Naciones Unidas A/CN.4/558

Asamblea General

Distr. general
1° de junio de 2005
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional
57° período de sesiones
Ginebra, 2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005

Décimo informe sobre las reservas a los tratados

Preparado por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	La validez de las reservas	1–53	2
A.	La presunción de validez de las reservas	10–21	5
B.	Las reservas prohibidas por el tratado	22–33	10
1.	Alcance de las cláusulas que prohíben las reservas	22–49	10
a)	La prohibición expresa de reservas	25–33	11
b)	La prohibición tácita de las reservas	34–49	15
2.	El efecto de la formulación de una reserva prohibida por el tratado (reenvío)	50–53	23

05-37022 (S) 120705 130705

I. La validez de las reservas

1. La segunda parte del presente informe obedece al propósito de examinar las condiciones de validez de las reservas a los tratados y propone una serie de directrices, que constituirán la tercera parte de la Guía de la práctica, tras una primera dedicada a las definiciones y la segunda relativa al procedimiento de formulación de reservas y declaraciones interpretativas. Esta parte será completada el próximo año con algunos proyectos de directrices relativas a la validez de las declaraciones interpretativas, que por lo demás no plantean mayor problema a este respecto.

2. Un primer problema se refiere al enunciado mismo del objeto de esta tercera parte; en efecto, tras muchas vacilaciones, el Relator Especial ha decidido volver a la expresión "validez de las reservas" para denominar el acto intelectual consistente en determinar si una declaración unilateral hecha[1] por un Estado o por una organización internacional con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado[2] en su aplicación a ese Estado o a esa organización puede surtir los efectos que se imputan en principio a la formulación de una reserva.

3. La Comisión, fiel a la definición que figura en el párrafo 1 d) del artículo 2 de las Convenciones de Viena, retomada en el proyecto de directriz 1.1 de la Guía de la práctica, ha admitido que todas las declaraciones unilaterales que se ajusten a esa definición constituyen reserva. Sin embargo, como precisó con la mayor claridad en su comentario al proyecto de directiva 1.6, "definir no es reglamentar. Una reserva puede ser lícita o ilícita y sigue siendo una reserva si se ajusta a la definición por la que se haya optado"[3]. "En primer lugar, la determinación exacta de la índole de una declaración es un requisito previo indispensable para aplicar un régimen jurídico especial y, sobre todo, para determinar su admisibilidad. Una vez que un determinado instrumento ha sido calificado de reserva (...) se puede decidir si es o no admisible, evaluar su alcance jurídico y determinar sus efectos"[4].

4. Este vocabulario plantea problemas. Inicialmente, el Relator Especial había utilizado las palabras "validez", "invalidez" o "falta de validez", con preferencia a "licitud" e "ilicitud"[5]. Esta terminología había sido impugnada por el Profesor D. W. Bowett, a cuyo juicio este concepto "siembra la confusión entre dos cuestiones distintas, la licitud y la oponibilidad de una reserva (a saber, si se puede hacer valer contra un tercero)"[6]. La Comisión retomó esta expresión en su informe sobre la

---

[1] Habida cuenta de que la simple formulación de una reserva no le permite surtir los efectos deseados por su autor, habría sido más apropiada la palabra "formulada" (véase *infra*, párrs. 13 y 14), pero las Convenciones de Viena emplean la palabra "hecha" y, en principio, la Comisión no ha de modificar el texto de Viena.

[2] O del tratado en su conjunto en ciertos aspectos especiales (véase el proyecto de directiva 1.1.1).

[3] *Anuario* ... 1999, vol. II (segunda parte), párrafo 2 del comentario.

[4] Ibíd, págs. 133 y 134, párrafo 3 del comentario. Véanse también el comentario del proyecto de directriz 1.1.1 en *Anuario* ... 1998, vol. II (segunda parte), párrafo 3 del comentario, y el tercer informe (A/CN.4/491/Add. 3, párrs. 158 y 179).

[5] En el plan preliminar que había preparado en 1993, el futuro Relator Especial sobre la cuestión había utilizado la expresión "validez de las reservas" (véase *Anuario* ... 1993, vol. II (primera parte), pág. 258).

[6] ILC/WG/LTPW/93/1/Add.1, pág. 5.

labor realizada en su 45° período de sesiones[7] y el representante del Reino Unido en la Sexta Comisión declaró en 1993:

> "Sin embargo, sorprende un tanto a la delegación del Reino Unido que la CDI se refiera a la 'validez de las reservas' en el párrafo 428 de su informe. Si el contexto indica el pensamiento de la CDI, los términos utilizados pueden interpretarse en el sentido de que favorecen la posibilidad de que una declaración a la cual se subordine el consentimiento de un Estado para quedar vinculado por un tratado pueda de alguna manera considerarse nula. En realidad, el apartado d) del artículo 2 de la Convención de Viena, que define una reserva no sólo como declaración 'unilateral' por la cual un Estado se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de determinada disposición del tratado y, *a fortiori*, los artículos 19 y siguientes, así como las referencias prudentes a la 'formulación' de las reservas que en ellos figuran, demuestran claramente que una definición de esa índole constituye automáticamente una 'reserva', pero que sus efectos jurídicos han de determinarse por la aplicación de las reglas enunciadas a continuación. Esto se desprende con toda claridad del comentario de la CDI sobre los artículos 17 a 19 del proyecto de 1962 y explica por qué, en la Convención de Viena, incluso los casos expresamente prohibidos o los que son incompatibles con el objeto y el fin de un tratado son denominados 'reservas' en el artículo 19 y también por qué el artículo 21 se refiere a una reserva 'efectiva' con respecto a un tercero."[8]

5. Como había indicado el Relator Especial en su informe preliminar, la palabra "validez" en su espíritu era bastante neutra y englobaba de hecho la cuestión de la oponibilidad de la reserva que, a su juicio, estaba íntimamente ligada con la del régimen jurídico de las objeciones, aunque no dependa forzosamente en forma exclusiva de ella. Había admitido también que, si la palabra "licitud" parecía más apropiada, no había inconveniente en utilizarla. En efecto, era más precisa[9]. Habría que señalar en todo caso[10] que las objeciones del profesor Bowett y del Gobierno del Reino Unido significaban dirimir la controversia en la doctrina, de carácter central en el ámbito de las reservas, entre los partidarios de la "oponibilidad" y los de la admisibilidad[11], en favor de esta segunda tesis, de la que Sir Derek Bowett es uno de los representantes más eminentes[12]. En vista de estas observaciones, la Comisión (y su Relator Especial) utilizaron las palabras "admisible" para calificar una reserva que pudiera surtir los efectos previstos en las Convenciones de Viena e "inadmisible" para designar una reserva que no pudiera surtirlos.

6. En todo caso se planteó un nuevo problema cuando:

> "algunos miembros señalaron que el término ["inadmisible"] no era apropiado en el presente caso: en derecho internacional, un hecho internacionalmente ilícito entraña la responsabilidad de su autor, lo que evidentemente no es el

---

[7] *Anuario* ... 1993, vol. II (segunda parte), párr. 428; la Comisión había precisado que la cuestión de la "validez de las reservas" "comprende las de las condiciones de la licitud de las reservas y la de su aplicabilidad a otro Estado".

[8] A/C.6/48/SR.24, párr. 42.

[9] Informe preliminar, A/CN.4/470, párr. 99.

[10] Ibíd., párr. 100.

[11] Ibíd., párrs. 101 a 104.

[12] Véase Derek W. Bowett, "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", *British Yearbook of International Law* 1976-1977, págs. 67 a 92.

caso de la formulación de reservas contrarias a las diposiciones del tratado a que se refieren o incompatibles con su objeto o fin."[13]

En consecuencia, la Comisión decidió en 2002 hacer reserva de su posición a este respecto en espera del examen de los efectos de una reserva de esa índole[14].

7. Tras pensarlo un poco, sin embargo, no conviene que la Comisión espere hasta haber estudiado los efectos de las reservas para pronunciarse sobre esta cuestión de terminología:

– En primer lugar, la expresión *permissible* empleada en el texto en inglés de los proyectos de directrices aprobados hasta ahora y sus comentarios, da a entender que la cuestión se plantea exclusivamente desde el punto de vista de la admisibilidad y no de la oponibilidad;

– En segundo lugar, la palabra "lícita", por su parte, da a entender que la formulación de reservas en contravención de lo dispuesto en el artículo 19 de las Convenciones de Viena da lugar a la responsabilidad del Estado o la organización internacional que formulan la reserva, cosa que sin lugar a dudas no ocurre[15].

8. De todas maneras, y esto es lo único que importa en esta etapa, la palabra "validez" tiene la ventaja de ser neutra y de no prejuzgar la solución que dará la Comisión a la controversia entre oponibilidad y admisibilidad ni la cuestión de los efectos de la formulación de una reserva contraria a lo dispuesto en el artículo 19. Por una parte, no hay inconveniente para preguntarse cuál es la validez de las reservas y, por la otra, la Comisión debería, como consecuencia, reemplazar las palabras "admisible" e "inadmisible" por las palabras "válida" y "no válida" en los proyectos de directrices 1.6 ("Alcance de las definiciones") y 2.1.8 ("Procedimientos en caso de reserva manifiestamente [inadmisible]")[16].

9. Tras esta observación preliminar, en el presente informe se procederá al estudio más a fondo posible de la validez de las reservas a la luz del artículo 19 de las Convenciones de 1969 y 1986, que constituye sin duda alguna el elemento fundamental del régimen de Viena[17], con la siguiente estructura general:

– Partiendo del principio de que existe una presunción de la validez de las reservas (A),

– Esta disposición enuncia las hipótesis en que una reserva está expresa o tácitamente prohibida (B), antes de plantear la cuestión de

---

[13] Comentario al proyecto de directriz 2.1.8 ("Procedimiento en caso de reserva o manifiestamente [inadmisibles]", *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/57/10), párr. 7, pág. 104.

[14] Ibíd.

[15] A este respecto, véase A/CN.4/558/Add. 2, párrs. 190 y 191.

[16] El texto de la directriz 1.6 debería ser entonces: "Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en el presente capítulo de la Guía de la práctica debe entenderse sin perjuicio de la validez [y no de la admisibilidad] y de los efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables"; y el título de la directiva 2.1.8 debería ser: "Procedimiento en caso de reservas manifiestamente no válidas" (y no "inadmisibles"). Cuando se haga la revisión final de la Guía de la práctica, habrá también que modificar los comentarios en el mismo sentido.

[17] Véase Juan María Ruda, "Reservas a los tratados", *R.C.A.D.I.* 1975-III, vol. 146, pág. 180.

– La exigencia general de la compatibilidad de las reseras con el objeto y el fin del tratado (C).

– Por último, habrá que estudiar de manera general las modalidades de aplicación de estos principios (D).

A. La presunción de validez de las reservas

10. El artículo 19 de la Convención de Viena de 1986 y, antes, la disposición correspondiente de la Convención de 1969, previendo que, al momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, "un Estado o una organización internacional (...) podrá formular una reserva", aunque sea bajo ciertas condiciones, plantea "el principio general según el cual la formulación de reservas está autorizada ..."[18]. Se trata de un elemento esencial del "sistema flexible" dimanado de la opinión de la Corte Internacional de Justicia en 1951[19] y no es exagerado afirmar que a este respecto revierte la presunción tradicional que dimanaría del sistema de la unanimidad[20], con el objetivo declarado de facilitar la mayor adhesión posible a los tratados y, por lo tanto, su universalidad.

11. A este respecto, el texto del artículo 19, tomado directamente de las propuestas de Waldock, era diametralmente opuesto a los proyectos preparados por los Relatores Especiales sobre el derecho de los tratados que le habían precedido y que partían de la presunción inversa y expresaban en términos negativos o restrictivos el principio según el cual una reserva *únicamente* puede formularse (o "hacerse"[21]) *si* se cumplen ciertas condiciones[22]. Sir Humphrey, por su parte[23], presenta el

---

[18] Comentario del proyecto de artículo 18 aprobado en primera lectura en 1962, *Anuario* ... 1962, vol. II, pág. 199, párr. 15); véase también el comentario al proyecto de artículo 16 aprobado en segunda lectura, ibíd., 1966, vol. II, pág. 225, párr. 17). Respecto de la Convención de 1986 véanse los comentarios de los proyectos de artículo 19 (caso de tratados entre varias organizaciones internacionales), aprobado en 1997, ibíd., 1977, vol. II, pág. 107, párr. 1, y 19 *bis* (caso de tratados entre Estados y una o más organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y uno o más Estados), ibíd., pág. 109, párr. 3).

[19] 28 de mayo de 1951, *Réserves a la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Recueil* 1951, pág. 15. Véase el informe preliminar sobre las reservas (A/CN.4/470), párrs. 36 a 46.

[20] Este concepto, que sin duda se ha convertido en norma consuetudinaria en el período de entre guerra (véase la opinión disidente de los magistrados Guerrero, McNair, Read y Hsu Mo a la opinión consultiva citada, *Recueil* 1951, pág. 34 y 35), limitaba considerablemente la facultad de hacer reservas; únicamente podía procederse a ello si todas las demás partes en el tratado las aceptaban, en defecto de lo cual el autor de la reserva quedaba fuera del ámbito de la convención. En sus observaciones acerca del proyecto de artículo 18 aprobado por la Comisión en 1962, el Japón proponía volver a la presunción inversa (véase el cuarto informe de Sir Humphry Waldock sobre el derecho de los tratados, *Anuario* ... 1965, vol. II).

[21] Véanse a este respecto los párrafos 13 y 14 del presente informe.

[22] Véanse por ejemplo, los proyectos de artículos 10, párr. 1, del proyecto de J. L. Brierly de 1950 (A/CN.4/23, en *Anuario* ... 1950, vol. II), 9 de los proyectos de Hersch Lauterpacht (primer informe, A/CN.4/63, en ibíd., 1953; segundo informe, A/CN.4/87, ibíd., 1954, vol. II) o 39, párrafo1 del proyecto de G. G. Fitzmaurice (*Anuario* ... 1956, vol. II). Véanse las observaciones de Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, París, 1979, págs. 88 y 89.

[23] "Todo Estado tiene la facultad, cuando firma, ratifica o acepta un tratado o se adhiere a él, de formular una reserva (...) a menos que ..." (*Anuario* ... 1962, vol. II, artículo 17, párr. 1.a)).

principio como la “facultad de formular, vale decir, *proponer* una reserva”, que tiene el Estado “en virtud de su soberanía”[24].

12. En todo caso, esta facultad no es ilimitada:

– En primer lugar, esta limitada en el tiempo porque la formulación de reservas únicamente puede tener lugar “al momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él”[25];

– En segundo lugar, la formulación de reservas tal vez no sea compatible con el objeto de ciertos tratados, sea porque están limitados a un pequeño grupo de Estados, hipótesis que tiene en cuenta el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención, que retoma el sistema de la unanimidad respecto de esos instrumentos[26], sea, en el marco de los tratados universales, porque las partes quieren hacer prevalecer el carácter integral de la Convención sobre su universalidad o, en todo caso, limitar la facultad de los Estados de formular reservas; a este respecto, al igual que todos los demás, la Convención de Viena únicamente tiene carácter supletorio de la voluntad y nada impide a los negociadores incluir en el tratado “cláusulas de reservas”, que limiten o modifiquen la facultad de principio que confiere el artículo 19[27]. Así, pues, resulta sin duda excesivo hablar de un “derecho a las reservas”, por más que evidentemente la Convención parta del principio de que existe una presunción en ese sentido.

13. Ese es el sentido del propio título del artículo 19 (“Formulación de reservas”), confirmado por el encabezamiento de esa disposición: “Un Estado podrá formular una reserva ... a menos ...”. Por cierto, al utilizar el verbo “podrá”, el encabezamiento del artículo 19 reconoció un derecho a los Estados, si bien no es más que el derecho de “formular” reservas[28].

---

[24] Comentario del artículo 17, ibíd., párr. 9); en cursiva en el original.

[25] Véase *infra*, párr. 19.

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

[27] Respecto del carácter supletorio del régimen de Viena, véase el informe preliminar sobre las reservas, A/CN.4/470, párr. 123; segundo informe sobre las reservas, A/CN.4/477 y Add.1, párrs. 26, 123, 133 y 163; tercer informe, A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párr. 139, o quinto informe, A/CN.4/508 y Add.1 a 4, párr. 290; véase también: Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, págs. 124 a 126; John King Gamble, Jr., “Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practica”, A.J.I.L., 1980, págs. 383 a 391; P.-H. Imbert, op. cit., nota 22, págs. 162 a 230; Lord McNair, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, págs. 169 a 173; Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1999, págs. 85 a 90 y 101 a 104; Rosa Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados – Formulación y ambigüedades del régimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, págs. 89 a 136.

[28] P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 83; véase también Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, PUF, París, tercera edición revisada y corregida por Philippe Cahier, 1995, pág. 75, o R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 84. Cabe también destacar que una propuesta de Briggs que apuntaba a reemplazar la palabra “facultad” que figuraba en el proyecto de Waldock (véase *supra*, nota 23) por la palabra “derecho” (*Anuario* ..., 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 22) no fue aprobada, ni tampoco lo fue una enmienda en el mismo sentido presentada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la Conferencia de Viena (A/CONF.39/C.1/L.115, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados,

14. Las palabras “formular” y “formulación” se han escogido con cuidado y significan que, si bien corresponde al Estado que quiere subordinar su consentimiento a quedar obligado haciendo una reserva indicar cómo ha de limitar su participación en el Estado[29], esta formulación no basta por sí misma; la reserva no queda ‘hecha’ y no surte sus efectos por el sólo hecho de la declaración. Esa es la razón por la cual una enmienda de China que apuntaba a reemplazar las palabras “formular una reserva” por “hacer una reserva”[30] fue descartada por el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena[31]. Como había señalado Waldock, “decir (...) que un Estado puede “hacer” una reserva es equívoco, pues se trata de saber si una reserva formulada por un Estado puede considerarse efectivamente ‘hecha’ mientras los demás Estados interesados no hayan consentido en ella”[32]. Ahora bien, una reserva no sólo no es “efectiva”[33] si no se cumplen ciertas condiciones de procedimiento, muy poco restrictivas, por cierto[34], sino que además debe respetar las condiciones de fondo enunciadas en los tres apartados del propio artículo 19, como ponen de manifiesto las palabras “a menos”[35].

15. Según algunos autores, la terminología empleada en esta disposición sería, sin embargo, incongruente a este respecto porque “cuando el tratado autoriza ciertas reservas (artículo 19 b)), ellas no tienen por qué ser aceptadas por los demás Estados (...). Por lo tanto, están “hechas” desde el momento en que las formula el Estado”[36]. Además, si el apartado b) indica acertadamente que esas reservas “pueden hacerse”,

---

Documentos Oficiales, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia (A/CONF.39/11/Add.2), párr. 175). El texto actual (“Todo Estado puede (...) formular una reserva, a menos ...”) fue aprobado por el Comité de Redacción de la Comisión (*Anuario* ... 1962, vol. I, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, párr. 3) y posteriormente por la Comisión en sesión plenaria (ibíd., vol. II, artículo 18, párr. 1) en 1962. La única modificación de que fue objeto en 1966 consistió en reemplazar las palabras “Todo Estado” por “Un Estado” (véase *Anuario* ... vol. I, 1965, 813ª sesión, 29 de junio de 1965, párr. 1 (texto aprobado por el Comité de Redacción) y *Anuario* 1966, vol. II, (artículo 16 aprobado en segunda lectura)).

29 Véase D. W. Gregi, “Reservations: Equity as a Balancing Factor?” *Australian Yearbook of International Law* 1955, pág. 22.

30 A/CONF.39/C.1/L.161 (véase *Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), nota 28, párr. 177).

31 Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Documentos oficiales, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión plenarias (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 23ª sesión, 11 de abril de 1968, párr. 2 (explicaciones de China), y 24ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 13 (declaración del Consejero Experto, Sir Humphrey Waldock).

32 Primer informe, A/CN.4/144, nota 23, párrafo 1 del comentario de los artículos 17 a 19 del proyecto.

33 Véase el encabezamiento del artículo 21: “Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23 ...”.

34 Véanse los artículos 20, párrs. 3 a 5, 21, párrs. 1 y 23, párrs. 1 a 3 y los proyectos de directrices 2.1 a 2.2.3. Véase también Massimo Coccia, “Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights”, *California Western I. L. J.* 1985, pág. 18.

35 “Este artículo enuncia el principio general según el cual está permitido hacer reservas, salvo en tres casos” (*Anuario* ... 1966, vol. II, comentario al artículo 16, párr. 17); la utilización de la palabra “hacer” en el comentario es criticable pero más bien se trata de un error de traducción que de un propósito deliberado —*contra*: P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 90. Por lo demás, el texto inglés del comentario es correcto: “*This article states the general principle that the formulation of reservations is permitted except in three cases ...*” (*Anuario* ... 1966, vol. II, las cursivas son añadidas).

36 P. H. Imbert, op. cit., nota 22, págs. 84 y 85.

el encabezamiento del artículo 19 induciría a error porque significaría que tampoco son "formuladas" por su autor[37]. En realidad es una falsa polémica[38]: el apartado b) no se refiere a las reservas efectivas (o hechas) por el sólo hecho de su formulación sino, por el contrario, a las que no están autorizadas en el tratado. Al igual que en la hipótesis del apartado a), estas últimas no pueden formularse: en un caso (apartado a)) la prohibición es expresa y en el segundo (apartado b)) es tácita.

16. El principio de la facultad de formular reservas constituye sin duda alguna un elemento fundamental del régimen de Viena y se plantea la cuestión de saber si tendría que ser objeto de un proyecto de directriz separado, cuyo texto podría ser el siguiente:

> 3.1 [*Facultad de formular una reserva*] [*Presunción de validez de las reservas*]
>
> "Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva al momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él."

17. Con cierta vacilación, el Relator Especial, sin embargo, no propone a la Comisión proceder de esa manera. Una directriz de esa índole tendría sin duda el mérito de poner de manifiesto este principio fundamental del régimen de Viena sin apartarse de la redacción de las Convenciones de 1979 y 1986, porque la redacción empleada no es otra que la del encabezamiento del artículo 19. Sin embargo, por regla general, la Comisión ha evitado escindir, para retomarlos en proyectos de directrices separados, varias disposiciones de un solo artículo de la Convención de Viena[39]. Más fundamentalmente, el principio de la facultad de formular una reserva y, como consecuencia, de la presunción de su validez, no se puede separar de las excepciones de que es objeto.

18. De conformidad con la práctica de la Comisión hasta el presente, y de no haber motivo concluyente en contrario, parece preferible incluir al principio de la tercera parte de la Guía de la práctica, dedicada a la validez de las reservas, el texto completo del artículo 19 y, en el comentario y el proyecto de directrices

---

[37] Véase también J. M. Ruda, *op. cit.*, nota 18, págs. 179 y 180 y la crítica mucho más moderada que hace Frank Horn en *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. 111 y 112.

[38] Cabe impugnar en cambio el empleo de los verbos "formular" y "hacer" en el párrafo 2 del artículo 23; carece de congruencia precisar, al final de esta disposición, que, en caso de confirmación al momento de manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado, "se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación". La Comisión, al preparar la Guía de la práctica en materia de reservas, ha tratado de adoptar un vocabulario congruente a este respecto (las críticas que le hace R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 85, parecen obedecer a un error de traducción al español).

[39] Véanse los proyectos de directrices 1.1 (Definición de las reservas), 2.2.1 (Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado) o 2.5.1 (Retiro de las reservas), que recogen, respectivamente, el texto de los artículos 2, párr. 1.d), 23, párr. 2, y 22, párr. 1 de la Convención de Viena de 1986. Sin embargo, la Comisión no ha aplicado esta regla general cuando el plan de la Guía de la práctica hacía necesario distribuir los diversos elementos de una sola disposición de la Convención en varias directrices (por ejemplo, las reglas enunciadas en el artículo 23 relativas al procedimiento para las reservas, las aceptaciones y las objeciones están distribuidas en varios proyectos de directriz), pero en este caso no se impone ninguna razón de este tipo. Cabe recordar que la Comisión se basa de preferencia en el texto de 1986, más completo que el de 1969.

complementarias, hacer precisiones y aclaraciones que puedan servir para orientar la práctica de los Estados.

19. La única cuestión que se plantea a este respecto se refiere, en relación con el encabezamiento del artículo 19 de las dos Convenciones de Ginebra, a los distintos momentos (o "casos" para retomar la terminología empleada en el proyecto de directriz 1.1.2[40]), "en los cuales se puede formular una reserva". En efecto, como se destaca más adelante[41], el artículo 19 recoge las limitaciones en el tiempo que figuran en la propia definición de las reservas enunciada en el párrafo 1 d) del artículo 2 de las Convenciones de Viena[42]. No cabe duda de que esa repetición es superflua, como había señalado Dinamarca en el examen del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que se aprobó en 1962[43]. Sin embargo, la Comisión no consideró necesario subsanar esta anomalía al aprobar el proyecto definitivo en 1966 y esa repetición no es un inconveniente suficientemente grave como para modificar la Convención de Viena, a la que no ha causado problema alguno.

20. En estas condiciones, parece razonable recoger en un proyecto de directriz 3.1, que podría titularse "Facultad de formular una reserva" el texto del artículo 19 de la Convención de Viena de 1986.

3.1 *Facultad de formular una reserva*

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

a) Que la reserva esté prohibida por el tratado;

b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o

c) Que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado."

21. Tal como se observa en la redacción del apartado c) de esta disposición, no todas las condiciones de validez de las reservas previstas en el artículo 19 están en el mismo plano. Los apartados a) y b) enuncian las hipótesis[44] en las cuales la reserva está prohibida por el tratado, expresa o tácitamente, mientras que el apartado c) se refiere a los casos en que no se puede formular una reserva aunque el tratado no diga nada. Habrá que referirse en forma separada a las dos hipótesis.

---

[40] Véase *Anuario ... 1998*, vol. II, segunda parte.

[41] Párr. 12

[42] Véanse los proyectos de directriz 1.1 (Definición de las reservas) y 1.1.2 (Casos en que puede formularse una reserva) y sus comentarios. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/53/10), págs. 206 a 209 y 214 a 218.

[43] Véase el cuarto informe de Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/177), nota 20.

[44] Con mayor precisión, "algunas hipótesis", ya que no todas quedan comprendidas (véase *infra*, párrs. 31 y 32).

B. Las reservas prohibidas por el tratado

22. Según Paul Reuter, las hipótesis enunciadas en los apartados a) y b) del artículo 19 constituyen "casos muy sencillos"[45]; esta afirmación es muy discutible. Efectivamente estas disposiciones remiten a los casos en que un tratado al cual un Estado o una organización internacional quiere hacer una reserva contiene una cláusula especial por la que se prohíbe o autoriza la formulación de reservas. Pero, además de que no todas las hipótesis están claramente comprendidas, pueden plantearse problemas delicados en cuanto al alcance exacto de una cláusula que prohíba las reservas 1) y a los efectos de una reserva formulada a pesar de esa prohibición 2).

1. Alcance de las cláusulas que prohíben las reservas

23. En el párrafo 1.a) del artículo 17 del proyecto presentado a la Comisión en 1962, Waldock distinguía tres hipótesis:

– Las reservas "expresamente prohibidas por el tratado o (...) incompatibles con la naturaleza del tratado o la costumbre establecida de una organización internacional";

– Las que no están comprendidas en las disposiciones de una cláusula que limita la facultad de hacer reservas o

– Que autorice ciertas reservas[46].

El elemento común de los tres casos consiste en que, a diferencia de las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado[47], "cuando se formule una reserva que no está prohibida por el tratado, los demás Estados tienen que comunicar si la aceptan o la rechazan mientras que, si se trata de una reserva prohibida por el tratado, no tienen que hacerlo porque ya se han pronunciado contra ella en el propio tratado"[48].

24. Esta tipología, si bien la Comisión la recogió aunque en forma un tanto distinta[49], era inútilmente complicada y, en el plano de la generalidad bastante considerable en que querían moverse los redactores de la Convención, era inútil hacer una distinción entre las dos primeras hipótesis enunciadas por el Relator Especial[50]. En el párrafo 2, del proyecto de artículo 18, que proponía en 1965 en

---

[45] Paul Reuter "Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels" en *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Nijhoff, Dordrecht, 1999, pág. 625 (reproducido también en P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international*, Économica, París, 1999, pág. 363).

[46] Primer informe, A/CN.4/144, nota 23.

[47] Hipótesis prevista en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17, pero en forma bastante distinta del texto actual (véase A/CN.4/558/Add.1).

[48] Sir Humphrey Waldock, primer informe, A/CN.4/144, nota 23, párrafo 9 del comentario.

[49] Proyecto de artículo 18, párr. 1.b), c) y d), *Anuario* ... 1962, vol. II, pág. 194 (véase el comentario de este párrafo, párr. 15).

[50] A la inversa, en el debate del proyecto, Briggs había estimado que, "de existir una distinción es entre el caso previsto en el apartado a), en que todas las reservas están prohibidas, y el previsto en los apartados b) y c) en que únicamente ciertas reservas están expresamente prohibidas o tácitamente excluidas" (*Anuario* ... 1962, vol. I, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, párr. 12; véase la opinión discrepante de Waldock, ibíd., párr. 32); como indica el ejemplo del artículo 12 de la

vista de las observaciones de gobiernos, el Relator Especial se limitó a distinguir entre las reservas expresamente prohibidas por el tratado (o "por las reglas vigentes en una organización internacional"[51]) de las que lo estaban tácitamente como consecuencia de la autorización de algunas reservas en el tratado[52]. Es esta doble distinción la que se vuelve a encontrar, en forma depurada[53] en los apartados a) y b) del artículo 19 de la Convención sin que se establezca diferencia alguna en cuanto a que el tratado prohíba o autorice en todo o parte las reservas[54].

a) La prohibición expresa de reservas

25. Según el profesor Tomuschat, la prohibición tal y como está enunciada en el apartado a) debería entenderse en el sentido de que comprende tanto las

---

Convención de 1958 sobre la plataforma continental (*infra*, párr. 41), esta observación es muy pertinente.

[51] Si bien el principio no había sido impugnado en el debate en sesión plenaria en 1965 (pero lo había sido por Lachs en 1962, *Anuario* ... 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 53) y se había conservado el texto aprobado en la primera parte del 17° período de sesiones (véase *Anuario* ... 1965, vol. II), esta precisión desaparece sin explicación alguna del proyecto de artículo 16, finalmente aprobado por la Comisión en 1966 tras la revisión final del Comité de Redacción (véase *Anuario* ... 1966, vol. I, 887ª sesión, de 11 de julio de 1966, párr. 91). La supresión de esa expresión servía para acercar la cláusula general de salvaguardia relativa a los "tratados constitutivos de organizaciones internacionales y tratados aprobados en el ámbito de una organización internacional" que figuraba en el artículo 5 de la Convención, aprobado el mismo día en su texto definitivo por la Comisión (ibíd., párr. 79). En la práctica, es excepcional que se puedan formular las reservas al instrumento constitutivo de una organización internacional (véase Maurice H. Mendelson, "Reservations to the Constitutions of International Organizations", BYBIL 1971, págs. 137 a 171). En lo que respecta a los tratados concertados en el marco de organizaciones internacionales, el mejor ejemplo de exclusión (supuesta) de reservas es el de la Organización Internacional del Trabajo, cuya práctica uniforme consiste en no aceptar el depósito de instrumentos de ratificación de convenios internacionales del trabajo cuando están subordinados a reservas (véase el memorando presentado por el Director de la Oficina Internacional del Trabajo al Consejo de la Sociedad de las Naciones sobre la admisibilidad de reservas a los convenios generales, *Journal officiel de la Societé des Nations*, 1927, pág. 882 o el memorando presentado por la Organización Internacional del Trabajo a la Corte Internacional de Justicia en 1951 en el asunto relativo a las Reservas a la Convención sobre el Genocidio en, Corte Internacional de Justicia, *Mémoires, plaidoiries et documents*, 1951, págs. 227 y 228 o la declaración de Wilfred Jenks, Asesor Jurídico de la Oficina Internacional del Trabajo en el curso de los alegatos orales en el mismo asunto, ibíd., pág. 234); véase una crítica de esta postura en el comentario al proyecto de directriz 1.1.8 (reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión) de la Guía de la práctica, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/55/10), págs. 202 a 215, párrs. 3 a 5).

[52] Cuarto informe, A/CN.4/177, nota 20.

[53] Respecto de los cambios de redacción introducidos por la Comisión, véanse los debates sobre el proyecto de artículo 18 (*Anuario* ... 1965, vol. I, en particular las sesiones 797ª y 798ª, de 7 y 9 de junio de 1965) y el texto aprobado por el Comité de Redacción (ibíd., 813ª sesión, 29 de junio de 1965, párr. 1) y su debate (ibíd.). El texto definitivo del artículo 16 a) y b) aprobado en segunda lectura por la Comisión era el siguiente: "Un Estado podrá formular una reserva a menos que: a) ésta esté prohibida por el tratado; b) el tratado autorice determinadas reservas entre las cuales no figure la reserva en cuestión" (*Anuario* ... 1966, vol. II). Véase también la nota 83 *infra*.

[54] Los "proyectos alternativos" de *lege ferenda* propuestos en 1953 en el primer informe presentado por Hersch Lauterpacht se referían juntos a los tratados que "no prohíben o limitan la facultad de hacer reservas" (primer informe, A/CN.4/63, nota 22, *Anuario* ... 1953).

prohibiciones expresas como las tácitas[55]. Esa interpretación puede hallar justificación en los trabajos preparatorios de esta disposición:

– En su redacción original, propuesta por Waldock en 1962[56], se precisaba que se refería a las reservas "expresamente prohibidas", precisión que fue descartada en 1965 sin explicación por parte del Relator Especial y sin que los debates de la Comisión aclaren mayor cosa al respecto[57];

– En el comentario del proyecto de artículo 16, aprobado en segunda lectura en 1965, la Comisión parecía en la práctica dejar en el mismo plano a "las reservas expresas o tácitamente prohibidas por las disposiciones del tratado." [58]

26. Esta interpretación es, sin embargo, discutible. La idea de que algunos tratados podían, "por su naturaleza", excluir las reservas fue descartada en 1962 por la Comisión, que rechazó la propuesta en ese sentido hecha por Waldock[59]. Por lo demás, no se entiende qué prohibiciones podrían dimanar "tácitamente del tratado" salvo en los casos comprendidos en los apartados b) y c)[60] del artículo 19[61] y hay que admitir que el apartado a) únicamente se refiere a las reservas expresamente prohibidas por el tratado. Esta interpretación es, por lo demás, la única combatible con el gran liberalismo que impregna el conjunto de las disposiciones de la Convención relativas a las reservas.

---

[55] Christian Tomuschat, "Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties. Comments on Articles 16 and 17 of the International Law Commission´s Draft Articles on the Law of Treaties", Z.a.ö.R.V., 1967, pág. 469.

[56] Véase *supra*, párr. 23.

[57] Véase, sin embargo, la intervención de Yasseen, *Anuario* ... 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, párr. 19: "se podría suprimir la palabra 'expresamente' y decir simplemente 'a menos que estén prohibidas ...'. En efecto, basta que el tratado se pronuncie y no importa que las prohíba tácita o expresamente", pero esto se refería al texto de 1962.

[58] Al igual, por lo demás, que las "expresa o tácitamente autorizadas", *Anuario* ... 1966, vol. II, párr. 10 del comentario; véase también el párrafo 17. En el mismo espíritu, el párrafo 1 a) del artículo 19 del proyecto de artículo sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en 1981 ponía en pie de igualdad los casos en que las reservas estaban prohibidas por los tratados o en que "quedaba demostrado de otra forma que los Estados o las organizaciones que habían participado en la negociación habían convenido en que la reserva estaba prohibida" (ibíd., 1981, vol. II, segunda parte).

[59] Véase *supra*, párr. 24. El Relator Especial indicó que, al redactar esa cláusula, "pensaba en la Carta de las Naciones Unidas que, por su naturaleza, no puede ser objeto de reserva" (*Anuario* ... 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 60). Esta excepción está comprendida en la cláusula de salvaguardia enunciada en el artículo 5 de la Convención (véase *infra*, nota 60). La expresión "naturaleza del tratado" no fue objeto de mayor atención en el curso del debate (Castrén, sin embargo, consideró que era imprecisa, ibíd., 652ª, 28 de mayo de 1962, párr. 28; véase también Verdross, ibíd., párr. 35); fue suprimida por el Comité de Redacción (ibíd., 663ª sesión, 18 de junio de 1962, párr. 3).

[60] Las enmiendas presentadas por España (A/CONF.39/C.1/L.147) y por los Estados Unidos y Colombia (A/CONF.39/C.1/L.147) que apuntaban a volver a incorporar el concepto de "naturaleza" del tratado en el apartado c) fueron retiradas por sus autores o rechazadas por el Comité de Redacción (véase la reacción de los Estados Unidos en la Conferencia de las Naciones sobre el Derecho de los Tratados, *Documentos Oficiales, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión plenaria* (A/CONF.39/C.1/Add.1, pág. 37).

[61] Esa es por lo demás la conclusión final a que llega C. Tomuschat (*op. cit.*, nota 55, pág. 471).

27. No se plantea ningún problema (salvo el de saber si la declaración de que se trata constituye o no una reserva[62]) si la prohibición es clara y neta, en particular cuando es general, en la inteligencia, no obstante, de que existen relativamente pocos ejemplos al respecto[63], aunque algunos sean célebres como el del artículo 1 del Pacto de la Sociedad de Naciones:.

> "Son Miembros originarios de la Sociedad de Naciones los Signatarios (…) que se hubieren adherido al presente Pacto sin ninguna reserva …"[64]

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

> "No se admitirán reservas al presente Estatuto" [65].

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

---

[62] Véase el proyecto de directriz 1.3.1 (Método para distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas) y su comentario, *Anuario* ... 1999, vol. II, 2ª parte, págs. 223 a 229.

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

[64] Se puede sostener que esta norma fue abandonada cuando el Consejo de la Sociedad reconoció la neutralidad de Suiza (en este sentido, M. Mendelson, *op. cit.*, nota 51, págs. 140 y 141).

[65] Por categórica que pueda parecer, esta prohibición no está por lo demás totalmente desprovista de ambigüedad: el muy lamentable artículo 124 del Estatuto, que autoriza a "un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, [a] declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte" sobre los crímenes de guerra, constituye una excepción a la norma establecida en el artículo 120, ya que esas declaraciones equivalen a verdaderas reservas (véase A. Pellet, "Entry into Force and Amendment of the Statute" en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, vol. I, pág. 157); véase también el Convenio europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, en cuyo artículo 21 se prohíben las reservas, mientras que otras disposiciones diversas autorizan algunas. Para otros ejemplos, véanse Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservations Clauses in Treaties Concluded within the Council of Europe", I.C.L.Q. 1999, págs. 493 y 494; P. Daillier y A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, L.G.D.J., París, 7ª ed., 2002, pág. 181; P.-H. Imbert, *op. cit.* nota 22, págs. 165 y 166; F. Horn, *op. cit.*, nota 37, pág. 113; R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, págs. 105 a 108; W. A. Schabas, *op. cit.*, nota 63, pág. 46.

"No se podrán formular reservas ni excepciones al presente Convenio"[66].

28. Sin embargo, puede ocurrir que la prohibición sea más ambigua. Así, a tenor del párrafo 14 del Acta final de la Conferencia que aprobó en Ginebra en 1961 la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional, "las delegaciones que han participado en la negociación de la Convención (...) declaran que sus respectivos países no tienen la intención de hacer reservas a la Convención[67]; no sólo no se trata de una prohibición categórica, sino que además esta declaración de intención se hace en un instrumento distinto del tratado. En un caso de este tipo, cabe pensar que las reservas no están prohibidas estrictamente hablando, pero que si un Estado formula una, las otras Partes deberían lógicamente oponerse.

29. Con mayor frecuencia la prohibición es parcial y se refiere a una o varias reservas determinadas o a una o varias categorías de reservas. La hipótesis más sencilla (pero bastante infrecuente) es la de las cláusulas que enumeran las disposiciones del convenio o convención con respecto a las cuales están prohibidas las reservas[68]. Así ocurre en el caso del artículo 42 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951[69] o el artículo 26 del Convenio internacional de la Organización Marítima Internacional sobre la seguridad de los contenedores, de 1972.

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

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

---

[66] Para un comentario muy detenido, véase Alessandro Fodella, "The Declarations of States Parties to the Basel Convention" en Tullio Treves ed., "Six Studies on Reservations", *Communicazioni e Studi*, vol. XXII, 2002, págs. 111 a 148; en el párrafo 2 del artículo 26 se autoriza a los Estados Partes a "formul[ar] declaraciones o manifestaciones, cualesquiera que sean su redacción y título, con miras, entre otras cosas, a la armonización de sus leyes y reglamentos con las disposiciones del Convenio, a condición de que no se interprete que esas declaraciones o manifestaciones excluyen o modifican los efectos jurídicos de las disposiciones del Convenio y su aplicación" a esos Estados; la distinción entre las reservas del párrafo 1 y las declaraciones del párrafo 2 puede resultar delicada, pero se trata de un problema de definición que en nada limita la prohibición establecida en el párrafo 1: si una declaración formulada en virtud del párrafo 2 resulta ser una reserva, está prohibida. La combinación de los artículos 309 y 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 plantea los mismos problemas y requiere las mismas respuestas (véase en particular A. Pellet, "Les réserves aux conventions sur le droit de la mer" en *La mer et son droit – Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, París, 2003, págs. 505 a 517; véase también más adelante, nota 87).

[67] Ejemplo citado por P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, págs. 166 y 167.

[68] Esta hipótesis está muy próxima a la de que el tratado especifique las disposiciones con respecto a las cuales se permiten las reservas; véase más adelante, párrafo 39 y la observación de Briggs (nota 50).

[69] A propósito de esta disposición, P. H. Imbert señaló que "la influencia de la opinión [de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio adoptada dos meses antes] es clarísima, puesto que una cláusula de esa naturaleza equivale a preservar las disposiciones que no podrán ser objeto de reservas" (*op. cit.*, nota 22, pág. 167); véanse los demás ejemplos ibíd. o *infra*, párrs. 39 a 41.

31. En el proyecto de Sir Humphrey Waldock 1962[70] se hacía la distinción entre las cláusulas de reservas de este tipo y las que excluyen "determinadas reservas". Por su parte, las Convenciones de Viena no hacen esas distinciones y, a pesar de la vaguedad en sus trabajos preparatorios, hay que presumir sin ninguna duda que el apartado a) del artículo 19 abarca a la vez las tres hipótesis que un análisis más preciso permite deducir:

– La de las cláusulas de reservas que prohíben cualquier reserva;

– La de las cláusulas de reservas que prohíben reservas a disposiciones especificadas;

– Por último, la de las cláusulas de reservas que prohíben determinadas categorías de reservas.

32. Aunque pueda parecer obvio, resulta sin duda útil precisarlo expresamente en un proyecto de directriz 3.1.1, cuyo texto podría ser el siguiente:

3.1.1 *Reservas expresamente prohibidas por el tratado*

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

– *Prohíbe cualquier reserva;*

– *Prohíbe reservas a disposiciones especificadas;*

– *Prohíbe determinadas categorías de reservas*.

33. Esta precisión parece tanto más útil cuanto que la tercera de estas hipótesis plantea problemas (de interpretación[71]) de la misma naturaleza que los que plantea el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado[72], que determinadas cláusulas recogen por lo demás expresamente[73]. Al indicar que estas reservas prohibidas sin referencia a una disposición concreta del tratado están comprendidas sin embargo en el apartado a) del artículo 19 de las Convenciones de Viena, la Comisión pondría de relieve útilmente la unidad del régimen jurídico aplicable a las reservas mencionadas en los tres apartados del artículo 19.

b) La prohibición tácita de las reservas

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

---

[70] Véase más arriba, nota 46.

[71] "Que una reserva sea permisible en virtud de las excepciones a) o b) dependerá de la interpretación del tratado" (A. Aust, *op. cit.*, nota 27, pág. 110).

[72] Véase A/CN.4/558/Add.1, párr. 91.

[73] Véanse los ejemplos dados más arriba, en la nota 63. Se trata de un ejemplo particular de "categorías de reservas prohibidas"; de manera particularmente incierta, a decir verdad.

1º La cláusula de reserva que figure en el tratado debe autorizar la formulación de reservas;

2º Las reservas autorizadas deben ser “determinadas”;

3º Debe estar especificado que “únicamente” ellas “pueden hacerse”[74].

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

> “En los casos en que el propio tratado permite que se hagan ciertas reservas específicas, o cierta clase de reservas, debe presumirse que cualesquiera otras reservas están excluidas y no podrán aceptarse.”[75]

Esta idea, que Waldock retomó en el párrafo 1 a) del proyecto de artículo 17 que propuso en 1962, es la que la Comisión aceptó en el párrafo 1 c) del proyecto de artículo 18, que aprobó ese mismo año[76] y que, con modificaciones menores de redacción, se convirtió en el artículo 16 b) del proyecto de 1966[77] y luego en el artículo 19 de la Convención.

36. No dejó de haber oposición, por otra parte, puesto que durante la Conferencia de Viena varias enmiendas apuntaban a suprimir esta disposición[78] so pretexto de que era “demasiado rígida”[79] o repetía inútilmente el apartado a)[80] o no estaba confirmada por la práctica[81]; sin embargo, todas fueron retiradas o rechazadas[82].

37. La única modificación del apartado b) fue introducida por una enmienda de Polonia para añadir la palabra “únicamente” después de “autorice”, que fue aceptada

---

[74] Sobre esta palabra, véase el párrafo 15 del presente documento.

[75] Primer informe, *Anuario* ... 1956, pág. 115; véase también párr. 95.

[76] Véanse más arriba, párrs. 23 y 24.

[77] Véase más arriba, nota 53.

[78] Enmiendas de los Estados Unidos y de Colombia (A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1) y de la República Federal de Alemania (A/CONF.39/C.1/L.128), cuyo objetivo expreso era suprimir el apartado b), y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (véase más arriba, nota 28), de Francia (A/CONF.39/C.1/L.169), de Ceilán (A/CONF.39/C.1/L.139), de España (A/CONF.39/C.1/L.147), que proponían modificaciones de amplio alcance del artículo 16 (o de los artículos 16 y 17) que hubieran conllevado igualmente la desaparición de esta disposición (para el texto de esas enmiendas, véase *Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), nota 28, págs. 143 y 144, párrs. 174 a 177). En el examen del proyecto por la Comisión, algunos miembros habían considerado igualmente que esta disposición resultaba superflua (*Anuario* ... 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, Yasseen, pág. 156, párr. 18; Tunkin, ibíd., párr. 29; pero, para una postura más matizada, véase ibíd., pág. 157, párr. 33; o Ruda, pág. 161, párr. 70).

[79] En palabras de los representantes de los Estados Unidos y Polonia en la 21ª sesión de la Comisión Plenaria (10 de abril de 1968, Actas resumidas (A/CONF.39/11), nota 31, párr. 8 y párr. 42); véase también la declaración del representante de la República Federal de Alemania (ibíd., párr. 23).

[80] Colombia, ibíd., párr. 68.

[81] Suecia, ibíd., párr. 29.

[82] Véase *Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), nota 28, págs. 141 a 148, párrs. 181 a 188. Véanse las explicaciones del Consultor Técnico, Sir Humphrey Waldock, *Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota 31, 24ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 139, párr. 6 y los resultados de las votaciones sobre esas enmiendas, ibíd., 25ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 148, párrs. 23 a 25.

por el Comité de redacción de la Conferencia de Viena “para mayor claridad”[83]. Esta presentación anodina no debe ocultar el gran alcance práctico de esta precisión, que en realidad invierte la presunción aceptada por la Comisión y, siempre dentro del proyecto obstinadamente perseguido por los países del Este de facilitar al máximo la formulación de reservas, abre esta posibilidad incluso cuando los negociadores han tomado la precaución de indicar expresamente disposiciones a las cuales está permitido formular una reserva[84]. En todo caso, esta enmienda no dispensa de respetar el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado de una reserva que no está expresamente autorizada ni tácitamente prohibida[85].

38. En la práctica, la tipología de las cláusulas de reservas permisivas es comparable a las de las disposiciones prohibitivas y plantean el mismo tipo de problemas en cuanto a la determinación *a contrario* de las reservas que no se pueden formular[86]:

– Algunas autorizan las reservas a disposiciones particulares, expresa y limitativamente enumeradas, positiva o negativamente;

– Otras autorizan categorías determinadas de reservas;

– Otras, por último (infrecuentes) autorizan las reservas en general.

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

> “En el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, un Estado podrá formular reservas respecto de los artículos de la convención, con excepción de los artículos 1 a 3 inclusive.”[87]

---

[83] A/CONF.39/C.1/L.136; véase *Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota 31, Comisión Plenaria, 70ª sesión, 14 de mayo 1968, pág. 457, párr. 16. Ya en 1965, durante el examen en la Comisión del proyecto de apartado b) del artículo 18 revisado por el Comité de redacción, Castrèn propuso añadir “sólo” después de “autorizare” en el apartado b) (*Anuario* ... 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 156, párr. 14 y 813ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 275, párr. 13; véase también la propuesta similar de Yasseen, ibíd., párr. 11), que no fue finalmente aceptada tras una nueva remisión al Comité de Redacción (véase ibíd., 816ª sesión, pág. 294, párr. 41).

[84] En este sentido, véanse F. Horn, *op. cit.*, nota 37, pág. 114, Liesbeth Lijnzaad, *Reservations to U.N. Human Rights Treaties: Ratify and Ruin*?, T.M.C. Asser Institut, Nijhoff, Dordrecht, 1994, pág. 39, Jean-Marie Ruda, “Reservations to Treaties”, R.C.A.D.I. 1975-III, vol. 146, pág. 181 o Renata Szafarz, “Reservations to Multilateral Treaties”, *Polish Yearbook of International Law* 1970, págs. 299 y 300. Esas fórmulas limitativas no son por otra parte infrecuentes; véanse por ejemplo el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención para reducir los casos de apatridia de 1954 (“1. En el momento de la firma, la ratificación o la adhesión, todo Estado puede formular reservas a los artículos 11, 14 y 15; 2. No podrá hacerse ninguna otra reserva a la presente Convención.”) y los demás ejemplos que da R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, págs. 128 y 129. Sobre la importancia de la inversión de la presunción, véase también M. Robinson, *Anuario* ... 1995, vol. I, 2402ª sesión, *Anuario* ... 1995, vol. I, pág. 170, párr. 17.

[85] Véase A/CN.4/558/Add.1, párrs. 59 a 70.

[86] Véase a) más arriba.

[87] Por su parte, en el artículo 309 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se dispone lo siguiente: “No se podrán formular ni excepciones a esta Convención, salvo las expresamente autorizadas por otros artículos de la Convención” (sobre esta disposición, véase A. Pellet, *op. cit.*, nota 66, págs. 505 a 511). Puede ocurrir que el tratado fije un número máximo de reservas o de disposiciones que pueden ser objeto de reservas (véase por ejemplo el artículo 25 del Convenio europeo sobre adopción de niños, de 1967). Estas disposiciones se han de asimilar a las que autorizan a las partes a aceptar determinadas obligaciones o a elegir entre las

Como señaló Sir Ian Sinclair, "*el artículo 12 de la Convención de 1958 no preveía* reservas determinadas, *aunque especificara artículos a los cuales se podían hacer reservas*"[88] y ni el alcance ni los efectos de esta autorización son obvios, como lo muestran el fallo de la Corte Internacional de Justicia en los casos relativos a la delimitación de la plataforma continental del mar del Norte[89] y sobre todo el laudo arbitral dictado en 1977 en el asunto del mar de Iroise[90].

40. En este asunto, el Tribunal arbitral subrayó que:

> "La claridad de los términos del artículo 12 [de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental] autoriza a todo Estado contratante, en particular la República Francesa, a subordinar su consentimiento a quedar vinculado por la Convención a reservas a artículos que no sean los artículos 1 a 3 inclusive."[91]

No obstante,

> "no se puede entender que el artículo 12 obligue a los Estados a aceptar por adelantado cualquier tipo de reserva a disposiciones que no sean los artículos 1 a 3. Esa interpretación del artículo 12 equivaldría casi a dar permiso a los Estados contratantes para que redactaran su propio tratado, lo cual sobrepasaría manifiestamente el objetivo de este artículo. Sólo si el artículo en cuestión hubiese autorizado la formulación de reservas específicas se podría considerar que hay Partes en la Convención que han aceptado de antemano una reserva determinada. Pues bien, eso no ocurre en este caso, ya que el artículo 12 autoriza la formulación de reservas a artículos que no sean los artículos 1 a 3 en términos muy generales."[92]

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

> "1. Independientemente de la facultad mencionada en el artículo precedente [93], al adherirse a la presente Acta General, una parte podrá subordinar su aceptación a las reservas enumeradas en forma restrictiva en el párrafo siguiente. Estas reservas deberán señalarse en el momento de la adhesión.
>
> 2. Esas reservas podrán formularse de manera de excluir de los procedimientos descritos en la presente Acta:

---

disposiciones de un tratado, que no constituyen cláusulas de reservas *stricto sensu* (véanse los proyectos de directrices 1.4.6 y 1.4.7 de la Comisión y su comentario en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/55/10), nota 51, págs. 215 a 228).

88 Sir Ian Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester University Press, 2ª ed., 1984, pág. 73. Sobre la distinción entre reservas determinadas (specified) y no determinadas, véase también más abajo el párrafo 47.

89 Véase el fallo de 20 de febrero de 1969, Recueil 1969, págs. 38 a 41.

90 Laudo de 30 de junio de 1977, R.S.A. XVIII, págs. 161 a 165, párrs. 39 a 44.

91 Ibíd., pág. 161, párr. 39.

92 Ibíd.

93 En el artículo 38 se prevé que las partes se pueden adherir a determinadas partes del Acta General solamente.

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

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

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

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

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

aunque los Estados no sigan "escrupulosamente el esquema" previsto en la cláusula de reserva[94].

42. Otro ejemplo, particularmente célebre y comentado[95], de cláusula que autoriza las reservas (y que entra a su vez en la segunda de las categorías mencionadas más arriba[96]) lo proporciona el artículo 57 (antiguamente 64) del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

---

[94] Fallo de 19 de diciembre de 1978, *Recueil 1978*, pág. 23, párr. 55.

[95] Véanse Angela Bonifazi, "La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", en *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme* (Actas de la mesa redonda organizada en Bari el 17 y 18 de diciembre de 1973 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bari), Levante, Bari, 1974, págs. 301 a 319; Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des Droits de l'homme*, Economica, París, 1989, págs. 86 a 93; J.A. Frowein, "Reservations to the European Convention on Human Rights" en *Protecting Human Rights: the European Dimension –. Studies en Honour of Gerard J. Warda*, C. Heymanns Verlag, Colonia, 1988, págs. 193 a 200; Pierre-Henri Imbert, "Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire Temeltasch)", *R.G.D.I.P.* 1983, págs. 580 a 625 (publicado igualmente en inglés: "Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: The *Temeltasch* Case", I.C.L.Q. 1984, págs. 558 a 595); Rolf Kühner, "Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen 'auslegenden Erklärung' zu Art. 6 Abs. 3 lit. e MRK", ZaöRV, vol. 42, 1982, págs. 58 a 92 (resumen en inglés); S. Marcus-Helmons, "L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme", *R.D.I.D.C.*, 1968, págs. 7 a 26; Maria Jose Morais Pires, *As reservas a Convenção europeia dos direitos do homen*, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1997, pág. 493; Rosario Sapienza, "Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1987, págs. 641 a 653 y William A. Schabas, "Article 64" en E. Decaux, P.-H. Imbert y L. Pettiti dirs., *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Economica, París, 1995, págs. 923 a 942.

[96] Párr. 38. Para otros ejemplos, véanse A. Aust, *op. cit.*, nota 27, págs. 109 y 110; S. Spiliopoulou Åkermark, *op. cit.*, nota 65, págs. 495 y 496; William Bishop, Jr., "Reservations to Treaties", *R.C.A.D.I.* 1961-II, vol. 103, págs. 323 y 324 o P. Daillier y A. Pellet, *op. cit*,. nota 393, pág. 181; véanse también el cuadro en que se presentan las convenciones y convenios del Consejo de Europa que incluyen cláusulas que entran en cada una de las dos primeras categorías

> "1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio, en la medida en que una ley entonces en vigor en su territorio no sea conforme a esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.
>
> 2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate."

En este caso, la facultad de formular reservas está limitada a la vez por condiciones de forma y de fondo; además de las habituales limitaciones *ratione temporis*[97], una reserva al Convenio de Roma debe:

– Referirse a una disposición determinada del Convenio;

– Estar justificada por el estado de la legislación de su autor al momento de la formulación de la reserva;

– No "estar redactada en términos demasiado vagos o amplios para que se pueda apreciar el sentido y el ámbito de aplicación exacto"[98];

– Ir acompañada de una breve exposición que permita apreciar "el alcance de la disposición del Convenio cuya aplicación pretende excluir el Estado por medio de una reserva …"[99].

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

43. Se ha señalado que esta redacción "no es fundamentalmente diferente"[100] de la escogida por ejemplo en el párrafo 1 del artículo 26 del Convenio europeo sobre extradición de 1957, del Consejo de Europa:

> "Toda Parte Contratante podrá, al momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión, formular una reserva con respecto a una o varias disposiciones determinadas del Convenio",

aunque se pueda ver en ella una autorización general. Sin embargo, mientras que el tipo de reservas que se pueden formular al Convenio Europeo de Derechos Humanos es "determinado", en el caso que nos ocupa la autorización sólo está limitada por la exclusión de las reservas transversales[101].

---

de cláusulas de reservas permisivas mencionadas en el párrafo 38, *en* C. R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 125 y los demás ejemplos de autorizaciones parciales que da este autor, págs. 126 a 129.

97 Véase más arriba, nota 25.

98 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 29 de abril de 1988, *Belilos, serie A*, vol. 132, pág. 25, párr. 55.

99 Informe de la Comisión, 5 de mayo de 1982, *Temeltasch*, Recurso No. 9116/80, informe de 5 de mayo de 1982, *Ann. Com. eur. Droits H.*, vol. 25, párr. 90.

100 P.-H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 186; véase también R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 122.

101 Sobre esta noción, véase el proyecto de directriz 1.1.1 de la Guía de la práctica de la Comisión y su comentario en *Anuario* ... 1999, vol. II, 2ª parte, págs. 183 a 189.

44. Por lo demás, una autorización general de las reservas[102] no resuelve necesariamente por sí misma todos los problemas. Deja en particular intactas las cuestiones de si las otras Partes pueden no obstante formular una objeción a ellas[103] y si estas reservas expresamente autorizadas[104] están sometidas al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado[105]. Esta última cuestión será examinada más adelante *sub litt.* C (véase A/CN.558/Add.1).

45. En esta etapa, la única cuestión que se plantea es si es necesario precisar, en una directriz separada de la Guía de la práctica, cuál es el alcance del apartado b) del artículo 19 de las Convenciones de Viena. Esto se puede enfocar de dos maneras. Se puede, en primer lugar, pensar en un proyecto de directriz que fuera, por lo que se refiere a las reservas autorizadas, el equivalente del proyecto de directriz 3.1.1 cuyo texto se propone más arriba[106]. Sin embargo, en el apartado b) se precisa expresamente que sólo la autorización de "determinadas reservas" por el tratado (excluyendo cualquier otra posibilidad) prohíbe la formulación de otras reservas. Todo lo que se podría hacer sería decir entonces, *a contrario*, que si el tratado autoriza la formulación de reservas de un modo general o no "determina" las reservas que pueden ser formuladas de manera restrictiva, sigue siendo posible formular reservas. Un proyecto de ese tipo equivaldría a decir de otro modo, "negativamente", lo mismo que está ya previsto en el texto de este apartado[107] y no tendría mucha utilidad.

46. En cambio, no es probablemente superfluo incluir en la Guía de la práctica un proyecto de directriz que defina lo que se debe entender por "determinadas reservas": esta calificación tiene en efecto importantes consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable puesto que cabe legítimamente sostener que las reservas que no son "determinadas" están sometidas a la obligación de respetar el criterio del objeto y el fin del tratado.

---

[102] Para otro ejemplo, aún más claro, véase el párrafo 1 del artículo 18 del Convenio europeo sobre la indemnización a las víctimas de crímenes violentos, de 1983: "Todo Estado podrá, al momento de la firma o de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, declarar una o más reservas".

[103] Lo cual prevén a veces expresamente (véanse por ejemplo el artículo VII de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952 y las observaciones al respecto de R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 121). El párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena no resuelve el problema: permite que se "establezca" (o "haga") la reserva sin que sea necesaria una aceptación, pero nada dice en cuanto a las objeciones. Se puede sostener sin embargo que el párrafo 4 de este mismo artículo parece excluir la posibilidad de hacer objeciones a una "reserva expresamente autorizada por el tratado" porque excluye aparentemente la aplicación del párrafo 4 a los casos diferentes de los previstos en el párrafo 1.

[104] No cabe razonablemente sostener que el apartado b) podría incluir reservas "tácitamente autorizadas", aunque sólo fuera porque todas las que no están prohibidas están, *a contrario*, autorizadas, a reserva de las disposiciones del apartado c). En consecuencia, la expresión "reserva determinada" en el apartado b) del artículo 19 no carece de analogía con la expresión "reserva expresamente autorizada por el tratado" que figura en el párrafo 1 del artículo 20.

[105] Véanse las cuestiones planteadas por S. Spiliopoulou Åkermark, op. cit. nota 65, págs. 496 y 497 o R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 124.

[106] Párr. 32.

[107] Una directriz de este tipo debería probablemente redactarse así: "El apartado b) de la directriz 3.1 no excluye la formulación de reservas no expresamente previstas por el tratado si éste autoriza las reservas de manera general o prevé la facultad de formular reservas sin especificar las que pueden formularse restrictivamente".

47. Esta definición no es obvia. Suscitó controversias particularmente después del arbitraje del mar de Iroise[108]. Para algunos autores, una reserva es "determinada" si el tratado indica precisamente los límites dentro de los cuales puede ser formulada; estos criterios reemplazan entonces (pero solamente en este caso) al del objeto y el fin[109]. En favor de esta postura se puede aducir el laudo arbitral de 1977, aunque éste diga más lo que una reserva determinada no es que lo que es[110]. De él se desprende en efecto que el simple hecho de que una cláusula de reserva autorice reservas a determinadas disposiciones particulares del tratado no basta para "determinar" esas reservas en el sentido del apartado b) del artículo 19[111], pero el Tribunal se limita a exigir que las reservas deben ser "específicas"[112], sin indicar cuál es la prueba de esa especificidad.

48. No sin razón, se ha señalado sin embargo[113] que es ilusorio exigir que el tratado fije con precisión el contenido de las reservas autorizadas y que ello ocurre muy excepcionalmente, salvo en el caso, infrecuente, de las "reservas negociadas"[114]. Por lo demás, en la Conferencia de Viena, K. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, asimiló las reservas determinadas a las que están expresamente autorizadas por el tratado[115] sin más precisión. A la inversa sin embargo, la Comisión no aceptó una propuesta del Sr. Rosenne que tenía por objeto sustituir la expresión "determinadas reservas", que juzgaba "demasiado restringida", por "reservas a determinadas disposiciones"[116].

49. Ninguna de estas consideraciones es decisiva. Pero hay que conciliar la tesis, sin duda excesiva (ya que priva en gran medida al apartado b) del artículo 19 de las Convenciones de Viena de todo alcance real), que exige que el contenido de las reservas autorizadas sea fijado con precisión por la cláusula de reserva y la que asimila una reserva determinada a una "reserva expresamente autorizada por el tratado"[117], en circunstancias de que el apartado b) del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 20 utilizan expresiones diferentes. A tal efecto, hay que admitir sin duda que las reservas determinadas en el sentido del apartado b) de la directriz 3.1 deben por una parte referirse a disposiciones particulares y, por la otra, cumplir determinadas condiciones especificadas en el tratado, pero sin llegar a exigir que su contenido esté predeterminado. Una definición de este tipo podría tener el texto siguiente:

---

108 Véase más arriba, nota 90.

109 Derek W. Bowett, "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", *B.Y.O.B.L.*, 1976-1977, págs. 71 y 72.

110 Véase más arriba, párr. 40.

111 Véanse más arriba, párrs. 39 y 40.

112 En realidad, es la autorización la que debe referirse a reservas específicas o determinadas, términos que el Tribunal considera sinónimos (véase más arriba, nota 90).

113 Véase sobre todo: P.-H. Imbert, "La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord", *A.F.D.I.*, 1978, págs. 50 a 53.

114 Sobre esta noción, véase el quinto informe sobre las reservas, A/CN.4/508/Add.1, párrs. 164 a 171. El principal ejemplo propuesto por D. Bowett para ilustrar su tesis se refiere precisamente a una "reserva negociada" (op. cit. nota 109, pág. 71).

115 A/CONF.39/C.1/SR.70, párr. 23.

116 *Anuario* ... 1965, vol. I, 813ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 274, párr. 7. P.-H. Imbert (*op. cit.*, nota 113, pág. 52), observa en cambio no sin razón que, aunque no se hiciera caso al Sr. Rosenne, el mismo Sir Humphrey Waldock había procedido igualmente a esta asimilación (ibíd., pág. 289, párr. 27).

117 En este sentido, P.-H. Imbert, ibíd., pág. 53.

3.1.2. *Definición de "determinadas reservas":*

A los efectos de la directriz 3.1, por la expresión "determinadas reservas" se entenderán reservas expresamente autorizadas por el tratado a disposiciones particulares y que deben cumplir condiciones especificadas por el tratado.

2. El efecto de la formulación de una reserva prohibida por el tratado (reenvío)

50. Siempre se ha dado por supuesto que una reserva no podía ser formulada (y con más razón aún, "hecha") cuando una cláusula del tratado la prohíbe, expresa o tácitamente. Esta verdad de perogrullo fue enunciada desde 1950 por Brierly en su primer informe sobre el derecho de los tratados; los párrafos 1, 2 y 4 del proyecto de artículo 10 sobre las reservas que proponía comenzaban con la fórmula siguiente: "*Salvo indicación en contrario en el tratado …*"[118]. Como explicaba en el comentario de esta disposición:

> "respecto de tratados especiales puede haberse aclarado previamente que las posibles partes no aceptarán absolutamente ninguna reserva. No es raro encontrar en los tratados cláusulas en ese sentido"[119].

51. Este postulado lógico nunca ha sido puesto en duda posteriormente[120]. No hace otra cosa que recordar que las disposiciones de la Convención tienen carácter supletorio[121]: "cuando el tratado mismo contenga disposiciones sobre reservas, la cuestión ha de regirse por el tratado"[122] y cuando una cláusula de este tipo prohíbe

---

[118] A/CN.4/23, nota 22, págs. 238, 239 y 241. La traducción española tiene variantes: "A menos que en un tratado se indique lo contrario" (pág. 46); "A menos que en el texto del tratado se indique lo contrario" (pág. 52).

[119] Ibíd., pág. 48, párr. 88 (texto inglés en *Anuario* ... 950, vol. II, pág. 239); véase también págs. 239 y 240, párr. 90.

[120] Véanse los informes primero y segundo de Lauterpacht de 1953 (A/CN.4/63, nota 22, pág. 136, párr. 4) y 1954 (A/CN.4/87, nota 22, pág. 131, párr. 1); el primer informe de Waldock (A/CN.4/144, nota 23, pág. 109, art. 17, párr. 1 apartado a) inciso i) y párr. 9), las explicaciones que dio con motivo de los debates de la Comisión (*Anuario* ... 1962, vol. I, 653ª sesión, 29 de mayo de 1962, pág. 171, párr. 57) y el texto aprobado por la Comisión en primera lectura (ibíd., vol. II, pág. 203, art. 18, párr. 1 apartado a)) y su comentario (pág. 206, párr. 10 y párr. 15); el cuarto informe de Waldock (A/CN.4/177, nota 20, pág. 53, art. 18, párr. 2, apartado a)) y el texto aprobado por la Comisión en 1965 (*Anuario* ... 1965, vol. II, pág. 172, art. 18 apartado a)) y su comentario (ibíd., 1966, vol. II, pág. 227, art. 16, apartado a), párr. 17). El apartado a) del proyecto de artículo 16 no planteó mucho problema en la Conferencia de Viena; sólo las enmiendas de Ceilán (A/CONF.39/C.1/L.147, *Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), nota 28, pág. 143), retiradas posteriormente (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota 31, 24ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 140, párr. 26), y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas que modificaban completamente los proyectos de artículos 16 y 17, habrían implicado su supresión (A/CONF.39/C.1/L.115, nota 28); según el representante de la Unión Soviética, este apartado (como el apartado b)) "parece superfluo, ya que los casos en los que las reservas están prohibidas por el tratado son muy infrecuentes. Además, conservando este apartado, se convertiría en norma lo que constituye de hecho una excepción y se limitaría el poder de los Estados de formular reservas" (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota 31, Comisión Plenaria, 21ª sesión, 10 de abril de 1968, págs. 118 y 119, párr. 5). Esta enmienda fue rechazada por la Comisión Plenaria por 70 votos contra 10, y 3 abstenciones (ibíd., 25ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 148, párr. 23).

[121] Veáse más arriba, párr. 12 y nota 27.

[122] *Anuario* ... 1962, vol. II, pág. 206, comentario de los proyectos de artículos 18 a 20, párr. 10. Los apartados a) y b) del artículo 19 "no hacen mucho más que reconocer que las Partes son

la reserva prevista, ésta no puede ser formulada, mientras que a la inversa, si la permite, la cuestión de su validez no se plantea[123]. Pero la aparente simplicidad de estas normas de sentido común[124] no deja de ocultar delicados problemas. Una vez resuelto el del alcance de una prohibición de formular reservas establecida en la convención o convenio, se plantea la cuestión de cuál es el efecto eventual de una reserva formulada a pesar de la cláusula que la prohíbe expresa (apartado a) del artículo 19) o tácitamente (apartado b)).

52. Ninguna disposición de la Convención de Viena da expresamente respuesta a esta pregunta, cuya importancia concreta es grande, y los trabajos preparatorios del artículo 19[125] no arrojan luz al respecto[126]. Quizás esta respuesta haya parecido evidente en lo que se refiere a los apartados a) y b)[127]. Pero, si lo es, no existe ninguna razón para no extrapolarla a la hipótesis, en general considerada mucho más misteriosa, del apartado c): nada en el texto de la Convención o en la lógica justifica respuestas diferentes[128]. Y, sin embargo, la cuestión de los efectos de una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado (hipótesis del apartado c)) fue objeto de largos debates, poco concluyentes, con ocasión de los trabajos preparatorios de la Convención de 1969. Parece entonces preferible no disociar el estudio de los efectos de una reserva formulada a pesar de una prohibición expresa o implícita en el sentido del apartado c) del artículo 19 del de las consecuencias de una reserva contraria al objeto y al fin del tratado.

---

libres de incluir en su tratado disposiciones que establecen si está permitido hacer reservas a su texto o en qué medida" (D.W. Greig, *op. cit.*, nota 29, pág. 51).

123 Véase el laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el caso del *mar de Iroise* (nota 90, pág. 161, párr. 39): "por el artículo 12 [de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental, párr. 39], el Reino Unido se comprometió a no impugnar el derecho de la República Francesa a ser parte en la Convención con las reservas permitidas por ese artículo"; pero esto no resuelve la cuestión previa de saber si las reservas formuladas por Francia eran válidas (véase más arriba, párr. 39).

124 Hasta el punto de que se ha podido considerar que "está claro que no existe ninguna necesidad de una norma adicional en la Convención de Viena" (L. Lijnzaad, *op. cit.*, nota 84, pág. 39); véase también más arriba, nota 45.

125 Veáse más arriba, nota 53.

126 Veáse D.W. Greig, *op. cit.*, nota 29, págs. 52 y 53 o A. Fodella, *op. cit.*, nota 66, pág. 140. Veáse también C. Tomuschat, quien estima sin embargo que los trabajos preparatorios muestran que la Comisión consideraba que era imposible aceptar una reserva excluida en virtud de los apartados a) y b) (*op. cit.*, nota 55, pág. 477).

127 Para un análisis crítico de esta pseudoevidencia, véase D.W. Greig, *op. cit.*, nota 29, págs. 52 y 53 y 154.

128 En este sentido, A. Aust, *op. cit.*, nota 27, pág. 118 o D.W. Bowett, quien considera que esta conclusión se impone a fortiori en el caso previsto por el apartado c), *op. cit.*, nota 109, pág. 83.

53. Basta indicar en esta etapa que numerosos comentaristas consideran que una reserva formulada a pesar de una prohibición establecida en la convención o convenio es nula de pleno derecho[129] y admiten que su formulación entraña la invalidez de la expresión del consentimiento a quedar obligado[130]. Si así ocurre, estas conclusiones deberían influir en la respuesta a la pregunta de cuáles son los efectos de una reserva formulada a pesar de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19.

---

[129] Veáse por ejemplo D. Bowett, op. cit. nota 109, pág. 84. Para un análisis más matizado véase D.W. Greig, *op. cit.*, nota 29, págs. 56 y 57.

[130] D. Bowett, *op. cit.*, nota 88, pág. 84 o Giorgio Gaja, "Unruly Treaty Reservations", *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffré, Milán, 1987, vol. I, pág. 314. Veáse también C. Tomuschat, *op. cit.*, nota 55, pág. 467; véanse las referencias a los debates de la Comisión, ibíd., nota 12; estos debates son menos concluyentes en este sentido de lo que insinúa el autor.