaró, al ratificar la Convención de 1948 sobre el genocidio el 18 de abril de 1983, que la ratificación de dicha Convención el 19 de julio de 1951 por las autoridades locales de Taiwán en nombre de la República de China era ilegal y carecía de efectos (ibíd., cap. IV, 1).

Repúblicas Socialistas Soviéticas. El Gobierno de China considera que las reservas mencionadas son incompatibles con el fin y el objeto de la Convención; en consecuencia, en virtud de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 28 de mayo de 1951, no considera a los Estados anteriormente enumerados como partes en la Convención."¹⁵⁷

A pesar del número considerable de reservas del mismo tipo, solo formuló una objeción comparable en 1966 el Gobierno de los Países Bajos¹⁵⁸.

20) En la inmensa mayoría de los casos, los Estados que formulan objeciones a una reserva considerando que esta no es válida precisan expresamente que su objeción no impide la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva, sin entender que sea necesario dar más explicaciones sobre el contenido de las relaciones convencionales que eventualmente se establezcan. En 2005, la Comisión de Derecho Internacional, sorprendida por esta práctica, que le parecía poco coherente, solicitó los comentarios de los Estados miembros a la siguiente pregunta:

"Con frecuencia los Estados hacen objeción a una reserva que estiman incompatible con el objeto y el fin del tratado, sin oponerse por ello a la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva. La Comisión estaría especialmente interesada en recibir las observaciones de los gobiernos sobre esa práctica. En particular, desearía conocer los efectos que los autores esperan que tengan esas objeciones y cómo, a juicio de los gobiernos, esa práctica concuerda con las disposiciones del apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados."¹⁵⁹

Los puntos de vista expresados por varias delegaciones en el seno de la Sexta Comisión ponen claramente de manifiesto el desacuerdo que existe con respecto a la respuesta que se ha de dar a la pregunta espinosa de la validez del compromiso de obligarse por el tratado en caso de invalidez de la reserva. Así, varios Estados¹⁶⁰ afirmaron que esta práctica es "paradójica" y que, en todo caso, el autor de la objeción "no puede limitarse a hacer caso omiso de la reserva y actuar como si nunca se hubiera presentado"¹⁶¹. La delegación francesa subrayó que "esa objeción crearía el denominado "efecto supermáximo", puesto que permitiría la aplicación del tratado en su conjunto sin tener en cuenta que se ha presentado una reserva. Eso pondría en entredicho el principio básico del consenso subyacente al derecho de los tratados"¹⁶². Por su parte, otros Estados observaron que era preferible ver cómo el autor de la reserva se convertía en Estado contratante u organización contratante a excluirle de las partes en el tratado. En este sentido, el representante de Suecia, hablando en nombre de los países nórdicos, afirmó lo siguiente: "La práctica de

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ La objeción de los Países Bajos señalaba que el Gobierno del Reino de los Países Bajos consideraba que las reservas que habían formulado Albania, Argelia, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, la India, Marruecos, Polonia, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, Rumania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en relación con el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, abierta a la firma en París el 9 de diciembre de 1948, eran incompatibles con el objeto y el fin de la Convención. En consecuencia, el Gobierno del Reino de los Países Bajos consideraba que no eran partes en la Convención los Estados que hubieran formulado o formularan dichas reservas (*ibíd.*).

¹⁵⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, párr. 29.

¹⁶⁰ Véase A/C.6/60/SR.14, párr. 3 (Reino Unido); *ibíd.*, párr. 72 (Francia); A/C.6/60/SR.16, párr. 20 (Italia); *ibíd.*, párr. 44 (Portugal).

¹⁶¹ A/C.6/60/SR.14, párr. 72 (Francia).

¹⁶² *Ibíd.*

separar las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado se conjuga bien con el artículo 19, en que queda claro que no se espera que esas reservas se incluyan en las relaciones convencionales entre los Estados. Si bien una alternativa a presentar objeciones a las reservas inadmisibles consiste en poner fin a las relaciones convencionales bilaterales, la opción de la separación preserva esas relaciones y abre posibilidades de diálogo en el marco del tratado en cuestión"¹⁶³.

21) No obstante, conviene tener en cuenta que los partidarios de este punto de vista condicionaban la entrada en vigor del tratado a la voluntad del autor de la reserva: "No obstante, hay que tener en cuenta la voluntad del Estado autor de la reserva respecto de la relación entre la ratificación de un tratado y la reserva"¹⁶⁴.

22) Aunque, a primera vista, las dos soluciones y los dos puntos de vista con respecto a la cuestión de la entrada en vigor del tratado puedan parecer diametralmente opuestos, son conciliables con el principio básico del derecho de los tratados, es decir, el principio del consensualismo. Así pues, según la Comisión, la clave para hallar la solución se encuentra sencillamente en la voluntad del autor de la reserva: ¿Se considera obligado por el tratado incluso si su reserva no es válida —sin el beneficio de la reserva— o constituye su reserva una condición *sine qua non* de su compromiso de obligarse por el tratado?

23) En cuanto al problema específico, aunque comparable, de las reservas a la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia contemplada en el párrafo 2 del artículo 36 de su Estatuto, el Magistrado Lauterpacht consideró en su opinión disidente adjunta al fallo de la Corte sobre las excepciones preliminares en la causa *Interhandel* lo siguiente:

"Si esta reserva es una condición esencial de la aceptación en el sentido de que, a falta de dicha reserva, el Estado declarante no habría consentido jamás en contraer la obligación principal, la Corte no debería hacer caso omiso de dicha reserva y considerar al mismo tiempo que el Estado aceptante queda vinculado por la declaración."¹⁶⁵

Por tanto, lo que importa es la voluntad del autor de la reserva y su intención de obligarse por el tratado, con independencia de que se beneficie o no de su reserva. Lo mismo ocurre con las reservas más clásicas a las disposiciones convencionales.

24) En su sentencia en la causa *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, prestó especial atención a la posición de Suiza con respecto al Convenio Europeo. Señaló expresamente que no había duda de que Suiza se consideraba vinculada por el Convenio, con independencia de la validez de la declaración¹⁶⁶. Por tanto, el Tribunal tomó claramente en consideración el hecho de que la propia Suiza, es decir, el país autor de la "reserva" inválida, se consideraba vinculada por el tratado a pesar de la nulidad de esa reserva y había actuado en consecuencia.

¹⁶³ A/C.6/60/SR.14, párr. 23. Véase también A/C.6/60/SR.17, párr. 24 (España); A/C.6/60/SR.18, párr. 86 (Malasia); A/C.6/60/SR.19, párr. 39 (Grecia).

¹⁶⁴ A/C.6/60/SR.14, párr. 23 (Suecia). Véase también la posición del Reino Unido (A/C.6/60/SR.14, párr. 4: "Respecto de la cuestión conexa del efecto "supermáximo" de una objeción, consistente en que, no sólo la reserva a la que se hace objeción no es válida, sino también en que, en consecuencia, el tratado se aplica *ipso facto* en su conjunto a las relaciones entre los dos Estados, su delegación considera que ese caso sólo puede darse en las circunstancias sumamente excepcionales, por ejemplo, si se considera que el Estado autor de la reserva ha aceptado ese efecto o lo ha consentido").

¹⁶⁵ *Interhandel*, excepciones preliminares, opinión disidente de Sir Hersch Lauterpacht, *C.I.J., Recueil*, 1959, pág. 117.

¹⁶⁶ Sentencia citada en la nota 121 *supra*.

25) Asimismo, en la causa *Loizidou*, el Tribunal de Estrasburgo se basó, si no en la voluntad del Gobierno de Turquía —que había alegado durante el procedimiento ante el Tribunal que "si las restricciones que acompañan a las declaraciones relativas a los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) del Convenio no se reconocieran como válidas con carácter global, habría que considerar las declaraciones [de aceptación de la jurisdicción del Tribunal] como nulas y sin valor en su integridad"¹⁶⁷— al menos sí en el hecho de que Turquía, con pleno conocimiento de causa, había asumido el riesgo de que se considerara que las restricciones derivadas de la reserva carecían de validez:

"El hecho de que, en estas condiciones, dicho país haya presentado posteriormente declaraciones relativas a ambos artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) —la última tras la reacción mencionada de las Partes Contratantes— indica que estaba dispuesto a correr el riesgo de que los órganos del Convenio declararan inválidas las cláusulas limitativas objeto del litigio, sin que ello afectara a la validez de las propias declaraciones."¹⁶⁸

26) Por tanto, el "enfoque de Estrasburgo"¹⁶⁹ consiste en respetar la voluntad del Estado autor de la reserva de obligarse por el tratado aunque esta reserva no sea válida¹⁷⁰. No obstante, a tal efecto, el Tribunal no se basó únicamente en las declaraciones expresas del Estado en cuestión —como ocurrió, por ejemplo, en la causa *Belilos*¹⁷¹—, sino que también procedió a "restablecer" la voluntad del Estado. Tal y como escribió el Profesor Schabas: "The European Court did not set aside the test of intention in determining whether a reservation is severable. Rather, it appears to highlight the difficulty in identifying such intention and expresses a disregard for such factors as formal declarations by the state"¹⁷². [El Tribunal Europeo no ha descartado la prueba de la intención para determinar si una reserva es separable del tratado, sino que más bien parece hacer hincapié en la dificultad de identificar esta intención y manifiesta cierta indiferencia por factores tales como las declaraciones formales del Estado]. Únicamente cuando se establezca que el Estado autor de la reserva (cuya invalidez se reconoce) no la consideraba un elemento esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado, podrá separarse dicha reserva de su compromiso convencional.

¹⁶⁷ Véase la nota 123, párr. 90 *supra*.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 95.

¹⁶⁹ B. Simma, *op. cit.* en la nota 55, *supra*.

¹⁷⁰ Véase la nota 96 *supra*. Según el Profesor Gaja: "Una soluzione alternativa alla quale si può giungere nella ricostruzione della volontà dello Stato autore della riserva è che tale Stato abbia inteso vincolarsi in base al trattato anche nel caso in cui la riserva fosse considerata inammissibile e quindi senza il beneficio della riserva" (*op. cit.* en la nota 55 *supra*, pág. 358 [Una solución alternativa consistente en reconstruir la voluntad del Estado autor de la reserva depende de que el Estado en cuestión haya pretendido obligarse por el tratado incluso en el caso de que la reserva fuera considerada inadmisibile y, por consiguiente, no pudiera beneficiarse de ella]).

¹⁷¹ Sobre esta causa y sus repercusiones, véanse las explicaciones de R. Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, A. Giuffrè, Milán, 1999, págs. 160 a 163; H. J. Bourguignon, "The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 29, 1989, págs. 347 a 386; I. Cameron y F. Horn, "Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case", *German Year Book of International Law*, vol. 33, 1990, págs. 69 a 116; G. Cohen-Jonathan, "Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)", *Revue générale de droit international public*, vol. 93, 1989, N° 2, págs. 272 a 314; S. Marks, "Reservations unhinged: the Belilos case before the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, págs. 300 a 327.

¹⁷² W. A. Schabas, "Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party?" *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 21, 1995-1996, pág. 322.

27) Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo y la Corte de San José no limitan sus consideraciones únicamente a la voluntad del Estado autor de la reserva inválida, sino que ambos toman en cuenta el carácter particular del instrumento cuyo respeto aseguran. Así, en la causa *Loizidou*, el Tribunal Europeo llama la atención sobre el hecho de que:

"Al examinar esta cuestión, el Tribunal debe tener en cuenta la naturaleza particular del Convenio, instrumento de orden público europeo para la protección de las personas, y su misión, establecida en el artículo 19 (art. 19), consistente en "asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes" del [...] Convenio."¹⁷³

28) La Corte Interamericana, por su parte, en su sentencia en el caso *Hilaire c. Trinidad y Tabago*, subrayó lo siguiente:

"93) *Moreover, accepting the said declaration in the manner proposed by the State would lead to a situation in which the Court would have the State's Constitution as its first point of reference, and the American Convention only as a subsidiary parameter, a situation which would cause a fragmentation of the international legal order for the protection of human rights, and which would render illusory the object and purpose of the Convention.*

94) *The American Convention and the other human rights treaties are inspired by a set of higher common values (centered around the protection of the human being), are endowed with specific supervisory mechanisms, are applied as a collective guarantee, embody essentially objective obligations, and have a special character that sets them apart from other treaties.*"¹⁷⁴

[93. Asimismo, aceptar la declaración a la que se hace referencia, en los términos propuestos por el Estado, conduciría a una situación en que la Corte tendría como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana, situación que acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y el fin de la Convención.

94. La Convención Americana, al igual que los demás tratados de derechos humanos, se inspira en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), está dotada de mecanismos específicos de supervisión, se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tiene una naturaleza especial, que la diferencia de los demás tratados.]

29) La posición expresada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación general N° 24 es más categórica todavía¹⁷⁵. En efecto, el Comité no establece ningún vínculo entre la entrada en vigor del tratado, pese a la nulidad de la reserva inválida, y la

¹⁷³ Nota 123, párr. 93 *supra*.

¹⁷⁴ Sentencia de 1° de septiembre de 2001, Serie C, N° 80, párrs. 93 y 94.

¹⁷⁵ En su documento de trabajo ampliado, la Sra. Françoise Hampson consideró que un "monitoring body cannot be expected to give effect to a reservation it has found to be incompatible with the objects and purposes of the treaty. The result is the application of the treaty without the reservation, whether that is called "severance" or disguised by the use of some other phrase, such as non-application"" [No cabe esperar que un órgano de supervisión haga efectiva una reserva que haya considerado incompatible con el objeto y el fin de un tratado. De ello resulta la aplicación del tratado sin la reserva, con independencia de que se le llame "divisibilidad" o que se use otra expresión, como no aplicación, para designarlo (nota 94 *supra*, párr. 59).

voluntad de su autor a este respecto. Se limita a constatar que la "consecuencia normal"¹⁷⁶ es la entrada en vigor del tratado, sin que el autor de la reserva pueda beneficiarse de ella. No obstante, tal y como se ha señalado anteriormente¹⁷⁷, esta consecuencia "normal" que, según parece, reviste en la opinión del Comité cierto automatismo, no excluye (sino que, al contrario, implica) que la reserva inválida pueda producir otras consecuencias "anormales". Pero el Comité no se pronuncia ni sobre la cuestión de cuáles puedan ser esas otras consecuencias ni sobre cómo se produce la consecuencia "normal" o una eventual consecuencia "anormal" y sobre qué base.

30) Sea como fuere, la posición de los órganos de derechos humanos se ha visto sensiblemente matizada en los últimos años. Así, en la cuarta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y la 17ª reunión de los presidentes de estos órganos, se señaló lo siguiente:

"En la reunión con la Comisión de Derecho Internacional celebrada el 31 de julio de 2003, el Comité de Derechos Humanos confirmó que seguía haciendo suya la Observación general N° 24 y que varios de sus miembros habían recalcado que el planteamiento de la divisibilidad no cesaba de ganar apoyo, pero que no existía una conclusión automática en cuanto a la divisibilidad en el caso de las reservas inadmisibles, sino únicamente una presunción."¹⁷⁸

En 2006, el Grupo de Trabajo creado para examinar la práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos observó que se pueden prever varias consecuencias una vez constatada la invalidez de una reserva. Finalmente, propuso la siguiente recomendación N° 7:

*"La determinación de esas consecuencias depende de la intención del Estado en el momento de formular la reserva. Dicha intención debe determinarse mediante un examen serio de la información disponible, partiendo del supuesto, que puede ser desmentido, de que el Estado preferiría seguir siendo parte en el tratado sin el beneficio de la reserva que ser excluido de él."*¹⁷⁹

Según la recomendación N° 7 de 2006 del Grupo de Trabajo sobre las reservas encargado de examinar la práctica relativa a las reservas de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos¹⁸⁰ ratificada por la sexta reunión de los comités¹⁸¹ en 2007:

"En cuanto a las consecuencias de la invalidez, el Grupo de Trabajo está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional según la cual una reserva invalidada debe considerarse nula de pleno derecho. De ello se desprende que un Estado no podrá basarse en dicha reserva y, *a menos que su intención en contrario quede establecida de forma indisputable*, seguirá siendo parte en el tratado sin el beneficio de la reserva" (sin cursiva en el original).

31) Por tanto, está claro que el elemento determinante sigue siendo la intención del Estado autor de la reserva inválida. La entrada en vigor deja de constituir una simple consecuencia automática de la nulidad de la reserva para convertirse en una presunción. En

¹⁷⁶ Véase nota 113 *supra*.

¹⁷⁷ Véase el párrafo 11 del presente documento.

¹⁷⁸ La práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos respecto de las reservas a los tratados internacionales en la materia, HRI/MC/2005/5, párr. 37.

¹⁷⁹ HRI/MC/2006/5, párr. 16 (sin cursiva en el original).

¹⁸⁰ Véase HRI/MC/2007/5.

¹⁸¹ Informe de la sexta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, A/62/224, anexo, párr. 48 v).

opinión de la Comisión, esta posición merece ser tomada en consideración seriamente en la Guía de la práctica, ya que concilia de forma razonable el principio básico del derecho de los tratados —el consensualismo— con la posibilidad de considerar que el autor de una reserva inválida está vinculado por el tratado sin el beneficio de la reserva.

32) La Comisión ha preferido la formulación "el Estado o la organización internacional autores de dicha reserva *se consideran* Estado contratante u organización contratante..." a la propuesta inicialmente por el Relator Especial que preveía "el tratado se aplicará al Estado o a la organización internacional autor de la reserva, no obstante la reserva"¹⁸², para indicar bien que se trata de una presunción simple que carece del carácter irrefutable de una norma. Las palabras "salvo si" cumplen la misma función.

33) No obstante, puede haber dudas sobre el sentido de la presunción, en la medida en que, en teoría, se puede prevenir tanto que la intención es que el tratado entre en vigor como, por el contrario, que el autor de la reserva pretende que el tratado no entre en vigor.

34) Una presunción negativa, que suponga negarse a considerar al autor de la reserva como Estado contratante u organización contratante en tanto en cuanto no se establezca la intención contraria, puede parecer que respeta más, aparentemente, el principio del consensualismo, en virtud del cual, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, "un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, obligarse sin su consentimiento"¹⁸³. En efecto, desde este punto de vista, un Estado o una organización internacional que ha formulado una reserva —incluso aunque sea inválida— expresó su desacuerdo con la disposición o disposiciones que dicha reserva pretende modificar o cuyos efectos jurídicos pretende excluir. En sus observaciones sobre la Observación general N° 24, el Reino Unido consideró "muy poco factible tratar de hacer responsable a un Estado de obligaciones previstas en el Pacto que evidentemente no ha "reconocido expresamente", sino que más bien ha indicado en forma explícita no estar dispuesto a aceptar"¹⁸⁴. Desde esta perspectiva, no se puede constatar ni presumir ningún acuerdo en sentido contrario mientras que el Estado o la organización en cuestión no hayan dado su consentimiento o, al menos, prestado su aquiescencia a obligarse por dicha disposición o disposiciones sin beneficiarse de su reserva.

35) Sin embargo, la presunción inversa, positiva, tiene varias ventajas, que, dejando de lado cualquier consideración de oportunidad política, juegan claramente a su favor, aunque, sin duda, no se trate de una norma contemplada en las Convenciones de Viena¹⁸⁵ ni en el derecho internacional consuetudinario¹⁸⁶, aun cuando no se pueden ignorar las decisiones de los tribunales de derechos humanos y las posiciones adoptadas por los demás órganos creados por los instrumentos de protección de los derechos humanos, ni tampoco la práctica de los Estados en la materia, cada vez más desarrollada.

36) En primer lugar, conviene recordar que el autor de la reserva, por definición, ha querido convertirse en parte contratante en el tratado en cuestión. La reserva se formula al mismo tiempo que se expresa el consentimiento en obligarse por el tratado, en virtud del

¹⁸² Decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/624/Add.1), directriz 4.5.3, pág. 38.

¹⁸³ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, C.I.J., *Recueil 1951*, pág. 21.

¹⁸⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40)*, vol. I, pág. 138, párr. 14.

¹⁸⁵ Como se recuerda en la introducción a la sección 4.5 de la Guía de la Práctica, las Convenciones de Viena no abordan la cuestión de las reservas inválidas. Véanse párrafos 1) a 18) del comentario general a la sección 4.5 *supra*.

¹⁸⁶ Véase, en especial, R. Baratta, "Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded", *Journal européen de droit international*, vol. 11, 2000, N° 2, págs. 419 y 420.

cual el Estado o la organización internacional da forma a su intención de integrarse en el círculo privilegiado de las partes y se compromete a respetar el tratado. La reserva desempeña sin duda un papel en este proceso, pero a los efectos del establecimiento de la presunción, no hay que sobreestimar su importancia. Tal y como ha observado Ryan Goodman: "The package of reservations a state submits reflects the ideal relationship it wishes to have in relation to the treaty, not the essential one it requires so as to be bound". [El conjunto de reservas que formula un Estado refleja la relación ideal que desea tener con respecto al tratado y no la relación esencial que exige para obligarse por él]¹⁸⁷.

37) Además, y lo que quizá es más importante, es sin duda más razonable presumir que el autor de la reserva forma parte del círculo de Estados contratantes o de organizaciones contratantes para regular las dificultades vinculadas a la nulidad de su reserva en el marco de dicho círculo privilegiado. No hay que olvidar en este sentido que, tal y como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional en sus Conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos¹⁸⁸, "en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbirá al Estado que formule la reserva adoptar medidas. Estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en que el Estado modifique su reserva para eliminar la inadmisibilidad, retire su reserva o renuncie a ser parte en el tratado"¹⁸⁹. A tal efecto, como se señaló en la cuarta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y la 17ª reunión de los presidentes de estos órganos, "debía alentarse a los órganos creados en virtud de tratados [de derechos humanos]" —o a cualquier otro mecanismo establecido por el tratado o las partes en el tratado consideradas en su conjunto— "a que siguiesen aplicando la práctica [actual] de entablar un diálogo con los Estados que hubiesen formulado reservas, con miras a modificar la reserva incompatible para que fuese compatible con el tratado"¹⁹⁰. Este objetivo puede lograrse más fácilmente si al Estado o a la organización internacional autor de la reserva se le considera como parte en el tratado.

38) Por otro lado, presumir la entrada en vigor del tratado permite garantizar la seguridad jurídica. Esta presunción (que no es irrefutable) puede contribuir a llenar el vacío jurídico que existe necesariamente entre el momento en que se formula la reserva y el momento en que se comprueba su nulidad: durante todo este período (que puede durar varios años), el autor de la reserva se ha comportado como parte en el tratado y ha sido considerado como tal por las demás partes.

39) Estas consideraciones han llevado a la Comisión a asumir la idea de una presunción, relativa y refutable, según la cual, en ausencia de intención en sentido contrario de su autor, el tratado se aplica al Estado o a la organización internacional que haya formulado la reserva inválida y ello a pesar de dicha reserva. Esto significa que, con esta condición fundamental (de ausencia de intención en sentido contrario del autor de la reserva), se presume que el tratado ha entrado en vigor para el autor de la reserva —siempre y cuando el tratado haya entrado en vigor efectivamente para los Estados contratantes y las organizaciones contratantes— y la reserva no produce ningún efecto jurídico sobre el contenido del tratado¹⁹¹, que se aplica íntegramente.

40) La expresión "a menos que pueda determinarse una intención contraria [del autor de la reserva]" que figura al final del primer párrafo de la directriz 4.5.2 refleja esa presunción

¹⁸⁷ "Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent", *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, pág. 537.

¹⁸⁸ *Anuario...*, 1997, vol. II, segunda parte, págs. 57 y 58, párr. 157.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pág. 58, párr. 157 (punto 10).

¹⁹⁰ HRI/MC/2005/5, párr. 42.

¹⁹¹ Véanse párrafos 14) a 27) del comentario a la directriz 4.5.1 *supra*.

positiva que la Comisión ha mantenido a reserva de la intención del Estado o de la organización internacional autores de la reserva. Si puede determinarse esa intención, la presunción desaparece¹⁹².

41) Se propuso conceder aún más peso a la voluntad del autor de la reserva añadiendo a la directriz 4.5.2 una recomendación en el sentido de que convendría suavizar las condiciones de retirada del tratado en la hipótesis de que se declarara inválida una reserva. Aunque esa propuesta pareció atractiva a algunos miembros de la Comisión, ésta la descartó. Si bien es cierto que las Convenciones de Viena no indican qué reglas deben seguirse respecto a reservas inválidas, enuncian, por el contrario, normas precisas en materia de retirada de los tratados, por lo que dicha recomendación (que no podría basarse en ningún precedente) quedaría fuera del marco del "derecho de las reservas" y no podría conciliarse con el texto de los artículos 42, párrafo 2, 54 y 56 de las Convenciones de Viena.

42) En la práctica, resulta difícil determinar la intención del autor de la reserva inválida. En efecto, no es fácil identificar qué ha impulsado a un Estado o a una organización internacional a expresar su consentimiento en obligarse por el tratado, por un lado, y a acompañar dicha manifestación con una reserva, por otro, debido a que "en la fase actual de la sociedad internacional, solo el Estado podía saber la función exacta de su reserva a su consentimiento"¹⁹³. Puesto que la presunción que puede servir de fundamento es refutable, resulta indispensable, no obstante, determinar si el autor de la reserva habría ratificado, con pleno conocimiento de causa, el tratado sin la reserva o si, por el contrario, se habría abstenido de hacerlo. Hay que tener en cuenta varios elementos.

43) En primer lugar, el propio texto de la reserva puede, sin duda, aportar elementos para determinar la intención de su autor en caso de que aquella carezca de validez. Al menos, así sucede cuando la reserva está motivada conforme a la recomendación formulada en la directriz 2.1.9 de la Guía de la práctica¹⁹⁴. La motivación de una reserva puede no solamente aclarar su sentido, sino también permitir determinar si la reserva es considerada como una condición esencial para el compromiso de obligarse por el tratado o no. Asimismo, se pueden encontrar indicios en cualquier declaración efectuada por el autor de la reserva en el momento de la firma, la ratificación, la adhesión o una declaración de sucesión. No obstante, cualquier declaración realizada con posterioridad y, sobre todo, las declaraciones que el autor de la reserva pueda tener que efectuar en un procedimiento judicial *relativo* a la validez y los efectos de la invalidez de su reserva, deben ser tratadas con prudencia¹⁹⁵.

44) Tal y como hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia en la causa *Belilos*¹⁹⁶, también resulta acertado tomar en consideración la actitud posterior del autor en relación con el tratado. Así, los representantes de Suiza no dejaron ninguna duda, por sus actos y sus declaraciones ante el Tribunal, sobre el hecho de que ese país se

¹⁹² En la versión inglesa, se ha preferido la palabra "*identified*" a "*established*" porque ésta parecía demasiado rígida a algunos miembros de habla inglesa de la Comisión. De "*established*" parece desprenderse, además, una claridad que los elementos no limitativos enumerados en el párrafo 2 no garantizan.

¹⁹³ Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos de su 49ª sesión, *Anuario...*, 1997, vol. II, segunda parte, pág. 49, párr. 83.

¹⁹⁴ Directriz 2.1.9: "En lo posible, una reserva debería indicar los motivos por los cuales se hace". Para el comentario a esta directriz véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10)*, págs. 206 a 212.

¹⁹⁵ Véase, en este sentido, *Loizidou c. Turquía*, demanda N° 15318/89, sentencia de 23 de marzo de 1995, Serie A, N° 310, párr. 95.

¹⁹⁶ Véanse párrs. 24) a 26) *supra*.

consideraba vinculado por el Convenio Europeo, incluso en el caso de que su declaración interpretativa fuera considerada inválida. Por lo demás, según se observó con respecto a las reservas formuladas por los Estados Unidos al Pacto de 1966:

"Certain aspects of the U.S. practice lend weight to the argument that its general intent is to be bound by the Covenant, whatever the outcome of litigation concerning the legality of the reservation. It is useful to recall that Washington fully participated in the drafting of the American Convention whose provisions are very similar to articles 6 and 7 of the Covenant and were in fact inspired by them. ... Although briefly questioning the juvenile death penalty and the exclusion of political crimes, [the U.S. representative] did not object in substance to the provisions dealing with the death penalty or torture. The United States signed the American Convention on June 1, 1977 without reservation."¹⁹⁷

[Determinados aspectos de la práctica de los Estados Unidos abonan el argumento según el cual está en su intención obligarse por el Pacto, sea cual sea el resultado del litigio relativo a la legalidad de su reserva. Es útil recordar que Washington participó plenamente en la redacción de la Convención Americana, cuyas disposiciones son muy similares a los artículos 6 y 7 del Pacto y, de hecho, se inspiraron en estos [...]. Aunque rápidamente haya cuestionado [la prohibición de] la pena de muerte para los menores de edad o la exclusión de los delitos políticos, [el representante de los Estados Unidos] no objetó las disposiciones relativas a la pena de muerte o la tortura. Los Estados Unidos firmaron la Convención Americana el 1º de junio de 1977 sin reservas.]

Aunque es evidente que, dado el efecto relativo de cualquier reserva, hay que ser prudentes cuando se procede a efectuar una comparación entre diferentes tratados, es ciertamente posible referirse a la actitud anterior del Estado autor de la reserva respecto de disposiciones semejantes a aquellas a las que se refiere la reserva. Una práctica reiterada de un Estado que consista en excluir sistemáticamente los efectos jurídicos de una obligación particular contenida en varios instrumentos puede, sin duda alguna, constituir una prueba nada desdeñable de que el autor de la reserva no quiere bajo ninguna circunstancia estar vinculado por dicha obligación.

45) También se deben tener en cuenta las reacciones de los demás Estados y organizaciones internacionales. Aunque evidentemente dichas reacciones no puedan por sí mismas producir efectos jurídicos neutralizando la nulidad de la reserva, sí pueden ayudar a evaluar la intención del autor de la reserva o, más correctamente, el riesgo que puede haber corrido voluntariamente al formular una reserva inválida. Esta situación quedó especialmente bien ilustrada en la causa *Loizidou* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que, recordando la jurisprudencia anterior a la formulación de la reserva por Turquía, así como las objeciones formuladas por varios Estados partes en el Convenio¹⁹⁸, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"La reacción posterior de varias Partes Contratantes a las declaraciones de Turquía [...] respalda con firmeza la anterior observación según la cual Turquía no ignoraba la situación jurídica. El hecho de que, en estas condiciones, dicho país haya presentado posteriormente declaraciones relativas a ambos artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46 *[sic]*) —la última tras la reacción mencionada de las Partes Contratantes— indica que estaba dispuesto a correr el riesgo de que los órganos del Convenio

¹⁹⁷ W. A. Schabas, *op.cit.* nota 172, pág. 322 (se omiten las notas de pie de página).

¹⁹⁸ Demanda N° 15318/89, sentencia de 23 de marzo de 1995, Serie A, N° 310, párrs. 18 a 24.

declararan inválida las cláusulas limitativas objeto del litigio, sin que ello afectara a la validez de las propias declaraciones."¹⁹⁹

46) Con independencia del propio texto de la reserva y de su motivación, así como de esos elementos circunstanciales y contextuales, también hay que tomar en consideración el contenido y el contexto de la disposición o disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva, por un lado, así como el objeto y el fin del tratado, por otro. Tal y como se ha señalado anteriormente, el Tribunal de Estrasburgo y la Corte de San José han prestado mucha atención a la "naturaleza particular" del tratado en cuestión²⁰⁰; no hay razón alguna para limitar estas consideraciones a los tratados de derechos humanos, que no constituyen una categoría específica de tratados a los efectos de la aplicación de las normas relativas a las reservas²⁰¹ y que no son los únicos que establecen "valores comunes superiores".

47) La combinación de estos criterios —y otros si es necesario— debería servir de guía a las autoridades que tengan que tomar una decisión acerca de las consecuencias de la nulidad de una reserva inválida, teniendo presente que esta lista no es en absoluto exhaustiva y que se deben tomar en consideración todos los elementos que permitan determinar la intención del autor de la reserva. El carácter no exhaustivo de esa enumeración se manifiesta aún más claramente en el encabezamiento del párrafo 2 de la directriz 4.5.2 mediante las expresiones "todos los factores que puedan ser pertinentes" y "en particular". Por su parte, las palabras "*à cette fin*" que figuran en la versión francesa señalan a la atención el hecho de que sólo los factores pertinentes para determinar la intención del autor de la reserva deben tomarse en consideración.

48) El orden en que figuran los distintos factores enumerados refleja el orden lógico en que deben tomarse en consideración, pero no significa nada en concreto en cuanto al valor respectivo de los mismos; su importancia relativa depende de las circunstancias de cada situación. Los cuatro primeros factores enumerados se refieren directamente a la reserva y a la actitud de los Estados o de las organizaciones internacionales interesadas en ella; los dos últimos, que son más generales, hacen referencia al objeto de la reserva.

49) Dicho esto, La Comisión estima que el establecimiento de dicha presunción no debe constituir una aprobación de lo que en la actualidad se denominan las objeciones de efecto "supermáximo". Es cierto que la presunción puede conducir al mismo resultado pretendido por dichas objeciones. Pero mientras que, aparentemente, una objeción de efecto "supermáximo" trata de imponer al autor de la reserva el respeto al tratado sin el beneficio de la reserva por la única razón de que esta no es válida, la presunción recogida en la directriz 4.5.2 se basa en la intención del autor de la reserva —intención que puede ser hipotética en ausencia de toda indicación expresa de su parte, aunque se entiende que nada impide al autor de la reserva comunicar a las demás partes contratantes su voluntad real. Así, el respeto a la totalidad del tratado se desprende no de la apreciación subjetiva de otra parte contratante, sino de la propia nulidad de la reserva y de la voluntad de su autor. ¡Una objeción, ya sea simple o con carácter supermáximo, no puede producir dicho efecto! "*No*

¹⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 95.

²⁰⁰ Véase párr. 27) *supra*.

²⁰¹ Véase el segundo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/477 y Add.1), *Anuario...*, 1996, vol. II, primera parte, págs. 54 a 87, párrs. 55 a 260, y las Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, *Anuario...*, 1997, vol. II, segunda parte, págs. 57 y 58, párr. 157. Por esta razón, la Comisión, a pesar de una opinión contraria, no mencionó expresamente la naturaleza del tratado en cuestión entre los elementos que había que tomar en consideración para determinar la intención del autor de la reserva enumerados en el segundo párrafo de la directriz 4.5.2 —tanto más cuanto que se observó que ese criterio no es fácil de diferenciar del de objeto y fin del tratado.

*State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable*²⁰² [Ningún Estado puede estar vinculado por obligaciones contractuales que no considere adecuadas], ni el Estado que formula una objeción ni el que formula una reserva, lo cual no quiere decir en modo alguno que dicha práctica carezca de significado²⁰³.

50) De forma deliberada, la directriz 4.5.2 se abstiene de determinar la fecha de entrada en vigor del tratado en un supuesto de este tipo. En la mayoría de los casos, dicha fecha está sujeta a condiciones particulares establecidas en el propio tratado²⁰⁴. Los efectos concretos, y especialmente el momento de la entrada en vigor del tratado para el autor de la reserva inválida, vienen determinados, por tanto, por las disposiciones pertinentes del tratado o, en su defecto, por el derecho de los tratados en general²⁰⁵ y no dependen específicamente de las normas relativas a las reservas.

4.5.3 [4.5.4] Reacciones a una reserva inválida

La nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o la aceptación por un Estado contratante o una organización contratante.

No obstante, un Estado o una organización internacional que considere que la reserva es inválida debería, si lo estima apropiado, formular lo antes posible una objeción motivada al respecto.

Comentario

1) El párrafo 1 de la directriz 4.5.3 recoge esencialmente, como se ha estimado oportuno, en la cuarta parte de la Guía de la práctica, un principio fundamental claramente implicado en varias directrices anteriores: el principio según el cual la nulidad de una reserva inválida depende de la propia reserva y no de las reacciones que pueda suscitar. El párrafo 2, por su parte, consiste en una recomendación dirigida a los Estados y a las organizaciones internacionales de que no renuncien, por ello, a formular una objeción a dicha reserva y expliquen los motivos por los que no les parece válida.

2) El párrafo 1 de la directriz 4.5.3 se inscribe en la línea de las directrices 3.1 (que reproduce el texto del artículo 19 de las Convenciones de Viena), 3.3.2²⁰⁶ y 4.5.1²⁰⁷.

²⁰² Ch. Tomuschat, "Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, pág. 466; véase también el segundo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/477/Add.1), *Anuario...*, 1996, vol. II, primera parte, pág. 60, párrs. 97 y 99, y D. Müller, "Article 20 (1969)", en O. Corten y P. Klein (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruselas, 2006, págs. 809 a 811, párrs. 20 a 24.

²⁰³ Véanse párrafos 20) a 28) del comentario a la directriz 4.5.1 *infra*.

²⁰⁴ El párrafo 1 del artículo 24 de la Convención de Viena de 1969 dispone: "Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores".

²⁰⁵ Véanse los párrafos 2 y 3 del artículo 24 de la Convención de Viena de 1969. Dichos párrafos establecen:

"2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa."

²⁰⁶ "La aceptación de una reserva inválida por un Estado contratante o por una organización contratante no subsanará la nulidad de la reserva."

²⁰⁷ "Una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y material contempladas en las partes segunda y tercera de la Guía de la práctica es nula de pleno derecho y, por lo tanto, carece de efecto jurídico."

Constituye una ilustración de lo que significa la expresión "de pleno derecho" en esta última directriz y recuerda que la nulidad de una reserva inválida se basa en factores objetivos y no depende de las reacciones de los Estados contratantes u organizaciones contratantes distintos del autor de la reserva, es decir, como se indica expresamente en el párrafo 1, ni de sus aceptaciones ni de sus objeciones.

3) En la práctica de los Estados, las objeciones responden en su gran mayoría a la invalidez de la reserva a la que se refieren. Sin embargo, los autores de esas objeciones obtienen con ello efectos muy distintos: en algunos casos se limitan a constatar que la reserva en cuestión no es válida, en otras ocasiones la consideran nula o carente de efectos jurídicos, a veces (aunque muy raramente) el autor de la objeción considera que su objeción impide la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre él mismo y el autor de la reserva, y otras veces considera, por el contrario, que el tratado entra en vigor en su totalidad en esa misma relación bilateral²⁰⁸.

4) La jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia no es un modelo de coherencia al respecto²⁰⁹. En efecto, en 1999 la Corte, en sus providencias relativas a las solicitudes de medidas provisionales presentadas por Yugoslavia contra España y los Estados Unidos, se limitó a señalar que:

"Considerando que la Convención sobre el genocidio no prohíbe las reservas, que Yugoslavia no formuló objeciones a la reserva hecha por los Estados Unidos al artículo IX y que esa reserva tenía como consecuencia excluir ese artículo de las disposiciones de la Convención en vigor entre las partes [...]"²¹⁰

La Corte no hace aquí ningún examen de la validez material de la reserva, al margen de la constatación de que la Convención de 1946 no las prohíbe. El único criterio determinante parece ser la ausencia de objeción por el Estado en cuestión, lo que refleja la posición adoptada por la Corte en 1951, pero que hoy ha sido superada por la Convención de Viena, con la que no es compatible²¹¹:

"El objeto y el fin [del tratado] limitan [...] tanto la libertad de formular reservas como la de formular objeciones a ellas. De ello resulta que es la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención el criterio que debe determinar la actitud del Estado que acompaña su adhesión de una reserva y

²⁰⁸ Las reacciones a la reserva formulada por Qatar con ocasión de su adhesión a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer muestran, por otra parte, casi todo el espectro de objeciones imaginables: mientras que las 18 objeciones (dos de las cuales, las de México y Portugal, fueron tardías) señalan que las reservas son incompatibles con el objeto y el fin de la Convención, una (la de Suecia) agrega que es "nula" y otras dos (las de España y los Países Bajos) precisan que la reserva no produce ningún efecto sobre las disposiciones de la Convención. En ocho de las objeciones (las de Bélgica, Finlandia, Hungría, Irlanda, Italia, México, Polonia y Portugal) se señala que esas objeciones no impiden la entrada en vigor del tratado en tanto que en diez (las de Austria, Eslovaquia, España, Estonia, Letonia, Noruega, Países Bajos, República Checa, Rumania y Suecia) se considera que el tratado entra en vigor para Qatar y que ese país no puede invocar las reservas por ser inválidas. Véase *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. IV, 8).

²⁰⁹ Véase la opinión separada conjunta de la Magistrada Higgins y los Magistrados Kooijmans, Elaraby, Owada y Simma que se acompaña al fallo de 3 de febrero de 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, C.I.J., Recueil 2006, págs. 65 a 71.

²¹⁰ Providencias de 2 de junio de 1999, *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, medidas provisionales, C.I.J., Recueil 1999, pág. 772, párr. 32, y *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, medidas provisionales, C.I.J., Recueil 1999, pág. 924, párr. 24.

²¹¹ Véanse los párrafos 2) a 9) del comentario de la directriz 2.6.3.

del Estado que considera que debe objetar a ella. Esa es la norma de conducta que debe orientar a cada Estado en la evaluación que le corresponde hacer individualmente y por su propia cuenta de la regularidad de una reserva."²¹²

Sin embargo, en su providencia sobre la solicitud de indicación de medidas provisionales en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, la Corte modificó su enfoque al examinar *in limine* la validez material de la reserva de Rwanda:

"Dicha reserva no se refiere a la cuestión jurídica de fondo, sino que solo versa sobre la competencia de la Corte; [...] no parece, por lo tanto, contraria al objeto y el fin de la Convención."²¹³

En su fallo sobre la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, la Corte confirmó que:

"La reserva de Rwanda al artículo IX de la Convención sobre el genocidio se refiere a la cuestión de la competencia de la Corte y no afecta a las obligaciones de fondo que se desprenden de esa Convención relativas a los actos de genocidio en sí. En las circunstancias del caso, la Corte no puede llegar a la conclusión de que la reserva de Rwanda, que tiene por finalidad excluir un medio particular de resolver un diferendo sobre la interpretación, la aplicación o el cumplimiento de la Convención, debe considerarse incompatible con el objeto y el fin de esa Convención."²¹⁴

Por lo tanto, la Corte ha "agregado su propia valoración sobre la compatibilidad de la reserva de Rwanda con el objeto y el fin de la Convención sobre el genocidio"²¹⁵. Así pues, pese a no estimar necesario que la República Democrática del Congo hiciera una objeción para *determinar* la validez de la reserva, la Corte consideró oportuno agregar que:

"En referencia al derecho de los tratados, la Corte señala por otra parte que, cuando Rwanda se adhirió a la Convención sobre el genocidio y formuló la reserva en cuestión, la República Democrática del Congo no hizo ninguna objeción."²¹⁶

5) Esta aclaración no es superflua. En efecto, si bien las objeciones a una reserva no determinan la validez de la reserva en sí, constituyen un factor indicativo que dista de ser insignificante para el conjunto de los actores involucrados, es decir, el autor de la reserva, los Estados y las organizaciones contratantes y toda jurisdicción u órgano competente para determinar la validez de una reserva. En efecto, no hay que olvidar que, como señaló la Corte en su opinión consultiva de 1951:

²¹² Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J., *Recueil* 1951, pág. 24.

²¹³ Providencia de 10 de julio de 2002, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, medidas provisionales, C.I.J., *Recueil* 2002, pág. 246, párr. 72.

²¹⁴ Fallo de 3 de febrero de 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, Competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, C.I.J., *Recueil* 2006, pág. 32, párr. 67.

²¹⁵ Opinión separada conjunta citada anteriormente (nota 209 *supra*), pág. 70, párr. 20.

²¹⁶ Fallo de 3 de febrero de 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, Competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, C.I.J., *Recueil* 2006, pág. 33, párr. 68.

"La apreciación de la legalidad de la reserva corresponde a cada Estado parte en la Convención, y cada uno de ellos ejerce ese derecho individualmente y por su propia cuenta."²¹⁷

- 6) El Tribunal de Estrasburgo, en la sentencia dictada en la causa *Loizdou*, consideró también que las reacciones de los Estados partes eran importantes en cuanto constituían un factor que debía tomarse en consideración a los efectos de determinar la validez de la reserva de Turquía²¹⁸. El Comité de Derechos Humanos confirmó ese enfoque en su Observación general N° 24:

"No cabe deducir del hecho de que los Estados no formulen una protesta que una reserva sea compatible o incompatible con el objeto y fin del Pacto. [...] Sin embargo, la objeción a una reserva formulada por los Estados puede ofrecer cierta orientación al Comité para interpretar su compatibilidad con el objeto y fin del Pacto."²¹⁹

- 7) Cuando se examinó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 57° período de sesiones (2005), Suecia, en respuesta a la cuestión planteada por la Comisión sobre las objeciones de efecto mínimo que están motivadas por la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado²²⁰, mantuvo expresamente la siguiente posición:

"En teoría, no se necesita una objeción para establecer ese hecho [la invalidez de una reserva], sino que se trata simplemente de una forma de llamar la atención sobre él. Por tanto, la objeción no tiene efectos jurídicos reales por sí misma y no tiene por qué considerarse siquiera una objeción [...]. Sin embargo, de no haber un órgano que pueda calificar con autoridad una reserva de no válida, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esas "objeciones" siguen teniendo un propósito importante."²²¹

- 8) Como se señaló precedentemente²²², las Convenciones de Viena no contienen ninguna disposición sobre los efectos de las reservas que no satisfacen las condiciones de validez establecidas en el artículo 19, ni siquiera —lo que es bastante lógico— en lo que respecta a las reacciones que los Estados pueden manifestar eventualmente respecto de tales reservas. En el régimen de Viena, la objeción no constituye un instrumento por el que los Estados u organizaciones contratantes determinan la validez de una reserva, sino que cumple otra función: la de hacer que la reserva sea inoponible a quien la objeta²²³. Las aceptaciones y las objeciones mencionadas en el artículo 20 se refieren exclusivamente a las reservas válidas. El mero hecho de que en la práctica de los Estados se utilicen esos mismos mecanismos para reaccionar ante las reservas inválidas no significa que esas

²¹⁷ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, C.I.J., *Recueil 1951*, pág. 26. Véase asimismo Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, N° 2, párr. 38 ("Desde luego, los Estados Partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención, y son libres de afirmar ese su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquella [...]").

²¹⁸ Véase el párrafo 95 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el párrafo 8) del comentario de la directriz 4.5.2, *supra*.

²¹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40)*, pág. 127, párr. 17.

²²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, párr. 29.

²²¹ A/C.6/60/SR.14, pág. 5, párr. 22.

²²² Véanse los párrafos 1) a 18) del comentario general de la sección 4.5.

²²³ Véanse los párrafos 2) a 5) del comentario de la directriz 4.3.

reacciones produzcan los mismos efectos o estén sujetas a las mismas condiciones que las objeciones que se hacen a las reservas válidas.

9) No obstante, en opinión de la Comisión, ello no constituye una razón suficiente para no considerar esas reacciones como verdaderas objeciones. En efecto, una reacción negativa de ese tipo corresponde plenamente a la definición del término "objeción" incluida por la Comisión en la directriz 2.6.1 y constituye una "declaración unilateral cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que el primer Estado o la primera organización se propone excluir [...] los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la organización autor de la reserva"²²⁴. El mero hecho de que, en última instancia, no sea la objeción sino la nulidad de la reserva la que logre el fin deseado de privar a ésta de efectos, no modifica en nada el objetivo buscado por el autor de la objeción: excluir todos los efectos de la reserva inválida. No parece por lo tanto ni oportuno ni útil inventar un término para designar esas reacciones a las reservas, cuya denominación actual no solo corresponde a la definición del término "objeción" que sigue utilizando la Comisión, sino que también está ampliamente difundida en la práctica de los Estados y, según parece, es aceptada y comprendida unánimemente.

10) Por otra parte, no cabe duda de que, si bien la objeción a una reserva inválida no agrega nada a la nulidad de dicha reserva, constituye sin embargo un instrumento importante para entablar el diálogo sobre las reservas y es una señal de alerta para los órganos creados en virtud de tratados y las jurisdicciones internacionales o internas que deban, en su caso, determinar la validez de esa reserva. Por consiguiente, no sería razonable —sino más bien engañoso— limitarse a declarar en la Guía de la práctica que las objeciones a una reserva inválida no surten ningún efecto.

11) Al contrario, es sumamente importante que los Estados sigan formulando objeciones a las reservas que consideran inválidas, aunque en apariencia esas declaraciones no agreguen nada a los efectos *ipso jure* e incondicionales que produce una reserva inválida. Ello es tanto más importante en la práctica, donde no debemos dejarnos confundir por la existencia marginal de órganos con competencia para juzgar la validez de la reserva que se cuestiona: como ocurre normalmente en derecho internacional, en este ámbito como en la mayoría de los otros, la regla sigue siendo la ausencia de un mecanismo de constatación objetivo, mientras que su existencia constituye la excepción²²⁵. Por lo tanto, a la espera de la intervención altamente hipotética de un tercero imparcial, "cada Estado evalúa por sí mismo la situación jurídica en que se encuentra en relación con los demás Estados" —incluido, por supuesto, en lo que respecta a las reservas²²⁶.

12) No es conveniente disuadir a los Estados de formular objeciones a las reservas que consideran inválidas, sino más bien al contrario, en aras de la estabilidad de las relaciones convencionales, conviene alentarlos a hacerlo y a exponer, en la medida de lo

²²⁴ Para el texto completo de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas) y su comentario, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, págs. 205 a 222.

²²⁵ Véase el fallo de 18 de julio de 1966, *Sud-Ouest africano (deuxième phase)*, C.I.J., Recueil 1966, pág. 46, párr. 85: "En la esfera internacional, la existencia de obligaciones que no pueden imponerse en última instancia por ningún procedimiento jurídico ha sido siempre la regla y no la excepción".

²²⁶ Laudo arbitral de 9 de diciembre de 1978, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVIII, pág. 483, párr. 81.

posible, las razones que motivan su posición²²⁷. Esa es la razón por la cual, el proyecto de directriz 4.5.3 no se limita a enunciar el principio de que la objeción a una reserva inválida no produce, de por sí, ningún efecto, sino que, además, descarta toda conclusión apresurada de que la objeción a este tipo de reservas es un ejercicio inútil, que podría deducirse del enunciado de ese principio.

13) En efecto, es muy importante en todo sentido que, cuando lo crean justificado, los Estados y las organizaciones internacionales formulen una objeción para hacer valer públicamente su punto de vista sobre la invalidez de la reserva. Por lo demás, este último depende de su capacidad de apreciación. Por este motivo, el párrafo 2 de la directriz 4.5.3 se presenta como una simple recomendación dirigida a los Estados y las organizaciones internacionales, cuyo carácter puramente opcional resulta evidente por el uso del condicional "debería" y de la fórmula "si lo estima apropiado".

14) En cambio, aunque sea preferible, no es indispensable²²⁸ que esas objeciones se formulen en el plazo de 12 meses —o en cualquier otro plazo establecido en el tratado²²⁹. Si bien carecen como tales de incidencia jurídica en los efectos de la reserva, esas objeciones siguen siendo útiles para el autor de la reserva, que está alertado sobre las dudas que pesan sobre la validez de ésta, para los demás Estados u organizaciones contratantes y para cualquier otra autoridad que pudiera tener que pronunciarse sobre la validez de la reserva. Todo esto se indicó claramente en los comentarios de la directriz 2.6.15 (Objeciones tardías):

"Esta práctica [la de formular objeciones tardías] no es en absoluto reprobable. Por el contrario: permite a los Estados y a las organizaciones internacionales expresar, por medio de objeciones, su punto de vista sobre la validez de una reserva, aunque hayan transcurrido más de 12 meses desde su formulación; ello tiene su utilidad, aun cuando las objeciones tardías no surtan efectos jurídicos inmediatos."²³⁰

Lo mismo ocurre *a fortiori* con las objeciones a las reservas que sus autores consideran inválidas.

²²⁷ Véase la directriz 2.6.10 (Motivación) en la que se recomienda a los autores de la objeción a una reserva indicar los motivos por los cuales se hace (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10)*, págs. 228 a 231).

²²⁸ El Gobierno italiano, en su objeción, formulada tardíamente, a las reservas de Bostwana al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, explicó que: "El Gobierno de la República italiana considera que, con arreglo al artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, las reservas [de Botswana] son incompatibles con el objeto y el fin del Pacto. Dichas reservas no obstan a la aplicación del artículo 20 y pueden, por lo tanto, ser objetadas en cualquier momento". (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/> (cap. IV, 4)); véase también la objeción de Italia a la reserva formulada por Qatar a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, *ibíd.*, cap. IV, 9. Véase asimismo la posición expuesta por Suecia en la Sexta Comisión, en oportunidad del examen del informe de esa Comisión sobre la labor realizada en su 57° período de sesiones (A/C.6/60/SR.14), pág. 5, párr. 22.

²²⁹ Para otros ejemplos recientes, véanse las objeciones de Portugal y México a la reserva formulada por Qatar con ocasión de su adhesión a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, disponible en línea en <http://treaties.un.org/>, cap. IV, 8). Las dos objeciones fueron hechas el 10 de mayo de 2010 (C.N.260.2010.TREATIES-16 y C.N.264.2010.TREATIES-16), en tanto que el Secretario General había comunicado el instrumento de adhesión de Qatar el 8 de mayo de 2009.

²³⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10)*, pág. 251, párrafo 3) del comentario.

15) Esta observación no debe sin embargo alentar la formulación de objeciones tardías con el argumento de que, incluso si no se formulara la objeción, la reserva sería nula y no produciría efecto alguno. Interesa al autor de la reserva, a los demás Estados y organizaciones contratantes y, en un sentido más general, a la estabilidad y la claridad de las relaciones jurídicas, que se formulen objeciones a las reservas inválidas y que ello se haga tan pronto como sea posible para que todos los actores puedan evaluar la situación jurídica rápidamente y el autor de la reserva pueda eventualmente subsanar su invalidez en el marco del diálogo sobre las reservas. Por este motivo, en el párrafo 2 de la directriz 4.5.3 se invita a los Estados y las organizaciones a formular eventuales objeciones "lo antes posible".
