



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.4/477/Add.1
13 de junio de 1996
ESPAÑOL
ORIGINAL: FRANCÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
48° período de sesiones
Ginebra, 6 de mayo a 26 de julio de 1996

SEGUNDO INFORME SOBRE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

preparado por

el Sr. Alain PELLET, Relator Especial

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
<u>Capítulo II.</u> UNIDAD O DIVERSIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS	55 - 260	4
a) Necesidad y urgencia del examen de la cuestión por la Comisión	56 - 63	4
b) Objeto y plan del capítulo	64 - 69	8
Sección 1. Diversidad de los tratados y régimen jurídico de las reservas	70 - 88	10
a) Restricción del estudio a los tratados normativos	70 - 76	10
b) Tratados normativos y disposiciones normativas	77 - 88	12
Sección 2. Unidad de las normas de fondo aplicables a las reservas	89 - 163	16
Párrafo 1. Funciones del régimen jurídico de las reservas	90 - 98	16
96-15051 (S) 080796 150197		/...

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
Párrafo 2. Un régimen concebido para ser de aplicación general	99 - 111	19
Párrafo 3. El régimen jurídico de las reservas es generalmente aplicable	112 - 162	24
A. Un debate sin conclusión posible: la oportunidad de admitir reservas a los tratados normativos	114 - 125	25
B. Adaptación del "régimen de Viena" a las particularidades de los tratados multilaterales normativos	126 - 162	31
a) Flexibilidad y adaptabilidad del "régimen de Viena"	129 - 135	32
b) El "régimen de Viena" se adapta a las particularidades de los tratados normativos	136 - 162	34
i) Problemas relativos a la "integridad" de los tratados normativos	137 - 147	34
ii) Problemas relativos a la "no reciprocidad" de los compromisos	148 - 158	38
iii) Problemas relativos a la igualdad entre las Partes	159 - 162	41
<u>Conclusión de la sección 2:</u> El "régimen de Viena" es aplicable en términos generales	163	43
Sección 3. La aplicación del régimen general de las reservas (aplicación del "régimen de Viena" a los tratados de derechos humanos)	164 - 252	44
Párrafo 1. El criterio fundamental del objeto y del propósito del tratado	165 - 176	44
Párrafo 2. Los mecanismos de control de la aplicación del régimen de reservas	177 - 251	51
A. Apreciación de la licitud de las reservas por los órganos de supervisión	179 - 215	52
a) La función de los mecanismos tradicionales	180 - 192	52
b) La función de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos	193 - 210	57
i) La evolución de la práctica seguida por los órganos de supervisión	194 - 201	57

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
ii) Fundamentos del control ejercido por los órganos de supervisión	202 - 210	62
c) La combinación de los distintos modos de supervisión de la licitud de las reservas	211 - 215	66
B. Consecuencias de las determinaciones realizadas por los órganos de control . . .	216 - 251	69
a) Derechos y deberes del órgano de control .	218 - 230	69
b) Derechos y deberes del Estado que formula la reserva	231 - 251	74
i) La fuerza apremiante de las constataciones del órgano de control .	234 - 240	75
ii) Las reacciones esperadas del Estado que formula la reserva	241 - 251	77
<u>Conclusión de la sección 3. La coexistencia de los mecanismos de control</u>	252	80
Conclusiones del Capítulo	253 - 260	81

Anexos

- I. Bibliografía sobre las reservas a los tratados
- II. Cuestionario preparado por el Relator Especial sobre la cuestión de las reservas a los tratados conforme a lo dispuesto en el párrafo 493 del Informe de la Comisión del Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47º período de sesiones y cursado a los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de un organismo especializado o a los Estados partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ILC(XLVIII)/CRD.1)
- III. Cuestionario preparado por el Relator Especial sobre la cuestión de las reservas a los tratados conforme a lo dispuesto en el párrafo 493 del Informe de la Comisión del Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47º período de sesiones y cursado a las organizaciones internacionales (se publicará más adelante)

Capítulo II

UNIDAD O DIVERSIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

(Reservas a los tratados relativos a los derechos humanos)

55. El presente capítulo corresponde al punto I del esquema general propuesto con carácter provisional en el capítulo I supra⁷⁸. Tiene por objeto determinar si las normas aplicables en materia de reservas a los tratados, ya sea que estén codificadas en los artículos 19 a 23 de las Convenciones de 1969 y 1986, o que sean de naturaleza consuetudinaria, son aplicables a todos los tratados sea cual fuere su objeto y, en particular, a los tratados relativos a los derechos humanos.

a) Necesidad y urgencia del examen de la cuestión por la Comisión

56. Como se recordó supra, la cuestión ha sido mencionada con cierta insistencia tanto en los debates de la Comisión en su 47º período de sesiones. Como en los debates de la Sexta Comisión en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General⁷⁹. Esas inquietudes son fáciles de comprender.

57. Esas inquietudes, a no dudarlo, tienen su origen en las decisiones que en materia de reservas han adoptado recientemente ciertos órganos de supervisión creados en virtud de tratados de derechos humanos que, en los últimos años, consideran que les asiste el derecho de determinar la licitud de las reservas formuladas por los Estados a los instrumentos que los han creado y, según el caso, sacar de esas constataciones consecuencias de gran alcance.

58. Ese movimiento tiene su origen en la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en varias decisiones de gran trascendencia, han constatado que una reserva (o una "declaración interpretativa" que analíticamente constituye una reserva) era ilícita o no tenía el alcance que le atribuía el Estado demandado y han sacado la doble consecuencia, por una parte, de que el Estado en cuestión no podía invocar ante ellos la reserva ilícita y, por la otra, de que no por ello estaba

⁷⁸ Véase el párrafo 37.

⁷⁹ Véase supra, párrs. 10 y 12 y notas 19 y 22.

menos vinculado por su ratificación de la Convención de Roma⁸⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado una posición similar⁸¹.

59. Los órganos de supervisión creados en virtud de tratados de derechos humanos concluidos bajo el auspicio de las Naciones Unidas, tradicionalmente prudentes en la materia⁸², han sido alentados a obrar con más firmeza:

- Los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos relativos a los derechos humanos, han manifestado en dos oportunidades, su preocupación por la situación dimanada de las reservas a los tratados que les incumbían y han recomendado que esos órganos señalaran a la atención de los Estados la incompatibilidad de algunas de esas reservas con el derecho aplicable en materia de reservas⁸³;
- El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer modificó las directrices relativas a la forma y al contenido de los informes iniciales y periódicos de los Estados partes mediante la inclusión de una sección en la cual indicó la forma en que deseaba que los Estados partes que hubieran hecho reservas presentaran sus informes al respecto⁸⁴ y

"Acogió con beneplácito la solicitud que había hecho la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1992/3, sobre formas contemporáneas de la esclavitud, al Secretario General de que:

⁸⁰ Véanse las causas Temeltasch contra Suiza (Com. E.D.H., 5 de mayo de 1982, en Ann. C.E.D.H., vol. 31, pág. 120; Belilos contra Suiza (C.E.D.H., 21 de mayo de 1987, serie A, vol. 132, pág. 1), Chrysostomos et al. contra Turquía (Com. E.D.H., 4 de marzo de 1991, R.U.D.H. 1991, pág. 193), F. y M. L. contra Austria (Com. E.D.H., 6 de septiembre de 1994) Gradinger contra Austria (Com. E.D.H., 19 de mayo de 1994; C.E.D.H., 23 de octubre de 1995), Loizidou contra Turquía (C.E.D.H., 23 de marzo de 1995, serie A, vol. 310, pág. 1) y Fischer contra Austria (C.E.D.H., 26 de abril de 1995). Esas decisiones serán objeto de análisis más precisos en la sección 3 del presente capítulo.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, No. 2; y Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, serie A, No. 3.

⁸² Véase infra sección 3, párr. 1.

⁸³ Véanse los informes de las reuniones cuarta y quinta de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, A/47/628, de 10 de noviembre de 1992, párrs. 36 y 60 a 65 y A/49/537, de 19 de octubre de 1994, párr. 30.

⁸⁴ Véase 15º período de sesiones, 15 de enero a 2 de febrero de 1996, "Directrices relativas a la forma y al contenido de los informes iniciales de los Estados partes", CEDAW/C/7/Rev.2.

Recabe la opinión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer sobre la conveniencia de obtener una opinión consultiva sobre la validez y las consecuencias jurídicas de las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

[...]

[y] decidió ... apoyar las medidas adoptadas en común con otros órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos a fin de recabar una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia que aclarase la cuestión de las reservas formuladas respecto de tratados sobre derechos humanos y que, de esta manera, ayudase a los Estados partes a ratificar y aplicar esos instrumentos internacionales. La opinión consultiva ayudaría también al Comité en sus esfuerzos por determinar los progresos efectuados en la aplicación de la Convención"⁸⁵;

- En particular, el Comité de Derechos Humanos aprobó su "Comentario General No. 24 sobre 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 Pacto", por el cual se declaró claramente en favor de un concepto amplio de sus propias facultades de examen de la compatibilidad de esas reservas o declaraciones con el objeto y fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁶.

60. Esas tomas de posición han suscitado algunas inquietudes entre los Estados y vivas críticas por parte de algunos de ellos⁸⁷. Ellas no son ajenas probablemente al reexamen de la cuestión de las reservas a los tratados que se ha emprendido en diversos foros y, en particular, en el Consejo de Europa⁸⁸.

⁸⁵ Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (12º período de sesiones), A/48/38, 28 de mayo de 1993, párrs. 3 y 5.

⁸⁶ Véase CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6, de 11 de noviembre de 1994.

⁸⁷ Véanse, en particular, las observaciones sumamente críticas respecto del Comentario General No. 24 formuladas por los Estados Unidos, el Reino Unido (reproducidas en el 19º Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General, A/50/40, vol. I, págs 138 y 142) y Francia (que se publicará en el Informe de 1996, A/51/40).

⁸⁸ Véase, en particular, la recomendación 1223 (1993) relativa a las reservas formuladas por los Estados miembros a las convenciones del Consejo de Europa, aprobada por la Asamblea Parlamentaria el 1º de octubre de 1993, y la recomendación del Comité de Ministros sobre el mismo tema, de fecha 17 de febrero de 1994, o los trabajos del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) en su reunión de 21 y 22 de marzo de 1995 (cf. Meeting Report, CAHDI(95)5, párrs. 23 a 34); al término de esa reunión se decidió que "[l]a Secretaría presentará el presente documento [se trata de un

61. Desde luego, no es superfluo que la Comisión de Derecho Internacional adopte una posición respecto de los problemas y que lo haga rápidamente. Esta posición del Relator Especial, que lo ha llevado a modificar en alguna medida el orden en el que se proponía abordar las cuestiones planteadas por el tema que se le ha encomendado, no se debe a su interés de estar a la moda.

62. Si es evidentemente fundamental que los órganos de derechos humanos expongan sus puntos de vista en la materia, también es esencial que la Comisión haga oír la voz del derecho internacional⁸⁹ en esta esfera tan importante, y sería lamentable que estuviera ausente de un debate que le interesa sobremanera: por un lado, las cuestiones respecto de las cuales se interrogan los Estados y los órganos de derechos humanos giran en torno de la aplicabilidad de las normas relativas a las reservas que se codificaron en la Convención de Viena de 1969, en cuya elaboración la Comisión participó de manera tan decisiva; por el otro, conforme a su Estatuto, la Comisión "tendrá por objeto impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación"⁹⁰, expresión esta última que tiene por objeto "designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas"; en cambio la expresión "desarrollo progresivo del derecho internacional" corresponde a los temas "que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas"⁹¹. Ambos aspectos constituyen el tema central del debate, uno de cuyos requisitos previos es determinar si el problema se plantea en términos de codificación o de desarrollo progresivo.

63. Habida cuenta de los puntos de vista opuestos que se han manifestado, el Relator Especial considera que la Comisión bien podría hacer obra útil si se esforzara por esclarecer los términos del problema tal como éste se plantea respecto del derecho internacional público general y aprobara sobre la cuestión una resolución que la Asamblea General pudiera señalar a la atención de los Estados y de los órganos de derechos humanos. Al concluir el presente capítulo se presenta un proyecto de resolución con ese fin.

documento de trabajo presentado por la delegación de Austria, CAHDI(95)7], junto con un ejemplar del informe de la reunión al Relator Especial de la CDI, indicando al mismo tiempo que el CAHDI tiene gran interés en la cuestión y está dispuesto a colaborar en el estudio. El tema continuará en el programa de la reunión de la primavera de 1996 del CAHDI, para cuando se habrán recibido las primeras indicaciones de la forma en que se lleva adelante el estudio de la CDI".

⁸⁹ Al tiempo de aprobarse el Comentario General No. 24, el Comité de Derechos Humanos no se ocupó de las reglas generales de derecho internacional en materia de reservas, sino del Pacto de 1966 propiamente dicho; cf. El comentario de la Sra. Higgins que criticó el proyecto inicial porque hacía una referencia excesiva a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en relación con el Pacto, que debería, sin embargo, ser la preocupación central del Comité (CCPR/C/SR.1366, párr. 58).

⁹⁰ Artículo 1, párr. 1.

⁹¹ Artículo 15.

b) Objeto y plan del capítulo

64. Con todo, como la función de la CDI es contribuir a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional en su conjunto, y como el tema de las "reservas a los tratados" abarca el universo de los tratados, parecería oportuno reubicar los problemas especiales que plantean las reservas a los tratados de derechos humanos en un contexto más amplio e interrogarse respecto de la cuestión más general de la unidad o diversidad del régimen jurídico o de los regímenes jurídicos en materia de reservas.

65. Un primer elemento de diversidad podría ser, a este respecto, la oposición que existiría entre las normas convencionales establecidas por los artículos 19 a 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986⁹² y, por un lado, y las reglas consuetudinarias en la materia, por el otro. No hay, con todo, necesidad de hacer la distinción: si se puede indudablemente sostener que en el momento de su adopción las reglas de Viena correspondían, al menos en parte, al desarrollo progresivo del derecho internacional, más que a su codificación en sentido estricto, ya no es así hoy día; con el sustento de las disposiciones de la Convención de 1969, confirmadas en 1986, la práctica se ha consolidado en normas consuetudinarias⁹³. De todos modos, no obstante los matices que pueden acompañar a esa opinión⁹⁴, la inquietud expresada tanto por los miembros de la Comisión como por los miembros de la Sexta Comisión de la Asamblea General de conservar las conquistas de las Convenciones existentes⁹⁵ hace que la cuestión sea relativamente banal, esto es, hay que situarse en relación con las normas que ellas enuncian.

66. Una vez descartado este problema artificial, la cuestión de la unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas puede plantearse del siguiente modo: ¿hay tratados que escapan o debieran escapar a la aplicación del "régimen de Viena" en razón de su objeto? En caso de que la respuesta a este primer

⁹² Parece atinado dejar de lado, en esta etapa, los problemas que plantea el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados: aparte de que al parecer ha habido consenso en el seno de la Comisión para considerar que no se trataba de un problema prioritario (véase supra, nota 20), se plantea en términos sumamente particulares. Baste decir que la cuestión de la sucesión en las reservas (y en las aceptaciones y objeciones) sólo parece prima facie accesoria en relación con la cuestión más general de la sucesión en el tratado propiamente dicho. En ese caso, cuando examine los problemas de la sucesión en las reservas, acaso la Comisión debería plantearse, con todo, al menos en forma incidental, la cuestión relativa a saber si el objeto del tratado juega un papel en las modalidades de la sucesión en los tratados. Es posible que a partir de allí la decisión que deberá adoptar próximamente la Corte Internacional de Justicia sobre las excepciones preliminares invocadas por la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en la causa titulada Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aporte nuevos elementos a este respecto.

⁹³ Véase el Informe preliminar (nota 2), párrs. 153 a 157.

⁹⁴ Véase ibíd., párrs. 158 a 162.

⁹⁵ Véase supra, párrs. 2 a 4 y 18 a 20.

interrogante sea afirmativa, ¿a qué régimen o regímenes están sujetos o debieran estar sujetos esos tratados en materia de reservas⁹⁶? Si se dejan de lado los tratados a los cuales las Convenciones de 1969 y 1986 reconocen cierta especificidad a este respecto, el problema se ha planteado principalmente en lo que concierne a los tratados "normativos", de los cuales se ha dicho que serían antinómicos a la idea misma de las reservas (sección 1).

67. Conforme a este enfoque (aunque sin olvidar nunca el problema específico de los tratados de derechos humanos), se ha señalado que la cuestión general desembocaba en otra, de carácter más específico: "En verdad, hay dos cuestiones discretas, pero relacionadas entre sí: ¿debieran permitirse las reservas a los tratados normativos y debiera determinarse la validez de esas reservas mediante un sistema distinto del que se aplica a los tratados en general?"⁹⁷. Si el problema se plantea en esos términos, "en realidad se está hablando de dos tipos de normas, esto es, sustantivas y procesales"⁹⁸.

68. Estas dos categorías de normas pueden estar vinculadas y cabe imaginar, también en este caso, que los órganos de supervisión creados en virtud de ciertos tratados multilaterales tengan facultades específicas en materia de reservas por el hecho del objeto mismo del tratado. Sin embargo, también cabe pensar que el problema de la amplitud de esas facultades se plantea de todos modos, con independencia del objeto del tratado, en todos los casos en los cuales el instrumento convencional crea un órgano encargado de supervisar su aplicación; en ese caso, la particularidad del régimen de las reservas dependería de la existencia del órgano y no de los atributos propios del tratado, salvo que se considerara que los tratados que crean órganos de supervisión constituyen una categoría aparte ...

69. Parece, pues, atinado, desde el punto de vista del método, distinguir, por un lado, el problema de principio - sustantivo - de la unidad o diversidad de las normas aplicables en materia de reservas (sección 2), del problema - procesal - de la aplicación de esas normas y, en particular, de las facultades de los órganos de supervisión cuando éstos existen (sección 3).

⁹⁶ El problema se ha planteado casi exactamente en estos términos en lo que concierne a las reservas a los tratados de derechos humanos: "El interrogante básico que plantean los tratados de derechos humanos es el de saber si se han o no de considerar como una categoría distinta de los demás tratados multilaterales y, en particular, si las normas relativas a las reservas [...] se les aplican con igual fuerza" (Massimo Cocchia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", California Western International Law Journal, 1985, pág. 16).

⁹⁷ Catherine Redgwell, "Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties", B.Y.B.I.L. 1993, pág. 279.

⁹⁸ Rosalyn Higgins, "Prefacio" que se publicará en 1996 en British Institute of International and Comparative Law, Reservations and Human Rights Treaties, pág. 7 (versión mecanografiada), subrayado en el texto.

Sección 1. Diversidad de los tratados y régimen jurídico de las reservas

a) Restricción del estudio a los tratados normativos

70. Dos consideraciones contrarias entre sí pueden llevar a ampliar o, por el contrario, a restringir el ámbito del presente capítulo: por una parte, la cuestión de la unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas se plantea con agudeza y urgencia sólo en lo que concierne a los tratados relativos a los derechos humanos; por otra parte, sin embargo, está establecido que existen otras categorías de tratados que plantean problemas particulares respecto a la naturaleza de las normas aplicables o a sus modalidades de aplicación; así ocurre ciertamente en el caso:

- De los tratados restringidos;
- De los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y
- De los tratados bilaterales.

71. Parece atinado, sin embargo, excluir de la reflexión en esta etapa esas categorías de tratados, por razones a la vez teóricas y pragmáticas. Si, en verdad, es en parte común a todos los tratados, la problemática de "universalidad o diversidad" es también, por necesidad lógica, propia de cada categoría: es en función de los caracteres específicos de cada una que se plantea la cuestión relativa a saber si las normas comunes se le aplican o si, por el contrario, se deben descartar o, en otras palabras, la problemática de la unidad es por hipótesis singular, pero también necesariamente la de la diversidad es plural⁹⁹. En otras palabras, puede ser necesario efectuar un examen por separado de cada categoría particular, no habiendo inconveniente en efectuar ese examen respecto de ciertos tipos de tratados ni en diferirlo respecto de otros porque los problemas se plantean, al menos parcialmente, de una manera distinta.

72. Por otra parte, los tratados restringidos y los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son, mismo en las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, objeto de un trato por separado que se pone de manifiesto en normas específicas¹⁰⁰. Las reservas a los tratados bilaterales suscitan problemas muy particulares que guardan relación con la definición misma del concepto de reservas¹⁰¹ y probablemente habrá ventaja en examinarlas en el capítulo dedicado a esa definición¹⁰².

⁹⁹ Véanse las reflexiones similares del Sr. De Saram durante el debate del Informe preliminar, A/CN.4/SR.2404.

¹⁰⁰ Cf. artículo 20, párrs. 2 y 3.

¹⁰¹ Cf. las dudas sobre la oportunidad misma del examen de la cuestión expresadas por el Sr. Idris (A/CN.4/SR.2407), el Sr. Kabatsi (ibíd.) y el Sr. Yamada (ibíd.), en el 47º período de sesiones de la Comisión.

¹⁰² Véase supra, cap. I, párr. 37, "Esquema general provisional del estudio", II-e) y párr. 40.

73. Los tratados de codificación presentan cuestiones más difíciles. A veces se ha considerado que las reservas a esos tratados constituían problemas específicos¹⁰³. Aunque de uso corriente¹⁰⁴, la idea no está exenta de ambigüedad: la línea de demarcación entre codificación, por un lado, y desarrollo progresivo del derecho internacional, por el otro, es por lo menos incierta (en la hipótesis de que existe)¹⁰⁵; numerosos tratados contienen "cláusulas de codificación", es decir, disposiciones que reproducen normas consuetudinarias, sin ser por ello "tratados de codificación" por el hecho de que esas disposiciones se yuxtaponen a otras que no tienen ese carácter (el problema se plantea, por otra parte, en esos términos para muchos tratados relativos a los derechos humanos)¹⁰⁶. Es, pues, sumamente dudoso que la categoría sea "operacional" como tal a los fines del presente capítulo¹⁰⁷.

74. Es indiscutible, en cambio, que se plantea la cuestión de saber si es lícita una reserva a una norma de naturaleza consuetudinaria consignada en una disposición convencional¹⁰⁸. De acuerdo con el "esquema general provisional" que figura en el capítulo I supra¹⁰⁹, el Relator Especial se propone examinar más a fondo este complejo problema en una etapa ulterior del estudio. Ello se justificaría a juicio del Relator Especial por el hecho de que lo que se discute no es el objeto sino la naturaleza dual, a la vez convencional y consuetudinaria, de la disposición a la que se refiere la reserva.

75. Con todo, el problema evidentemente no está totalmente desvinculado del que constituye el objeto del presente capítulo. A juicio del Relator Especial, conviene obrar con pragmatismo a este respecto: inevitablemente algunas de las cuestiones abordadas en esta etapa tiene un carácter "vertical" y se plantean

¹⁰³ Véanse, por ejemplo, : G. Teboul, "Les réserves aux conventions de codification", R.G.D.I.P., 1982, págs. 679 a 717, y la bibliografía citada en pág. 684, notas 9 y 10.

¹⁰⁴ Véanse, por ejemplo, P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), págs. 239 a 249, o Gérard Teboul, op. cit. (nota 103).

¹⁰⁵ Cf. La Comisión de Derecho Internacional y su obra, Naciones Unidas, Nueva York, 1989, págs. 14 a 16.

¹⁰⁶ Véase infra párrs. 85 y 86.

¹⁰⁷ Por otra parte, la distinción entre "tratados ley" y "tratados contratos", que tuvo su momento de gloria, ha sido abandonada, principalmente por razones similares: "... es cierto que la mayor parte de los tratados no tienen un contenido homogéneo. Constituyen un molde en el cual se pueden vertir disposiciones que presentan caracteres muy distintos; [...] Si hubiera, pues, que aplicar distinciones jurídicas materiales a las disposiciones de los tratados, habría de todos modos que examinar las disposiciones por separado sin poder contentarse con un análisis global rudimentario" (Paul Reuter, op. cit., nota 43, pág. 24).

¹⁰⁸ Véanse supra, Informe preliminar (nota 2), párrs. 143 y 144, y la intervención del Sr. Lukashuk durante el debate del Informe preliminar, A/CN.4/SR.2402.

¹⁰⁹ Párr. 35, IV.A.c).

para el conjunto del tema en examen; no se podrán dejar completamente de lado, quedando entendido que la Comisión deberá sentirse absoluta libre de "retocar" ulteriormente las conclusiones provisionales y fragmentarias a las que llegue en el presente período de sesiones.

76. A la recíproca, el Relator Especial está convencido de que el examen del problema "vertical" que constituye el objeto del presente capítulo, y que se plantea en todo el tema de las reservas a los tratados, podrá ser muy positivo para la continuación del estudio, para la cual fijará jalones útiles y sobre la cual arrojará una luz particular.

b) Tratados normativos y disposiciones normativas

77. Los tratados "normativos" suscitan problemas particulares: no sólo se trata de que a su respecto los autores han insistido con más vehemencia en la inadecuación del régimen jurídico general de las reservas, sino que también se ha llegado a pretender que, por su naturaleza, esos instrumentos no se prestan a la formulación de reservas. Antes de examinar estas cuestiones (en gran medida distintas)¹¹⁰, conviene, sin embargo, interrogarse sobre la consistencia y existencia misma de esta categoría de tratados.

78. Como se ha dicho, "[l]as convenciones multilaterales se han convertido en uno de los medios utilizados con más frecuencia para estatuir normas de conducta para el conjunto de los Estados, no solamente en sus relaciones, sino también en beneficio de las personas físicas. Mediante estos instrumentos, los Estados tienden también a aportar su contribución a la formación del derecho internacional al hacerse intérpretes de una exigencia general de la comunidad internacional"¹¹¹. "Esta particularidad de las convenciones 'normativas', a saber, que, por así decirlo, en lo absoluto y no en relación con las demás partes - esto es, que surten efecto para cada parte per se y no entre las partes inter se -, junto con otra particularidad, esto es, que involucran principalmente la asunción de derechos y obligaciones y no confiere en derechos o beneficios a las partes qua Estados, es lo que les da su carácter jurídico particular"¹¹².

79. Se encuentran tratados de este tipo en las esferas más diversas: la esfera jurídica (las "convenciones de codificación")¹¹³, la esfera del derecho internacional público y privado (incluidas las convenciones que consagran leyes uniformes) y las esferas económica, técnica, social, humanitaria, etc. Las convenciones generales relativas a la protección del medio ambiente presentan las más de las veces estos atributos, y lo mismo suele ocurrir con las convenciones relativas al desarme.

¹¹⁰ Véase infra, párr. 3.

¹¹¹ P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), págs. 435 y 436; véase también la abundante bibliografía citada por este autor, en especial las notas 92 y 95.

¹¹² G. G. Fitzmaurice, "Reservations to Multilateral Conventions", I.C.L.Q., 1953, pág. 15; subrayado en el texto.

¹¹³ Véase supra, párr. 73.

80. Sin embargo, es justamente en la esfera de los derechos humanos en la que se han puesto más a menudo de manifiesto esas particularidades¹¹⁴, en la inteligencia de que la expresión "derechos humanos" se debe interpretar en el presente contexto en sentido lato y de que a los fines del presente capítulo no corresponde distinguir entre derecho humanitario, por un lado, y derechos humanos stricto sensu, por el otro, pues las consideraciones que son válidas para éstos son igualmente válidas para aquél¹¹⁵.

81. Con todo, incluso con una concepción amplia, la clasificación de un tratado como tratado "relativo a los derechos humanos" (o al desarme o a la protección del medio ambiente) dista de ser evidente en todos los casos¹¹⁶. Una convención relativa al derecho de la familia o al estado civil puede incluir disposiciones relativas a los derechos humanos y otras que no lo son. Además, incluso en la hipótesis de que se resolviera ese problema, surgen otras dos dificultades.

82. Por un lado, la categoría de "tratados relativos a los derechos humanos" está lejos, a todas luces, de ser homogénea. "No es posible ubicar en la misma categoría [...] los Pactos de las Naciones Unidas o la Convención Europea, que rigen casi todos los aspectos de la vida en sociedad, y convenciones como las convenciones sobre el genocidio o la discriminación racial, que tienden a proteger un solo derecho"¹¹⁷. Estas dos subcategorías de "tratados relativos a los derechos humanos" crean problemas muy diferentes en lo que se refiere a la definición de su objeto y su fin, que es tan esencial para determinar la licitud de las reservas¹¹⁸.

83. Por otra parte, mismo dentro de un tratado puede coexistir cláusulas de naturaleza muy distinta, tanto en lo que concierne a su "importancia" (que, en el plano jurídico, puede corresponder a que sean o no imperativas, "derogables"

¹¹⁴ Véase infra, párrs. 84 y 148 a 152.

¹¹⁵ Para una presentación y justificación de esta distinción, véase Karel Vasak, "Le droit international des droits de l'homme", R.C.A.D.I., 1974-IV, vol. 140, págs. 350 y siguientes.

¹¹⁶ Véase, a ese respecto, Catherine Redgwell, op. cit. (nota 97), pág. 280.

¹¹⁷ 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. 99; publicado también en inglés con el título "Reservations and Human Rights Conventions", The Human Rights Review 1981 (en adelante "H.R.R. 1981", págs. 28 a 60 (pág. 28).

¹¹⁸ Véanse, a este respecto, Jeremy McBride, "Reservations and the Capacity to Implement Human Rights Treaties", que se publicará en op. cit. (nota 98), pág. 32 (versión mecanografiada), o William A. Schabas, "Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform", Annuaire canadien de droit international 1995, pág. 48.

o inderogables)¹¹⁹, su naturaleza (consuetudinaria o no consuetudinaria)¹²⁰ o su consistencia ("normativa" o contractual). Aunque todos estos aspectos inciden sobre la cuestión que se examina¹²¹, resulta evidente que este último aspecto, el carácter "normativo" de los tratados de derechos humanos, es el que más gravitación tiene.

84. Conforme a la opinión común en efecto, la particularidad esencial que caracteriza a estos instrumentos es que no tienen por objeto establecer un equilibrio entre los derechos y ventajas que se reconocen mutuamente los Estados partes, sino que se orientan a instituir una normativa internacional común, una traducción de valores compartidos, que todas las partes se comprometen a respetar, cada una en lo que le concierne. Como lo ha declarado enérgicamente la Corte Internacional de Justicia en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

"En una convención de esa índole, los Estados contratantes no tienen intereses propios; sólo tienen, todos y cada uno, un interés común, el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. De ello se desprende que, respecto de una convención de esta índole, no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni tampoco de un perfecto equilibrio contractual que se ha de mantener entre derechos y obligaciones."¹²²

85. Conviene, con todo, abstenerse de adoptar una concepción demasiado lineal y simplista de las cosas; si por, regla general, las disposiciones que amparan los derechos humanos poseen un marcado carácter "normativo", esos tratados no dejan por ello de contener cláusulas típicamente contractuales: por lamentable que parezca, el "derecho de La Haya" aplicable a la conducta de los beligerantes en conflictos armados sigue siendo fundamentalmente contractual y las Convenciones de 1899 y de 1907 se aplican todavía en régimen de reciprocidad (a pesar del desuso de la famosa cláusula si omnes)¹²³; por lo mismo, el mecanismo de peticiones entre Estados instituido por el artículo 24 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹²⁴ o el artículo 45 de la Convención Americana funciona en régimen de reciprocidad; e incluso de la Convención de 1948 sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se ha podido decir que:

¹¹⁹ Véase, a este respecto, la posición matizada adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el Comentario General No. 24, supra (nota 86), párr. 10, y el comentario de J. McBride, op. cit. (nota 118), págs. 33 y 34; véase, también, P.-H. Imbert, op. cit. (nota 117), págs. 105 y 106 (H.R.R. 1981, págs. 31 y 32).

¹²⁰ Véanse supra, párrs. 73 y 74.

¹²¹ Véase infra, sección 2, párr. 1.

¹²² Opinión citada supra (nota 46), pág. 23; véase también infra, párrs. 148 a 152.

¹²³ Respecto de este punto, véase P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), págs. 256 y 257.

¹²⁴ Véase P.-H. Imbert, op. cit. (nota 109), pág. 115 (H.R.R. 1981, pág. 36).

"contiene algunas disposiciones de carácter normativo y otras de naturaleza contractual. Sin embargo, como ello se desprende claramente de su texto y del historial de las intervenciones de las Naciones Unidas en materia de genocidio, la intención de sus redactores era igualmente la de codificar, al menos parcialmente, el derecho internacional sustantivo y la de establecer obligaciones internacionales con miras a facilitar la cooperación internacional en la prevención y la sanción de este delito. En consecuencia, no se puede considerar que la Convención constituya un todo indivisible, y sus disposiciones normativas se deben distinguir de sus disposiciones contractuales"¹²⁵.

86. Tampoco parece en este caso que el problema se hubiera planteado en la forma debida si en lo que concierne a los "tratados relativos a los derechos humanos" sólo se trata de las "cláusulas de derechos humanos" de carácter normativo o, en general, de las "cláusulas normativas", sea cual fuere el objeto del tratado en el cual figuren.

87. En efecto, si bien es evidente que los tratados de derechos humanos presentan estas características de manera particularmente patente, también cabe constatar que no son los únicos. Lo mismo ocurre con la mayoría de los tratados relativos a la protección del medio ambiente o al desarme y, de manera más general, con todos los tratados "normativos" por los cuales las partes estatuyen las normas uniformes que desean aplicar.

88. Es cierto que esta constatación no dispensa de preguntarse si, dentro de esa categoría - si ella tiene verdaderamente valor jurídico -, existen subcategorías que plantean problemas específicos en materia de reservas y si, en particular, ese sería el caso de los tratados relativos a los derechos humanos. Sin embargo, el punto de partida de la reflexión debe necesariamente ser más general, salvo que se postule de entrada lo que se quiere demostrar. Por lo tanto, si bien pondrá el acento en los tratados relativos a los derechos humanos - por las razones explicadas supra¹²⁶ -, en el presente capítulo se adoptará la perspectiva más amplia del conjunto de los tratados multilaterales normativos.

¹²⁵ Exposición del Sr. Shabtai Rosenne, en nombre del Gobierno de Israel, durante el examen de la petición de la Asamblea General de una opinión consultiva respecto del tema de las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Corte Internacional de Justicia, Mémoires, plaidoiries et documents, pág. 356; véase, también, Tullio Scovazzi, Esercitazioni di diritto internazionale, Giuffrè, Milán, 1994, págs. 69 a 71. Igualmente, en un memorando presentado al Consejo de la Sociedad de las Naciones el 15 de junio de 1927 sobre la "Facultad de formular reservas a las convenciones generales", el Director de la Oficina Internacional del Trabajo señaló que las convenciones internacionales constituían "instrumentos jurídicos enmarcados a la vez en la ley y el contrato" (Sociedad de las Naciones, Journal officiel, julio de 1927, pág. 883).

¹²⁶ Sub litt. a), párrs. 56 a 63.

Sección 2. Unidad de las normas de fondo aplicables a las reservas

89. La adaptación a los tratados multilaterales normativos de las "normas de Viena" relativas a las reservas no se puede examinar en abstracto, pues tiene que cotejarse con las funciones atribuidas a un régimen de reservas y a las intenciones de sus autores.

Párrafo 1. Funciones del régimen jurídico de las reservas

90. "Se trata de dos intereses contradictorios. El primero es la extensión del ámbito de la convención. Se desea que esta convención legisle para el mayor número posible de Estados y, en consecuencia, se aceptan las avenencias que permitirán obtener el consentimiento de un Estado. La segunda preocupación concierne a la integridad de la Convención: las mismas normas deben ser válidas para todas las partes; no interesa establecer un régimen convencional en el cual habrá lagunas o excepciones y en el cual de las normas variarán según los Estados de que se trate"¹²⁷. La función de las normas aplicables a las reservas es establecer un equilibrio entre estas dos exigencias opuestas: la búsqueda de una participación lo más amplia posible, por un lado, y la preservación de la ratio contrahendi, de lo que constituye la razón de ser del tratado, por el otro. De esta tensión entre universalidad e integridad nace todo régimen de las reservas¹²⁸, ya sea general (válido para todos los tratados sin prever un régimen específico) ya sea particular (es decir, instituido mediante cláusulas expresamente estipulada en el tratado).

91. La Magistrada Rosalyn Higgins ha traspuesto en esos términos los parámetros del problema en lo que concierne a los tratados relativos a los derechos humanos: "El asunto es sumamente complejo. Esencialmente se trata del equilibrio que se ha de establecer entre la función legítima de los Estados de proteger sus intereses soberanos y la función igualmente legítima de los órganos creados en virtud de tratados de promover una garantía eficaz de los derechos humanos"¹²⁹.

¹²⁷ Suzanne Bastid. Les traités dans la vie internationale - conclusions et effets, Economica, París, 1985, págs. 71 y 72.

¹²⁸ Véanse a este respecto: B. T. Halajczuk, "Les conventions multilatérales entre l'universalité et l'intégrité", Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, 1960, págs. 38 a 50 y 147 a 158; J. M. Ruda, op. cit. (nota 43), pág. 212; John King Gamble Jr., "Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice", A.J.I.L., 1980, págs. 372 y 373; Catherine Logan Piper "Reservations to Multilateral Treaties: The Goal of Universality", Iowa Law Review 1985, págs. 295 a 322, en particular págs. 297, 305 y 317; Rebecca J. Cook, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", Virginia Journal of International Law, 1990, págs. 683, 684 y 686; Samuel K. N. Blay y B. Martin Tsamenyi, "Reservations and Declarations Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees", International Journal of Refugee Law, 1990, pág. 557; Patrick Daillier y Alain Pellet, Droit international public (Nguyen Quoc Dinh), L.G.D.J., París, quinta edición, 1994, pág. 178, etc.

¹²⁹ Op. cit. (nota 98), pág. 1 (versión mecanografiada).

92. La primera de esas exigencias, la de la universalidad, tiende a ampliar grandemente el derecho de los tratados a formular reservas, cosa que, a todas luces, facilita la participación universal en los tratados "normativos". Ello es igualmente válido en materia de derechos humanos: "... la posibilidad de formular reservas bien se puede considerar más una ventaja que como una deficiencia del enfoque de los tratados en la medida en que propicia una participación más universal en los tratados relativos a los derechos humanos"¹³⁰.

93. Con todo, esta libertad de los Estados de formular reservas no puede ser ilimitada. Tropieza con la otra exigencia, igualmente imperativa, de preservar lo que constituye la esencia misma del tratado. Sería absurdo, por ejemplo, considerar que un Estado puede pasar a ser parte en la Convención sobre el Genocidio excluyendo la aplicación de los artículos I, II y III, es decir, las únicas cláusulas sustantivas de la Convención.

94. También se puede plantear el problema en términos del consentimiento¹³¹.

95. Por su propia definición, el derecho de los tratados es consensual. "El tratado vincula a los Estados porque éstos han querido estar vinculados por él. El tratado es, pues, un acto jurídico que manifiesta voluntades humanas"¹³². Los Estados están vinculados porque se han comprometido, porque han expresado su consentimiento en estar vinculados. Están en libertad de obligarse o de no obligarse y sólo están vinculados por las obligaciones que han aceptado libremente y con conocimiento de causa¹³³. "Ningún Estado puede estar vinculado por obligaciones contractuales que no considere apropiadas"¹³⁴.

¹³⁰ M. Coccia, op. cit. (nota 96), pág. 3. El autor remite a O. Schachter, M. Nawaz y J. Fried, Toward Wider Acceptance of U.N. Treaties 148 (1971) y añade: "Este estudio del UNITAR muestra estadísticamente que los tratados ... que permiten reservas, o que no las prohíben, han tenido proporcionalmente más aceptación que los tratados que o bien no permiten reservas al tratado, en todo o en parte, o que contienen sólo una cláusula sustantiva, lo que hace improbable las reservas".

¹³¹ Cf. el primer informe de Hersch Lauterpacht sobre el derecho de los tratados, en el cual éste explica que la cuestión del consentimiento es "una cuestión estrechamente relacionada, aunque indirectamente, con la de la justificación intrínseca de las reservas ..." (Yearbook ... 1953, documento A/CN.4/63, pág. 125).

¹³² Paul Reuter, op. cit. (nota 43), págs. 20 y 21.

¹³³ Salvo si están vinculados por otros instrumentos, pero ese es otro problema. Véase también a este respecto la intervención del representante de los Estados Unidos de América en la Sexta Comisión en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General (A/C.6/50/SR.13, párr. 53).

¹³⁴ Christian Tomuschat, "Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties - Comments on Arts. 16 and 17 of the ILC's 1996 Draft Articles on the Law of Treaties", Z.a.ö R.V. 1967, pág. 466. Véanse, a este respecto, por ejemplo, Corte Permanente de Justicia Internacional, decisión del 17 de agosto de 1923, causa del Buque Wimbledon, serie A, No. 1, pág. 25, o Corte Internacional de Justicia, opinión consultiva del 11 de julio de 1950, Statut international du Sud-Ouest africain, Rec. 1950, pág. 139.

96. Ello se aplica igualmente a las reservas: "El criterio fundamental sigue siendo que ningún Estado está vinculado en derecho internacional sin su consentimiento en el tratado. Este es el punto de partida del derecho de los tratados y asimismo de nuestras normas internacionales respecto de las reservas"¹³⁵. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia:

"Está bien establecido que un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, estar vinculado sin su consentimiento y, en consecuencia, ninguna reserva le es oponible en tanto y en cuanto no haya dado su asentimiento."¹³⁶

Por lo mismo, en el arbitraje entre Francia y el Reino Unido respecto de la Plataforma continental del mar de Iroise, el Tribunal insistió en el necesario respeto del "principio del consentimiento mutuo" en la determinación de los efectos de la reserva¹³⁷.

97. Las normas aplicables a las reservas, pues, deben lograr un doble equilibrio:

- Entre las exigencias de la universalidad e integridad del tratado, por un lado;
- Entre la libertad del consentimiento del Estado autor de la reserva y la libertad de los demás Estados partes, por el otro,

quedando entendido que estos dos "pares dialécticos" son, en gran medida, coincidentes.

98. A la luz de estas exigencias, pues, conviene preguntarse si el régimen jurídico de las reservas previsto por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 es de aplicabilidad general y, en especial, si se adapta a los atributos particulares de los tratados normativos (o, más precisamente, a las "cláusulas

¹³⁵ William W. Bishop Jr., "Reservations to Treaties", R.C.A.D.I. 19616II, vol. 103, pág. 255.

¹³⁶ Corte Internacional de Justicia, opinión consultiva antes citada (nota 46), Rec. 1951, pág. 21. Los autores de la opinión disidente formulan esta idea de manera aún más enérgica: "El consentimiento de las partes constituye la base de las obligaciones convencionales. El derecho que rige las reservas constituye un caso particular de este principio fundamental de que el acuerdo de las partes respecto de la reserva existe antes de que ella sea enunciada, simultáneamente o más tarde" (ibíd., pág. 32). Es evidente que la mayoría y los magistrados disidentes tenían opiniones muy opuestas sobre la forma en que se debe manifestar el consentimiento de la reserva, pero que esa divergencia no afectaba al "principio del mutuo consentimiento" (véase nota 135 infra), y parece discutible afirmar, como lo han hecho autores eminentes, que en la opinión de la mayoría (que constituye la fuente del régimen de Viena), "se quiebra el principio mismo del consentimiento" (P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), pág. 69; véanse, también, pág. 81 y págs. 141 y siguientes).

¹³⁷ Laudo del 30 de junio de 1977, párrs. 60 y 61, R.S.A., XVIII, págs. 171 y 172.

normativas" que se consignan en los tratados multilaterales generales)¹³⁸. Previamente habrá que determinar si los autores de ese régimen tuvieron presentes esas exigencias y si decidieron adoptar normas de aplicabilidad general que estuvieran en consonancia con ellas.

Párrafo 2. Un régimen concebido para ser de aplicación general

99. Desde el inicio de su labor relativa a las reservas, la Comisión ha sido consciente de la necesidad de lograr el doble equilibrio mencionado anteriormente¹³⁹ entre las exigencias de universalidad e integridad, por un lado, y entre el respeto de la voluntad expresada por el Estado autor de la reserva y la de las otras Partes, por el otro, aunque haya tomado posiciones muy contrastadas respecto del mejor medio de lograrlo.

100. Con arreglo a su posición de principio favorable a la norma de la unanimidad, James L. Brierly, en su primer informe se limita a insistir sobre la necesidad del consentimiento en la reserva, admitiendo, con todo - lo que en sí es un elemento de flexibilidad - que ese consentimiento podría ser implícito¹⁴⁰. No obstante, a partir del año siguiente, en respuesta a la petición que formuló la Asamblea General a la Comisión de que estudiara la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales¹⁴¹, el Relator Especial expuso la cuestión en toda su amplitud:

"Al abordar esta tarea, la Comisión habrá de tomar en cuenta dos principios fundamentales. En primer lugar, la conveniencia de mantener la integridad de las convenciones internacionales multilaterales. Es preferible que se mantenga cierto grado de uniformidad en las obligaciones de todas las partes en un instrumento multilateral. [...]

En segundo lugar, y por otra parte, es conveniente que las convenciones multilaterales se apliquen tan ampliamente como sea posible. [...] si realmente han de ser eficaces, las convenciones multilaterales deben tener vigencia y aceptación general tan amplias como sea posible."¹⁴²

101. A ese respecto, la Comisión se mostró de acuerdo a la vez que confusa:

"Cuando se deja una convención multilateral abierta para que puedan llegar a ser partes en ella los Estados en general, es evidentemente deseable que tenga la más amplia aceptación posible. [...] Por otra parte, también es conveniente mantener un grado razonable de uniformidad en las

¹³⁸ Véase supra, párrs. 73 y 74 y 85 y 86; en el resto del presente informe, ambas expresiones se utilizan en forma intercambiable.

¹³⁹ Véase supra, párr. 97.

¹⁴⁰ Yearbook ... 1950, vol. II, pág. 240.

¹⁴¹ Resolución 478 (V), de 16 de noviembre de 1950; véase supra, Informe preliminar (nota 2), párr. 14.

¹⁴² A/CN.4/41, párrs. 11 y 12. Véase ibíd., párr. 16.

obligaciones de todas las partes en una convención multilateral y, con frecuencia, podrá ser más importante mantener la integridad de la convención que tratar a toda costa de conseguir la más amplia aceptación posible de la misma."¹⁴³

Frente a este dilema,

"La Comisión cree que las convenciones multilaterales son de un carácter y un objeto tan diversos que cuando los Estados negociadores no han incluido en el texto de una Convención nada relativo a la admisibilidad o cualquier otro aspecto de las reservas, ninguna regla única de aplicación uniforme puede ser enteramente satisfactoria."¹⁴⁴

A la Comisión sólo le queda concluir que

"Estima que el problema a que tiene que hacer frente no es el de recomendar una regla perfectamente satisfactoria, sino la que considere menos insatisfactoria y que sea adecuada para la mayoría de los casos"¹⁴⁵,

habida cuenta de que siempre se puede rescindir de dicha regla ya que los Estados y las organizaciones internacionales pueden considerar "la inserción en las convenciones" de cláusulas sobre reservas¹⁴⁶.

102. Llegado este punto, poca importancia tiene el régimen adoptado. Cabe destacar que, desde un principio, la Comisión, si bien se daba cuenta de que había situaciones muy diversas, manifestó la voluntad de establecer un régimen de derecho común único, "el menos insatisfactorio", y que pudiera aplicarse en todos los casos de silencio de los tratados.

103. En los informes presentados por Hersch Lauterpacht en 1953 y 1954 se sigue la misma tesis a este respecto¹⁴⁷. Sin embargo, cabe señalar que después de una extensa exposición de los debates relativos a las reservas en el proyecto¹⁴⁸ de Pacto de Derechos Humanos¹⁴⁹, el Relator Especial sobre el derecho de los tratados concluyó que correspondía a la Asamblea General elegir el régimen adecuado y que la diversidad de prácticas existentes demostraba que "no es ni necesario ni conveniente aspirar a una solución uniforme del problema"; pero, añadió lo siguiente:

¹⁴³ Informe ... 1951, doc. A/1858, párr. 26.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 28.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 33.

¹⁴⁷ *Supra*, Informe preliminar (nota 2), párrs. 23 a 29.

¹⁴⁸ Único en su momento.

¹⁴⁹ A/CN.4/87, comentario del proyecto de artículo 9, págs. 28 a 34.

"Lo que sí es necesario y deseable es que la codificación del derecho relativo a los tratados contenga una regla clara para los casos en que las partes no hayan adoptado ninguna disposición al respecto."¹⁵⁰

104. Fitzmaurice sólo trató la cuestión de las reservas en su primer informe, presentado en 1956¹⁵¹. Ello reviste interés en cuanto al problema que se examina:

1. Haciendo suyas las opiniones de su predecesor, el Relator Especial consideró que

"incluso con arreglo a la lex lata, la regla estrictamente tradicional en materia de reservas se ve moderada en la práctica por [diversas] consideraciones que, entre todas, permiten a los Estados un margen bastante considerable a este respecto y deben permitir responder a todas las necesidades razonables"¹⁵²;

De esta forma queda afirmada la idea de que la flexibilidad es prueba de adaptabilidad.

2. Por otro lado, Fitzmaurice retoma la distinción esbozada en un artículo publicado en 1953¹⁵³ entre "tratados de participación limitada", por un lado, y "tratados multilaterales", por el otro¹⁵⁴.

105. Dicha distinción, a la que volvió a referirse en 1962 Sir Humphrey Waldock en su primer informe¹⁵⁵, son el origen directo de las disposiciones actuales de los párrafos 2 y 3 de las Convenciones de 1969 y 1986, a las que se llegó tras no pocas dificultades. En los interminables debates celebrados en relación con las propuestas del Relator Especial¹⁵⁶ surgieron entre los miembros de la Comisión profundas divergencias respecto de dicha cuestión. La controversia se centró principalmente en el fundamento de la excepción a la regla general propuesta por el Relator Especial y adoptada en otra forma por el Comité de Redacción en lo que respecta a los "tratados multilaterales concertados entre un

¹⁵⁰ Ibíd., pág. 33.

¹⁵¹ Véase supra, Informe preliminar (nota 2), párrs. 30 a 33.

¹⁵² Annuaire ... 1956, vol. II, doc. A/CN.4/101, párr. 95, pág. 130.

¹⁵³ Op. cit. (nota 112), pág. 13.

¹⁵⁴ Annuaire ... 1956, vol. II, párrs. 97 y 98, págs. 130 y 131; no obstante, cabe señalar que mientras en el artículo mencionado Fitzmaurice se refería expresamente a "Convenciones de tipo 'normativo'" (ibíd.), en su informe no utiliza dicha expresión.

¹⁵⁵ Anuario ... 1962, vol. II, doc. A/CN.4/144, proyectos de artículos 15, párrs. 5 y 18, párr. 3 b).

¹⁵⁶ Para una presentación resumida de dichos debates, véase supra, Informe preliminar (nota 2), párrs. 43 a 45.

grupo reducido de Estados"¹⁵⁷. Como resumen del debate, el Relator Especial señaló a este respecto que cabían dos posibilidades:

"una de ellas [es], la de establecer una distinción entre tratados multilaterales generales y otros tratados multilaterales; y la otra, [la de] distinguir entre tratados relativos a materias que interesan únicamente a un grupo reducido de Estados y tratados relativos a materias de interés más general."¹⁵⁸

106. Algunos miembros defendieron la primera posibilidad¹⁵⁹; otros en cambio, de forma aún más clara, pidieron expresamente que se volviera a introducir el criterio del objeto del tratado¹⁶⁰. Dichas opiniones, a las que se opusieron vivamente otros miembros¹⁶¹, fueron sin embargo minoritarias y, después de la remisión al Comité de Redacción, se dejaron de lado definitivamente. En su informe, la Comisión se limita a indicar:

"... la Comisión decidió asimismo que no había fundamento que justificara suficientemente una distinción en el caso de los tratados multilaterales celebrados por un número considerable de Estados, entre tratados multilaterales generales y no generales. Las normas propuestas por la Comisión se aplican a todos los tratados multilaterales, excepto a los celebrados entre unos pocos Estados, para los cuales se conserva la norma de la unanimidad."¹⁶²

107. Ni los Estados al hacer observaciones relativas a los proyectos de artículos, ni la propia Comisión volvieron a tratar dicha cuestión ulteriormente¹⁶³; y, en 1966, en su Informe final sobre el derecho de los tratados, la Comisión adoptó casi palabra por palabra la fórmula que había utilizado en 1962:

"... la Comisión decidió asimismo que no había fundamento que justificara suficientemente la distinción entre diversas clases de tratados multilaterales, como no fuera para exceptuar de la regla general a los

¹⁵⁷ Véase sobre todo Anuario ... 1962, vol. I, págs. 241 a 251.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, pág. 250.

¹⁵⁹ Véanse *ibíd.*, las posiciones de Verdross (642ª sesión, párr. 56) o de Waldock (pág. 244).

¹⁶⁰ Véanse *ibíd.*, las posiciones de Jiménez de Arechaga (págs. 157 y 158), Yasseen (pág. 249) o Bartos (pág. 250).

¹⁶¹ Véase sobre todo la posición muy firme de Ago, *ibíd.*, pág. 250.

¹⁶² Anuario ... 1962, vol. II, doc. A/5209, págs. 207 y 208; véanse también págs. 206 y 209.

¹⁶³ Aunque sólo en forma esporádica; cf. la intervención de Briggs en los debates de 1965, Anuario ... 1965, vol. I, pág. 176.

celebrados entre unos pocos Estados para los cuales se conserva la norma de la unanimidad."¹⁶⁴

108. El problema volvió a surgir de forma secundaria durante la Conferencia de Viena después de una enmienda presentada por los Estados Unidos en que proponía introducir el criterio de la naturaleza del tratado entre los criterios que había que tener en cuenta para establecer la admisibilidad de una reserva¹⁶⁵. La propuesta, que apoyaron algunos Estados¹⁶⁶ y rechazaron por otros¹⁶⁷, se volvió a remitir al Comité de Redacción¹⁶⁸, que la rechazó¹⁶⁹. Asimismo, en la Conferencia aparentemente no se debatieron las opiniones expresadas por la Organización Mundial de la Salud, según la cual consideró que el artículo 19 del proyecto¹⁷⁰ debería "interpretarse en el sentido de que autoriza la reciprocidad sólo en la medida en que sea compatible con la naturaleza del tratado y de la reserva"¹⁷¹.

109. En los trabajos preparatorios de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales no hubo debates de fondo sobre dicha cuestión. Como mucho cabe destacar que, después de los debates¹⁷², la Comisión de Derecho Internacional pasó por alto los deseos expresados por algunos miembros de prever un régimen particular para las reservas formuladas por las organizaciones internacionales y, en su Informe de 1982, señaló:

"Después de un nuevo examen detenido del problema, la Comisión ha llegado a un consenso y ha optado por una solución más sencilla que la que

¹⁶⁴ Anuario ... 1966, vol. II, doc. A/6309/Rev.1, pág. 227. En el cuadragésimo séptimo período de sesiones, el Sr. De Saram destacó esa frase (A/CN.4/SR.2404); véanse también la postura del Sr. Rao (ibíd.) y la de los Estados Unidos en los debates de la Sexta Comisión (A/C.6/50/SR.13, párr. 50).

¹⁶⁵ A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1.

¹⁶⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968. Documentos Oficiales, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria: Estados Unidos (págs. 118 y 141 y 142), España (pág. 119) o China (pág. 131).

¹⁶⁷ Ibíd.: Ucrania (pág. 125), Polonia (pág. 128), Ghana (pág. 130), Italia (pág. 171), Hungría (pág. 132), Argentina (pág. 140) o URSS (pág. 146).

¹⁶⁸ Ibíd., pág. 147.

¹⁶⁹ Véase la reacción de los Estados Unidos en "Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos Oficiales, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria", pág. 37.

¹⁷⁰ Que pasó a ser el artículo 21.

¹⁷¹ Compilación analítica de los comentarios y observaciones hechos en 1965 y 1967 respecto del proyecto definitivo de artículos sobre el derecho de los tratados, A/CONF.39/5 (vol. I), pág. 178.

¹⁷² Véase supra, Informe preliminar (nota 2), párrs. 72 a 85.

había adoptado en primera lectura asimilando, desde el punto de vista de la formulación de reservas, las organizaciones internacionales y los Estados. »¹⁷³

110. En la Conferencia de Viena de 1986¹⁷⁴ volvió a hacerse hincapié en el hecho de que el régimen de reservas a los tratados en que son partes las organizaciones internacionales se ajustara al aplicable a las reservas a los tratados celebrados entre Estados. De esta forma se lograba y confirmaba la unidad fundamental del régimen de reservas establecido en las dos Convenciones de Viena, con las excepciones de algunos tratados celebrados entre un número reducido de miembros, por un lado, y los instrumentos constitutivos de una organización internacional, por el otro¹⁷⁵.

111. La evolución que ha seguido la redacción de las disposiciones de las Convenciones de 1969 y 1986 no deja duda alguna: de forma deliberada, y después de celebrar extensos debates sobre la cuestión, la Comisión de Derecho Internacional, y ulteriormente las conferencias de codificación, decidieron establecer un régimen único aplicable a las reservas a los tratados, cualquiera que fuera su naturaleza u objeto. Para llegar a ese resultado, la Comisión no partió de una idea preconcebida; como lo explicó claramente en 1962 y en 1966¹⁷⁶, constató que no había motivo determinante alguno para proceder de otra forma; cabe destacar, por un lado, que adoptó dicha posición razonada al plantearse en particular la cuestión del régimen de las reservas en los tratados relativos a los derechos humanos¹⁷⁷ y, por el otro, que en los dos únicos casos en que consideró que las normas particulares se imponían sobre determinadas cuestiones, no dudó en dejar de aplicar el régimen general¹⁷⁸.

Párrafo 3. El régimen jurídico de las reservas es generalmente aplicable

112. La tesis es bien conocida. Cualesquiera que sean sus vicisitudes consiste en sostener que, dada la importancia de los tratados normativos para la comunidad internacional en su conjunto, o bien se excluye la formulación de reservas a dichos instrumentos o, al menos, se desalienta, mientras que el "sistema flexible" de las Convenciones de 1969 y 1986 permite con demasiada facilidad su formulación y amplía sus efectos.

¹⁷³ Anuario ... 1982, vol. II, segunda parte, pág. 36.

¹⁷⁴ Véase supra, Informe preliminar (nota 2), párrs. 87 y 88.

¹⁷⁵ Véase supra, párr. 72, .

¹⁷⁶ Véanse supra, párrs. 106 y 107 .

¹⁷⁷ En particular respecto de los pactos relativos a los derechos humanos; véanse supra, párr. 103 y nota 147.

¹⁷⁸ Cf. los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de las Convenciones de 1969 y 1986.

113. No obstante, es de sana doctrina sin duda hacer distinción entre dos problemas distintos, aunque estén relacionados: por un lado, el problema, muy general, de la oportunidad de admitir o no reservas a dichos instrumentos; por el otro, la cuestión, más técnica, de saber si el "régimen de Viena" responde a las preocupaciones expresadas por unos y por otros. Ahora bien, si la respuesta a la primera de esas dos interrogantes no se puede dar de manera objetiva y depende, sobre todo, de preferencias políticas e incluso a priori ideológicas más que de consideraciones de técnica jurídica, éstas permiten en cambio tomar firme partido respecto de la segunda interrogante. Con todo, pueden examinarse por separado.

A. Un debate sin conclusión posible: la oportunidad de admitir reservas a los tratados normativos

114. Los términos del debate surgen de la oposición entre la mayoría y los Magistrados disidentes en la causa de las reservas a la Convención sobre el genocidio. En opinión de la mayoría:

"El objeto y el fin de la Convención sobre el genocidio implican para la Asamblea General y para los Estados que la han aprobado la intención de que participen en ella el mayor número posible de Estados. Si se excluye totalmente de la Convención a uno o varios Estados, además de reducir el ámbito de su aplicación, se atentaría contra la autoridad de los principios de moral y humanidad en que se sustenta."¹⁷⁹

Por el contrario, para los Magistrados de la minoría,

"No se trata [...] en primer lugar al de lograr la universalidad a toda costa. Lo más importante es la aceptación de las obligaciones comunes - de consuno con los Estados que tienen aspiraciones semejantes - con miras a lograr un noble objetivo en beneficio de toda la humanidad; [...] Por el bien de la comunidad internacional, es preferible prescindir de la participación en la Convención de un Estado que persiste, a pesar de las objeciones, en su deseo de modificar los términos de la Convención que permitir que dicho Estado sea parte contra la voluntad del Estado o de los Estados que han aceptado todas las obligaciones de forma irrevocable e incondicional¹⁸⁰.

Dichas convenciones ["multilaterales de carácter especial"¹⁸¹], por su naturaleza y la forma en que se han elaborado, forman un todo indivisible; como consecuencia de ello, no deben ser objeto de reservas, pues ello iría en contra de sus objetivos, que son el interés general, el interés social."¹⁸²

¹⁷⁹ Opinión consultiva supra (nota 46), Rec. 1951, pág. 24.

¹⁸⁰ Opinión disidente común de los Magistrados Guerrero, Sir Arnold McNair, Read y Hsu Mo, ibíd., pág. 47.

¹⁸¹ Opinión disidente del Magistrado Alvarez, ibíd., pág. 51.

¹⁸² Ibíd., pág. 53.

115. Tales puntos de vista claramente opuestos suscitan tres observaciones:

- La oposición se manifiesta, desde el origen mismo de la controversia, en relación con un tratado de derechos humanos ideal, que corresponde, pues, a la subcategoría de tratados normativos en torno de la cual se ha vuelto a suscitar el debate recientemente¹⁸³;
- Los dos "campos" parten exactamente de las mismas premisas (los fines de la Convención en interés de toda la humanidad) para llegar a conclusiones radicalmente opuestas (se deben/no se deben aceptar las reservas a la Convención);
- Todo quedó dicho en 1951; el diálogo de sordos que se entabló entonces ha continuado durante 45 años sin solución de continuidad y sin que los argumentos de unos y otros hayan evolucionado de forma fundamental.

116. Como la controversia no tiene salida, basta con resumir los argumentos invariables¹⁸⁴.

117. Las reservas a los tratados "normativos" tendrían consecuencias nefastas por los motivos siguientes:

- Permitirlas sería igual que alentar su aceptación parcial¹⁸⁵;
- Una redacción menos cuidada ya que las partes podrán, de todas maneras, matizar seguidamente sus obligaciones¹⁸⁶;
- La acumulación de reservas acaba por dejar a los tratados desprovistos de toda sustancia respecto del Estado autor de la reserva¹⁸⁷;
- Y, en cualquier caso, compromete su función cuasi legislativa y la uniformidad de su aplicación¹⁸⁸.

118. Más exactamente, por lo que respecta a las reservas a los tratados relativos a los derechos humanos,

¹⁸³ Véase supra, párrs. 56 a 62.

¹⁸⁴ A reserva de los aspectos más técnicos de la controversia, véase infra, sub. litt. B.

¹⁸⁵ G. G. Fitzmaurice, op. cit. (nota 112), págs. 17, 19 y 20.

¹⁸⁶ Ibíd., pág. 19.

¹⁸⁷ W. A. Schabas, op. cit. (nota 118), pág. 41.

¹⁸⁸ Véase, en materia de protección del medio ambiente, Gwyneth G. Stewart, "Enforcement Problems in the Endangered species Convention: Reservations Regarding the Reservation Clause", Cornell International Law Journal, 1981, pág. 439 y, aunque de forma matizada, en la esfera del desarme, Pascal Boniface, Les sources du désarmement, Economica, París, 1989, pág. 68.

- Habría "contradicción entre las dos expresiones "reservas" y "derechos humanos". Es difícil de conciliar el hecho de que un Estado que ha aceptado la vinculación a un tratado de esta forma no haga todo lo posible por cumplir todas sus obligaciones, [...] y quiera todavía protegerse con una "esfera reservada"¹⁸⁹;
- "Conviene, en principio, que los Estados acepten la plena gama de obligaciones [derivadas de dichos tratados], ya que las normas de los derechos humanos son la expresión jurídica de los derechos básicos a que toda persona es acreedora en cuanto ser humano"¹⁹⁰;
- La ratificación con reservas podría ser para el Estado que formula las reservas una oportunidad para mejorar con poco esfuerzo su "imagen" internacional sin aceptar realmente compromisos de obligado cumplimiento¹⁹¹.

119. En sentido contrario, se dice que:

- Las reservas son "un mal necesario"¹⁹², que resulta de la actual situación de la sociedad internacional; las reservas "no pueden calificarse en el plano moral; son la expresión de un hecho: la existencia de minorías cuyos intereses son tan respetables como los de las mayorías"¹⁹³;
- Desde un punto de vista más positivo, serían "una condición fundamental de la vida, del dinamismo" de las convenciones¹⁹⁴ que favorecen por esa naturaleza el desarrollo del derecho internacional¹⁹⁵;

¹⁸⁹ P.-H. Imbert, op. cit. (nota 117), pág. 99 (Human Rights Review, 1981, pág. 28); véase también M. Coccia, op. cit. (nota 96), pág. 16; ambos autores, que se hacen eco de dicha opinión, no se adhieren a ella. Véase también la posición del Sr. Robinson en el debate sobre el Informe preliminar (A/CN.4/SR.2402, pág. 12).

¹⁹⁰ Véase Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 24 supra (nota 86), párr. 4.

¹⁹¹ Véase R. P. Anand, "Reservations to Multilateral Treaties", Indian Jl. I. L., 1960, pág. 88; P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), pág. 249 o W. A. Schabas, op. cit. (nota 118), pág. 41.

¹⁹² R. Ago Anuario ... 1965, vol I., pág. 158.

¹⁹³ Paul REUTER, Cuarto informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, A/CN.4/285, Anuario ... 1975, vol. II, pág. 39.

¹⁹⁴ P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), pág. 463.

¹⁹⁵ Ibíd., pág. 464.

- Facilitando la celebración de convenciones multilaterales¹⁹⁶, y
- Permitiendo que más Estados lleguen a ser parte en las convenciones¹⁹⁷;
- Pues, de todas formas, más vale lograr una participación parcial que ninguna participación¹⁹⁸.

120. Tales consideraciones son aún más importantes en materia de derechos humanos:

- "La posibilidad de formular reservas tal vez induzca a los Estados que pudiesen tener dificultades en garantizar todos los derechos enunciados en [dichos tratados] a aceptar, pese a ello, la generalidad de las obligaciones estipuladas en dicho instrumento"¹⁹⁹;
- "Desde luego, se puede sostener que es aún más necesario disponer de un margen de flexibilidad respecto de los tratados de derechos humanos que se refieren a cuestiones sobre las que los Estados son especialmente sensibles ..."²⁰⁰;

¹⁹⁶ Opinión Consultiva supra (nota 46), Rec., 1951, pág. 22. Véase también la posición del Sr. Rao en los debates del Informe preliminar (A/CN.4/SR.2404).

¹⁹⁷ Véase por ejemplo Manfred LACHS, "Le développement et les fonctions des traités multilatéraux", R.C.A.D.L. 1957-II, vol. 92, págs. 229 y 230. Véanse también las opiniones expresadas en los debates del Informe preliminar por el Sr. Villagran Kramer (A/CN.4/SR.2403) y el Sr. Elaraby ("En cierto modo, las reservas son el precio que se paga por lograr una participación más amplia", A/CN.4/SR.2404, pág. 16), y, en materia de medio ambiente, G. G. Stewart, op. cit. (nota 188), pág. 436.

¹⁹⁸ Es lo que Fitzmaurice denomina, como crítica enérgica, "the half-a-leaf doctrine" ("la teoría de la media hogaza de pan" o, como dice el refrán castellano "a falta de pan, buenas son tortas") (op. cit. (nota 112), pág. 17: "que, en todo caso, media hogaza de pan es mejor que no tener pan, que es mejor (especialmente por lo que respecta a la convención de tipo legislativo, social y humanitario) que los Estados sean partes aunque no puedan (o no quieran) cumplir determinadas obligaciones derivadas de la convención, y que estén vinculados al menos por algunas de las obligaciones, incluso si se desentienden del resto" (ibíd., pág. 11). En este sentido, véanse por ejemplo, Charles de Visscher Théories et réalités en droit international public, Pédone, París, 1970, págs. 292 y 293, o P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), pág. 372 ó 438.

¹⁹⁹ Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 24 (nota 86), párr.4.

²⁰⁰ C. REDGWELL, op. cit. (nota 97), pág. 279; véase también P.-H. Imbert, op. cit. (nota 117), págs. 102 y 103 (H. R. R., 1981, pág. 30). Thomas Giegerich demuestra como el "relativismo cultural" se invoca con frecuencia en materia de derechos humanos ("Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien - Ein konstitutioneller Ansatz", págs. 713 a 715. En las páginas 775 y 779 figura una sinopsis en inglés. Véase también la posición del Sr. Rao en los debates del Informe preliminar (A/CN.4/SR.2404).

- En particular, cuando la convención va acompañada de un mecanismo de supervisión que garantiza una interpretación dinámica del instrumento²⁰¹;
- La formulación de reservas sería la prueba de que los Estados se toman en serio las obligaciones que les imponen las convenciones, y
- La reservas les da la posibilidad de modificar su derecho interno con el fin de conformarlo a las disposiciones de la convención obligándolos de esta forma a cumplir las obligaciones fundamentales previstas;
- Tanto más cuanto que la aplicación de los tratados de derechos humanos lleva su tiempo²⁰², y
- Exige más medios, sobre todo financieros, de lo que parece²⁰³.

121. En el mismo horizonte doctrinario, se dice también que la utilidad de las reservas en materia de derechos humanos queda demostrada concretamente por el hecho de que muy pocas convenciones celebradas en esa esfera excluyen las reservas²⁰⁴ y de que se recurre a ellas incluso cuando el tratado se celebra entre un número reducido de Estados²⁰⁵. También es evidente que las peticiones periódicas de que se retiren las reservas a los tratados de derechos humanos encuentran un eco limitado²⁰⁶, lo que parece demostrar la utilidad de las reservas en la materia.

122. Los mismos autores consideran que, en la práctica, el alcance de las reservas a los tratados normativos, incluso en la esfera de los derechos

²⁰¹ P.-H. Imbert, *ibíd.*

²⁰² Jeremy McBride, *op. cit.* (nota 118), págs 2 a 4 (versión mecanografiada). Véase también la posición del Sr. Rao en los debates del Informe *preliminar* (A/CN.4/SR.2404).

²⁰³ V. J. McBRIDE, *ibíd.*, págs. 4 a 13.

²⁰⁴ Véase *infra*, párr. 124.

²⁰⁵ Por ejemplo en el seno del Consejo de Europa, cf. el artículo 64 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Véase P.-H. Imbert *op. cit.* (nota 117), párr. 119; *H.R.R.* 1981).

²⁰⁶ Cf. la respuesta del Comité de Ministros del Consejo de Europa de fecha 17 de febrero de 1994 a la recomendación 1223 (1993) de la Asamblea parlamentaria; véase también Belinda Clark. "The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women", *A.J.I.L.* 1991, pág.288.

humanos, es limitado²⁰⁷, lo que pone en duda la doctrina contraria al uso de las reservas²⁰⁸. Una vez más, todo es cuestión de apreciación y se limita a confirmar que no es posible dar una respuesta objetiva a la cuestión de saber si los inconvenientes de las reservas a dichos instrumentos pesan más que las ventajas que conllevan.

123. La "verdad" probablemente se encuentra en un punto medio y todo depende de las circunstancias y del objeto de las disposiciones pertinentes. Sin embargo, casi no hay inconveniente en dejar la cuestión sin respuesta pues en el primer párrafo del artículo 19 de las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados se establece el principio del derecho a formular reservas; pero, al igual que todas las normas relativas a las reservas (y como la gran mayoría de las demás normas) contenidas en dichas convenciones, en este caso sólo se trata de una norma supletoria de la voluntad de la que los negociadores se pueden apartar cuando lo consideren necesario. Si consideran que el tratado no se presta a la formulación de reservas, les bastará con incluir una cláusula que excluya expresamente las reservas, hipótesis que se contempla expresamente en el inciso a) del artículo 19.

124. No obstante, es notable que dichas disposiciones brillen por su ausencia en los tratados normativos en materia de derechos humanos²⁰⁹ y también parecen excepcionales en la esfera del desarme²¹⁰.

²⁰⁷ M. Coccia, *op.cit.* (nota 96), pág 34; J. K. GAMBLE, *op. cit.* (nota 128), págs. 372 a 394, *passim*; P.-H. Imbert, *op. cit.* (nota 43), págs. 347 y sigs. y *op. cit.* (nota 117), pág. 105 (H.R.R.) 1981, pág. 31; Dinah Shelton, "State Practice on Reservations to Human Rights Treaties". Annuaire canadien des droits de la personne 1983, págs. 205 a 234, *passim*, especialmente págs 225 a 227; Markus E. Schmitd, "Reservations to United Nations Human Rights Treaties - the Case of the Two Covenants", de próxima aparición en *op. cit.* (nota 98), págs. 18 a 20 (versión mecanografiada), o Sir Ian Sinclair, The Vienna Convention on the Law of the Treaties, Manchester U.P., 1984, pág. 77.

²⁰⁸ Véase V. A. Shabas, *op. cit.* (nota 118), págs. 42 y 64; véanse también las preocupaciones expresadas por el Comité de Derechos Humanos, por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y por los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales relativos a derechos humanos *supra*, párr. 59.

²⁰⁹ Véanse, 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 1960 (art. 9), la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960 (art. 9, párr. 7), el Protocolo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983 (art. 4) o la Convención Europea sobre la Prevención de la Tortura, de 26 de noviembre de 1987 (art. 21), en que se prohíbe la formulación de reservas a las disposiciones contenidas en dichos instrumentos.

²¹⁰ Véase no obstante el artículo 22 de la Convención de París sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, de 13 de enero de 1993. Las cláusulas en que se prohíben las reservas parecen más frecuentes en materia de protección del

125. El hecho de que las cláusulas en que se prohíben las reservas tiene su explicación probablemente en la adaptación del régimen de derecho común previsto en las Convenciones de Viena y que se aplica en el silencio, frecuente²¹¹, de los tratados sobre las reservas. Otro fenómeno también muy sorprendente parece prima facie conducir a la misma conclusión; se trata de la gran diversidad de cláusulas de reservas que se estipulan en los tratados normativos. Si dichos instrumentos implicaran, por naturaleza, un régimen particular de reservas, distinto del aplicable a otros tipos de tratados, podría esperarse que las partes recurrieran a él, si no siempre, al menos con frecuencia; sin embargo, no ocurre así: cuando existen, las cláusulas de reservas que figuran en dichos tratados, incluso en los tratados de derechos humanos, llaman la atención, en cambio, por su gran diversidad²¹². Tales índices de "aceptabilidad" del "régimen de Viena" se confirman si se comparan las particularidades de los tratados de derechos humanos con las características esenciales de dicho régimen.

B. Adaptación del "régimen de Viena" a las particularidades de los tratados multilaterales normativos

126. A juicio del Relator Especial, la verdadera cuestión jurídica no radica en preguntarse si es oportuno autorizar las reservas respecto de los tratados multilaterales normativos, sino en determinar si cuando las Partes contratantes no se guardan silencio respecto del régimen jurídico de las reservas, las normas que figuran en las Convenciones de 1969 y 1986 son aplicables a todos los tipos de tratados, incluidos los tratados "normativos" y, dentro de éstos, los relativos a los derechos humanos.

127. En realidad, es prácticamente indiscutible que la respuesta a esa pregunta es afirmativa; ahora bien, ello no se debe a que las reservas sean algo "bueno" o "malo", ya sea en general, para los tratados normativos o para los tratados de derechos humanos, sino porque las normas que cabe aplicarles en virtud de las Convenciones de Viena representan un justo equilibrio entre las preocupaciones y responden de forma razonable a sus argumentos respectivos, respecto de los cuales no es necesario entonces adoptar una posición.

128. La aplicabilidad general y uniforme del régimen jurídico de las reservas consagrado por las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 obedece a sus características particulares: sus autores procuraron que ese régimen fuera

medio ambiente; véase el Protocolo de Madrid de 4 de octubre de 1991 al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente (art. 24) o la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 9 de mayo de 1992 (art. 24), o el Convenio de Río sobre la Diversidad Biológica, de 5 de junio de 1992 (art. 7), en que se excluyen las reservas.

²¹¹ Véase infra, párr. 134.

²¹² Véase en ese sentido: P.-H. Imbert, op.cit. (nota 43), págs. 193 a 196, o William 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, 1995, pág. 286.

flexible y adaptable, precisamente para que pudiera aplicarse a todas las situaciones. De hecho, es aplicable a las circunstancias particulares de los tratados multilaterales generales de carácter normativo, incluidas las disposiciones de las convenciones de derechos humanos.

a) Flexibilidad y adaptabilidad del "régimen de Viena

129. Esta unidad del régimen de las reservas a los tratados es consecuencia de sus atributos fundamentales, que le permiten responder a las necesidades particulares y a los aspectos específicos de todos los tipos de tratados o de disposiciones convencionales. Su flexibilidad es prueba de su adaptabilidad.

130. El sistema de la unanimidad, que era la norma aplicable, al menos en el plano universal hasta que la Corte Internacional de Justicia formuló su opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre el Genocidio²¹³, era engorroso y rígido. A causa de esa rigidez, acabó por preferirse el sistema panamericano, generalizado a partir de 1951. Como señaló la Corte en relación con la Convención de 1948:

"La enorme participación en convenciones de ese género ya ha promovido una mayor flexibilidad en la práctica internacional de las convenciones multilaterales. La utilización más general de las reservas, formuladas en gran medida a raíz de su aceptación tácita, y la existencia de prácticas que llegan incluso a admitir que el autor de reservas son rechazadas por otras partes contratantes se considere no obstante parte de la convención en sus relaciones con quienes han aceptado esas reservas manifestaciones de una nueva necesidad de adaptabilidad en el juego de las convenciones multilaterales."²¹⁴

131. "Flexibilidad" y "adaptabilidad" es la palabra clave del nuevo régimen jurídico de las reservas que, paulatinamente, va a reemplazar al régimen antiguo y que quedará consagrado en las Convenciones de Viena.

132. El primer informe de Sir Humphrey Waldock presentado en 1962, punto de ruptura de la Comisión de Derecho Internacional con el antiguo régimen de las reservas, incluye un alegato extenso, particularmente elocuente y completo, a favor de un "sistema 'flexible'" con arreglo al cual, "lo mismo que con arreglo al sistema de la unidad, los intereses esenciales de cada Estado particular están garantizados en gran parte ..." ²¹⁵. En su alegato, el Relator Especial insiste en que las normas que propone - las cuales, en líneas generales, dimanar de las que figuran en las Convenciones de Viena - son las más favorables a la universalidad de los tratados, al no comprometer gravemente ni la integridad del texto convencional ni el principio de la consensualidad²¹⁶.

²¹³ Véase supra, nota 46.

²¹⁴ Ibíd., Rec. 1951, págs. 21 y 22; sin subrayar en el original.

²¹⁵ Op. cit. (nota 155), págs. 72 y 73. Véase supra, Informe preliminar (nota 2), párr. 36.

²¹⁶ Ibíd., págs. 72 a 74.

133. Los principales elementos que permitirían obtener ese resultado son los siguientes:

1. La administración de las reservas debe evaluarse en relación con el objeto y el fin del tratado²¹⁷. esa norma fundamental justifica por sí sola la inutilidad de una modulación del régimen de las reservas en función del objeto del tratado, pues ese objeto se tiene en cuenta en el enunciado de la norma básica;

2. La libertad del consentimiento de las otras Partes contratantes también queda cabalmente garantizada, pues éstas pueden modular, conforme a su criterio y de forma prácticamente ilimitada, el alcance de sus reservas mediante el juego de la aceptación y la objeción²¹⁸;

3. "El derecho de 'formular' reservas establecido por la Convención de Viena sólo tiene un carácter suplementario: todo tratado puede limitar esa libertad y, en particular, prohibir toda reserva o determinadas reservas"²¹⁹; también puede instituir su propio régimen de admisibilidad y de control de las reservas; por consiguiente, las normas de Viena constituyen sólo una red de seguridad que los negociadores pueden, en todos los casos, soslayar o modificar, en particular si lo consideran útil por la naturaleza o el objeto del tratado.

134. Por otra parte, es significativo que, a pesar de esa posibilidad, muy pocos tratados incluyan cláusulas sobre reservas, por lo que en muchos tratados, se aplica implícitamente el régimen previsto por las Convenciones de 1969 y 1986. "[E]ste silencio no tiene el mismo significado que tenía antes: no se trata únicamente de una consecuencia de la necesidad de no reconsiderar un compromiso o de la imposibilidad de que los Estados lleguen a entender respecto de un texto común; corresponde esencialmente al deseo de la mayor parte de ellos de someter las reservas al 'sistema flexible' elaborado en el marco de las Naciones Unidas. Así pues, el silencio del tratado pasa a ser el resultado de una decisión positiva"²²⁰; las normas supletorias se convierten en el derecho común elegido deliberadamente por las Partes²²¹.

135. También es significativo que esa solución de remisión implícita - y a veces explícita²²² se haya utilizado en muchos tratados multilaterales generales normativos, incluidos tratados de derechos humanos. Ese hecho parece indicar que el régimen de Viena es aplicable a las características particulares que suelen tener esos tratados.

²¹⁷ Véase el artículo 19 c) de las Convenciones de Viena.

²¹⁸ Véanse los artículos 20.3, 4 y 5, 21 y 22. Véase también supra Informe preliminar (nota 2), párr. 61.

²¹⁹ Paul Reuter, op. cit. (nota 43); véase también supra, párr. 26 y las demás fuentes citadas en la nota 43.

²²⁰ P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), págs. 226 y 227.

²²¹ Ibíd., pág. 226.

²²² Véase supra, notas 18 y 19.

b) El "régimen de Viena" se adapta a las particularidades de los tratados normativos

136. Las objeciones formuladas al régimen "flexible", de origen panamericano²²³ que se retomó en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados, fueron sintetizadas con elocuencia y talento por Fitzmaurice en un importante artículo publicado en 1953. En ese artículo, Fitzmaurice insiste en particular en los inconvenientes que se plantearían en relación con las reservas a los tratados "normativos"²²⁴. Esas tesis, que se han reafirmado en diversas oportunidades desde entonces, giran principalmente en torno a tres argumentos: el régimen panamericano o "de Viena"²²⁵ no sería aplicable a ese tipo de tratados y, en particular, a los tratados de derechos humanos, pues

- Atentaría contra la integridad de las normas que se enuncian en esos tratados, cuya aplicación uniforme es indispensable para la comunidad de los Estados contratantes,
- Sería incompatible con la falta de reciprocidad de los compromisos contraídos por las Partes en virtud de esos instrumentos, y
- No garantizaría la igualdad entre las Partes.

i) Problemas relativos a la "integridad" de los tratados normativos

137. Es innegable que el "régimen de Viena" no garantiza la integridad absoluta de los tratados. Además, el concepto mismo de reserva es incompatible con esa concepción de la integridad²²⁶; incluso por definición, la reserva se hace "con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado"²²⁷. Por consiguiente, la única forma de preservar esa integridad de forma cabal consiste en prohibir pura y simplemente toda reserva, lo cual, como se ha recalcado en innumerables ocasiones, es perfectamente compatible con las Convenciones de 1969 y 1986²²⁸.

138. En última instancia, cuando el tratado guarda silencio, las normas consagradas por las Convenciones, si bien no responden cabalmente a las preocupaciones de los defensores de la integridad absoluta de los tratados

²²³ El Sr. Barboza destacó ese origen, con razón, con motivo del examen del "Informe preliminar (A/CN.4/SR.2404).

²²⁴ Op. cit. (nota 112) en particular págs. 15 a 22.

²²⁵ En realidad, los dos regímenes presentan ciertas diferencias en sus modalidades de aplicación, su espíritu es idéntico, a tal punto que son objeto de críticas muy similares.

²²⁶ Como señaló la Corte Internacional de Justicia, [A]l parecer, la concepción de la integridad absoluta no se ha traducido en una norma de derecho internacional" véase supra, opinión consultiva (Nota 46), Rec. 1951, pág. 24.

²²⁷ Artículo 2.1.d) de las Convenciones de 1969 y 1986.

²²⁸ Véase supra, párr. 133.

normativos, garantizan, en todo caso, la preservación de los aspectos fundamentales del tratado.

139. La disposición del artículo 19 c) prohíbe en efecto la formulación de reservas incompatibles "con el objeto y el fin del tratado", lo cual significa que en ningún caso podrá desvirtuarse un tratado mediante una reserva, contrariamente a los temores expresados a veces por los partidarios de la tesis restrictiva²²⁹. De ese principio puede dimanar la prohibición de toda reserva, pues es perfectamente concebible que un tratado relativo a un objeto sumamente preciso incluya pocas disposiciones que constituyan un todo indisociable. No obstante, esa situación es probablemente excepcional, aunque sólo sea por la rareza de los tratados "puramente normativos"²³⁰.

140. Sin embargo, ésa es la justificación argüida por el representante de la Oficina Internacional del Trabajo en su intervención ante la Conferencia de Viena el 1º de abril de 1968, cuando apoyó la tradicional prohibición de toda reserva a los convenios internacionales de trabajo²³¹. Según el Sr. C. Wilfred Jenks:

"La práctica de la OIT respecto de las reservas se basa en el principio reconocido en el artículo 16²³² de que las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado son inadmisibles. Las reservas a los convenios internacionales de trabajo son incompatibles con el objeto y el fin de esos convenios."²³³

En realidad, esa explicación resulta bastante artificiosa; probablemente sea mejor considerar que, en ese caso concreto, la prohibición de las reservas se funda en una práctica que muy probablemente haya adquirido un valor consuetudinario, justificada más por la estructura tripartita de la OIT que por el objeto y el fin del tratado²³⁴.

²²⁹ Véase supra, párr. 117.

²³⁰ Véase supra, párr. 85.

²³¹ El Sr. Razafindrarambo señaló esos convenios a la atención de los participantes en el debate sobre el Informe preliminar (Cf.A/CN.4/SR.2402).

²³² Este artículo pasó a ser el artículo 19 de la Convención.

²³³ El texto del discurso fue comunicado al Relator Especial por el Asesor Jurídico de la OIT.

²³⁴ En la misma exposición, Jenks señaló que "[l]os arreglos de procedimiento sobre reservas incorporados en los proyectos de artículos son totalmente inaplicables a la OIT por su carácter de organización tripartita en la que, como dice nuestra Constitución "los representantes de los empleadores y de los trabajadores" gozan de una 'condición equivalente a la de sus gobiernos' ". Véase también el informe del Director General de la OIT presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo en 1921, Conferencia Internacional del Trabajo, tercer período de sesiones, vol. III, anexo XVIII, párr. 1046 y el memorando del Director General de la OIT de fecha 15 de junio de 1927 supra (nota 125), pág. 882.

141. La obligación que tiene el Estado autor de la reserva de respetar el objeto y el fin del tratado no constituye la única garantía jurídica contra el peligro de que se desvirtúe un tratado, normativo o de otra índole, mediante la formulación de reservas. De hecho, es indudable que las disposiciones relativas a normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens) no pueden ser objeto de reservas. En el Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos se vincula esa prohibición a la de atentar contra el objeto y el fin del tratado:

"Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto"²³⁵

Esa formulación es discutible²³⁶ y, en todo caso, no puede generalizarse: es muy posible que un tratado aluda de forma marginal a una norma de jus cogens sin que ésta dimane de su objeto y su fin; expresar reservas a una disposición de esas características no sería menos ilícito, pues sería inconcebible que un Estado pudiera, mediante una reserva a una disposición convencional, eximirse de la aplicación de una norma cuyo respeto, de todas formas, se le impone "como norma que no admite acuerdo en contrario"²³⁷.

142. Cualquiera sea su fundamento, la norma es inequívoca y puede tener efectos concretos en la esfera de los derechos humanos. En efecto, es indudable que algunas normas de protección de los derechos humanos tienen un carácter imperativo; de hecho, en su informe de 1966, la Comisión de Derecho Internacional dio dos ejemplos en el comentario del proyecto de artículo 50 (que se convertiría en el artículo 53 de la Convención de 1969): la prohibición del genocidio y de la esclavitud²³⁸. Ahora bien, no ocurre así con todas las normas de protección de los derechos humanos²³⁹. Además, la determinación de esas normas imperativas es una tarea difícil; ese es el principal defecto del concepto de jus cogens. No obstante, el principio es indiscutible: las disposiciones convencionales imperativas no pueden ser objeto de reservas, lo cual, sumado al respeto del objeto y del fin del tratado, ofrece una garantía suplementaria en favor de la integridad de las convenciones normativas, en particular las relativas a los derechos humanos.

143. Yendo aún más lejos, ¿cabría considerar que las reservas a las disposiciones convencionales que recogen normas del derecho internacional

²³⁵ Véase supra, nota 86, párr. 8.

²³⁶ Véanse las dudas expresadas a ese respecto por los Estados Unidos en su comentario (nota 87 supra) sobre el Comentario General No. 24 (pág. 148).

²³⁷ Véase el artículo 53 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

²³⁸ Anuario ... 1966, vol. II, pág. 270.

²³⁹ En ese contexto, véase M. Coccia, op. cit. (nota 96), pág. 17; J. McBride, op. cit. (nota 118), págs. 1 y 32 y siguientes; W. A. Schabas, op. cit. (nota 118), págs. 49 y 50, así como las dudas expresadas por Éric Suy, "Droits des traités et droits l'homme" en Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte - Festschrift für Hermann Mosler, Springer-Verlag, Berlín, 1983, págs. 935 a 939.

consuetudinario serían ilícitas en todos los casos? El Comité de Derechos Humanos lo afirma basándose en las características particulares de los tratados de derechos humanos:

"Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse inter se la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción."²⁴⁰

144. Esa afirmación resulta bastante discutible prima facie.

145. Desde luego, con sujeción a un análisis más amplio²⁴¹, cabría pensar, como el Comité, que no quedan excluidas a priori las reservas a normas consuetudinarias: esas normas son de naturaleza obligatoria para los Estados independientemente de la expresión de su consentimiento a la norma convencional; ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con las normas imperativas, los Estados pueden derogarlas mediante acuerdo inter se; además, hay que tener en cuenta el fenómeno del "objeto persistente": ciertamente, éste puede negarse a aplicar una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general; por otra parte, como destaca el Reino Unido en sus comentarios sobre el Comentario General No. 24, "existe una clara distinción entre decidir no contraer obligaciones en virtud de un tratado y tratar de no acatar el derecho internacional consuetudinario"²⁴². Ahora bien, si ese razonamiento es correcto, es difícil de comprender por qué no habría de ser igualmente válido en relación con las reservas a los tratados de derechos humanos.

146. Para fundamentar el razonamiento, el Comité de Derechos Humanos se limita a señalar que esos instrumentos tienen por objeto proteger los derechos de las personas. Se trata de una simple petición de principio: implícitamente, el Comité parte de la premisa de que los tratados de derechos humanos tienen carácter legislativo, no solamente en sentido material - lo cual, con ciertas reservas, es aceptable -²⁴³, sino también en sentido formal, lo cual no es aceptable y supone una mezcla de conceptos muy discutible.

147. En efecto, aceptar esa premisa equivale a olvidar que esos instrumentos, aunque "tienen por objeto proteger a las personas", siguen siendo tratados: es cierto que benefician directamente a particulares, pero sólo porque los Estados han expresado su voluntad con ese propósito y sólo una vez expresada esa

²⁴⁰ Comentario General No. 24 (nota 86 supra), párr. 8. (No sin cierta razón, Francia, en sus comentarios (véase nota 87 supra) destaca que "[e]l párrafo 8 está redactado de tal manera que el documento parece vincular, al extremo de confundirlas, dos nociones jurídicas diferentes: la de 'normas imperativas' y la de 'normas del derecho internacional consuetudinario'.")

²⁴¹ Véase supra, párr. 74.

²⁴² Véanse los comentarios ya citados (nota 87), párr. 7, pág. 154 (cabe preguntarse, no obstante, los motivos reales que puede tener un Estado para proceder de esa manera ...).

²⁴³ Véase supra, párr. 85.

voluntad. Los derechos individuales tienen su fundamento en la expresión del consentimiento del Estado en obligarse a garantizarlos. Ahora bien, la reserva es consustancial con ese consentimiento y, a juicio del Relator Especial, no se puede invertir el orden de los factores y postular en principio - como hace el Comité - que la norma existe y se impone al Estado, en todo caso con arreglo al tratado, cuando el Estado no ha consentido en obligarse por sus disposiciones. Si, como sostiene el Comité, los Estados pueden "reservarse inter se la aplicación de normas de derecho internacional general", no hay razón jurídica para que no ocurra lo mismo en el caso de los tratados de derechos humanos; en todo caso, el Comité no aduce ninguna.

ii) Problemas relativos a la "no reciprocidad" de los compromisos

148. En realidad, esta cuestión, bastante marginal en definitiva, de saber si es posible formular reservas a disposiciones convencionales que incorporan normas consuetudinarias, se relaciona con otra de alcance más amplio que consiste en preguntarse si el "régimen de Viena" es incompatible con la no reciprocidad, que sería una de las características fundamentales de los tratados de derechos humanos y, de manera más general, de los tratados normativos.

149. Como se ha afirmado recientemente, "[a] diferencia de la mayor parte de los tratados multilaterales, los acuerdos de derechos humanos no establecen una red de relaciones jurídicas bilaterales entre los Estados partes, sino un régimen objetivo para la protección de valores aceptados por todos ellos. Así pues, una reserva formulada por un Estado no puede tener el efecto recíproco de liberar a uno o a todos los demás Estados partes de sus obligaciones conforme al tratado"²⁴⁴.

150. Esas premisas son en gran medida ciertas; ahora bien, aunque tal vez sugieran que las reservas a los tratados de derechos humanos deberían prohibirse o admitirse de forma restrictiva²⁴⁵ - lo cual depende exclusivamente de la decisión de las Partes contratantes -, no permiten llegar a la conclusión de que el régimen común de las reservas es inaplicable a esos instrumentos.

151. Corresponde en primer lugar matizar esas afirmaciones:

1. Si son acertadas, no lo son sólo en la esfera de los derechos humanos y, al no poder hacerse una evaluación cuantitativa rigurosa, cabe preguntarse si los tratados normativos no constituyen la categoría más amplia de los tratados multilaterales que se conciertan en la actualidad;

2. En los tratados de derechos humanos se parte de la hipótesis de que las Partes aceptan valores comunes. Ahora bien, aún cabe preguntarse si han de

²⁴⁴ Th. Giegerich, op. cit. (nota 200), simposio en inglés, pág. 780; véase también, en particular: Antonio Cassese, "A New Reservations Clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)" en Récueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Institut universitaire de hautes études internationales, Ginebra, 1968, pág. 268; Belinda Clark, op. cit. (nota 205), pág. 296; Rebecca J. Cook, op. cit. (nota 128), pág. 646, etc.

²⁴⁵ Véase supra, sección 1, párr. 3, párrs. 97 a 105.

aceptar necesariamente todos los valores consagrados en un tratado de derechos humanos complejo;

3. Por otra parte, es preciso reconocer que hay cierto grado de reciprocidad en los tratados normativos, incluso en la esfera de los derechos humanos²⁴⁶.

152. Desde luego, la reciprocidad es menos omnipresente en los tratados de derechos humanos que en los demás tratados; además, como señaló la Comisión Europea de Derechos Humanos, las obligaciones que dimanar de esos tratados "tienen un carácter esencialmente objetivo, pues están más orientadas a proteger los derechos fundamentales de las personas contra la injerencia de los Estados contratantes que a crear derechos subjetivos y recíprocos entre estos últimos"²⁴⁷. O, como afirmó la Corte Interamericana:

"Al aprobar estos tratados de derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"²⁴⁸

153. No obstante, y en segundo lugar, es muy poco probable que de esa particularidad dimanara una inaplicabilidad de principio del régimen de las reservas.

154. Evidentemente, por necesidad y por la propia naturaleza de las cláusulas "no recíprocas" a que se refiere la reserva, "[l]a función recíproca del mecanismo de reservas carece prácticamente de sentido"²⁴⁹. "Sería sencillamente absurdo llegar a la conclusión de que las objeciones formuladas por diversos Estados europeos a las reservas de los Estados Unidos respecto de la pena capital libera a esos Estados de obligaciones contraídas en virtud de los artículos 6 y 7 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966] en su relación con los Estados Unidos, y desde luego no es esa la intención de esos Estados al formular la objeción"²⁵⁰.

155. Ahora bien, de lo que antecede sólo cabe deducir que cuando un Estado formula una reserva a una disposición de un tratado que debe aplicarse sin reciprocidad, las disposiciones del párrafo 3 del artículo 21 de las

²⁴⁶ Véase supra, párr. 85.

²⁴⁷ Caso Austria contra Italia, decisión sobre la admisibilidad, 11 de enero de 1961, Ann. C.E.D.H., 1961, pág. 141; véase también la opinión consultiva ya citada (nota 81); párr. 30.

²⁴⁸ Opinión consultiva 2/82 ya citada (nota 81), párr. 29.

²⁴⁹ Rosalyn Higgins, "Human Rights: Some Questions of Integrity", M.L.R. 1989, pág. 9; véase también op. cit. (nota 99), págs. 13 y 14 (versión mecanografiada).

²⁵⁰ W. A. Schabas, op. cit. (nota 118), pág. 65. En el mismo contexto, véase G. G. Fitzmaurice, op. cit. (nota 112), págs. 15 y 16, o R. Higgins, op. cit. (nota 98), pág. 13.

Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no se aplican. Otro tanto ocurre cuando no es la disposición a que se refiere la reserva, sino la propia reserva, la que es de naturaleza no recíproca²⁵¹. Tal es el caso de las reservas de alcance territorial: sería inconcebible, por ejemplo, que Francia pudiera, respondiendo a una reserva en virtud de la cual Dinamarca resuelve no aplicar un tratado a Groenlandia, decidir no aplicar ese tratado a sus propios territorios de ultramar. Además, de una forma muy general, el principio de reciprocidad supone "una situación de relativa igualdad entre las partes, para que sea posible que un Estado 'responda' a una reserva"²⁵².

156. Sin embargo, si no es por "decreto doctrinal", la reciprocidad no es una función inherente a un régimen de reservas, del cual no constituye el objeto²⁵³. La reconciliación entre la integridad y la universalidad del tratado se realiza por medio de la preservación de su objeto y de su fin, independientemente de toda consideración vinculada con la reciprocidad de los compromisos de las Partes; no habría por qué reintroducir mediante reservas una reciprocidad excluida por la convención.

157. Caben dos posibilidades:

- O bien la disposición a que se refiere la reserva es de carácter sinalagmático, en cuyo caso el equilibrio exacto de los derechos y obligaciones de cada uno queda garantizado por el juego de la reserva, la aceptación y la objeción y el párrafo 3 del artículo 21 puede y debe aplicarse plenamente;
- O bien la disposición "normativa" u "objetiva" y los Estados no esperan que los compromisos que han contraído sean recíprocos. En ese caso, es inútil preguntarse de qué forma se ve afectada una "reciprocidad" que no constituye una condición del compromiso de las Partes, y las disposiciones del párrafo 3 del artículo 20 son totalmente irrelevantes; sencillamente no puede decirse que la reserva se "establezca respecto de otra Parte".

158. De la segunda hipótesis no se desprende que sea inaplicable el régimen de reservas instituido por las Convenciones de Viena:

- Las limitaciones impuestas en el artículo 19 a la libertad de formular reservas mantienen toda su razón de ser;
- Conforme al párrafo 4 b) del artículo 20, es lícito que el Estado objetor se niegue a que el tratado tenga vigor entre él y el Estado autor de la reserva;
- Incluso aunque eso no suceda, las objeciones conservan su efecto; en particular, pueden desempeñar una función importante en la

²⁵¹ En ese contexto, véase P.-H. Imbert, *op. cit.* (nota 43), pág. 258, y los diversos ejemplos que el autor menciona, págs. 258 a 260.

²⁵² *Ibíd.*

²⁵³ Véase *supra*, párr. 1.

interpretación del tratado tanto por los órganos que eventualmente se establezcan en virtud del tratado²⁵⁴ como por mecanismos exteriores de solución de controversias²⁵⁵, incluidas las instancias nacionales.

iii) Problemas relativos a la igualdad entre las Partes

159. Muchos autores vinculan los presuntos problemas relativos a la reciprocidad al efecto que tendría el régimen de reservas instituido por las Convenciones de Viena en el principio de igualdad entre las Partes en los tratados normativos.

El profesor Pierre-Henri Imbert resume esa tesis²⁵⁶ de la siguiente manera:

"Como consecuencia de esa falta de reciprocidad, las reservas pueden afectar a otro principio fundamental: el de la igualdad entre las Partes contratantes.

En efecto, los Estados que no han formulado reservas se ven obligados a respetar el tratado en forma integral, incluidas las disposiciones de las cuales se exime el Estado autor de una reserva. Así, este último se encuentra en una situación privilegiada [...]. Ahora bien, esa desigualdad no puede subsanarse formulando objeciones a las reservas, pues de todas maneras el Estado objetor se vería obligado a cumplir todas sus obligaciones, aunque se niegue a hacerlo en relación con el Estado que formuló la reserva"²⁵⁷.

160. En su primer informe, Sir Humphrey WALDOCK refutó ese argumento señalado que

"No debe atribuirse sin embargo demasiada importancia a este extremo. Pues normalmente, el Estado que desee hacer una reserva tendrá igualmente la seguridad de que el Estado que se abstenga de hacerla estará obligado a cumplir con las obligaciones del tratado por razón de sus obligaciones para con otros Estados²⁵⁸, aunque el Estado reservante se quede completamente al margen del tratado. Al participar en el tratado con sujeción a su

²⁵⁴ En ese contexto, véase, P.-H. Imbert, op. cit. (nota 117) y los ejemplos citados en las páginas 116 y 117 (H.R.R., 1981, págs. 37 y 38); véase también B. Clark, op. cit. (nota 205), pág. 318, o W. A. Schabas, op. cit. (nota 212), págs. 313 y 314.

²⁵⁵ En el caso Loizidou (nota 80 supra), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basó en "la reacción posterior de varias Partes contratantes ante las declaraciones turcas" por considerar que Turquía "no ignoraba la situación jurídica", creada por declaraciones que había declarado ilícitas (párr. 95).

²⁵⁶ Propugnada por Sir Gerald Fitzmaurice entre otros (véase op. cit. (nota 112), pág. 16, o "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Treaty Interpretation and other Treaty Points". BYBIL 1957 págs. 278, 282 y 287).

²⁵⁷ Op. cit. (nota 127 supra), pág. 110. La Comisión de Derecho Internacional tuvo en consideración ese argumento en su Informe de 1951 (nota 47 supra) en el cual señaló que, en virtud de los tratados normativos (de "carácter legislativo"), "cada Estado acepta limitaciones a su propia libertad de acción en la inteligencia de que los otros Estados participantes aceptan las mismas restricciones en condiciones de igualdad" (párr. 22).

²⁵⁸ Y, cabría añadir, en virtud de la propia naturaleza del tratado.

reserva, el Estado autor de ella se somete por lo menos en cierta medida al régimen del tratado. La posición del Estado que se abstiene de hacer la reserva no se hace por ningún concepto más onerosa si el Estado reservante pasa a ser parte en el tratado de un modo limitado por razón de su reserva.²⁵⁹"

La reserva no crea una desigualdad, sino que la atenúa, al permitir a su autor, que sin ella permanecería ajeno al círculo de las Partes contratantes, obligarse parcialmente por el tratado²⁶⁰.

161. Una vez formulada la reserva²⁶¹, los artículos 19 y siguientes de las Convenciones de Viena garantizan la igualdad de las Partes contratantes en el sentido de que:

- "La reserva no modificaría las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones inter se" (párrafo 2 del artículo 21) y
- Esas otras partes pueden formular una objeción y derivar las consecuencias que consideren apropiadas.

Ahora bien, en virtud del párrafo 4 del artículo 20, el Estado objetor puede restablecer la igualdad que considera amenazada por la reserva impidiendo la entrada en vigor del tratado entre el Estado que formula la reserva y él mismo. En ese caso, los dos Estados se encuentran en la situación en que habrían estado si el Estado que formuló la reserva no hubiera expresado su consentimiento en obligarse por el tratado.

162. Además, tanto el argumento basado en el efecto sobre la igualdad entre las Partes como el argumento basado en la no reciprocidad son difícilmente comprensibles en el sentido de que no queda claro por qué y cómo se habrían de aplicar a tratados que, precisamente, no se basan en la reciprocidad de las obligaciones de las Partes, sino que constituyen conjuntos de compromisos unilaterales que tienden a los mismos fines. Es ilógico sugerir que las Partes contratantes sólo consisten en obligarse por el tratado "porque las demás harán otro tanto, pues sus obligaciones no son la contrapartida de las obligaciones

²⁵⁹ Anuario ... 1962, vol. II, pág. 73. La Comisión hizo suyo ese razonamiento (véanse sus informes a la Asamblea General de 1962 - ibíd., pág. 198 - y 1966 - Anuario ... 1966, vol. II, pág. 224).

²⁶⁰ CASSESE hace hincapié, con razón, en los efectos sobre la igualdad que podrían derivarse de la utilización de algunos mecanismos "colegiados" de control de la legitimidad de las reservas (op. cit., nota 244 supra, págs. 301 y 302). No obstante, ese es un problema completamente diferente, relativo a la posible alteración de la igualdad entre los Estados que formulan reservas y que, en última instancia, se deriva no del "régimen de Viena" (que no es colegiado) sino precisamente del rechazo de ese régimen.

²⁶¹ No se debe olvidar que se trata de una declaración unilateral (artículo 2.1.d) de la Convención de 1969).

que contraen las demás"²⁶². Es bastante paradójico que sean precisamente los autores que hacen más hincapié en el carácter no recíproco de los tratados normativos y, en primer lugar, de los instrumentos de derechos humanos, quienes invoquen también los efectos que tendría en la reciprocidad y la igualdad la formulación de reservas: ¿cómo podrían las reservas afectar a la reciprocidad ... de compromisos que no son recíprocos?

Conclusión de la sección 2. El "régimen de Viena" es aplicable en términos generales

163. Al cabo del examen, queda de manifiesto que:

1. Los autores del régimen de reservas consagrado por las Convenciones de 1969 y 1986 lo concibieron como un régimen que podía y debía aplicarse a todos los tratados multilaterales, cualquiera fuese su objeto²⁶³, excepción hecha de algunos tratados concluidos entre un número limitado de Partes y de instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, para los cuales se previeron excepciones limitadas;

2. Por su flexibilidad, el régimen se adapta a las particularidades de los tratados normativos, incluidos los instrumentos de derechos humanos²⁶⁴;

3. Si bien no garantiza la integridad absoluta de esos tratados, lo cual sería totalmente incompatible con la propia definición de reserva, el régimen permite preservar los aspectos fundamentales de su contenido y garantiza que éste no sea desvirtuado;

4. Los argumentos fundados en los presuntos efectos sobre los principios de reciprocidad y de igualdad entre las Partes no contradicen esa conclusión: si de hecho hubiera tales efectos, se derivarían de las propias reservas y no de las normas que se les aplicaran; además, esas objeciones son totalmente incompatibles con la naturaleza de los tratados normativos en sí, los cuales,

²⁶² P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), pág. 372.

²⁶³ Según la fórmula empleada por el Sr. Rao en el examen del informe preliminar, promueve una cierta diversidad en la unidad (A/CN.4/SR.2404 pág. 20).

²⁶⁴ Esa fue la posición de la mayor parte de los Estados cuyos representantes formularon declaraciones sobre el tema en la Sexta Comisión en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General; véanse, en particular, las intervenciones de Argelia (A/C.6/50/SR.23, párr. 65), la India (A/C.6/50/SR.24, párr. 43) y Sri Lanka (ibíd., párr. 82), que insistieron en la conveniencia de la unidad del régimen de reservas, o de los Estados Unidos (A/C.6/50/SR.13, párrs. 50 a 53), el Pakistán (A/C.6/50/SR.18, párr. 62), España (A/C.6/50/SR.22, párr. 44), Francia (ibíd., párr. 54), Israel (A/C.6/50/SR.23, párr. 15), la República Checa (ibíd., párr. 46) y el Líbano (A/C.6/50/SR.25, párr. 20), que rechazaron la idea de un régimen especial para los tratados de derechos humanos; véanse asimismo las intervenciones menos terminantes de los delegados de Australia (A/C.6/50/SR.24, párr. 10) y Jamaica (ibíd., párrs. 19 y 21).

precisamente, no se basan en la reciprocidad de los compromisos contraídos por las Partes;

5. No es necesario tomar partido respecto de la conveniencia de autorizar la formulación de reservas a las disposiciones normativas, incluso en la esfera de los derechos humanos: si se estima que deben prohibirse, las Partes tienen absoluta libertad de excluirlas o de limitarlas en la medida en que les parezca necesario, incluyendo en el tratado una cláusula expresa en ese sentido, lo cual es perfectamente compatible con las normas de Viena, que sólo tienen carácter supletorio.

Sección 3. La aplicación del régimen general de las reservas (aplicación del "régimen de Viena" a los tratados de derechos humanos)

164. Las controversias actuales relativas al régimen de las reservas aplicables a los tratados de derechos humanos²⁶⁵ se deben probablemente, por lo menos en parte, a un malentendido: a pesar de lo que se pueda creer debido a ciertas fórmulas ambiguas o mal redactadas, los órganos de control creados por los instrumentos de derechos humanos no impugnan, en principio, la aplicabilidad a esos tratados de las normas relativas a las reservas establecidas en las Convenciones de Viena y, en particular, no niegan que su licitud debe interpretarse, cuando el tratado nada diga al respecto, en función del criterio fundamental del objeto y del propósito del tratado. Los verdaderos problemas se plantean más allá de esa cuestión y se refieren a la existencia y amplitud de las facultades de control de esos órganos al respecto.

Párrafo 1. El criterio fundamental del objeto y del propósito del tratado

165. El examen de la práctica seguida por los Estados y por las organizaciones internacionales y la de los órganos de control encargados de la aplicación de los tratados, incluso los tratados relativos a los derechos humanos, confirma que el régimen de las reservas consagrado por las convenciones de Viena no solamente es aplicable en general, sino también que se lo aplica de manera muy generalizada. En particular, muestra que el criterio del objeto y del propósito del tratado, consagrado en el apartado c) del artículo 19, se aplica a título principal cuando los tratados nada digan y a título complementario si existen cláusulas de reserva.

166. Si bien marcó el punto de partida de la evolución radical que sufrió el régimen de las reservas en el plano universal²⁶⁶, la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1951 se refirió en concreto a las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. Fueron las

²⁶⁵ Véase supra párrafos 56 a 60.

²⁶⁶ Confr. Karl Zemanek, "Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties", en Jerry Makarczyk, compilador, Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs, Mijhoff, La Haya, 1984, pág. 327.

particularidades de ese tratado las que llevaron a la Corte a separarse del régimen indiscutiblemente dominante en esa época²⁶⁷ de la aceptación unánime de las reservas en beneficio del régimen más flexible de la Unión Panamericana:

- La Corte limitó estrictamente sus respuestas a las cuestiones planteadas, que se refieren exclusivamente a la Convención de 1948:

"Como las cuestiones [planteadas por la Asamblea General] tienen [...] un objeto netamente definido, las respuestas que la Corte debe formular se limitan necesaria y estrictamente a dicha Convención."²⁶⁸

- Se refirió expresamente a las características particulares de esa Convención:

"El carácter de una convención multilateral, su objeto, sus disposiciones, su modo de elaboración y de aprobación son también elementos que deben tomarse en cuenta para apreciar, ante el silencio de la convención, la posibilidad de formular reservas y para apreciar su regularidad y efectos"²⁶⁹; y

- Hizo hincapié en el "objetivo puramente humano y civilizador" perseguido por las partes y la falta de "intereses propios"²⁷⁰;
- Para concluir:

"Si se excluyera completamente de la convención a uno o a varios Estados no sólo se restringiría su esfera de aplicación, sino que se atentaría contra la autoridad y los principios morales y humanitarios que constituyen su fundamento."²⁷¹

167. En consecuencia, esas son las dificultades vinculadas a las reservas a un tratado de derechos humanos, eminentemente "normativo", que han sido el origen de la definición del régimen actual. Como señaló el Reino Unido en sus observaciones sobre el Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos, "fue teniendo en cuenta precisamente esas características de la Convención sobre el Genocidio y a la luz de la conveniencia de obtener el mayor número posible de

²⁶⁷ Como lo demuestra de manera convincente la opinión disidente común citada supra (nota 180), ICJ Reports 1951, págs. 32 a 42.

²⁶⁸ Ibíd., pág. 20; véase también la parte dispositiva, págs. 29 a 30. En varias presentaciones ante la Corte se ha insistido sobre esa cuestión; especialmente así ocurrió en el caso de la presentación escrita de los Estados Unidos (C.I.J., Mémoires ..., págs. 33 y 42 a 47); ello merece ser mencionado especialmente porque en aquel entonces ese país practicaba la norma del consentimiento unánime en el ejercicio de sus funciones de Estado depositario (cf. P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), pág. 61, nota 98).

²⁶⁹ Ibíd., pág. 22; véase también la pág. 23.

²⁷⁰ Ibíd., pág. 23; véase supra, párr. 114.

²⁷¹ Ibíd., pág. 24.

adhesiones a ella que la Corte estableció su punto de vista respecto de las reservas"²⁷².

168. Al respecto, la Magistrada Roselyn Higgins expresó:

"Aunque la Convención sobre el Genocidio fue ciertamente un 'tratado de derechos humanos', en 1951 preocupaba a la Corte la distinción amplia entre 'tratados contractuales' y 'tratados normativos'. La cuestión que se debía abordar era si debía privar la antigua norma sobre la unanimidad de las reservas y si la distinción entre contractual y normativo era pertinente para esa respuesta. Las únicas cuestiones planteadas ante la Corte se relacionaban con las consecuencias jurídicas para los Estados ratificantes de las reservas formuladas que habían sido objetadas (y a veces objetadas por algunos Estados, pero no por otros).

La Corte se mostró en favor de una respuesta 'flexible', más que de la norma de la unanimidad, en relación con las cuestiones precisas que se le plantearon, y al respecto estimó que no habría diferencia entre tratados contractuales y normativos."

Pero, añadió la Magistrada:

"no se puede decir que ello solucione una cuestión muy distinta: ¿En un tratado de derechos humanos, respecto del cual se han otorgado ciertas funciones a un organismo de supervisión, está implícito en sus funciones y en el funcionamiento de los principios del apartado 3) del artículo 19 de la Convención de Viena que ese organismo creado en virtud del tratado, más que los Estados contratantes, es el encargado de decidir si una reserva es compatible o no con el propósito y la finalidad del tratado?"²⁷³

169. En efecto, esa cuestión es diferente y será objeto de un examen detallado más adelante²⁷⁴. Pero, en lo que respecta al problema aquí analizado, se puede constatar que la Sra. Higgins admite que se puede deducir del fallo de 1951 que la Corte rechazó la distinción entre "tratados, contractuales" y "tratados normativos", habida cuenta del establecimiento del régimen de reservas y de que considera que el Comentario General No. 24, en cuya elaboración tuvo una participación decisiva²⁷⁵, no rechaza esa conclusión.

170. Cabe destacar especialmente además que, en ese Comentario General, el Comité de Derechos Humanos mismo consideró que, ante el silencio del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, "la cuestión de las reservas [...] se rige por el

²⁷² Comentarios supra, nota 87, párr. 4, pág. 143.

²⁷³ Op. cit. (nota 98), pág. 6 (versión mecanografiada); subrayado en el texto.

²⁷⁴ Véase infra párr. 2 y, en particular, párr. 178.

²⁷⁵ Cf. CCPR/C/SR.1366, párr. 53, CCPR/C/SR.1380, párr. 1 o CCPR/C/SR.1382, párr. 1.

derecho internacional"²⁷⁶ y, para tomar esa determinación, hizo referencia expresa al párrafo 3 del artículo 19 de la Convención de 1969. Ciertamente es que pretende ver allí únicamente una "orientación pertinente"²⁷⁷, pero inmediatamente, en una nota de pie de página, el Comité agrega:

"si bien la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se concertó en 1969 y entró en vigor en 1980, es decir, después de la entrada en vigor del Pacto, sus disposiciones reflejan el derecho internacional general sobre esta cuestión, tal como ya lo había afirmado la Corte Internacional de Justicia en The reservations to the Genocide Convention case de 1951"²⁷⁸,

y aplica esa disposición para pronunciarse sobre la admisibilidad de las reservas al Pacto²⁷⁹, agregando:

"aun cuando el Pacto, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, no incluya una referencia concreta a la prueba del objeto y el propósito, dicha prueba rige la cuestión de la interpretación y aceptabilidad de las reservas"²⁸⁰.

En 1995 el Comité aplicó nuevamente ese criterio, después de examinar el primer informe de los Estados Unidos; aplicando los principios enunciados en el Comentario General No. 24, determinó que algunas de las reservas formuladas al Pacto por los Estados Unidos²⁸¹ "a su juicio son incompatibles con el objetivo y la finalidad de éste"²⁸²;

171. Esa convicción parece ser absolutamente general, inclusive en los casos de ausencia de cláusulas de reserva. Por ejemplo, si bien la práctica de la OIT, que se traduce en la prohibición de las reservas en los convenios internacionales de trabajo, se explica en realidad por otras consideraciones, no deja por ello de justificarla por motivos relacionados con el respeto al objetivo y la finalidad de esos instrumentos²⁸³. Del mismo modo, en 1992, los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de

²⁷⁶ Comentario General supra (nota 86), párr. 6.

²⁷⁷ Ibíd.

²⁷⁸ Ibíd., nota 3.

²⁷⁹ No corresponde examinar en este informe el fundamento de esa aplicación.

²⁸⁰ Comentario General citado supra (nota 86), párr. 6.

²⁸¹ En particular, las reservas al párrafo 5 del artículo 6 y el artículo 7.

²⁸² Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones del Comité de Derechos Humanos, "Estados Unidos de América", CCPR/C/79/Add.50, 7 de abril de 1995, párr. 14; véase también el Informe del Comité citado supra (nota 87), párr. 279; véanse igualmente los comentarios del Presidente del Comité, Sr. Aguilar, luego del examen del informe, CCPR/C/SR.1406, párrs. 2 a 5.

²⁸³ Véase supra, párr. 140.

derechos humanos observaron que algunas de las reservas formuladas "plantean graves problemas en cuanto a su compatibilidad con el objeto y el propósito de los tratados de que se trata²⁸⁴" y, de manera todavía más característica, en 1994 recomendaron a esos órganos

"que los órganos creados en virtud de tratados declaren inequívocamente que ciertas reservas respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos son contrarias a los objetivos y el propósito de esos instrumentos y que por consiguiente son incompatibles con el derecho de los tratados²⁸⁵".

Es necesario observar que, al actuar de ese modo, se dirigieron indistintamente a los órganos encargados de la supervisión de tratados que incluyen o no cláusulas de reserva, y de ese modo manifestaron su convicción de que ese criterio constituye un principio de aplicación general.

172. Esa misma convicción se manifiesta en la redacción de las cláusulas de reserva que figuran en los instrumentos internacionales, cuya diversidad ya se ha subrayado²⁸⁶. De todos modos, a pesar de esa diversidad, es palpable la preocupación constante de sus redactores de promover un régimen de reservas calcado del artículo 19 de las Convenciones de Viena²⁸⁷:

- En el leal saber y entender del Relator Especial, en la esfera de los derechos humanos se encuentra la única cláusula convencional que reenvía expresamente a las disposiciones de la Convención de 3 de mayo de 1969 relativa a las reservas²⁸⁸;
- Numerosos tratados de derechos humanos hacen referencia expresa al fin y el objeto como criterio de apreciación de la licitud de las reservas²⁸⁹; y
- De los trabajos preparatorios de los tratados que no incluyen cláusulas de reserva resulta que ese silencio debe interpretarse como un reenvío,

²⁸⁴ Véase el Informe A/47/628 citado supra (nota 83) párr. 60; véase también el párrafo 36.

²⁸⁵ Véase el informe A/49/537 citado supra (nota 83), párr. 30.

²⁸⁶ Véase supra, párr. 125.

²⁸⁷ O, para los tratados anteriores, del "régimen flexible", de origen panamericano y adoptado en el fallo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 1951.

²⁸⁸ Artículo 75 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, citada supra, nota 48; en su opinión consultiva de 1983 sobre las restricciones a la pena de muerte (supra, nota 81), la Corte Interamericana de Derechos Humanos examinó la licitud de las reservas de Guatemala a los párrafos 2 y 4 del artículo 4 de la Convención de San José en función de su compatibilidad con su objeto y fin.

²⁸⁹ Véanse los ejemplos mencionados supra, nota 49.

implícito pero deliberado, al régimen de derecho común consagrado por la Convención de 23 de mayo de 1969.

173. El ejemplo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 es aquí también muy significativo: después de largos titubeos²⁹⁰, se decidió no incluir allí cláusulas de reserva, pero ese silencio no debe interpretarse como un rechazo de las reservas, sino como la expresión de la voluntad de los negociadores de remitirse al "principio aceptado de derecho internacional" según el cual todo Estado tiene derecho de "formular reservas a un tratado multilateral [...] siempre que esas reservas no sean incompatibles con el propósito y el objeto del tratado"²⁹¹.

174. Por su parte, la Convención de Roma de 1950 contiene una cláusula de reservas, pero en ella no se hace alusión a ese criterio²⁹². Según algunos autores, "parece difícil sostener" la opinión de que las reservas a ese instrumento no sólo deben respetar las condiciones impuestas por el artículo 64, sino también conformarse a los propósitos y el objetivo de ese instrumento²⁹³. No obstante, la Comisión Europea, de manera muy nítida, y el Tribunal Europeo, de manera menos clara, no dejan de examinar las reservas cuya licitud se controvierte ante ellas a la luz del criterio fundamental del fin y el objeto del Tratado²⁹⁴. Esto que parece sumamente lógico, a menos que se admita que

²⁹⁰ Véase P.-H. Imbert, *op. cit.* (nota 43), págs. 223 y 224 y Rosalyn Higgins, "Derogations under Human Rights Treaties". *B.Y.B.I.L.*, 1976-1977, págs. 317 y 318.

²⁹¹ Asamblea General, vigésimo primer período de sesiones, *Informe* de la Tercera Comisión, A/6546; véanse también las declaraciones de los representantes de varios Estados citados por P.-H. Imbert, *ibíd.*, págs. 224 y 411 y 412.

²⁹² Artículo 64: "1. Cualquier Estado podrá, en el momento de suscribir esta Convención o en el momento de depositar su instrumento de ratificación, formular una reserva con respecto de cualquier disposición particular de la Convención, en el sentido de que una ley en vigor en su territorio no está en conformidad con esa disposición. Las reservas de carácter general no se permitirán de acuerdo con los términos del presente artículo; 2. Cualquier reserva formulada de acuerdo con este artículo contendrá una breve exposición de la ley pertinente".

²⁹³ William A. Schabas, comentario sobre el artículo 64, en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert, (compiladores), *La Convention européenne des droits de l'homme - commentaire article par article*, Economica, París, 1994, pág. 938; *contra*: J. Velu y R. Ergeg, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 1990, págs. 159 y 160.

²⁹⁴ Véase la decisión de la Comisión en el asunto *Chrysostomos y et al. contra Turquía*, *supra* (nota 80), párr. 19, o el fallo del Tribunal en el caso *Loizidou* (*ibíd.*), en el que el Tribunal se fundamenta en el fin y el objeto de los artículos 25 y 46 de la Convención pero aparentemente se refiere más a las normas relativas a la interpretación de los tratados que a las relativas a las reservas (cf. párrs. 73 a 75). En la causa *Temeltasch contra Suiza*, *supra* (*ibíd.*), la Comisión estimó que las disposiciones de la Convención sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969 enunciaban esencialmente normas

una reserva pueda desvirtuar el sentido de un tratado, demuestra la universalidad del criterio del fin y del objeto y parece implicar que todo tratado contiene una cláusula implícita que limita la posibilidad de formular reservas en ese sentido.

175. Las objeciones de los Estados a las reservas a los tratados de derechos humanos a menudo también están expresamente motivadas por la incompatibilidad de esas reservas con el objeto y el fin de esos instrumentos. Ello merece destacarse especialmente porque, de manera general, los Estados se muestran poco inclinados a formular objeciones²⁹⁵ y que, cuando lo hacen, rara vez las fundamentan²⁹⁶. En consecuencia, resulta sumamente sintomático que, por ejemplo, los Estados partes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁹⁷ hayan motivado de esa manera sus objeciones contra ciertas reservas²⁹⁸, y uno de ellos²⁹⁹ hizo referencia expresa al apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados³⁰⁰. Igualmente, varias objeciones a las reservas al Pacto de Derechos Civiles y Políticos se han justificado por la incompatibilidad de esas reservas con el objeto y el fin de ese tratado. De esa manera los 11 Estados europeos que formularon objeciones en relación con las reservas de

consuetudinarias en materia de reservas (párr. 68), y se basó en la definición del inciso v) del apartado 1) del artículo 2 de esa Convención para apreciar la naturaleza real de una declaración interpretativa del Estado demandado (párrs. 69 y siguientes); véase al respecto M. Coccia, op. cit. (nota 96), págs. 14 y 15.

²⁹⁵ Cf. M. Coccia, *ibíd.*, págs. 34 y 35 y apéndice, págs. 50 y 51; P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), págs. 419 a 434, o D. Shelton, op. cit. (nota 207), págs. 227 y 228.

²⁹⁶ Cf. D. Bowett, "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", B.Y.B.I.L., 1976-1977, pág. 75; C. Redgwell, op. cit. (nota 97), pág. 276, o K. Zemanek, op. cit. (nota 266), pág. 334; véanse igualmente las observaciones del Comité de Derechos Humanos en el Comentario General número precedente (nota 86, párr. 17).

²⁹⁷ Alemania, Austria, el Canadá, Finlandia, México, Noruega, los Países Bajos, Portugal y Suecia.

²⁹⁸ Especialmente las formuladas por Bangladesh, el Brasil, Egipto, la India, el Iraq, Jamaica, la Jamahiriya Árabe Libia, Jordania, Malawi, Maldivas, Marruecos, Mauricio, Nueva Zelandia, la República de Corea, Tailandia y Túnez.

²⁹⁹ Portugal.

³⁰⁰ Respecto de esas objeciones (y de manera más general, respecto de las reservas a la Convención de 18 de diciembre de 1979), véase B. Clark, op. cit. (nota 205), págs. 299 a 302, o R. Cook, op. cit. (nota 128), págs. 687 a 707; véase también Anna Jenefsky, "Permissibility of Egypt's Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women", Maryland Journal of International Law and Trade, págs. 199 a 233.

los Estados Unidos³⁰¹, justificaron su posición en la incompatibilidad de algunas de esas reservas con el objeto y el fin tanto del Pacto en conjunto como de algunas de sus disposiciones³⁰².

176. No cabe duda entonces de que "existe un acuerdo general en que el criterio que debe aplicarse es el Principio de Viena del 'objeto y el fin'"³⁰³. En lo que respecta a ese punto fundamental, elemento central del "sistema flexible" mantenido por la Corte Internacional de Justicia en 1951 y consagrado por las Convenciones de Viena en 1969 y 1986, la naturaleza particular de los tratados de derechos humanos o, de manera más general, de los tratados normativos no tiene entonces consecuencias para el régimen de las reservas.

Párrafo 2. Los mecanismos de control de la aplicación del régimen de reservas

177. Uno de los principales "misterios" del régimen de reservas establecido por las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados se refiere, sin ninguna duda, a las relaciones que existen, que podrían existir o que deberían existir entre el artículo 19, por una parte, y los siguientes, por la otra. En el marco del presente informe no corresponde tratar de disipar ese misterio, por que para ello habría que tomar partido prematuramente en la querrela de la "oponibilidad" y de la "admisibilidad"³⁰⁴.

178. Por otra parte, quizás baste constatar que "de manera general" la mayor parte de los problemas planteados por el párrafo c) del artículo 19 desaparecen en la práctica ..."³⁰⁵, y que las modalidades y los efectos del control de la licitud de las reservas es un problema esencialmente práctico. De todos modos, no sería exacto afirmar que "desaparecen" cuando un tratado establece un mecanismo para supervisar su aplicación. A las incertidumbres propias del "régimen de Viena" se superponen otras, que aparentemente los redactores de las Convenciones de 1969 y 1986 no tuvieron en cuenta³⁰⁶, y que se relacionan con

³⁰¹ Véase supra, párr. 170. Esos Estados son Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, los Países Bajos, Portugal y Suecia.

³⁰² Véase W. A. Schabas, op. cit. (nota 312), págs. 310 a 314; para otros ejemplos, véase ibíd., pág. 289.

³⁰³ R. Higgins, op. cit. (nota 98), pág. 9 (versión mecanografiada).

³⁰⁴ Véase supra, párrs. 42 a 45, e Informe preliminar supra (nota 2), párrs. 97 a 108 y 115 a 123.

³⁰⁵ P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), pág. 138.

³⁰⁶ Como escribió Rosalyn Higgins: "La cuestión nunca se planteó ante la Corte Internacional en el caso de las reservas, ni en la preparación de la Convención de Viena. De hecho, no se pudo haber planteado. Ni en 1951 ni en 1969 existía la red de tratados multilaterales de derechos humanos con sus propios organismos creados en virtud de tratados. Ese fenómeno se produjo posteriormente" (op. cit., nota 98; véase también supra, párr. 168); en el mismo sentido: D. Shelton, op. cit. (nota 207), pág. 229. No obstante, algunos

la concurrencia del sistema de control de la licitud de las reservas que se pueden prever: ¿de conformidad con las reglas, al respecto "más vagas" que "flexibles", dimanadas de estas convenciones, por un lado, o por lo propios mecanismos de supervisión, por el otro? Y si la respuesta a esa primera pregunta no da cabida a esos mecanismos, inmediatamente se plantea un segundo interrogante: ¿cuál es o cuál debe ser el efecto del control que realicen?

A. Apreciación de la licitud de las reservas por los órganos de supervisión

179. Como ya se ha visto³⁰⁷, el "régimen de Viena" concebido como de un régimen de aplicación general, se ha adaptado, en cuanto al fondo, a las exigencias particulares de los tratados de derechos humanos y los mecanismos generales de determinación de la licitud de las reservas se aplican igualmente las reservas formuladas en esa esfera. Sin embargo, desde hace unos 15 años se han elaborado paralelamente controles complementarios, efectuados directamente por los órganos de supervisión de los instrumentos de derechos humanos y cuya existencia o licitud difícilmente se pueda contravertir, lo que plantea el problema de la coexistencia y combinación de esos dos tipos de control.

a) La función de los mecanismos tradicionales

180. Más allá de las incertidumbres que se pueden plantear en lo relativo a la articulación entre los artículos 19 y 20 de las Convenciones de Viena, los tratadistas están de acuerdo en considerar que el régimen de las reservas instituido en esas Convenciones "se basa en el carácter consensual de los tratados"³⁰⁸. Esa afirmación constituye el "credo" fundamental de la escuela de la "oponibilidad", que se fundamenta en la idea de que "la validez de la reserva depende únicamente de la aceptación de la reserva por otro Estado contratante"³⁰⁹. No obstante ello no es rechazado por quienes apoyan la "admisibilidad", por ejemplo, el Prof. Bowett afirma que, a falta en el tratado de disposiciones relativas al arreglo de controversias "en la actualidad no hay

comentaristas no han ocultado desde muy temprano su perplejidad al respecto; véase, por ejemplo, A. Maresca: "La perplejidad se puede presentar, y se pueden plantear interrogantes, en particular sobre tres aspectos de la norma codificada; a) ¿qué sujeto, qué órgano o qué entidad tiene facultades para establecer si la reserva formulada es compatible o no con el objeto y el propósito del tratado? ..." (op. cit., nota 43, pág. 304; subrayado en el texto).

³⁰⁷ Sección 1, supra.

³⁰⁸ Taslim O. Elias, The Modern Law of Treaties, Oceana, Dobbs, Ferry, 1974, pág. 34. Véase también W. W. Bishop, op. cit. (nota 135), pág. 337, C. Redgwell, op. cit. (nota 97), pág. 268 o Ch. Tomuschat, op. cit. (nota 134), pág. 466.

³⁰⁹ J. M. RUDA, op. cit. (nota 128), pág. 190. Véase también el Informe preliminar supra (nota 2), párr. 102.

alternativas al sistema según el cual cada parte decide por sí misma si las reservas de la otra parte son admisibles³¹⁰.

181. Ese mecanismo clásico, e imperfecto, de control de la licitud de las reservas se puso en práctica en relación con los tratados de derechos humanos:

- En algunos de ellos se incluyeron ciertas cláusulas que "[los] someten expresamente al 'juego de aceptaciones y objeciones'"³¹¹;
- Los Estados no dudan en plantear objeciones a las reservas formuladas por otras Partes de esos tratados, aun en el caso de silencio de esos tratados³¹², y esas objeciones pueden hacer que el Estado que había planteado la reserva la retire³¹³;
- Mientras que los órganos de supervisión de la aplicación de los tratados las pueden tener en cuenta cuando interpretan el tratado o para determinar el tipo de reserva³¹⁴; y los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales sobre derechos humanos han considerado

"Que, para que el sistema actual de la presentación de reservas funcione de manera correcta, es indispensable que los Estados que son ya partes en un determinado tratado estudien detenidamente la presentación de una objeción en cada ocasión que sea apropiada"³¹⁵

182. Claro está que nada impide que las partes prevean un sistema diferente de apreciación de la validez de las reservas, colegiado o jurisdiccional, y esas dos posibilidades fueron examinadas, y luego descartadas, en diferentes etapas de los trabajos preparatorios de la Convención de 1969. De ese modo, las dos primeras de las cuatro "propuestas alternativas" formuladas de lege ferenda por Lauterpacht en 1953, en su primer informe sobre el derecho de los tratados se fundaba en el control colegiado de la validez de las reservas por las dos

³¹⁰ Op. cit. (nota 296), pág. 81.

³¹¹ P.-H. Imbert, op. cit. (nota 117), pág. 122 (H.R.R. 1951, pág. 40); véanse, por ejemplo, el artículo 8 de la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 29 de enero de 1957, o el artículo 75 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, supra (nota 48), que reenvía a la Convención de 1969.

³¹² Véase supra, párr. 175.

³¹³ Australia y la República de Corea retiraron algunas de sus reservas al Pacto de 1966 de Derechos Civiles y Políticos después de las objeciones formuladas por otros Estados partes (cf. Multilateral treaties deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 1994, ST/LEG/SER.E/13, págs. 118 y 123).

³¹⁴ Véase supra, párr. 158.

³¹⁵ Informe supra (nota 83) de 1992, párr. 64; véase también el párrafo 36 y el Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/48/38, versión mimeografiada, pág. 7.

terceras partes de los Estados interesados³¹⁶, mientras que las dos otras confiaban ese control a un comité constituido por las partes³¹⁷ o la Sala de procedimiento sumario de la Corte Internacional de Justicia^{318, 319}.

183. Pero si bien esas propuestas no se introdujeron en las Convenciones de Viena, se las ha retomado en algunas cláusulas de reserva incluidas en tratados multilaterales. Por ejemplo, en materia de derechos humanos, el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1995, establece:

"No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención, ni se permitirá ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos en virtud de la presente Convención. Se considerará que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados partes en la Convención formulan objeciones a la misma"³²⁰.

184. En esas hipótesis, la apreciación de la admisibilidad de la reserva no se confía a cada uno de los Estados contratantes en función de sus propios intereses, sino al conjunto de las partes en calidad de órgano colectivo. En consecuencia, la esencia del sistema no se ha modificado: el consentimiento de las partes se expresa: i) por la adopción de la cláusula de reserva misma y

³¹⁶ Yearbook ... 1953, págs. 124 a 133.

³¹⁷ Ibíd., págs. 133 a 134.

³¹⁸ Ibíd., págs. 134 a 135.

³¹⁹ Véase también la posición de Hersch Lauterpacht en "Some Possible Solutions of the Problem of Reservations to Treaties", Transaction of the Grotius Society, vol. 39, 1964, págs. 108 y siguientes. Curiosamente, Sir Gerald Fitzmaurice, que consideraba al colegiado un "sistema ideal" (op. cit., nota 112, págs. 22 a 26), no retomó esa posición en su primer informe (véase Annuaire ... 1956, págs. 129 a 130); durante los debates de 1962, varios de los miembros de la Comisión se mostraron en favor de un sistema de ese tipo, otros se opusieron con éxito (véase A. Cassese, op. cit., nota 244, pág. 272); del mismo modo, algunos Estados formularon enmiendas en ese sentido después de la Conferencia de Viena: véanse, por ejemplo, las propuestas del Japón (A/CONF.39/C.1/L.133 y Actas resumidas supra (nota 166, págs. 199 a 120)) o del Reino Unido (ibíd., págs. 123 y 124).

³²⁰ Para un comentario a fondo de esa disposición, véase A. Cassese, ibíd., págs. 266 a 304. Existen cláusulas similares en otras esferas; véase, por ejemplo, el artículo 39 del Convenio de 4 de junio de 1954 sobre importación temporal de vehículos comerciales de transporte por carretera, el artículo 20 de la Convención de la misma fecha sobre facilidades aduaneras para el turismo (el artículo 14 de su protocolo adicional) o el artículo 50 sobre la Convención Única sobre Estupefacientes de 30 de marzo de 1961. Otros tratados, especialmente los celebrados con el auspicio de la FAO, mantienen el principio de consentimiento unánime de las partes (véase P.-H. Imbert, op. cit., nota 43, págs. 174 y 175).

ii) colectivamente, por el sistema clásico de las aceptaciones (eventualmente tácitas) y de las objeciones.

185. Ese segundo elemento del principio consensual desaparece si el control de la admisibilidad de la reserva se confía a un órgano de tipo jurisdiccional o cuasijurisdiccional.

186. En el leal saber y entender del Relator Especial, no existen cláusulas de reserva expresas en ese sentido. No obstante, se puede considerar que, por el simple hecho de que un tratado prevea que el arreglo de las controversias vinculadas a su aplicación estará a cargo de un órgano jurisdiccional o arbitral, ese órgano se encuentra, por ello mismo, habilitado a examinar la admisibilidad de las reservas o el fundamento de las objeciones. "Como la cuestión de la permisibilidad, que se gobierna por el propio tratado, se trata eminentemente de una cuestión jurídica y se presta enteramente a su determinación judicial y, en la medida en que el tratado mismo u otro tratado general que establezcan el arreglo jurídico de las controversias exijan que las partes presenten ese tipo de cuestión jurídica ante un tribunal, ese sería el medio adecuado de resolver la cuestión"³²¹. Nuevamente aquí nos encontramos dentro del marco de los mecanismos bien establecidos de derecho internacional general.

187. Existe además al respecto una práctica arbitral y judicial, si bien ciertamente limitada.

188. Igualmente, en el caso Mer d'Iroise, el Reino Unido sostuvo ante el tribunal arbitral que conocía del caso que las tres reservas formuladas por Francia al artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental "no se debían tener absolutamente en cuenta, porque eran inadmisibles o porque no se trataba de verdaderas reservas"³²². En su decisión de 30 de junio de 1977, el tribunal se reconoció implícitamente competente para pronunciarse sobre esas cuestiones y consideró "que las tres reservas al artículo 6 eran reservas verdaderas y permitidas"³²³.

189. Igualmente, en el caso relativo al derecho de paso por territorio de la India, la Corte Internacional de Justicia examinó y rechazó la primera excepción preliminar de la India según la cual "la declaración de Portugal de aceptación de la jurisdicción de la Corte, de 19 de diciembre de 1955, está viciada de nulidad porque la tercera condición de la declaración es incompatible con el objeto y el propósito de la disposición facultativa"³²⁴. Y si bien la Corte misma nunca declaró ilícita una reserva a una declaración facultativa de

³²¹ D. W. Bowett, op. cit. (nota 296), pág. 81. En el mismo sentido: M. COCCIA (op. cit., nota 96, pág. 26) quien, no obstante, considera que un Estado que ha aceptado la reserva no tiene fundamentos para argüir su inadmisibilidad.

³²² Laudo de 30 de junio de 1977, supra (nota 137), párr. 49.

³²³ Ibíd., párr. 56; véanse los párrafos 50 a 55.

³²⁴ Fallo de 26 de noviembre de 1957, ICJ Reports, 1957, pág. 141; véase la respuesta de la Corte, págs. 141 a 144.

aceptación de su jurisdicción obligatoria, Sir Hersch Lauterpacht, en dos ocasiones, en dos fallos enérgicamente fundados, consideró que debió haberlo hecho^{325, 326}.

190. Las facultades de la Corte en materia contenciosa evidentemente se aplican también a las opiniones consultivas. Las cuestiones que se le plantearon en 1959 tenían, como la propia Corte subrayó,

"un carácter abstracto. No apuntaban ni a las reservas que, de hecho han sido formuladas a la Convención por algunos Estados, ni a las objeciones formuladas por otros Estados a esas reservas. Tampoco se referían a las reservas que, eventualmente, se podrían formular de manera relativa a tal o cual artículo, ni tampoco a las objeciones que podrían plantearse eventualmente a esas reservas³²⁷"

Nada impide, con todo, que se actúe de esa manera y los órganos encargados de la supervisión de la aplicación de los tratados de derechos humanos tendrían perfecto derecho a solicitar una opinión consultiva sobre la licitud de las reservas formuladas a esos instrumentos, como de hecho, algunos de ellos lo prevén³²⁸ y, desde el punto de vista jurídico, nada se opone a que soliciten "al Consejo Económico y Social o a la Asamblea General, según proceda, que soliciten de la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre el problema" si, en su opinión, algunas reservas "planteen importantes problemas en términos de su incompatibilidad aparente con el objeto y el propósito del tratado" o a que, en un futuro tratado de derechos humanos se incluya "una disposición que permita al órgano del tratado solicitar una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en relación con cualquier reserva que pueda ser incompatible con el objeto y el propósito del tratado", como en 1992 postularon los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos³²⁹.

191. La Corte Interamericana de Derechos Humanos podría igualmente ejercer su competencia consultiva en esa esfera, incluso en lo relativo a posibles

³²⁵ Caso de ciertos empréstitos noruegos, opinión individual, ICJ Reports, 1957, págs. 43 a 55, y caso de la Interhandel, opinión en disidencia, ICJ Reports, 1959, págs. 103 a 106; véanse también las opiniones en disidencia del Presidente Klaestad y del Magistrado Armand-Hugon, *ibíd.*, págs. 76 y 93.

³²⁶ En el fallo Loizidou, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que las reservas a su jurisdicción no podían examinarse según los mismos criterios que los aplicables al examen de la licitud de las reservas a las declaraciones formuladas en la aplicación del párrafo 2 del artículo 6 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (supra, nota 80, párrs. 83 a 85). Si bien se trata de una distinción dudosa, se refiere al fondo del derecho aplicable y no a las modalidades de control.

³²⁷ Opinión consultiva supra (nota 46), ICJ Reports, 1951, pág. 21.

³²⁸ Cf. el Informe del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, supra (nota 85).

³²⁹ Informe supra (nota 83), párrs. 61 y 65.

problemas dimanados de la interpretación o la aplicación de otros tratados, aparte de la Convención de San José³³⁰, al igual que el Tribunal de Estrasburgo³³¹, al que se ha propuesto someter preventivamente la cuestión de la conformidad del artículo 64 de la Convención de Roma sobre reservas futuras³³².

192. De todos esos puntos de vista, los mecanismos de control de la licitud de las reservas a los tratados de derechos humanos son los más clásicos:

- 1) El mecanismo de derecho común es el sistema interestatal de derecho común, reflejado en el artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986;
- 2) En ocasiones es modificado o corregido por cláusulas de reserva que prevén concretamente una apreciación mayoritaria o unánime de esa licitud;
- 3) Los órganos jurisdiccionales o arbitrales competentes para arreglar las controversias vinculadas a la aplicación de tratados nunca han dudado en pronunciarse, en caso de necesidad, sobre la licitud de las reservas formuladas por las partes;
- 4) A fortiori, esos órganos tienen competencia para emitir opiniones consultivas sobre esa cuestión.

b) La función de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos

193. Después del decenio de 1980, a esos mecanismos tradicionales de control de la licitud de las reservas se han superpuesto otros en materia de derechos humanos, de modo de que se ha reconocido a los órganos encargados de la supervisión de la aplicación de los tratados concluidos en esa esfera un derecho y un deber de control al respecto que, en principio, no parece que se deba impugnar.

i) La evolución de la práctica seguida por los órganos de supervisión

194. A decir verdad, en sus comienzos esos órganos mostraron al respecto muchos titubeos y reservas:

³³⁰ Cf. el párrafo 1 del artículo 64 de la Convención y la opinión consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, serie A; véase, en ese sentido, R. J. COOK, op. cit. (nota 128), pág. 711.

³³¹ Cf. el Protocolo No. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de 6 de mayo de 1963.

³³² Véase la opinión parcialmente disidente del Magistrado Valticos, adjunta al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de agosto de 1993, Chorherr contra Austria, pag. 16 del fallo.

- En 1978, de conformidad con una opinión jurídica muy firme dirigida al Director de la División de Derechos Humanos por la Asesoría Jurídica³³³, el Comité para la eliminación de la discriminación racial decidió:

"El Comité debe tener en cuenta las reservas formuladas por los Estados partes al momento de ratificar la Convención o de adherirse a ella; no está facultado para actuar de otra manera. Ninguna decisión del Comité, aunque sea unánime, en el sentido de declarar inaceptable una reserva puede tener efecto jurídico alguno"³³⁴.

- El Asesor Jurídico de las Naciones Unidas adoptó la misma posición en lo relativo a las facultades del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer³³⁵ y, si bien algunos de sus miembros interrogaron a los representantes de los Estados sobre la entidad de las reservas formuladas cuando examinaron los informes nacionales³³⁶, hasta 1987 el Comité mismo se abstuvo siempre de adoptar una posición al respecto³³⁷.
- A ese respecto el Comité de Derechos Humanos se mantuvo, durante mucho tiempo, en una expectativa prudente y algunos de sus miembros se pronunciaron después del examen del informe de los Estados en favor del examen de la validez de las reservas al Pacto, mientras que otros se mostraron en contra³³⁸; de todos modos, cabe pensar que si bien el Comité estaba dispuesto en algunos casos a "recalificar" una declaración interpretativa sobre las reservas, no parecía nada inclinado a examinar la licitud de las reservas³³⁹.

³³³ Memorando de 5 de abril de 1976 (véase especialmente el párrafo 8, cuyo redacción fue adoptada prácticamente en su integridad por el Comité) reproducido en Naciones Unidas, Anuario Jurídico, 1976, págs. 234 a 236. Véase también la Nota del Secretario General, CERD/C/R.93.

³³⁴ Informe del Comité a la Asamblea General, A/33/18, párr. 374. Véanse al respecto las observaciones de P.-H. Imbert, op. cit. (nota 117), págs. 125 a 126 (H.R.R. 1981, págs. 41 a 42) y D. Shelton, op. cit. (nota 207), págs. 229 y 230.

³³⁵ Véase el Informe del Comité sobre su tercer período de sesiones, A/39/45, vol. Anexo III.

³³⁶ Véanse los ejemplos mencionados al respecto por R. J. Cook, op. cit. (nota 128, pág. 708, en la nota 303).

³³⁷ Véase especialmente B. Clark, op. cit. (nota 205), págs. 283 a 289.

³³⁸ Véanse los ejemplos mencionados al respecto por P.-H. Imbert, op. cit. (nota 117), págs. 127 y 128, y D. Shelton op. cit. (nota 207), págs. 230 y 231.

³³⁹ Véanse las decisiones de 8 de noviembre de 1989, M. K. contra Francia y T. K. contra Francia (CCPR/C/37/D/220 y 222/1987), en las que el Comité declaró que las solicitudes eran inadmisibles porque la "declaración" de Francia relativa al artículo 27 del Pacto era una verdadera reserva; en contra: la opinión de R. Higgins, adjunta a las decisiones, que considera que se trata de una declaración que no obliga al Comité, lo que a contrario, parecía indicar en

195. En el plano regional, los órganos creados por la Convención Europea de Derechos Humanos han adoptado hace tiempo una actitud de espera y han tratado de no tomar partido en el debate, que oponía a los especialistas, sobre la cuestión de saber si les correspondía pronunciarse sobre la licitud de las reservas a la Convención³⁴⁰. En un primer momento, la Comisión y el Tribunal consideraron que debían interpretar esas reservas y darles un sentido útil³⁴¹, pero esos órganos se cuidaron de no ir más lejos e incluso de dejar entender que podrían ejercer un control de licitud.

196. El momento crucial al respecto lo constituyó el Informe aprobado por la Comisión el 5 de mayo de 1982 en el asunto *Temeltasch*³⁴², en el que se subrayó

"Que, aun cuando se supusiera que se podría otorgar algún valor a una aceptación o a una objeción formulada en relación a una reserva a la Convención, no por ello se podría excluir la jurisdicción de la Comisión para pronunciarse sobre la conformidad a la Convención de una reserva o de una declaración interpretativa determinada"³⁴³,

197. Como curiosamente la Comisión no planteó ese asunto ante el Tribunal, el Comité de Ministros, en aplicación del artículo 32 de la Convención, aprobó el informe pertinente de la Comisión³⁴⁴ y sólo seis años más tarde, en su fallo en

ambos casos que éste no tenía jurisdicción para examinar la licitud de las reservas formuladas por los Estados partes. En ese sentido: M. Schmidt, op. cit. (nota 207), págs. 6 y 7 (versión mecanografiada).

³⁴⁰ Véase especialmente la controversia que enfrentó a los profesores Heribert Golsong (intervención en el Coloquio de Roma, 5 al 8 de noviembre de 1975, Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1976, págs. 269 y 270 y "Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme", en Universidad Católica de Lovaina, Cuarto coloquio del Departamento de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 1978, Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Bruylant, Bruselas, 1982) y Pierre-Henri Imbert (op. cit., nota 117, especialmente págs. 11 a 114).

³⁴¹ Véanse, por ejemplo, los informes de la Comisión sobre las peticiones 473/59 (Annuaire C.E.D.H., vol. 2, pág. 405) y 1008/61 (*ibid.*, vol. 5, pág. 87) y especialmente los extractos citados por P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), págs. 176 a 277.

³⁴² Petición 9116/80, supra (nota 80); véase especialmente: Gerard Cohen-Jonathan, La Convención Europea de Derechos Humanos Económica, París, 1989, págs. 86 a 93; Pierre Henri Imbert, "Les réserves a 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.O., 1984, págs. 558 a 595.

³⁴³ Párrafo 61.

³⁴⁴ Resolución DH (83) 6 de 24 de marzo de 1983 (Yearbook of ECHR, 1980, pág. 5).

el caso Belilos, de 29 de abril de 1988, el Tribunal de Estrasburgo hizo suya la posición de principio de la Comisión³⁴⁵. A su vez, procedió a "recalificar" como reserva una "declaración interpretativa" de Suiza (relativa al párrafo 1 del artículo 6 de la Convención)³⁴⁶ y consideró que:

"la declaración litigiosa no responde a dos de los imperativos del artículo 64 de la Convención, por lo que corresponde considerarla inválida"³⁴⁷,

después de haber constatado que

"en el caso no se puede poner en duda la competencia de la Corte para considerar, en relación con el artículo 64, la validez de una reserva o, si procede, de una declaración interpretativa. Ello resulta tanto de los artículos 45 y 49 de la Convención [...] como del artículo 19 y de la jurisprudencia de el Tribunal (véase en último lugar, el fallo en el caso Ettl et al., de 23 de abril de 1987, serie A No. 117, pág. 19, párr. 42)."³⁴⁸

198. Desde entonces, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han aplicado esa jurisprudencia de manera casi rutinaria³⁴⁹ y la han ampliado a las reservas formuladas por los Estados en relación con su propia competencia. Por ejemplo, en su fallo de 4 de marzo de 1991 sobre la admisibilidad de tres demandas contra Turquía³⁵⁰, la Comisión consideró que algunas restricciones a su competencia formuladas por el Estado demandado en su declaración de aceptación de las peticiones individuales, con fundamento en el artículo 25, no estaban "autorizadas por ese artículo"³⁵¹. De manera más categórica, en el

³⁴⁵ Fallo supra (nota 80); véase especialmente: Henry J. BOURGUIGNON, "The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties", Virginia Journal of International Law 1989, págs. 347 a 386; Iain CAMERON y Frank HORN, "Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case", G.Y.B.I.L., 1990, págs. 69 a 129; Gérard COHEN-JONATHAN, "Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)", R.G.D.I.P. 1989, págs. 273 a 314; R. J. Stuart MacDonald, "Reservations Under the European Convention on Human Rights", Revue belge de droit international, 1988, págs. 429 a 450, o Susan Marks, "Reservations Unhinged: The Belilos Case Before the European Court of Human Rights", I.C.L.Q., 1990, pág. 300.

³⁴⁶ Párrs. 40 a 49.

³⁴⁷ Párr. 60; véanse los párrafos 51 a 59.

³⁴⁸ Párr. 50; en el párrafo 42 del fallo Ettl, el Tribunal aplicó la reserva de Austria al párrafo 1 del artículo 6 de la Convención y reenvió al fallo dictado en el caso Ringeisen (serie A No. 13, págs. 40 y 41, párr. 98), que se limita a establecer las consecuencias de esa reserva, interpretada de manera muy liberal (en favor del Estado).

³⁴⁹ Véanse los ejemplos citados supra, nota 80.

³⁵⁰ Chrysostomos et al., supra (nota 80).

³⁵¹ Párr. 42.

fallo dictado en el caso Loizidou, de 23 de marzo de 1995³⁵², el Tribunal de Estrasburgo dictaminó que "el objeto y el fin del sistema de la Convención"³⁵³ se oponen a que los Estados limiten la entidad de sus declaraciones con fundamento en los artículos 25 y 46 de la Convención mediante declaraciones o reservas, lo que confirma la práctica seguida por los Estados partes:

"Habida cuenta de la naturaleza de la Convención, del sentido ordinario de los artículos 25 y 46 en su contexto y a la luz de su objeto y fin, así como de la práctica de las partes contratantes, el Tribunal concluye que no son válidas las restricciones ratione loci en que se fundamentan las declaraciones de Turquía en relación con los artículos 25 y 46."³⁵⁴

199. En el leal saber y entender del Relator Especial, hasta el momento no se ha pedido directamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se expida, en un caso contencioso, sobre la licitud de la reservas formuladas por los Estados Partes en aplicación del artículo 75 de la Convención de 22 de noviembre de 1969. No obstante, de algunas de sus opiniones consultivas se puede deducir que, en tal caso, adoptaría una posición similar a la del Tribunal de Estrasburgo. Por ejemplo, en su segunda opinión consultiva, relativa a El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención³⁵⁵, consideró que las partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y el fin de la Convención y "son libres de afirmar su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquélla"³⁵⁶. Especialmente en su tercera opinión consultiva, expedida el 8 de septiembre de 1983 en el caso sobre las Restricciones a la pena de muerte³⁵⁷, el Tribunal de San José consideró que algunas de las reservas de Guatemala no eran admisibles³⁵⁸.

200. Es en ese contexto que los órganos de supervisión establecidos por los instrumentos universales de derechos humanos han adoptado en relación con la validez de las reservas una actitud mucho más escéptica que la tradicional, que era muy prudente³⁵⁹. Ello es especialmente notable en lo relativo al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³⁶⁰ y, especialmente, el Comité de Derechos Humanos.

³⁵² Supra (nota 80).

³⁵³ Párr. 75.

³⁵⁴ Párr. 89; véanse los párrafos 65 a 89.

³⁵⁵ Supra (nota 81).

³⁵⁶ Párr. 38.

³⁵⁷ Véase supra (nota 81).

³⁵⁸ Véase supra (nota 288).

³⁵⁹ Véase supra, párr. 194.

³⁶⁰ Véase supra, párr. 59.

201. En el Comentario General No. 24³⁶¹, el Comité afirmó que,

"Por necesidad ha de ser el Comité quien decida si una determinada reserva es compatible con el objeto y fin del Pacto. Ello se debe en parte [...] a que se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos y, en parte, a que es una tarea que el Comité no puede eludir en el desempeño de sus funciones. A fin de conocer el alcance de su deber de examinar el cumplimiento del Pacto por un Estado en virtud de lo dispuesto por el artículo 40 o una comunicación presentada con arreglo al Primer Protocolo Facultativo, el Comité ha de adoptar necesariamente una opinión sobre la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Pacto y con el derecho internacional general. Dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos, la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Pacto se debe establecer objetivamente, haciendo referencia a principios jurídicos."³⁶²

ii) Fundamentos del control ejercido por los órganos de supervisión

202. Esa motivación, que se une a la invocada por los órganos regionales europeos e interamericanos³⁶³, es también la que invoca parte de la doctrina en favor de la competencia del control de la licitud de las reservas por parte de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos. Por ejemplo, se aduce que:

- La naturaleza específica de esos instrumentos excluye el "juego de oposición y de aceptación por parte de otros Estados contratantes elaborado por el derecho internacional consuetudinario después de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Convención contra el Genocidio y del que se encuentran rastros en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados"³⁶⁴;
- Su carácter objetivo hace necesario un control objetivo³⁶⁵;
- Sería imposible que los órganos por ellos creados se eximieran de cumplir sus funciones generales de supervisión "sin establecer qué obligaciones vinculan a la parte interesada"³⁶⁶;

³⁶¹ Supra (nota 86).

³⁶² Párr. 18.

³⁶³ Véase supra, párrs. 196 a 199.

³⁶⁴ H. GOLSONG, intervención en el Coloquio de Roma (supra, nota 240), pág. 269; véase también la opinión supra (nota 332) del Magistrado VALTICOS en el fallo Chorherr de la C.E.D.H., pág. 15.

³⁶⁵ Cf. Th. GIEGERICH, op. cit. (nota 200), págs. 780 y 781, o R. HIGGINS, op. cit. (nota 98), pág. 10 (versión mecanografiada).

³⁶⁶ W. A. Schabas, op. cit. (nota 118), pág. 68.

- En la práctica, el sistema de las objeciones prácticamente no funcionaría³⁶⁷.

203. Esos argumentos han sido controvertidos y ciertamente no todos tienen igual peso.

204. En primer lugar, como se señaló en la sección precedente del presente informe³⁶⁸, ni la naturaleza presuntamente "objetiva" de los tratados de derechos humanos ni la falta de reciprocidad que caracteriza a la mayor parte de sus disposiciones de fondo constituyen razones convincentes en pro de un régimen derogatorio del derecho común. Como se podría esgrimir el argumento de que podría ser deseable que la licitud de las reservas a esos instrumentos fuera examinada por un órgano independiente y técnicamente calificado; pero de ello no resultaría que los mecanismos existentes tienen competencia para realizar ese examen si no se la prevé en los tratados que los crean³⁶⁹.

205. En cuanto a afirmar que el mecanismo de aceptaciones y objeciones no funciona de manera satisfactoria, se trata de una cuestión de apreciación que, de todos modos, no constituye un argumento: porque el mecanismo existente merezca críticas no se debe interpretar que el otro sistema sería jurídicamente aceptable; y, especialmente, las críticas a la eficacia del "régimen de Viena", en realidad, ponen en tela de juicio los fundamentos mismos del derecho internacional contemporáneo. Como manifestó Sir Humphrey Waldock, en su condición de experto consultor de la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

"Es cierto que, si bien la Comisión de Derecho Internacional ha entendido adoptar un criterio objetivo, el método de aplicación tiene carácter subjetivo, porque depende de la apreciación de los Estados. No obstante, se trata de una situación característica de muchas esferas del derecho internacional, a falta de una decisión judicial que, de todas maneras, sólo vincula al Estado interesado y únicamente en el caso en que se dicta."³⁷⁰

Se puede considerar que se trata de una situación lamentable, pero esa es la característica fundamental del derecho internacional en conjunto y, al respecto, afecta la aplicación de todo tratado, cualquiera sea su objeto.

206. En realidad, desde el punto de vista del régimen de las reservas, la verdadera particularidad del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, de las convenciones europeas o interamericanas de derechos humanos o de varios

³⁶⁷ Cf. J. McBRIDE, op. cit. (nota 118), pág. 48 (versión mecanografiada), o R. Higgins, op. cit. (nota 98), pág. 13 (versión mecanografiada).

³⁶⁸ Véanse especialmente los párrafos. 136 a 162.

³⁶⁹ Cf. las observaciones del representante de Jamaica ante la Sexta Comisión en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General (A/C.6/50/SR.24, párr. 20).

³⁷⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, documento citado supra (nota 166), pág. 137.

instrumentos de menor entidad no es que se trate de tratados de derechos humanos, sino que esos instrumentos crean órganos encargados de supervisar su aplicación. A partir de su creación, según un principio general de derecho bien establecido y recibido en el derecho internacional general, esos órganos tienen a su cargo la competencia de su propia competencia. Ese es el único argumento verdaderamente convincente en favor del control de la licitud de las reservas: esos órganos no podrían ejercer las funciones que le corresponden si no pudieran asegurarse de la extensión exacta de su competencia en relación con los Estados interesados, ya sea cuando examinan las peticiones de los Estados o de los individuos o los informes periódicos o incluso cuando ejercen su competencia consultiva.

207. Al respecto se ha dicho que esos órganos funcionarían en un contexto que "se distingue netamente" del de la Corte Internacional de Justicia, a la que "se pide especialmente que examine en relación con los principios de derecho internacional todos los conflictos jurídicos entre Estados que se planteen en cualquier parte del mundo", en relación con "todas las esferas del derecho internacional", mientras que esos órganos "ejercen exclusivamente funciones de control en relación con un tratado normativo" y que, en consecuencia, no es posible establecer ninguna analogía entre las competencias de esos órganos y la de la Corte Internacional de Justicia³⁷¹. Se trata un razonamiento sumamente discutible e incluso pernicioso.

208. El primer motivo que justifica que los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos ejerzan una facultad de control sobre la licitud de las reservas es la necesidad de asegurar su competencia, y luego se trata de determinar la amplitud exacta de los compromisos asumidos por el Estado de que se trate, y ello sólo se puede hacer en función de las reservas a las que el Estado, según el caso, ha sujetado su obligación; como la facultad de formular reservas no es ilimitada, ello significa que esas reservas deben ser lícitas. Este razonamiento se aplica tanto a esos órganos como a la Corte Internacional de Justicia³⁷², sin que importe cuál sea el órgano jurisdiccional o cuasijurisdiccional que deba aplicar el tratado, y tiene su fundamento en el principio del "mutuo consentimiento"³⁷³, que debe respetarse con una fuerza particular en la hipótesis de una controversia entre Estados. Al respecto, se puede afirmar además que las funciones de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos nunca se limitan exclusivamente al examen de las peticiones de particulares; todos tienen igualmente ciertas facultades para conocer de demandas interpuestas por otros Estados partes³⁷⁴ y, en esas circunstancias, no cabe duda de que les corresponde determinar la amplitud de su competencia.

³⁷¹ C.E.D.H, fallo de 23 de marzo de 1995, Loizidou, supra (nota 80), párrs. 84 y 85.

³⁷² Véase supra, párr. 89.

³⁷³ Véase supra, párr. 96.

³⁷⁴ Cf. el artículo 41 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el artículo 24 de la Convención Europea o el artículo 45 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; véanse las observaciones del Reino Unido en relación con el Comentario General No. 24 supra (nota 87), párr. 5.

209. En consecuencia, no se debe a su originalidad - por cierto indiscutible - que los tratados de derechos humanos incluyen el control de la licitud de las reservas formuladas a su respecto por parte de los órganos de supervisión, sino, más bien, por la "banalidad" de esos órganos: creados en virtud de tratados, reciben su competencia de esos instrumentos convencionales y deben velar por la amplitud de esa competencia en función del consentimiento de los Estados partes y de las reglas generales del derecho de los tratados.

210. A ello se puede que añadir aun si se pusiera en duda la validez de esa conclusión, las posiciones concordantes, y en la actualidad numerosas, adoptadas por esos órganos de supervisión de tratados de derechos humanos han creado probablemente una situación que indudablemente será difícil de cambiar. A ello se suma que, en cuanto al principio mismo del control, la actitud de los Estados interesados no se encamina a establecer la existencia de una opinio juris contraria:

- Después de los fallos de la CEDH en los casos Belilos y Weber, Suiza no denunció la Convención Europea de Derechos Humanos, si bien tuvo esa intención³⁷⁵,
- Tampoco lo hizo Turquía después del fallo en el caso Loizidou,
- El Comité de Ministros del Consejo de Europa mantuvo la solución de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Temeltasch³⁷⁶,
- La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha querido ampliar la jurisprudencia de los órganos de la Convención al respecto³⁷⁷,
- Aparentemente Guatemala ha respondido favorablemente ante la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso relativo a las Restricciones a la pena de muerte³⁷⁸,
- Por negativas que hayan sido las reacciones de algunos Estados frente al Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos³⁷⁹, sus críticas han tenido más efecto sobre las consecuencias que el Comité piensa sacar de su control de la licitud de las reservas que sobre el principio mismo de ese control³⁸⁰.

³⁷⁵ Cf. I. CAMERON y F. HORN, op. cit. (nota 343), pág. 117.

³⁷⁶ Véase supra, párr. 197.

³⁷⁷ Véase la recomendación 1223 (1993) supra (nota 88), párr. 7.A.ii.

³⁷⁸ Véase Christina M. Cerna, "La Cour interaméricaine des Droits de l'homme - ses premières affaires", A.F.D.I. 1983, pág. 312.

³⁷⁹ Véase supra, párr. 60.

³⁸⁰ Por ejemplo: "El Reino Unido está de acuerdo con la conclusión de que el Comité debe necesariamente poder adoptar una opinión sobre la situación y el efecto de una reserva cuando ello se requiera a fin de permitir al Comité desempeñar las funciones sustantivas que le incumben en virtud del Pacto" (Comentarios precedentes, nota 87, párr. 11).

c) La combinación de los distintos modos de supervisión de la licitud de las reservas

211. En consecuencia, la situación actual de la supervisión de la licitud de las reservas o de los tratados de derechos humanos se caracteriza por la concurrencia o, en todo caso, la coexistencia de varios mecanismos de supervisión de la licitud de las reservas:

- Uno, que constituye el derecho común, es el puramente interestatal, consagrado en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 y al que se puede acceder por conducto de las cláusulas de reserva particulares que figuren en los tratados de que se trate;
- Cuando el tratado crea un órgano de supervisión de su aplicación, en la actualidad, y por razones que no son del todo malas, se considera que ese órgano puede también pronunciarse sobre la admisibilidad de las reservas;
- Pero ello permite que subsista la posibilidad de que los Estados partes recurran, si fuere necesario, a las modalidades habituales de arreglo pacífico de controversias, incluso las jurisdiccionales o arbitrales, si se tratase de una controversia entre ellos relativa a la licitud de una reserva³⁸¹;
- Además, no se excluye que los tribunales nacionales mismos, siguiendo el ejemplo los tribunales suizos³⁸², se consideren igualmente con derecho de examinar la validez de una reserva en relación con el derecho internacional.

212. Claro está que la multiplicidad de posibilidades de supervisión tiene algunos inconvenientes, de los que el menor no es el riesgo de contradicciones entre las posiciones que unos y otros podrían adoptar sobre la misma reserva (o sobre dos reservas idénticas de Estados diferentes)³⁸³. En verdad, sin embargo, ese riesgo es propio de todo sistema de supervisión (en el curso del

³⁸¹ Todo ello siempre bajo reserva de la existencia de "regímenes autosuficientes", entre los que ciertamente se deben incluir los creados por las Convenciones Europea e Interamericana de Derechos Humanos (cf. Bruno Simma, "Self-Contained Regimes", Netherlands Yearbook of International Law, 1985, págs. 130 y siguientes, o Theodor Merib, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Clarendon Presse, Oxford, 1989, págs. 230 y siguientes).

³⁸² Véase la decisión del Tribunal Federal, de 17 de diciembre de 1992, en el caso Elisabeth B. contra Consejo de Estado del cantón de Thurgovie, Eugrz, 1993, pág. 17; véase, de manera más general, el artículo muy detallado de Jean-François Flauss, "de contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 párr. 1", R.U.D.H. 1993, págs. 297 a 303.

³⁸³ Véase especialmente P.-H. Imbert, op. cit. (nota 342), págs. 617 a 619 (I.C.L.Q. 1984, págs. 590 y 591); el autor describe los riesgos de compatibilidad interna en el sistema de la Convención Europea, especialmente entre las posiciones adoptadas por el Tribunal y el Comité de Ministros.

tiempo, un mismo órgano puede adoptar decisiones contradictorias) y quizás sea mejor que haya un exceso de control que carecer de él en absoluto.

213. Más grave es la amenaza constituida por la sucesión de controles en el curso del tiempo en ausencia de toda limitación de la duración del plazo durante el que pueden tener lugar. El problema no se plantea en lo relativo al "régimen de Viena", ya que el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de 1969 y 1986 limita a 12 meses desde la fecha de recepción de la notificación de la reserva (o de la expresión de consentimiento del Estado que formuló la objeción)³⁸⁴, el plazo durante el que un Estado puede formular una objeción. En cambio el problema se plantea con gravedad en todos los casos de control jurisdiccional o cuasijurisdiccional que, por hipótesis, es aleatorio y depende de la constitución del órgano de decisión o de supervisión. Para prevenir ese problema, se ha propuesto limitar también a 12 meses el derecho a pronunciarse de los órganos de supervisión³⁸⁵. Además de que ninguno de los textos pertinentes actualmente en vigor prevé una limitación de ese tipo, ella no parece casi compatible con el fundamento mismo de la intervención de los órganos de control, que trata de velar por el respeto a los principios generales de derecho internacional (la preservación del objeto y el fin del tratado). Además, como se ha señalado, una de las razones por las que los Estados formulan pocas objeciones es precisamente que la norma de los 12 meses a menudo resulta breve³⁸⁶; se corre el riesgo de plantear a fortiori el mismo problema a los órganos de supervisión y que éstos se paralíen.

214. Se puede considerar además que, por el contrario, las posibilidades de contar con controles cruzados aumenta las posibilidades de que el régimen de reservas cumpla su verdadero papel. El problema no es oponer esos controles o que un sistema trate de afirmar su monopolio en relación con los demás³⁸⁷, sino de combinarlos a fin de reforzar su eficacia global, porque si bien sus modalidades son diferentes, su finalidad es la misma: en todos los casos se trata de conciliar las dos exigencias contradictorias, pero fundamentales, de la integridad del tratado y de la universalidad de la participación³⁸⁸. Es normal

³⁸⁴ De todos modos debe tenerse en cuenta que el problema se plantea igualmente debido a la sucesión en el tiempo de las ratificaciones y las adhesiones.

³⁸⁵ Véase P.-H. Imbert, op. cit. (nota 43), pág. 146, nota 25 (nota 117), págs. 113 y 114 y 130 y 131 (H.R.R. 1981, págs. 36 y 44); contra: H. Golsong, informe supra (nota 240), párr. 7, o Richard W. Edwards Jr., "Reservations to Treaties", Michigan Journal of International Law, 1989, págs. 387 y 388.

³⁸⁶ Cf. B. CLARK, op. cit. (nota 206), págs. 312 a 314.

³⁸⁷ Aunque esa es su tendencia natural; cf. la oposición de opiniones entre el Comité de Derechos Humanos ("se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos", Comentario General No. 24, párr. 18) (véase supra, párr. 201) y Francia ("corresponde [a los Estados Partes] y solamente a ellos, a menos que el tratado disponga otra cosa, pronunciarse sobre la incompatibilidad entre una reserva y el objeto y el fin del tratado", observaciones supra, nota 87, párr. 7).

³⁸⁸ Véase supra, párrs. 90 a 98.

que los Estados, que han querido el tratado puedan hacer valer su punto de vista; es natural que los órganos de control cumplan plenamente la función de guardianes de los tratados que les han confiado las partes.

215. Esa situación no excluye, sino que por el contrario implica, un cierto carácter complementario entre los distintos modos de control y la existencia de cooperación entre los órganos encargados de la supervisión. En particular, es indispensable que, cuando examinan la licitud de una reserva, los órganos de supervisión (al igual que los órganos de arreglo de controversias) tengan plenamente en cuenta las posiciones adoptadas por las partes contratantes en sus aceptaciones u objeciones. Por el contrario, los Estados, que deben conformarse a las decisiones adoptadas por los órganos de supervisión a los que han dotado de poder jurisdiccional, deberán tener en cuenta seriamente las posiciones motivadas y fundadas de esos órganos, aunque no se trate de decisiones jurídicamente obligatorias³⁸⁹.

³⁸⁹ Véase, no obstante, la reacción extremadamente enérgica frente al Comentario General No. 24 que traduce el proyecto de ley presentado al Senado de los Estados Unidos por el Senador Helms el 9 de junio de 1995, según el cual "no se podrán comprometer o desembolsar fondos autorizados por esta ley o por cualquier otra ley para realizar ningún tipo de actividad cuyo propósito sea:

"A) Presentar informes al Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o

B) Responder a cualquiera de las actividades del Comisión de Derechos Humanos encaminadas a utilizar los procedimientos de los artículos 41 y 42 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a fin de entender en denuncias formuladas por otras partes en el Pacto de que los Estados Unidos no cumplen las obligaciones que les corresponden en virtud del Pacto, hasta que el Presidente haya presentado al Congreso la declaración que se describe en el párrafo 2).

2) DECLARACIÓN. La declaración a que se hace referencia en el párrafo 1) es una declaración del Presidente al Congreso de que el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha:

A) Dejado su Comentario General No. 24, aprobado el 2 de noviembre de 1994, y

B) Ha reconocido expresamente, como cuestión de derecho internacional, la validez de las reservas, entendimientos y declaraciones que figuran en el instrumento de ratificación de los Estados Unidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (Proyecto de ley de autorización de consignaciones para el Departamento de Estado correspondientes a los ejercicios fiscales de 1996 a 1999 ..., 104º Congreso, primer período de sesiones, S.908-Informe No. 104-95, págs. 87 y 88).

B. Consecuencias de las determinaciones realizadas
por los órganos de control

216. Se plantea aquí muy directamente la cuestión de saber cuáles son las consecuencias de la determinación de la ilicitud de una reserva hecha por un órgano de supervisión de un tratado de derechos humanos.

217. Una vez admitido que un órgano de esta naturaleza está facultado para decidir si una reserva cumple las condiciones de licitud exigidas por el derecho común (compatibilidad con el objeto y el fin del tratado) o por una cláusula de reserva en particular, "resta determinar qué es lo que ese órgano puede hacer en caso que considere de que una determinada reserva no cumple esa condición", cuestión "particularmente importante y delicada", como subrayó la Sra. Higgins durante la elaboración del Comentario General No. 24³⁹⁰, y que, en efecto, ha suscitado el enfrentamiento de puntos de vista muy enérgicos. A esta cuestión se debe añadir otra, a la que está estrechamente ligada, pero que parece preferible abordar de manera diferente para dar mayor claridad a la exposición, y que consiste en preguntarse sobre las obligaciones (y los derechos) de los Estados cuya reserva ha sido considerada ilícita.

a) Derechos y deberes del órgano de control

218. El problema de la conducta que debe seguir el órgano de control cuando constata que una reserva es ilícita en general se plantea en términos de "divisibilidad"³⁹¹, en el sentido de que los tratadistas y los propios órganos de control se preguntan si se puede separar la reserva del consentimiento a considerarse vinculado y si el Estado que formuló la reserva puede ser considerado vinculado por el conjunto del tratado a pesar de la ilicitud de la reserva formulada.

219. hasta el presente, todos los órganos de control que se han planteado la pregunta han respondido de manera afirmativa:

- En el caso Belilos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó, en un lacónico considerando:

"No cabe duda de que, independientemente de la validez de la declaración, Suiza se considera vinculada por la Convención."³⁹²

- El Tribunal fue un poco más explícito en el caso Loizidou, en el que después de recordar su fallo de 1988³⁹³, dejó de lado las "declaraciones formuladas por Turquía en materia procesal", pero

"habida cuenta de la práctica uniforme de las Partes Contratantes en relación con los artículos 25 y 46, que consiste en aceptar sin

³⁹⁰ CCPR/C/SR.1366, párr. 54.

³⁹¹ Cf. R. W. Edwards Jr., op. cit. (nota 388), pág. 376.

³⁹² Fallo supra (nota 80), párr. 60.

³⁹³ Fallo supra (nota 80), párr. 94.

condiciones la competencia de la Comisión y del Tribunal, recuerda que el Gobierno denunciado no pudo dejar de ser consciente de que en el sistema de la Convención se podía controvertir la validez de las cláusulas restrictivas denunciadas y que los órganos pertinentes las podían considerar inadmisibles [...].

La reacción posterior de varias partes contratantes frente a las declaraciones de Turquía [...] presta un sólido apoyo a la observación precedente, según la cual Turquía no ignoraba la situación jurídica [...]. A la luz de esos hechos, el Gobierno denunciado no puede invocar las declaraciones ex post facto de los representantes de Turquía para indicar un retroceso frente a la intención fundamental, aunque atenuada, de aceptar la competencia de la Comisión y del Tribunal.

En consecuencia, corresponde al Tribunal, en ejercicio de las responsabilidades que le confiere el artículo 19, resolver la cuestión haciendo referencia al texto de las declaraciones respectivas y a la naturaleza particular del régimen de la Convención. No obstante, este último es favorable a la separación de las cláusulas atacadas, porque por ese medio se pueden garantizar los derechos y las libertades consagradas en la Convención en todas las esferas pertinentes de la 'jurisdicción' de Turquía, en el sentido del artículo 1 de la Convención.

El Tribunal ha examinado el texto de las declaraciones y la redacción de las restricciones a fin de investigar si las restricciones impugnadas se pueden separar de los instrumentos de aceptación o si forman una parte integral indivisible de ellos. Aun examinando como un todo los textos de las declaraciones de los artículos 25 y 46, el Tribunal considera que las restricciones denunciadas se pueden separar del resto del texto, dejando intacta la aceptación de las cláusulas facultativas."³⁹⁴

- El Comité de Derechos Humanos afirmó que:

"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."³⁹⁵

220. Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en las diferencias existentes entre el control que él aplica y el relativo al funcionamiento de la CIJ³⁹⁶, las similitudes entre ese razonamiento y el de Sir Hersch Lauterpacht en la opinión individual anexa al fallo de la CIJ en el caso de los Empréstitos noruegos³⁹⁷ son muy notables, aunque el Tribunal de Estrasburgo se muestra menos circunspecto que el Magistrado de La Haya en su aplicación y, sobre todo,

³⁹⁴ Ibíd., párrs. 95 a 97.

³⁹⁵ Comentario General No. 24, supra (nota 86), párr. 18.

³⁹⁶ Véase supra, nota 326.

³⁹⁷ Supra (nota 325), Rec. CIJ 1957, págs. 56 a 59.

que éste deja completamente de lado el punto de partida de todo su razonamiento, que se fundamentaba en una alternativa clara:

"Si es nula la cláusula insertada en la aceptación a fin de reservar el derecho de decisión unilateral del gobierno declarante, la Corte sólo tiene una alternativa: o bien puede considerar nula esa parte de la reserva contraria al Estatuto, o bien puede considerar que toda la aceptación está viciada de nulidad. (Hay una tercera posibilidad - que basta mencionar para descartar -, a saber, que esa parte de la reserva no anula toda la aceptación, sino solamente la reserva. Eso significaría que toda la reserva sobre los asuntos de competencia nacional sería considerada nula, aunque la declaración de aceptación, como tal, sería considerada plenamente válida.)"³⁹⁸

221. Justamente fue esa "tercera posibilidad" (que Lauterpacht sólo menciona para descartarla inmediatamente) la que el Tribunal de Estrasburgo puso en práctica en los fallos citados precedentemente y que es la considerada por el Comité de Derechos Humanos en el Comentario General No. 24.

222. Esas posiciones quizás se expliquen por una confusión entre dos nociones muy diferentes:

- En primer lugar, la de "divisibilidad" de las disposiciones del tratado mismo³⁹⁹, que, en materia de reservas, plantea la cuestión de saber si la disposición a que se refiere la reserva se puede separar del tratado sin comprometer su objeto y fin; sin duda se puede considerar que se trata de una condición necesaria para la licitud de la reserva, a falta de la cual las disposiciones del párrafo 4 del artículo 20 del párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena carecerían de sentido⁴⁰⁰;
- En segundo lugar, la de "separabilidad" de la reserva en relación con el consentimiento del Estado que formula la reserva de estar vinculado en general al tratado, lo que es una cuestión completamente diferente⁴⁰¹ y lleva a preguntarse si la reserva era o no una condición sine qua non para obligar al Estado.

223. Por cierto, no es imposible prever cuáles podrían ser las consecuencias de la "divisibilidad" de la disposición a que se refiere la reserva considerada

³⁹⁸ *Ibíd.*, págs. 55 a 56, el subrayado es nuestro.

³⁹⁹ Cf. P. Reuter, *op. cit.* (nota 43), pág. 33.

⁴⁰⁰ La doctrina más autorizada en materia de reservas habla de "divisibilidad" en el caso de esta primera acepción (véase, por ejemplo, P. Reuter, *ibíd.*, págs. 76 y 77, D. W. Bowett, *op. cit.* (nota 296), pág. 89, o Sir Ian Sinclair, *op. cit.* (nota 207), pág. 68).

⁴⁰¹ Pero que aparentemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confundió con la noción precedente en el caso *Loizidou* (véase *supra*, párr. 219).

ilícita. En sus comentarios sobre el Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos, el Reino Unido se sumó al razonamiento de Lauterpacht⁴⁰²

"Conviene en que cierta separabilidad⁴⁰³ puede perfectamente ofrecer una solución en los casos apropiados, aunque sus matices están sólo comenzando a explorarse en la práctica de los Estados. Sin embargo, 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."⁴⁰⁴

224. Ahora bien, es justamente esta "otra solución" que desemboca en la "separabilidad" practicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y prevista por el comité de Derechos Humanos⁴⁰⁵.

225. Durante el debate del proyecto de Comentario General No. 24 ante el Comité de Derechos Humanos, la Sra. Higgins explicó que, en el caso de los instrumentos de derechos humanos, no era deseable excluir Estados partes; por el contrario era preferible mantenerlos; ese es el motivo de la redacción empleada en la penúltima frase del párrafo 20^{406, 407}. En el leal sabor y entender del Relator Especial, esa es la única explicación de la "separabilidad" que se encuentra en los trabajos preparatorios del Comentario General No. 24 y es también la justificación principal de los tratadistas partidarios de esa doctrina⁴⁰⁸.

226. Ello plantea problemas jurídicos muy graves. En derecho no se trata de saber si hace falta o no "proteger" a los Estados partes que han formulado reservas, sino de determinar si han prestado su consentimiento o no a considerarse vinculados y, parafraseando al Comité, son los propios Estados y no los órganos externos, por más bien intencionados y técnicamente irreprochables que sean, los que se encuentran "en condiciones especialmente adecuadas para

⁴⁰² Supra, párr. 220.

⁴⁰³ El Reino Unido designa aquí como "separabilidad" lo que se define como "divisibilidad" supra, párr. 222.

⁴⁰⁴ Observaciones, supra (nota 87), párr. 14; la posibilidad de que ello ocurra concretamente sólo se presentará raramente.

⁴⁰⁵ Véase supra, párr. 219.

⁴⁰⁶ Pasó a ser el párrafo 18.

⁴⁰⁷ CCPR/C/CR.1382, párr. 11.

⁴⁰⁸ Cf. Th. Giegerich, op. cit. (nota 200), pág. 782 (no obstante, ese autor añade curiosamente que esa solución "también impide la incertidumbre jurídica en lo que respecta a la situación del Estado que formula la reserva en su condición de parte contratante").

realizar esta tarea"⁴⁰⁹ es difícil admitir que dichos órganos puedan ponerse en el lugar de los Estados a fin de realizar esa determinación. La solución inversa puede ser fuente de graves problemas políticos y constitucionales para el Estado que formula la reserva, sobre todo cuando el parlamento ha agregado condiciones a la autorización de ratificación o de adhesión⁴¹⁰.

227. Además parece singular que los órganos de control puedan ir más allá de lo que los propios Estados pueden realizar en las relaciones inter se. Según las Convenciones de Viena y la práctica, esos órganos cuentan solamente con dos posibilidades: la exclusión de la aplicación de la disposición a que se refiere la reserva (apartado a) del párrafo 1 del artículo 21) o del tratado en su conjunto (apartado b) del párrafo 4 del artículo 20); pero en ningún caso se prevé "la posibilidad de que el tratado entre en vigor en su totalidad para el Estado que formula la reserva"⁴¹¹.

228. De todos modos, la crítica más grave que se puede formular a la "separabilidad" es que desconoce totalmente el carácter consensual que constituye la esencia misma de todo compromiso convencional. Los tres Estados que hasta el momento han formulado comentarios en relación con el Comentario General No. 24 están de acuerdo en esa cuestión, que fue expresada con particular claridad por Francia, que recordó "que los acuerdos, cualquiera sea su naturaleza, se rigen por el derecho de los tratados, que éstos se fundamentan en el consentimiento de los Estados y que las reservas son las condiciones que los Estados incluyen para ese consentimiento; por ello se deduce necesariamente que si se considera que esas reservas son incompatibles con el objeto y el fin del tratado, sólo se puede concluir que se debe declarar que ese consentimiento no es válido y decidir que esos Estados no se pueden considerar partes en el instrumento del caso"⁴¹².

229. A reserva de las posibles consecuencias de la "divisibilidad" sobre la disposición a que se refiere la reserva⁴¹³, parece imponerse la conclusión siguiente: cualquiera sea su objeto, el tratado es un acto jurídico cuyo fundamento reposa en la voluntad de los Estados, cuyo sentido no puede presumirse ni inventarse. Los tratados relativos a los derechos humanos no escapan a la ley común: su objeto y su fin no dan lugar a ninguna "transubstanciación" y no los transforman en una "legislación internacional" que se puede imponer a los Estados contra su voluntad.

⁴⁰⁹ Cf. Comentario General No. 24 supra (nota 86), párr. 18.

⁴¹⁰ Véase al respecto la intervención del representante de los Estados Unidos ante la Sexta Comisión durante el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General, A/C.6/50/CR.13, párr. 53.

⁴¹¹ Observaciones de los Estados Unidos supra (nota 87), secc. 5, pág. 142.

⁴¹² Observaciones supra (nota 87), secc. 7.V; véanse también las observaciones supra (ibíd.) de los Estados Unidos, secc. 5, y del Reino Unido, párr. 14.

⁴¹³ Véase supra, párr. 223.

230. Ahora bien, ese es el riesgo en que incurren los órganos de control cuando se aventuran a investigar cuál era la intención del Estado en el momento del compromiso, al mismo tiempo que formulaba la reserva. No sólo la determinación de esa intención puede ser extremadamente delicada⁴¹⁴; no sólo son los precedentes de los casos Belilos y Loizidou poco convincentes al respecto⁴¹⁵, sino que, en su principio mismo, una investigación de ese tipo da lugar a objeciones graves.

b) Derechos y deberes del Estado que formula la reserva

231. Si se considera cierto lo manifestado precedentemente:

1. Los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos pueden examinar la licitud de las reservas formuladas por los Estados en relación con el régimen de reservas aplicables;

2. Si consideran que la reserva no es lícita, sólo pueden concluir que el Estado que formula la reserva no está vinculado⁴¹⁶;

3. Pero no les corresponde ponerse en el lugar del Estado para determinar si éste pensaba o no estar vinculado al tratado a pesar de la ilicitud de la reserva a la que había incluido su expresión de consentimiento a considerarse vinculado.

232. En consecuencia, la actitud del Estado que formula la reserva es crucial y se plantea el problema de saber si está vinculado por normas jurídicas o si se beneficia de una competencia de carácter exclusivamente discrecional.

233. También aquí resulta más cómodo dividir el problema en dos interrogantes diferentes, si bien vinculadas:

- ¿Se imponen al Estado que formula la reserva las constataciones del órgano de control?

- ¿Cualquiera sea la respuesta a la pregunta precedente, puede el Estado elegir entre distintos tipos de reacción?

⁴¹⁴ Cf. la opinión supra (nota 325) de Sir Hersch Lauterpacht en el caso Interhandel, Rec. CIJ 1959, págs. 112 a 116; véase también R. W. EDWARDS op. cit. (nota 388), pág. 375.

⁴¹⁵ En el caso Belilos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subestimó muy visiblemente la importancia de la reserva a los ojos de las autoridades de Suiza, como lo demuestran los titubeos de Suiza para pasar a ser parte en la Convención después de pronunciado el fallo (véase la nota 378, supra). Y los motivos - exactamente opuestos - aducidos por el Tribunal de Estrasburgo para fundamentar su decisión en el caso Loizidou, por lo menos desdeñosos en relación con un Estado soberano en el que el Tribunal pura y simplemente pone en duda las declaraciones solemnes formuladas ante ella durante el proceso (véase párr. 219).

⁴¹⁶ Excepto a la hipótesis, difícil de imaginar concretamente, de la "divisibilidad" (véase supra, párrs. 220 a 223).

i) La fuerza apremiante de las constataciones del órgano de control

234. Aunque parece controversial⁴¹⁷ la respuesta a esta primera pregunta prácticamente no plantea problemas. En efecto, parece casi evidente que la autoridad de las constataciones efectuadas por el órgano de control en materia de reservas depende de la competencia que se la ha otorgado: tendrán fuerza de cosa juzgada si el órgano tiene carácter jurisdiccional o arbitral y carácter contencioso, y valor de opinión consultiva o de recomendación en los demás casos.

235. Concretamente, es cierto que la cuestión es un poco más compleja. En efecto, por un lado, no es siempre fácil determinar la naturaleza exacta del órgano que debe pronunciarse, y todavía menos cuando un mismo órgano puede ejercer en distintos casos competencias diversas. Por otra parte, esas cuestiones no se encasillan de manera obligada en categorías bien determinadas y claramente identificadas por el derecho. Por último, la entidad exacta de algunos instrumentos es objeto de controversias en la doctrina y, aunque ese no sea el caso, se pueden plantear al respecto problemas objetivos⁴¹⁸. No obstante, todos esos problemas, que son reales, no tienen ninguna especificidad en la esfera de las reservas. En consecuencia, basta con respetar la directiva muy general enunciada supra⁴¹⁹.

236. No obstante, se puede manifestar que, incluso sobre esa cuestión, el Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos no puede escapar a las críticas. En particular, el Reino Unido le ha reprochado haber empleado "la expresión 'decida' en relación con el papel que cabe al Comité con respecto a las reservas", y de haberlo hecho además, "en el contexto de su aseveración de que la tarea en cuestión es inadecuada para los Estados partes"⁴²⁰.

237. Si el Comité entendía por ello que le corresponde tomar decisiones obligatorias para los Estados partes, probablemente esa objeción está bien fundada: las "observaciones", los "informes" y las "constataciones" adoptadas por el Comité en aplicación de los artículos 40 y 41 del Pacto o del artículo 5 del Protocolo I ciertamente no tienen valor jurídicamente obligatorio⁴²¹. Quizás hubiera sido más exacto emplear el término "constatar" pero ciertamente es verdad que "no se debe leer demasiado en el verbo 'determinar'"⁴²²: el Comité puede tomar una posición sobre la licitud o ilicitud de las reservas formuladas al Pacto por los Estados partes en el ejercicio de sus funciones generales de supervisión de la aplicación de ese instrumento, pero no se debe

⁴¹⁷ Véase infra, párrafos 236 y siguientes.

⁴¹⁸ Véase, por ejemplo, infra párr. 241.

⁴¹⁹ Párr. 234.

⁴²⁰ Observaciones supra (nota 87), párr. 11.

⁴²¹ "La naturaleza jurídicamente vinculante de toda 'determinación' adoptada por el Comité, ya sea sobre la cuestión o por otras causas, es problemática" (R. Higgins, op. cit. (nota 98), pág. 5, nota 7 (versión mecanografiada).

⁴²² Ibíd.

confundir "la competencia para hacer algo con el efecto obligatorio de lo que se hace"⁴²³.

238. Después de haber examinado el primer informe de los Estados Unidos, presentado después de la aprobación del Comentario General No. 24, el Comité lamentó "la amplitud de las reservas, declaraciones e interpretaciones del Pacto hechas por el Estado parte" y que "esté especialmente preocupado por las reservas expresadas con respecto al párrafo 5 del artículo 6 y el artículo 7 del Pacto, que a su juicio son incompatibles con el objetivo y la finalidad de éste"⁴²⁴. Durante el último período de sesiones dedicado al examen de ese informe, en su respuesta a las preocupaciones expresadas por los Estados Unidos, el Presidente del Comité dijo lo siguiente:

"Las interpretaciones del Comité, según figuran en sus observaciones generales, no tienen carácter apremiante, si bien espera que tendrán un cierto peso y autoridad."⁴²⁵.

239. Las fórmulas empleadas por los Presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos en sus informes de 1992 y 1994⁴²⁶ recurren a las mismas observaciones: las fórmulas son diversas y, de todos modos, no podrían implicar que los órganos interesados tienen más facultades en esa esfera que las que les confieren sus estatutos.

240. Esas facultades son igualmente muy variables según las circunstancias y cambian de un órgano a otro. No es menos cierto que, al ratificar los tratados que los crean, los Estados partes se comprometen a aplicarlos de buena fe, lo que como mínimo significa que examinará de buena fe las observaciones y las recomendaciones que les formulan esos órganos⁴²⁷.

⁴²³ *Ibíd.*, pág. 10 (versión dactilográfica).

⁴²⁴ Observaciones *supra* (nota 282), párr. 14.

⁴²⁵ CCPR/C/SR.1406, párr. 3.

⁴²⁶ "Los órganos creados en virtud de tratados deberían examinar sistemáticamente las reservas formuladas al considerar los informes y deberían incluir en la lista de preguntas a los gobiernos informantes una relativa a la necesidad de mantener una determinada reserva o la posibilidad de que el Estado parte retirase una reserva que el órgano respectivo pudiese considerar incompatible con el objeto y el propósito del tratado" (Informe *supra*, A/47/628, nota 83, párr. 36); "Los presidentes recomiendan que los órganos creados en virtud de tratados declaren inequívocamente que ciertas reservas respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos son contrarias a los objetivos y el propósito de esos instrumentos y que por consiguiente son incompatibles con el derecho de los tratados" (Informe *supra* A/49/537, nota 83, párr. 30).

⁴²⁷ Cf. R. Higgins, *op. cit.* (nota 98), pág. 5, nota 11 (versión mecanografiada); y, de manera más general, P. Daillier y A. Pellet, *op. cit.* (nota 128), pág. 372.

ii) Las reacciones esperadas del Estado que formula reserva

241. Evidentemente, el valor jurídico de las constataciones efectuadas por los órganos de control influyen sobre la naturaleza y la entidad de las obligaciones que surgen para el Estado que formula la reserva y cuya reserva ha sido declarada ilícita. Si un órgano de esa naturaleza cuenta con facultades decisorias, el Estado debe obedecer. No obstante, esa regla se mitiga debido a dos elementos:

- En primer lugar, en derecho estricto, no es absolutamente evidente que un Estado está jurídicamente obligado a retirar una reserva declarada ilícita si esa cuestión no constituye el objeto mismo de la decisión; además, en el caso de los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, un caso de ese tipo sólo se produciría muy raramente⁴²⁸;
- En segundo lugar, siempre dentro del derecho estricto, en el supuesto de que se dictara una decisión de ese tipo, ésta tendría la autoridad relativa de la cosa juzgada y sólo impondría obligaciones al Estado demandado en relación con él o los peticionantes⁴²⁹.

242. No obstante, no se debe otorgar una importancia excesiva a esas consideraciones estrictamente técnicas: prácticamente no se puede concebir que un Estado deseoso de respetar el derecho - y consciente de su imagen internacional - adopte una posición tan restrictiva. Ello se aplica tanto a las constataciones que se realizarían en esas circunstancias como a las recomendaciones o las opiniones consultivas: si esos instrumentos no son vinculantes, por lo menos dan permiso⁴³⁰ y los Estados partes no podrían, sin quebrantar el principio de la buena fe, permanecer indiferentes a constataciones relativas a la amplitud de los compromisos celebrados formuladas, en el ejercicio de sus funciones (contenciosas, consultivas o de otro tipo), por un órgano creado en virtud de un tratado al que se han querido vincular.

243. En todos los casos en que un órgano de esa naturaleza constate la ilicitud de la reserva, el Estado se encuentra frente a una elección, salvo en el caso

⁴²⁸ No obstante, ello podría ocurrir si un Estado (que formula una reserva o una objeción) se dirigiera al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un litigio relativo a las reservas a título del artículo 46 de la Convención Europea de Derechos Humanos o del artículo 62 de la Convención Americana. Por el contrario, en general se considera que el principio de la autoridad de la cosa juzgada (res judicata) sólo se aplica a la parte dispositiva de las decisiones jurisdiccionales o arbitrales y a los considerados que constituyen su fundamento necesario, pero no a su conjunto; además, si un órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la licitud de una reserva con motivo de una investigación, individual o interestatal, relativa a la aplicación de la Convención, es dudoso que las constataciones hechas sobre esa cuestión puedan considerarse res judicata.

⁴²⁹ Véase supra, párr. 205, la posición de Sir Humphrey Waldock.

⁴³⁰ Véase por ejemplo: Jean-Paul Jacqué, Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, L.G.D.J., París, 1975, pág. 238, o P. Daillier y A. Pellet, op. cit. (nota 128), págs. 373 a 374.

excepcional de que sólo a él le corresponda determinar si la reserva ilícita a la que ha agregado la expresión de su consentimiento de vincularse constituye un elemento esencial de éste⁴³¹.

244. Ciertamente, cuenta con dos opciones:

- La retirada pura y simple de la reserva, o
- La terminación de su participación en el tratado.

245. En ambas hipótesis, sin duda se debe considerar que su decisión produjo efectos, en todo caso algunos efectos, ab initio: por definición, si la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado⁴³², la desnaturaliza y le quita toda sustancia, y no es difícil considerar que el Estado que formuló la reserva no fue verdaderamente parte en el tratado⁴³³. En ese estado de cosas, no se puede tener una concepción demasiado absoluta de la nulidad que resultaría de la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado: la constatación de su ilicitud puede ocurrir mucho después de la expresión del consentimiento del Estado de considerarse vinculado⁴³⁴ y haber producido entretanto efectos jurídicos que sería difícil o imposible de volver atrás.

246. No es dudoso que la decisión del Estado que formula la reserva de no seguir presentando los informes convencionales después de la constatación de la ilicitud de esa reserva presente inconvenientes reales. En particular, como observa el Magistrado MacDonald "excluir la aplicación de una obligación en razón de una reserva inválida es en realidad dar plena fuerza y efecto a la reserva"⁴³⁵. No obstante, esa afirmación da lugar a dos observaciones:

- Primero, ese autor se coloca aquí en la hipótesis de la "divisibilidad"⁴³⁶; o bien que lo que así se prevé es diferente: el Estado renuncia a los beneficios del tratado en su conjunto (o retira la reserva objetada);

⁴³¹ Véase, supra párrs. 228 a 231.

⁴³² D. W. Bowett hace una distinción entre una reserva "fundamentalmente incompatible con el objeto y el propósito del tratado" y una reserva simplemente "inadmisibles" (op. cit., nota 296, pág. 77) y concluye que sólo la primera es nula y, si fuera separable, se la puede descartar", ibíd., pág. 84. Contra: C. Redgwell, op. cit. (nota 97), págs. 267 a 268.

⁴³³ Independientemente de la hipótesis formulada en la nota precedente, se podría llegar a una conclusión diferente si la reserva estuviera prohibida por el tratado - por existir una cláusula sobre reservas - pero no obstante, no se la puede considerar contraria al objeto o al fin del tratado.

⁴³⁴ Véase supra, párr. 213.

⁴³⁵ Op. cit. (nota 348), pág. 449.

⁴³⁶ Véase supra, párr. 222.

- Segundo, a partir de entonces la decisión del Estado que formula la reserva de no seguir presentando a los informes convencionales tiene simplemente como efecto restablecer el statu quo ante.

247. En consecuencia, si se traslada esa situación de "todo o nada" a las funciones del régimen de las reservas⁴³⁷, esa situación no es satisfactoria y se corre el riesgo de comprometer el objetivo de la universalidad, porque se incita al Estado que formula la reserva a salir del círculo de la convención. En consecuencia, se plantea la pregunta de saber si el Estado no se puede orientar en dirección de una solución intermedia que preserve la integridad del tratado y que al mismo tiempo le permita mantener su participación sin causarle dificultades insuperables. En otros términos: ¿se puede concebir jurídicamente que el Estado interesado modifique su reserva para hacerla compatible con el objeto y el fin del tratado?⁴³⁸.

248. Prima facie parece difícil que una solución intermedia de ese tipo sea compatible con el "régimen de Viena" porque, de conformidad con las disposiciones del artículo 19 de las Convenciones de 1969 y 1986, sólo se puede formular una reserva "en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo". Además, la facultad de formular una objeción o una reserva está limitada por los plazos establecidos en el párrafo 5 del artículo 20.

249. Con todo, no parece que la objeción sea dirimente. Por una parte, si se considera que, en realidad, el Estado nunca expresó un consentimiento válido para considerarse vinculado al tratado⁴³⁹, la "regularización" de su reserva parece acompañar la expresión de su consentimiento a estar vinculado. Por otra parte, y especialmente, si como parece inevitable, a menos de que se atente gravemente contra el principio fundamental del consentimiento, que es la base misma de todo compromiso convencional⁴⁴⁰, el Estado que formula la reserva puede renunciar a su participación en el tratado, no se comprende por qué del mismo modo no podría modificar el sentido de la reserva a fin de volverla compatible con el objeto y el fin del tratado y, en consecuencia, hacerla admisible. Esa solución, que no es incompatible con las normas de Viena, tiene la gran ventaja de conciliar las exigencias de integridad y de universalidad, propias de todo régimen de reservas.

250. Como manifestó el Magistrado Valticos, en la opinión en disidencia parcial adjuntada al fallo Chorherr del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el rechazo de esa posibilidad

"no sería [...] razonable, ya que sólo se informó al Gobierno interesado de la invalidez de su reserva muchos años después de la ratificación. En consecuencia, el Gobierno interesado debió haber tenido la posibilidad de

⁴³⁷ Véase supra, párrs. 90 a 98.

⁴³⁸ O que el Estado remedie la causa que dio origen a la ilicitud de su reserva.

⁴³⁹ Véase supra, párr. 245.

⁴⁴⁰ Véase supra, párr. 228.

rectificar la situación y de formular una reserva válida, en un plazo razonable y sobre la base de la reserva anterior."⁴⁴¹.

251. Al respecto existe por lo menos un precedente. En efecto, si bien en el fallo Belilos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que Suiza estaba vinculada "independientemente de la validez de la declaración" de la que acababa de constatar que no se conformaba el artículo 64 de la Convención⁴⁴², ese país, conforme además con una sugerencia que había formulado ante el Tribunal y que éste no había recordado⁴⁴³, formuló una nueva declaración⁴⁴⁴, sin aparentemente suscitar objeciones ni protestas. Además, de manera más general, no cabe dudas de que se puede admitir que los Estados, que en todo momento pueden retirar sus reservas, igualmente las pueden "atenuar"; nuevamente la práctica reciente del Secretario General en su condición de depositario se orienta en ese sentido⁴⁴⁵.

Conclusión de la sección 3. La coexistencia de los mecanismos de control

252. En conclusión, aparentemente:

1. Si los tratados de derechos humanos no presentan, en cuanto a su contenido, un carácter específico que justifique que se les aplique un régimen de reservas derogatorio, por el contrario, la creación por la mayoría de ellos de órganos de supervisión de su aplicación tiene influencia en las modalidades de control de la licitud de las reservas;

⁴⁴¹ Opinión supra (nota 332), págs. 16 a 17. El Magistrado Válticos sugiere además que se presente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda nueva declaración o reserva a fin de apreciar su validez; nada se opone a ello de lege ferenda, pero para ello sería necesario que lo previera un texto expreso, salvo que se utilizara el procedimiento de opinión consultiva del Protocolo No. 2.

⁴⁴² Véase supra, párr. 219.

⁴⁴³ Véase W. A. Schabas, op. cit. (nota 118), págs. 76 y 77.

⁴⁴⁴ Anuario de la CEDH., 1988, vol. 31, pág. 5. El año siguiente la propia Suiza modificó una vez más su declaración y Liechtenstein, cuya propia declaración, idéntica, no había sido hasta entonces declarada inválida por el Tribunal, hizo otro tanto en 1992 (véase W. A. Shabas, op. cit. (nota 118), pág. 77).

⁴⁴⁵ Después de varias objeciones, el 5 de julio de 1995 el Gobierno de la Jamahiriya Árabe Libia informó al Secretario General de su intención de "modificar y hacer más específica" la reserva general que había formulado después de su adhesión a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el Secretario General comunicó esa modificación (cf. ST/LFG/SR.E/LY, págs. 180 y 186 a 189 y 190, nota 20), sin dar lugar a oposiciones ni a críticas (véase igualmente la notificación dirigida al Secretario General por el Gobierno de Finlandia, de fecha 10 de febrero de 1994, destinada a modificar, reduciendo su entidad, una reserva a la Convención sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de 26 de octubre de 1961 (ibíd., pág. 698)).

2. Si bien ello no fue previsto en sus estatutos, esos órganos se han dedicado a controlar la licitud de las reservas de los instrumentos que los crean, por lo que se les debe reconocer competencia con ese fin: ello es una condición necesaria para el ejercicio de las funciones generales de supervisión que se les han otorgado;

3. Al igual que las propias partes contratantes en sus informes inter se, o los demás órganos de arreglo de controversias que puedan ser competentes, los órganos de supervisión controlan la licitud de las reservas de los tratados de derechos humanos con fundamento en el criterio del objeto y el fin, confirmando de esta manera la adaptación de esos instrumentos al régimen flexible de reservas consagrado por las convenciones de 1969 a 1986;

4. El valor jurídico de las constataciones realizadas por esos órganos en el ejercicio de sus facultades de control no puede exceder las que resultan de las facultades que se les han otorgado para cumplir su misión general de supervisión; de todos modos, en todos los casos los Estados deben examinar esas constataciones de buena fe y, según proceda, remediar las ilicitudes constatadas;

5. Los órganos de control de la licitud de las reservas, cualesquiera sean, no pueden ponerse en el lugar del Estado que formula la reserva para determinar sus intenciones en cuanto a la amplitud de las obligaciones convencionales que está dispuesto a asumir; en consecuencia, sólo a éste corresponde decidir de qué manera es conveniente poner fin al vicio que afecta la expresión de su consentimiento en relación con la ilicitud de la reserva;

6. Esa "conformación" se puede traducir en el retiro puro y simple de la reserva ilícita o en su modificación.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

253. Habida cuenta de la importancia de los problemas que plantea la práctica reciente de los órganos encargados de la supervisión de la aplicación de los tratados de derechos humanos en lo relativo a las reservas y la magnitud de las controversias que ello suscita, el Relator Especial ha considerado necesario alejarse un poco de la intención prevista cuando presentó su informe preliminar en cuanto al orden de presentación de las distintas cuestiones planteadas por el tema "Las reservas a los tratados". En efecto, le ha parecido necesario que la Comisión de Derecho Internacional exponga el punto de vista del derecho internacional general, del que es uno de sus órganos, en este debate a veces oscurecido y, en todo caso, desvirtuado por posiciones inspiradas en las mejores intenciones, pero que, por ser demasiado sectoriales, tienden a exagerar las particularidades de ciertas esferas o ramas del derecho o de ciertos tratados, en detrimento de la unidad de las normas del derecho internacional.

254. Es cierto que la unidad no es un objetivo en sí mismo y es perfectamente posible concebir la aplicación de normas diferentes en situaciones distintas, cuando ello se justifique. De todos modos, no parece que las reservas a los tratados exijan una diversificación normativa de ese tipo: el régimen en vigor se caracteriza por su flexibilidad y adaptabilidad y logra de manera

satisfactoria el equilibrio que necesariamente debe existir entre las exigencias contradictorias de la integridad y la universalidad de los tratados.

255. Sin que importe lo que se haya dicho o escrito, ese objetivo de equilibrio es universal. Cualquiera sea su objeto, un tratado sigue siendo un tratado y expresa la voluntad de los Estados (o de las organizaciones internacionales) partes. El objetivo del régimen de las reservas es permitir que esas voluntades se expresen se manera equilibrada y satisfactoria en conjunto. Sería lamentable ponerlo en peligro dando una importancia indebida a consideraciones sectoriales que perfectamente se pueden acomodar en el régimen existente.

256. No obstante, esa conclusión general se debe mitigar con dos consideraciones:

- Primero lugar, no se puede negar que el derecho no se fijó ni en 1951 ni en 1969⁴⁴⁶; hay ahora problemas que entonces casi no se planteaban ni existían y que conviene resolver; a juicio del Relator Especial, esa respuesta se puede y debe encontrar en el espíritu de las "normas de Viena", en el entendimiento de que se las debe adaptar y ampliar, según el caso, cuando sea necesario;
- Segundo, se debe mantener el espíritu de que el modo normal de adaptar las normas generales de derecho internacional a las necesidades y a las circunstancias particulares es adoptar, por la vía convencional, las normas adecuadas, lo que en la esfera de las reservas se puede lograr fácilmente mediante la adopción de cláusulas de reserva derogatorias, si las partes lo consideran necesario.

257. Más concretamente, no parece existir ninguna razón decisiva que obligue a adoptar un régimen particular de reservas para los tratados normativos, inclusive los tratados de derechos humanos. Las particularidades de esos instrumentos estuvieron perfectamente presentes en el espíritu de los Magistrados de 1951 y de los "codificadores" de años posteriores y no les pareció necesario, con justa razón a juicio del Relator Especial, justificar un régimen derogatorio general.

258. Por el contrario, se puede legítimamente considerar que los redactores de las Convenciones de Viena casi no previeron la función que podrían llegar a cumplir los órganos de supervisión de la aplicación de algunos tratados, especialmente en la esfera de la protección de los derechos humanos, cuando se aplicara el régimen de reservas por ellos consagrado. En verdad, esa función se podría circunscribir fácilmente mediante la aplicación simultánea de los principios generales de derecho internacional, conservando simultáneamente el espíritu y las funciones de un régimen de reservas y los que corresponden a esos órganos.

259. De todos modos, existen dos circunstancias - especialmente la segunda - que permiten justificar la adopción de cláusulas de reserva particulares, lo que, en todos los casos, permite evitar controversias estériles.

⁴⁴⁶ Véase Informe preliminar supra (nota 2), párrafos 161 y 162.

260. Habida cuenta de esas observaciones, el Relator Especial considera que la Comisión cumpliría plenamente su función de promoción del desarrollo y codificación progresivos del derecho internacional⁴⁴⁷ si adoptase una resolución, para su aprobación por la Asamblea General y que ésta se podría señalar a la atención de los Estados de las distintas partes participantes en los debates, con por lo menos la esperanza de precisar y aclarar sus fundamentos jurídicos. En ese espíritu, se ha redactado el proyecto de resolución siguiente:

Proyecto de resolución de la Comisión de Derecho Internacional
sobre las reservas a los tratados normativos multilaterales,
incluidos los tratados de derechos humanos

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo examinado en su 48º período de sesiones la cuestión de la unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas,

Consciente de los debates que se plantean en la actualidad en otros foros en relación con el régimen de las reservas a los tratados normativos multilaterales, en particular los relativos a los derechos humanos,

Deseando que en esos debates se oiga la voz del derecho internacional,

1. Reafirma su adhesión a la aplicación efectiva del régimen de reservas consagrado en los artículos 19 a 23 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986, y particularmente al criterio fundamental del objeto y el fin del tratado como criterio fundamental para apreciar la licitud de las reservas;

2. Considera que, por su flexibilidad y adaptabilidad, ese régimen se adecua a las exigencias de los tratados en general, cualquiera sea su objeto o naturaleza, y logra un equilibrio satisfactorio entre los objetivos de mantener la integridad del texto del tratado y la universalidad de la participación en él;

3. Estima que esos objetivos son totalmente válidos en el caso de las reservas a los tratados normativos multilaterales, incluso en la esfera de los derechos humanos, y que las normas generales enunciadas en las Convenciones de Viena mencionadas supra se aplican plenamente a las reservas formuladas a esos instrumentos;

4. Considera no obstante que la creación, en numerosos tratados de derechos humanos, de mecanismos de supervisión plantea problemas particulares, que no se previeron cuando se concertaron esas Convenciones, en lo relativo al control de la licitud de las reservas formuladas por los Estados;

⁴⁴⁷ Cf. artículo 1º del Estatuto.

5. Considera además que, aunque esos tratados nada dicen al respecto, los órganos por ellos creados necesariamente son competentes para ejercer esa tarea de control, indispensable para el ejercicio de las funciones que les han sido confiadas, pero que la supervisión que pueden ejercer sobre la licitud de las reservas no excluye las modalidades tradicionales de control que por una parte pueden aplicar las Partes contratantes de conformidad con las disposiciones citadas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, según el caso, los órganos de arreglo de una controversia que pudiera plantearse en cuanto a la aplicación del tratado;

6. Considera igualmente cierto que sólo corresponde al Estado que formula la reserva determinar las consecuencias de la incompatibilidad de la reserva sobre el objeto y el fin del tratado; para ello, el Estado puede renunciar a ser parte, retirar su reserva o modificarla a fin de remediar la ilicitud constatada;

7. Hace un llamamiento a los Estados a fin de que cooperen plenamente y de buena fe con los órganos de supervisión de la licitud de las reservas, cuando éstos existan;

8. Sugiere que sería deseable que, en el futuro, se incluyeran cláusulas concretas en los tratados normativos multilaterales, especialmente en los relativos a los derechos humanos, a fin de eliminar las incertidumbres relativas al régimen de reservas aplicable, a las facultades de control de los órganos de supervisión por ellos creados y a los efectos jurídicos de ese control;

9. Expresa la esperanza de que los principios enunciados supra permitan elucidar el régimen de reservas aplicable a los tratados normativos multilaterales, en particular en la esfera de los derechos humanos; y

10. Sugiere a la Asamblea General que señale la presente resolución a la atención de los Estados y de los órganos encargados del control de la licitud de esas reservas.
