



Asamblea General

Distr. general
13 de junio de 2005
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional

57° período de sesiones

Ginebra, 2 de mayo a 3 de junio
y 4 de julio a 5 de agosto de 2005

Décimo informe sobre las reservas a los tratados

Preparado por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. La validez de las reservas	1–53	
A. La presunción de validez de las reservas	10–21	
B. Las reservas prohibidas por el tratado	22–33	
1. Alcance de las cláusulas que prohíben las reservas	22–49	} A/CN.4/558
a) La prohibición expresa de reservas	25–33	
b) La prohibición tácita de las reservas	34–49	
2. El efecto de la formulación de una reserva prohibida por el tratado (reenvío)	50–53	
C. Reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado	54–146	3
1. Aplicabilidad del criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado	57–71	4
2. La nación de objeto y fin del tratado	72–146	7
a) El sentido de la expresión “objeto y fin del tratado”	75–92	9
b) Aplicación del criterio	93–146	17
i) Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado	96–99	18
ii) Reservas a los tratados generales de derechos humanos	100–102	21
iii) Reservas relativas a la aplicación del derecho interno	103–106	23



iv) Reservas vagas y generales	107–115	25
v) Reservas relativas a disposiciones que enuncian normas consuetudinarias	116–130	29
vi) Reservas a disposiciones que enuncian normas de <i>jus</i> <i>cogens</i> o inderogables	131–146	37

C. Reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado

54. “Además de los casos previstos en los apartados a) y b)”, el apartado c) del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 excluye la formulación de reservas incompatibles “con el objeto y el fin del tratado”. Ese principio constituye uno de los elementos fundamentales del sistema flexible consagrado por el régimen de Viena, porque mitiga el “relativismo radical”¹³¹ dimanado del sistema panamericano, que reduce a las convenciones multilaterales a una red de relaciones bilaterales¹³², y al mismo tiempo se evita la rigidez resultante del sistema de la unanimidad.

55. Aparecida en materia de reservas en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951¹³³, esta noción se impuso progresivamente y hoy día se ha convertido en el punto de equilibrio entre la necesidad de mantener los aspectos esenciales del tratado y la voluntad de facilitar la adhesión a los convenios multilaterales del mayor número posible de Estados. No obstante, existe una gran diferencia entre la función del criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado según la opinión de 1951, por un lado, y el apartado c) del artículo 19 de la Convención por el otro¹³⁴. En la opinión consultiva, se aplica tanto a la formulación de las reservas como a la de las objeciones:

“El objeto y el fin establecen de este modo límites tanto a la libertad de formular reservas como a la de objetarlas.”¹³⁵

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

56. Dentro de ese límite, no cabe duda de que hoy día ese criterio de validez de la formulación de las reservas refleja una norma consuetudinaria que nadie discute¹³⁶. De todos modos, su contenido sigue siendo flexible (2) y las consecuencias de

¹³¹ P. Reuter, *op. cit.*, nota 28, pág. 73, párr. 130. El eminente autor aplica la expresión al sistema establecido por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (Rec. 1951, pág. 15); la crítica es sin duda excesiva (véanse los párrafos 88 a 90 *infra*; véanse también los párrafos 93 y ss.); por el contrario, es perfectamente aplicable al sistema panamericano.

¹³² Para el sistema panamericano, véase la bibliografía citada en P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, págs. 485 y 486. Además de la descripción hecha por el propio P. H. Imbert (*ibid.*, págs. 33 a 38), véase: M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Department of State, Washington, D.C., vol. 14, 1970, págs. 141 a 144, o J. M. Ruda, *op. cit.*, nota 17, págs. 115 a 133.

¹³³ *Rec.* 1951, págs. 24 y 26.

¹³⁴ V. M. Coccia, *op. cit.*, nota 34, pág. 9; L. Lijnzaad, *op. cit.*, nota 84, pág. 40; Manuel Ramamontaldo, “Human Rights Conventions and Reservation to Treaties”, en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. II, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 1.265 y 1.266, o I. Sinclair, *op. cit.*, nota 88, pág. 61.

¹³⁵ *Rec.* 1951, pág. 24.

¹³⁶ Véanse los argumentos dados en tal sentido por C. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, págs. 138 a 143. Véanse igualmente las conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional de 1997, en las que consideró que “los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986, regulan el régimen de reservas a los tratados y ... que, en particular, el objeto y finalidad del tratado es el más importante de los criterios para apreciar la admisibilidad de las reservas” (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 49º período de sesiones (A/52/10), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1997, vol. II, Segunda parte, pág. 57, párr. 1.

la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado están teñidas de un cierto grado de incertidumbre (3). Sin embargo, antes de examinar las respuestas que la Comisión podría aportar a esas dos cuestiones centrales, es conveniente determinar de manera preliminar los tipos de reservas a los cuales se aplica la prueba de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado (1).

1. Aplicabilidad del criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado

57. El principio enunciado en el apartado c) del artículo 19 de las Convenciones de Viena, según el cual no se puede formular una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado, sólo tiene un carácter subsidiario, ya que sólo se aplica a las hipótesis previstas en los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de la Convención¹³⁷, y si el tratado mismo no reglamenta la cuestión de las reservas.

58. Si así lo hiciera, se debe distinguir entre distintas hipótesis, que dan lugar a respuestas diferentes a la cuestión de saber si las reservas así reglamentadas se someten o no a la prueba de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. En dos de esas hipótesis, la respuesta es claramente negativa:

- No cabe ninguna duda de que una reserva expresamente prohibida por el tratado no podría considerarse válida con el pretexto de que sería compatible con el objeto y el fin del tratado¹³⁸;
- Lo mismo se puede decir respecto de las reservas determinadas: expresamente autorizadas por el tratado en condiciones concretas, son válidas de pleno derecho, sin tener que ser aceptadas por los demás Estados contratantes¹³⁹ y no están sometidas a la prueba de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado¹⁴⁰. Estos casos evidentes indudablemente no merecen ser enunciados en las disposiciones particulares de la Guía de la práctica; son la consecuencia directa e inevitable del apartado c) del artículo 19 de las Convenciones de Viena, que se propone reproducir en el proyecto de directriz 3.1¹⁴¹.

59. La solución es diferente en las dos otras hipótesis que resultan a contrario de lo dispuesto en los apartados a) y b) del artículo 19:

¹³⁷ El caso de los tratados de participación restringida o de actos constitutivos de organizaciones internacionales. Esas hipótesis no constituyen casos de prohibición tácita de formular una reserva; reintroducen, para tipos particulares de tratados, el sistema de la unanimidad.

¹³⁸ En sus observaciones sobre el proyecto aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional, el Canadá había sugerido que “se considere la posibilidad de hacer también extensivo el criterio de la ‘compatibilidad con el objeto y la finalidad del tratado’ a las reservas presentadas en aplicación de disposiciones expresas del tratado, con objeto de que no se apliquen criterios distintos a los casos en que un tratado no contenga disposición alguna sobre las reservas y a los casos en que las admita” (Sir Humphrey Waldock, Cuarto informe, A/CN.4/177, *op. cit.*, nota 48, pág. 47). Esa propuesta (no demasiado clara) no fue mantenida por la Comisión; en el mismo sentido, véanse las propuestas (más claras) de Briggs, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, vol. I, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 238, párrs. 13 y 14, e *ibíd.*, 1965, vol. I, 813ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 275, párr. 10; *contra*: Ago, *ibíd.*, párr. 16.

¹³⁹ Cf. el párrafo 1 del artículo 20.

¹⁴⁰ Véase párr. 39 *supra*.

¹⁴¹ Véase párr. 20 *supra*.

- Una reserva tácitamente autorizada, de modo que no entra en el marco de las reservas prohibidas (apartado a));
- Una reserva expresamente autorizada, pero que no está “determinada”.

60. En ambos casos, no se debe presumir que la autorización convencional de formular las reservas equivale a un cheque en blanco que se da a los Estados o a las organizaciones internacionales para formular cualquier tipo de reservas, cuando éstas podrían vaciar al tratado de su sustancia.

61. Cuando se trata de reservas autorizadas tácitamente, Sir Humphrey Waldock había admitido, en su cuarto informe sobre el derecho de los tratados, que una “posible excepción [al principio de la validez de pleno derecho de las reservas autorizadas por el tratado] sería el caso de un tratado que prohíbe explícitamente ciertas reservas con lo cual tácitamente permite otras, pues quizás no fuese desacertado considerar la compatibilidad con el objeto y la finalidad como una limitación tácita a la formulación de otras reservas”. No obstante, había descartado esa posibilidad, no porque fuera inexacta, sino porque “tal vez esto sea afinar demasiado la elaboración de las normas relativas a la intención de las partes, y parece conveniente que las disposiciones del artículo 18 [que pasó a ser el artículo 19 de la Convención] se formulen de la manera más sencilla posible”¹⁴². Esas consideraciones no son pertinentes en lo que respecta a la Guía de la práctica, cuya ambición es precisamente aportar a los Estados respuestas coherentes al conjunto de interrogantes que pueden plantearse en materia de reservas.

62. Es necesario entonces precisar en la Guía que las reservas “autorizadas tácitamente”, o sea que no están formalmente excluidas por el tratado, deben ser compatibles con el objeto y el fin del tratado. En efecto, sería como mínimo paradójico que las reservas a tratados que contengan cláusulas de reserva sean admitidas más liberalmente que en el caso de tratados que no las incluyan¹⁴³.

63. El proyecto de directriz 3.1.3, en que se prevé esa hipótesis, podría tener el texto siguiente:

3.1.3 *Reservas autorizadas tácitamente por el tratado*

Cuando el tratado prohíba la formulación de ciertas reservas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva no prohibida por el tratado cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.

64. El problema se plantea de la misma manera cuando la prohibición de la reserva es tácita (hipótesis del párrafo b)).

65. Como se indicó precedentemente¹⁴⁴, la enmienda de Polonia al apartado b) aprobada por la Conferencia de Viena de 1968 limitó la hipótesis de la prohibición tácita de las reservas únicamente a “que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva en cuestión”. De ello resulta que si las reservas autorizadas no están determinadas, se deben someter a las mismas condiciones generales que las reservas a tratados que no incluyan cláusulas concretas.

¹⁴² Informe citado en la nota 20 *supra*, A/CN.4/177, pág. 2, párr. 4.

¹⁴³ En el mismo sentido, Rosenne en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 155, párr. 10.

¹⁴⁴ Párrafo 37.

66. La modificación incorporada al apartado c), a continuación misma de la enmienda de Polonia, es un argumento más en tal sentido. En el texto de la Comisión de Derecho Internacional, la redacción del apartado c) era la siguiente:

“c) El tratado no contenga disposición alguna acerca de las reservas y la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.”¹⁴⁵

Estaba en la lógica del apartado b) que se prohibiera la formulación de reservas que no estuvieran autorizadas por una cláusula de reserva. En consecuencia, como una autorización no se puede interpretar más *a contrario* como que excluye automáticamente otras reservas, esa fórmula no se podía mantener¹⁴⁶; en consecuencia, el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena lo modificó en favor del texto actual¹⁴⁷. De ello resulta *a contrario* que si una reserva no entra en el campo de aplicación del apartado b) (porque no está determinada), se la debe someter a la prueba de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

67. Por lo demás, ese fue el razonamiento en que se fundó el tribunal arbitral que resolvió la controversia relativa al *Mar de Iroise* para decidir que el solo hecho de que el artículo 12 del Convenio de Ginebra sobre la plataforma continental autoriza ciertas reservas, sin precisarlas¹⁴⁸, no permite determinar automáticamente la validez de éstas¹⁴⁹.

68. En un caso de esa naturaleza, la validez de la reserva “cannot be assumed simply on the ground that it is, or purports to be, a reservation to an article to which reservations are permitted”¹⁵⁰ [no se puede presumir simplemente con fundamento en que es, o pretende ser, una reserva a un artículo al cual se permiten formular reservas]. Su validez se debe apreciar teniendo en cuenta su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado¹⁵¹.

¹⁴⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, pág. 222.

¹⁴⁶ Sin embargo, Polonia no había presentado una enmienda al apartado c) relativa a las consecuencias de la que había hecho adoptar en el apartado b). Por el contrario, una enmienda de Viet Nam tendiente a suprimir la expresión “El tratado no contenga disposición alguna acerca de la reserva y” (A/CONF.39/11/Add.2, nota 28 *supra*, pág. 144, párr. 177), fue rechazada por la Comisión Plenaria (ibíd., pág. 147, párr. 181).

¹⁴⁷ Curiosamente, el motivo dado por el Presidente del Comité de Redacción no vincula esta modificación del apartado c) a la aportada al apartado b): K. Yaseen se limitó a indicar que “[a]lgunos miembros del Comité han estimado que no es concebible que un tratado contenga una disposición sobre las reservas que no esté comprendida en ninguna de las categorías previstas en los apartados a y b” (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11, nota 31 *supra*, Comisión Plenaria, 70ª sesión, 14 de mayo de 1968, pág. 457, párr. 17). Véase una observación en tal sentido hecha por Briggs ya en 1965 en los debates de la Comisión de Derecho Internacional (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1965, vol. I, 796ª sesión, 4 de junio de 1965, pág. 152, párr. 37).

¹⁴⁸ Véase párr. 39 *supra*.

¹⁴⁹ Fallo citado en la nota 90 *supra*, pág. 161, párr. 39. Véase párr. 40 *supra*.

¹⁵⁰ D. Bowett, *op. cit.*, nota 109, pág. 72. En el mismo sentido, J. M. Ruda, *op. cit.*, nota 17, pág. 182, o Gérard Teboul, “Remarques sur les réserves aux conventions de codification”, *R.G.D.I.P.*, 1982, págs. 691 y 692. *Contra*: P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 113, págs. 50 a 53; esa opinión, con argumentos muy vigorosos, no tiene suficientemente en cuenta las consecuencias de la modificación introducida al apartado c) en la Conferencia de Viena (véase párr. 64 *supra*).

¹⁵¹ C. Tomuschat da un ejemplo pertinente: “If, for example, a convention on the protection of human rights prohibits in a ‘colonial clause’ the exception of dependent territories from the territorial scope of the treaty, it would be absurd to suppose that consequently reservations of any kind, including those relating to the most elementary guarantees of individual freedom, are

69. Esa constatación podía ser objeto de un proyecto de directriz 3.1.4, con el texto siguiente:

3.1.4 *Reservas no determinadas autorizadas por el tratado*

Cuando el tratado autorice ciertas reservas, sin determinarlas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.

70. Otra posibilidad sería precisar, en un proyecto de directriz única, que combinara los proyectos 3.1.3 y 3.1.4 sugeridos precedentemente, los casos en que la formulación de una reserva está subordinada al respeto de la condición de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, a pesar de que en el texto del tratado exista una cláusula de reserva:

3.1.3/3.1.4 *Compatibilidad de las reservas autorizadas por el tratado con el objeto y fin de éste*

Cuando el tratado autorice, expresa o tácitamente, ciertas reservas sin determinarlas, un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva cuando ésta sea compatible con el objeto y el fin del tratado.

71. Sin embargo, este texto fusionado tiene sin duda el inconveniente de combinar dos hipótesis diferentes, una relativa al apartado a) del artículo 19 de las Convenciones de Viena, y la otra al apartado b), y de ser además un poco esotérico para un lector no advertido que no tenga a su disposición los comentarios. No obstante, el Relator Especial se remite a la prudencia de la Comisión para que elija un proyecto de directriz única o bien dos proyectos diferentes.

2. La noción de objeto y fin del tratado

72. Dos autores concluyeron un estudio minucioso dedicado a la noción del objeto y el fin de un tratado, lamentando “*that the object and purpose of a treaty are indeed something of an enigma*”¹⁵² [que la noción del objeto y el fin de un tratado es un tanto enigmática]. Lo cierto es que la tentativa hecha en el apartado c) del artículo 19 de introducir un elemento objetivo en un sistema en gran parte subjetivo no es plenamente concluyente¹⁵³: “*The claim that a particular reservation is contrary*

authorised, even if by these restrictions the treaty would be deprived of its very substance” (*op. cit.*, nota 55, pág. 474) [Si, por ejemplo, un convenio de protección de derechos humanos prohíbe, en una ‘cláusula colonial’, que se excluya del alcance del tratado a los territorios dependientes, sería absurdo suponer que, a raíz de ello, se autorizan todo tipo de reservas, incluso las relativas a las garantías más elementales de las libertades individuales, aun si con esas restricciones se privara al tratado de su sustancia misma].

¹⁵² Isabelle Buffard y Karl Zemanek, “The ‘Object and Purpose’ of a Treaty: an Enigma?”, en *ARIEL*, 1998, pág. 342. Las incertidumbres vinculadas a ese criterio han sido señaladas (y criticadas con distintos grados de virulencia) por la doctrina; véase, por ejemplo, A. Aust, *op. cit.*, nota 27, pág. 111; P. M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, París, pág. 273; Gerald G. Fitzmaurice, “Reservations to Multilateral Conventions”, en *I.C.L.Q.*, 1953, pág. 12; M. Rama-Montaldo, *op. cit.*, nota 134, pág. 1265; Charles Rousseau, *Droit international public*, t. I, *Introduction et sources*, Sirey, París, 1970, pág. 126; G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, págs. 695 a 696, o A. Pellet, Informe preliminar, A/CN.4/470, pág. 55, párr. 109.

¹⁵³ Según Jean Kyongun Koh, “[t]he International Court thereby introduced purposive words into the vocabulary of reservations which had previously been dominated by the term consent” [La Corte Mundial introdujo una terminología teleológica al vocabulario de las reservas, que previamente había estado dominado por el término ‘consentimiento’] (“Reservations to

*to object and purpose is easier made than substantiated*¹⁵⁴ [es más fácil afirmar que una reserva determinada es contraria al objeto y el fin de un tratado que demostrarlo]. En su opinión colectiva, los magistrados disidentes de 1951 criticaron la solución adoptada por la mayoría en el caso de las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, afirmando que ella no permitiría “alcanzar resultados definitivos y uniformes”¹⁵⁵, y ése había sido uno de los principales motivos de la resistencia opuesta por la Comisión de Derecho Internacional respecto del sistema flexible adoptado por la Corte Internacional de Justicia en 1951:

“Aunque se considere intrínsecamente posible trazar la distinción entre las disposiciones que forman parte del objeto y propósito de una convención y las demás disposiciones de la misma, la Comisión no ve la forma de que pueda hacerse esa distinción sino de modo subjetivo.”¹⁵⁶

73. Y el propio Sir Humphrey Waldock, en su importante primer informe sobre el derecho de los tratados, de 1962¹⁵⁷, manifestó una vez más sus dudas:

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

No obstante, el criterio de la Corte de la ‘compatibilidad con el objeto y propósito de la convención’ expresa realmente un concepto valioso que deben tener en cuenta tanto los Estados que formulan una reserva como los Estados que deciden si deben consentir o no a una reserva que ha formulado otro Estado ... El Relator Especial, aunque opina también que el principio de la Corte tiene un valor como criterio general, considera que hay cierta dificultad para usarlo como *criterio* para determinar la situación de un Estado reservante en cuanto parte en un tratado en combinación con el criterio objetivo de la aceptación o rechazo de la reserva por otros Estados.”¹⁵⁸

Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision”, en *Harvard I.L.Jl.*, 1982, pág. 85).

¹⁵⁴ L. Lijnzaad, *op. cit.*, nota 84, págs. 82 y 83.

¹⁵⁵ *Rec.* 1951, pág. 44.

¹⁵⁶ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones, Asamblea General, Documentos oficiales, sexto período de sesiones, Suplemento No. 9 (A/1858)*, pág. 6, párr. 24.

¹⁵⁷ En ese primer informe introdujo a la Comisión de Derecho Internacional el “sistema flexible”, al que defendió vigorosamente (A/CN.4/144, nota 23 *supra*, páginas 72 a 74 de la versión en francés).

¹⁵⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, vol. II, pág. 75, párr. 10; en el mismo sentido, véase la presentación oral de Waldock, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 150, párrs. 4 a 6; sin embargo, durante los debates el Relator Especial no dudó en calificar de “criterio” el principio de la compatibilidad (véase pág. 157, párr. 85 – ese párrafo demuestra también que, según Waldock, desde un principio ese criterio era decisivo para la formulación de las reservas (por oposición a las objeciones según las cuales únicamente el principio del consentimiento le parecía practicable)). La fórmula que se mantuvo en el proyecto de artículo 17.2.a) propuesto por el Relator Especial reflejaba esa posición incierta: “Todo estado que formule una reserva con arreglo a las disposiciones del apartado a) el presente artículo [para esta disposición, véase

Se trató sin duda de una prudencia táctica, ya que la “conversión” sufrida por el propio Relator Especial respecto de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, no sólo como criterio de la validez de las reservas, sino también como elemento fundamental para tener en cuenta en materia de interpretación¹⁵⁹, fue rápida¹⁶⁰.

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

a) El sentido de la expresión “objeto y fin del tratado”

75. Los trabajos preparatorios relativos a esta disposición no son de gran ayuda para determinar el sentido de la expresión¹⁶¹. Como se ha señalado¹⁶², el comentario del proyecto de artículo 16 adoptado en 1966 por la Comisión de Derecho Internacional, normalmente más prolija, se redujo a un párrafo único en que no se hizo alusión alguna a los problemas vinculados a la definición del objeto y el fin del tratado, sino, muy indirectamente, mediante un prudente (¿o imprudente?¹⁶³) reenvío al proyecto de artículo 17¹⁶⁴: “la admisibilidad o no admisibilidad de una reserva según el apartado c es en todo caso materia que depende en gran medida de la apreciación de la aceptabilidad de la reserva por los demás Estados contratantes”¹⁶⁵.

el párrafo 23 *supra*] debe asegurarse de que dicha reserva sea compatible con el objeto y fin del tratado” (ibid., pág. 69). Ese principio fue generalmente aceptado en los debates celebrados en la Comisión en 1962 (véase especialmente Briggs (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1982, pág. 151, párr. 23); Lachs (pág. 154, párr. 54); Rosenne (pág. 156, párr. 79 – que no duda de hablar de “criterio”; (véase también pág. 156, párr. 82, y 653ª sesión, 29 de mayo de 1962, pág. 168, párr. 27); Castrén (652ª sesión, pág. 159, párr. 25)) y en 1965 (Yasseen (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 156, párr. 20); Tunkin (pág. 157, párr. 25); véanse, sin embargo, las objeciones de De Luna (652ª sesión, 28 de mayo de 1962, pág. 159, párr. 18, y 653ª sesión, pág. 172, párr. 67); Gros (652ª sesión, págs. 161 y 162, párrs. 47 a 51), o Ago (653ª sesión, pág. 169, párr. 34), o durante los debates de 1965, las de Ruda (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1965, vol. I, 796ª sesión, 4 de junio de 1965, pág. 154, párr. 55, y 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 161, párr. 69) y Ago, (798ª sesión, 9 de junio de 1965, pág. 168, párr. 71). Hasta el último momento, Tsuruoka, el miembro japonés de la Comisión, se opuso al apartado c), razón por la cual se abstuvo en la votación sobre el proyecto de artículo 18 (aprobado por 16 votos contra ninguno y una abstención el 2 de julio de 1965, ibid., 816ª sesión, pág. 294, párr. 42).

¹⁵⁹ Véase el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención.

¹⁶⁰ V. I. Buffard y K. Zemanek, *op. cit.*, nota 152, págs. 320 y 321.

¹⁶¹ Véase ibid., págs. 319 a 321.

¹⁶² C. Redgwell, “The Law of Reservations in Respect of Multilateral Conventions”, en J. P. Gardner, editor, *Human Rights as General Norms and a State’s Right to Opt Out – Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, B.I.I.C.L., Londres, 1997, pág. 7.

¹⁶³ El artículo 20 no resuelve en modo alguno la cuestión que se dejó pendiente.

¹⁶⁴ Pasó a ser el artículo 20 de la Convención.

¹⁶⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, pág. 227, párr. 17. En el comentario a la disposición correspondiente aprobada en 1962 (apartado d) del párrafo 1 del artículo 18) no se añade nada (véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, vol. II, pág. 208, párr. 15).

76. Los debates respecto del apartado c) celebrados en la Comisión de Derecho Internacional¹⁶⁶ después de la Conferencia de Viena¹⁶⁷ no han dado tampoco más luz sobre el sentido de la expresión “objeto y fin del tratado” a los fines de esa disposición, al menos no más que las demás disposiciones de la Convención en que ésta figura.

77. La expresión aparece en siete disposiciones¹⁶⁸, de las cuales una —el párrafo 2 del artículo 20— se refiere a las reservas. Pero en ninguna se define la noción de objeto y fin del tratado, ni se dan “pistas” particulares con ese fin¹⁶⁹. Cabe deducir entonces que resulta conveniente otorgarle un alto grado de generalidad: no se trata de “desmenuzar” el tratado ni de examinar sus disposiciones una tras otra, sino más bien de establecer la “esencia”, el “proyecto” global:

- Se admite unánimemente que el párrafo 1 del artículo 18 de la Convención no obliga al Estado signatario a respetar el tratado, sino solamente a no hacerlo inoperante el día en que exprese su consentimiento a quedar vinculado por él¹⁷⁰;
- El inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 58 está redactado con ese mismo espíritu: por hipótesis, no trata de imponer que se respete el tratado, ya que el objeto mismo de esa disposición es determinar en qué condiciones se puede suspender su aplicación, sino de mantener lo que es esencial a los ojos de las partes contratantes;
- El inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 41 se refiere también a salvaguardar “la consecución efectiva ... del tratado *en su conjunto*”¹⁷¹ únicamente en los casos de modificación de éste en las relaciones entre ciertas partes;
- Del mismo modo, en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 60 la “violación grave” del tratado se define, por oposición a una violación de otro tipo, como “la violación de una disposición *esencial*”; y

¹⁶⁶ Véase la nota 158 *supra*.

¹⁶⁷ Es importante señalar que ninguna de las enmiendas propuestas al proyecto de artículo 16 de la Comisión de Derecho Internacional, ni siquiera las más radicales, ponían en duda el principio en cuestión. Cuanto mucho, en las enmiendas de España, los Estados Unidos y Colombia se proponía añadir la noción de la “naturaleza” del tratado o de sustituirla por la del objeto (véase la nota 60 *supra*).

¹⁶⁸ Cf. artículo 18, párrafo 3 del artículo 20, párrafo 1 del artículo 31, párrafo 4 del artículo 33, inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 41, inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 58, y apartado b) del párrafo 3 del artículo 60. Se los puede comparar con las disposiciones relativas a las “bases” o a las “condiciones esenciales del consentimiento en obligarse” (cf. Paul Reuter, *op. cit.*, nota 45, pág. 627 (o pág. 366)).

¹⁶⁹ Como han señalado I. Buffard y K. Zemanek (*op. cit.*, nota 152, pág. 322), los comentarios de 1966 sobre el proyecto de artículo de la Comisión de Derecho Internacional no dicen prácticamente nada sobre la cuestión.

¹⁷⁰ Véanse, por ejemplo, P. Reuter, *op. cit.*, nota 28, pág. 62, que define a la obligación dimanada del artículo 18 como obligación de comportamiento, o Ph. Cahier, “L’obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son bout avant son entrée en vigueur”, en *Mélanges Fernand Dehousse*, Nathan, Paris, t. I., pág. 31.

¹⁷¹ En esa disposición, las palabras “del objeto y del fin”, que en la cita se reemplazaron con puntos suspensivos, oscurecen el sentido, más que aclararlo.

- Según el párrafo 1 del artículo 31 y el párrafo 4 del artículo 33, se supone que el objeto y el fin del tratado “aclaran” el sentido general del tratado a fin de permitir su interpretación¹⁷².

78. No cabe ninguna duda de que la expresión “objeto y fin del tratado” tiene el mismo sentido en todas esas disposiciones. Una prueba de ello es que cuando Waldock, a quien no es exagerado considerar como “inventor” o, en todo caso, “partero” del derecho de las reservas a los tratados en la Convención de Viena, se refirió expresamente a ellas¹⁷³ para justificar la inclusión de ese criterio en el apartado c) mediante una especie de razonamiento *a fortiori*: como “[e]l objeto y la finalidad del tratado. ... son criterios de fundamental importancia para la interpretación de buena fe del tratado” y “la Comisión ha propuesto que un Estado que hubiere firmado, ratificado, aceptado o aprobado un tratado o se hubiere adherido a él, aun antes de su entrada en vigor, estará obligado a abstenerse de todo acto que tuviere por objeto frustrar sus fines”, sería “extraño que ... se reconociese la libertad de hacer reservas incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado”¹⁷⁴. Pero ello no resuelve el problema: tenemos un criterio, y un criterio único, polivalente; pero carecemos de una definición del criterio.

79. La jurisprudencia internacional tampoco permite discernirlo, aun cuando su uso es corriente¹⁷⁵, si bien al respecto se encuentran algunas indicaciones útiles, especialmente en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*.

80. Aparentemente la expresión se utilizó por primera vez en su forma actual¹⁷⁶ en la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 31 de julio de 1930, relativa a la *Cuestión de las comunidades greco-búlgaras*¹⁷⁷. Pero hubo que esperar al fallo pronunciado en 1986 en el caso de *Nicaragua*¹⁷⁸ para que la Corte Internacional de Justicia pusiera fin a lo que se había dado en llamar un “caos terminológico”¹⁷⁹, sin duda bajo la influencia de la Convención de Viena¹⁸⁰.

¹⁷² Véase C.P.J.I., fallo de 16 de diciembre de 1936, Pajzs, Serie A/B No. 68, pág. 60; véase también Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale – conclusion et effets*, Economica, París, 1985, pág. 131, o Serge Sur, *L'interprétation en droit international public*, L.G.D.J., París, 1974, págs. 227 a 230.

¹⁷³ Más precisamente, los (actuales) artículos 18 y 31.

¹⁷⁴ Cuarto informe, A/CN.4/177, nota 20 *supra*, pág. 53, párr. 6.

¹⁷⁵ Véase nuevamente I. Buffart y K. Zemanek, *op. cit.*, nota 152, págs. 312 a 319, y nota 180 *infra*.

¹⁷⁶ I. Buffart y K. Zemanek señalan (ibíd., pág. 315) que ya en la opinión consultiva de la C.P.J.I. de 23 de julio de 1926 sobre la *Competencia de la O.I.T. para reglamentar de manera accesoria el trabajo personal del patrón*, se utilizó la expresión “objeto y alcance” en relación con la parte XIII del Tratado de Versalles (Serie B, No. 13, pág. 18). Los mismos autores, que citan exhaustivamente las decisiones pertinentes de la Corte Internacional de Justicia, describen el difícil establecimiento de una terminología definitiva (especialmente en inglés) en la jurisprudencia de la Corte (ibíd., págs. 315 y 316).

¹⁷⁷ Sin embargo, los términos figuran en el sentido inverso: La Corte se basó en “el fin y el objeto” de la Convención greco-búlgara de 27 de noviembre de 1919, Serie B, No. 17, pág. 21).

¹⁷⁸ Fallo de 27 de junio de 1986, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, Rec. 1986, págs. 136 y 137, párrs. 271 a 273, pág. 138, párr. 275, o pág. 140, párr. 280.

¹⁷⁹ I. Buffart y K. Zemanek, *op. cit.*, nota 152, pág. 316.

¹⁸⁰ A partir de entonces aparentemente la terminología de la Corte ha quedado firme, cf. los fallos de 20 de diciembre de 1988, *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua contra Honduras) (competencia y admisibilidad)*, Rec. 1988, pág. 89, párr. 46; 14 de junio de 1993,

81. Sin embargo, es difícil inferir mucho de esa jurisprudencia relativamente abundante en lo que respecta a qué método se debe seguir para determinar el objeto y el fin de un tratado determinado: a menudo la Corte procede mediante simples afirmaciones¹⁸¹ y, cuando se muestra deseosa de justificar su posición, sigue un camino empírico. A lo sumo, se puede señalar que ha deducido el objeto y el fin de un tratado a partir de:

- Su título¹⁸²,
- Su preámbulo¹⁸³,
- Un artículo puesto a la cabeza de un tratado, al que “debe considerarse que establece un objetivo a la luz del cual se deben interpretar y aplicar las demás disposiciones del tratado”¹⁸⁴,
- Un artículo de un tratado que demuestra “la principal preocupación de cada parte contratante” al momento de concluirse el tratado¹⁸⁵,
- Sus trabajos preparatorios¹⁸⁶, o

Delimitación marítima de la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen, Rec. 1993, págs. 49 a 51, párrs. 25 a 27; 3 de febrero de 1994, *Controversia territorial (Libia/Chad)*, Rec. 1994, págs. 25 y 26, párr. 52; 12 de diciembre de 1996, *Plataformas petrolíferas*, Rec. 1996, pág. 813, párr. 27; 25 de septiembre de 1997, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, Rec. 1997, pág. 64, párr. 104, y pág. 67, párr. 110; 11 de junio de 1998, *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (excepciones preliminares)*, Rec. 1998, pág. 318, párr. 98; 13 de diciembre de 1999, *Isla de Kasikili/Sedudu*, Rec. 1999, págs. 1072 y 1073, párr. 43; 27 de junio de 2001, *LaGrand*, Rec. 2001, págs. 502 y 503, párr. 102; 17 de diciembre de 2002, *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (fondo)*, Rec. 2002, pág. 652, párr. 51; 31 de marzo de 2004, *Avena y otros nacionales mexicanos*, Rec. 2004, pág. 48, párr. 85; 15 de diciembre de 2004, *Legitimidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro contra Bélgica) (excepciones preliminares)*, párr. 102; opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Rec. 2004, pág. 179, párr. 109.

¹⁸¹ Véanse, por ejemplo: C.P.J.I., opinión consultiva de 8 de diciembre de 1927, *Competencia de la Comisión Europea del Danubio*, Serie B, No. 14, pág. 64: “Es evidente que el objeto del tratado de París [de 1856] ... fue asegurar la libertad de navegación ...”; Corte Internacional de Justicia, opinión consultiva de 11 de julio de 1950, *Estatuto internacional del África sudoccidental*, Rec. 1950, págs. 136 y 137, y los fallos de 14 de junio de 1993 citado *supra*, pág. 50, párr. 27, 25 de septiembre de 1997 citado *supra*, pág. 67, párr. 110, 11 de junio de 1998 citado *supra*, pág. 318, párr. 98, 27 de junio de 2001 citado *supra*, pág. 502, párr. 102, o 15 de diciembre de 2004, citado *supra*, párr. 102.

¹⁸² Cf. Corte Internacional de Justicia, *Ciertos préstamos noruegos*, Rec. 1957, pág. 24; pero véanse los fallos de 27 de junio de 1986, nota 178 *supra*, pág. 137, párr. 273, y de 12 de diciembre de 1996, nota 180 *supra*, pág. 184, párr. 28.

¹⁸³ Cf. C.P.J.I., opinión consultiva de 31 de julio de 1930, nota 177 *supra*, o Corte Internacional de Justicia, fallos de 27 de agosto de 1952, *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, Rec. 1952, pág. 196, de 27 de junio de 1986, nota 178 *supra*, Rec. 1986, pág. 138, párr. 275, de 3 de febrero de 1994, nota 180 *supra*, págs. 25 y 26, párr. 52, de 17 de diciembre de 2002, citado *ibíd.*, pág. 652, párr. 51; véase también la opinión disidente de Anzilotti en la opinión consultiva de la C.P.J.I. de 15 de noviembre de 1932, *Interpretación del Convenio de 1919 relativo al trabajo nocturno (mujeres)*, Serie A/B, No. 50, pág. 384.

¹⁸⁴ Corte Internacional de Justicia, fallo de 12 de diciembre de 1996, nota 180 *supra*, pág. 814, párr. 28.

¹⁸⁵ Corte Internacional de Justicia, fallo de 13 de diciembre de 1999, nota 180 *supra*, págs. 1072 y 1073, párr. 43.

¹⁸⁶ A menudo como confirmación de la interpretación fundada en el texto mismo; cf. Corte Internacional de Justicia, fallo de 3 de febrero de 1994, nota 180 *supra*, págs. 27 y 28, párrs. 55

– Su estructura general¹⁸⁷.

Pero es difícil considerar que se trata de “métodos” propiamente dichos: esos distintos elementos se tienen en cuenta de manera indiferente, separada o acumulativa, y la Corte se forja una “impresión general” en que, inevitablemente, la intuición y la subjetividad juegan una gran parte¹⁸⁸.

82. A fin de mitigar los inconvenientes vinculados a esas incertidumbres, se ha preguntado si no era posible descomponer el concepto de “objeto y fin de un tratado” buscando, por un lado, cuál es su objeto y, por el otro, cuál es su fin. Así, después del debate sobre el proyecto de artículo 55, relativo a la regla *pacta sunt servanda*, Reuter hizo valer que “el objeto de una obligación es una cosa y el fin es otra”¹⁸⁹. Como se ha señalado, esa es la distinción que actualmente se hace en la doctrina francesa (o de habla francesa)¹⁹⁰, si bien es recibida con escepticismo por los autores de formación alemana o inglesa¹⁹¹.

83. De todos modos, un autor (francés) demuestra de manera convincente que la jurisprudencia internacional no permite resolver la cuestión¹⁹². Y ello se debe a que ni el objeto —definido como el contenido mismo del tratado¹⁹³— ni, todavía menos, el fin del tratado —el resultado buscado¹⁹⁴— permanecen inmutables en el tiempo, como lo demuestra claramente la teoría del *emergent purpose* [evolución del fin] propuesta por Sir Gerald Fitzmaurice: “*The notion of object or [¿and?] purpose is itself not a fixed and static one, but is liable to change, or rather develop as experience is gained in the operation and working of the convention*”¹⁹⁵ [La noción de objeto o fin no es fija ni estática, sino sujeta a cambio, o más bien se

y 56, 13 de diciembre de 1999, *ibid. supra*, pág. 1074, párr. 46, u opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *ibid. supra*, pág. 179, párr. 109. Véase también la opinión disidente de Anzilotti, nota 183 *supra*, págs. 388 y 389. En su opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia dio un cierto valor a los “orígenes” de la Convención (*Rec. 1951*, pág. 23).

¹⁸⁷ Cf. C.P.J.I., opinión consultiva de 23 de julio de 1926, *Competencia de la O.I.T. para reglamentar de manera accesoria el trabajo personal del patrón*, Serie B, No. 13, pág. 18, o de 31 de julio de 1930, nota 177 *supra*, pág. 20, Corte Internacional de Justicia, fallo de 12 de diciembre de 1996, nota 180 *supra*, pág. 813, párr. 27; 17 de diciembre de 2002, *ibid. supra*, pág. 652, párr. 51.

¹⁸⁸ “*One could as well believe that it was simply by intuition*” [De la misma manera también podría creerse que lo hizo simplemente por intuición] (I. Buffard y K. Zemanek, *op. cit.*, nota 152, pág. 319).

¹⁸⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. I, 19 de mayo de 1964, 726ª sesión, pág. 27, párr. 77. Sin embargo, el mismo autor manifiesta en otra parte un cierto escepticismo en cuanto a la utilidad de la distinción (véase *op. cit.*, nota 45, pág. 628 – o *Le développement de l'ordre juridique international*, citado *ibid.*, pág. 367).

¹⁹⁰ V. I. Buffart y K. Zemanek, *op. cit.*, nota 152, págs. 325 a 327.

¹⁹¹ *Ibid.* págs. 322 a 325 y 327 y 328.

¹⁹² G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, pág. 696.

¹⁹³ Véase, por ejemplo, Jean-Paul Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, París, L.G.D.J., 1972, pág. 142: “El objeto de un acto reside en los derechos y obligaciones a que da nacimiento”.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ “The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and other Treaty points”, en *BYBIL*, 1957, pág. 208. ; véase también G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, pág. 697, o William A. Schabas, “Reservations to the Convention on the Rights of the Child”, en *E.J.I.L.*, 1996, pág. 479.

desarrolla a medida que se gana experiencia en el funcionamiento y la aplicación de la convención].

84. Por ello, no es para nada sorprendente que las tentativas de la doctrina por definir un método general de determinación del objeto y el fin de un tratado hayan resultado decepcionantes. La más convincente, debida a Buffard y Zemanek, sugiere un procedimiento en dos etapas: en la primera, convendría “*recourse to the title, preamble, and, if available, programmatic articles of the treaty*” [recurrir al título, el preámbulo y, si existieran, los artículos programáticos del tratado]; en la segunda, la conclusión así obtenida *prima facie* debería ensayarse a la luz del texto del tratado¹⁹⁶. Pero la puesta en práctica en los casos concretos de ese método, aparentemente lógico¹⁹⁷, ha demostrado ser poco concluyente: los autores sólo fueron capaces de determinar objetivamente y de manera simple el objeto y el fin de cuatro de los cinco tratados o grupos de tratados utilizados como ilustración¹⁹⁸ y concluyeron que, decididamente, la noción sigue siendo un “enigma”¹⁹⁹.

85. Las demás tentativas doctrinarias tampoco son muy convincentes, incluso cuando sus autores han demostrado menos modestia y a menudo han sido categóricos en cuanto a la definición del objeto y el fin del tratado estudiado. Es cierto que muchas veces se trata de convenios de derechos humanos, que se prestan fácilmente a sacar conclusiones inspiradas por tomas de posición orientadas ideológicamente, una de cuyas manifestaciones consiste en sostener que todas las disposiciones de fondo de esos tratados se refieren a su objeto y fin (lo que, llevado a su consecuencia lógica, hace que se excluya la validez de toda reserva)²⁰⁰.

86. Habida cuenta de la gran variedad de situaciones y de su mutabilidad a lo largo del tiempo²⁰¹, parece imposible reducir a la unidad los métodos de determinación del objeto y el fin de un tratado, y es forzoso admitir que es inevitable una cierta dosis de subjetividad —lo que nada tiene de incongruente en el derecho en general y en el derecho internacional en particular. Se trata en el fondo de un problema de interpretación: *mutatis mutandis*, la “regla general de interpretación” enunciada en el

¹⁹⁶ *Op. cit.*, nota 152, pág. 333.

¹⁹⁷ Aunque invierte las prioridades dimanadas del artículo 31 de la Convención de Viena, que hace de los “términos del tratado” el punto de partida de toda interpretación. Véase también la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las *Restricciones a la pena de muerte*, OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, Serie A, No. 3.

¹⁹⁸ Los cinco tratados considerados son: la Carta de las Naciones Unidas, las Convenciones de Viena sobre las relaciones diplomáticas y sobre el derecho de los tratados, los convenios generales de derechos humanos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y las demás convenciones de derechos humanos relativos a derechos específicos; el método propuesto sólo resultó convincente en la última hipótesis (*ibid.*, págs. 334 a 342).

¹⁹⁹ Véase el párrafo 72 *supra*.

²⁰⁰ Para una crítica de esta postura extrema, véase W. A. Schabas, *op. cit.*, nota 195, págs. 476 y 477, o “Invalid Reservations to the Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party?”, en *Brooklyn J. of I.L.* 1995, págs. 291 a 293. Sobre la posición del Comité de Derechos Humanos, véase el párrafo 100 *infra*.

²⁰¹ Véase el párrafo 83 *supra*. Se puede añadir la cuestión de saber si la acumulación de reservas puntuales, cada una de ellas admisible individualmente, no entrañaría *in fine* su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado (véase Belinda Clark, “The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women”, en *A.J.I.L.* 1991, pág. 314, o Rebecca J. Cook, “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, 1990, págs. 706 y 707).

artículo 31 de la Convención de Viena y los “medios de interpretación complementarios” enunciados en el artículo 32 se aplican a la investigación del objeto y el fin del tratado²⁰².

87. Sin duda hay que convenir en que esa conclusión es en parte tautológica²⁰³ ya que, según el párrafo 1 de esa disposición:

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

Pero en realidad esa disposición trata de interpretar una cláusula determinada de un tratado²⁰⁴ y, del mismo modo que “el objeto y la finalidad del tratado ... son criterios de fundamental importancia para la interpretación de buena fe de un tratado”²⁰⁵, cuando se trata de determinar el del fin y el objeto del tratado en su conjunto, se lo debe interpretar de buena fe, globalmente, según el sentido ordinario de esos términos, dentro de su contexto, incluido el preámbulo, teniendo en cuenta la práctica²⁰⁶ y, según el caso, los trabajos preparatorios y “las circunstancias de su celebración”²⁰⁷.

88. Como señaló Ago en los debates de la Comisión de Derecho Internacional relativos al proyecto de artículo 17 (19 en la Convención de Viena):

“La admisibilidad de las reservas se puede determinar únicamente por referencia a lo que disponga en general el tratado. En principio es posible establecer una distinción entre las cláusulas esenciales de un tratado, a las que normalmente no se admiten reservas, y las cláusulas de menor importancia, a las que es posible hacerlas.”²⁰⁸

Esos son los dos elementos fundamentales: el fin y el objeto sólo se pueden poner en evidencia tras el examen del tratado en su conjunto²⁰⁹; y ese criterio conduce a descartar las reservas a las cláusulas “esenciales”²¹⁰, y únicamente a ellas.

²⁰² Véase la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 de septiembre de 1983, sobre las *Restricciones a la pena de muerte*, nota 197 *supra*, párr. 63, pág. 306; véase también L. Sucharipa-Behrmann, “The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties”, en *A.R.I.E.L.* 1996, pág. 76. Siempre consciente de que las normas relativas a la interpretación de tratados no se podían aplicar pura y simplemente a las declaraciones unilaterales formuladas por las partes en relación con un tratado (reservas y declaraciones interpretativas), la Comisión de Derecho Internacional ha admitido que esas normas constituían directrices útiles a ese respecto (cf. el proyecto de directriz 1.3.1 (“Método para distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas”) y su comentario, A/CN.4/256/Add.1, pág. 3. *A fortiori*, ello es exacto, ya que se trata de apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado mismo.

²⁰³ Véase W. A. Schabas, *op. cit.*, nota 63, pág. 48.

²⁰⁴ Como lo demuestra el párrafo 2, que incluye en la definición del contexto al texto en su conjunto “incluidos su preámbulo y anexos”.

²⁰⁵ Sir Humphrey Waldock, cuarto informe, A/CN.4/77, nota 20 *supra*, pág. 54, párr. 6; véase el párrafo 78 *supra*.

²⁰⁶ Cf. el párrafo 3 del artículo 31.

²⁰⁷ Artículo 32.

²⁰⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 152, párr. 35.

²⁰⁹ Se trata de examinar si la reserva es compatible “con el contenido general del tratado” (Bartoš, *ibid.* pág. 153, párr. 40).

²¹⁰ Y no aquellas que se refieren “únicamente a algún detalle” (Paredes, *ibid.* pág. 157, párr. 90).

89. En otras palabras, lo que se trata de preservar es la “eficacia”²¹¹, la “razón de ser”²¹² del tratado, su “núcleo fundamental”²¹³. “*It implies a distinction between all obligations in the treaty and the core obligations that are the treaty’s raison d’être*”²¹⁴ [Entraña una distinción entre todas las obligaciones dimanadas del tratado y las obligaciones básicas que son la razón de ser del tratado]. Sin duda, ello debería precisarse en un proyecto de directiva 3.1.5, con el texto siguiente:

3.1.5 Definición del objeto y el fin del tratado

A los fines de la apreciación de la validez de las reservas, se entenderá por objeto y fin del tratado las disposiciones esenciales del tratado que constituyen su razón de ser.

90. En lo que respecta al método que se debe seguir para determinar, en cada caso concreto, el objeto y el fin del tratado, ciertamente no es fácil sintetizar en una fórmula única el conjunto de elementos que se deben tener en consideración. Sin ninguna duda, esa operación debe ser realizada más con “sutileza” que con un “espíritu geométrico”²¹⁵, al igual que en toda interpretación, pues de una interpretación se trata²¹⁶.

91. De todos modos, si bien es indudable que las directrices muy generales aquí desarrolladas no permiten resolver todos los problemas, si se las aplica de buena fe y con un poco de sentido común, ciertamente pueden contribuir a ello, y parece legítimo traspasar a la determinación del objeto y el fin del tratado, adaptándolos, los principios aplicables a la interpretación de los tratados que figuran en los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena. Con ese fin, un proyecto de directriz 3.1.6 podría tener el texto siguiente:

3.1.6 Determinación del objeto y el fin del tratado

1. *Para determinar el objeto y el fin del tratado, el tratado en su conjunto debe interpretarse de buena fe, según el sentido ordinario que se atribuye a sus términos en su contexto.*

2. *A tal fin, el contexto comprende el preámbulo y los anexos. Además, se podrá recurrir especialmente a los trabajos preparatorios y a las circunstancias en que se concertó el tratado, así como al título del tratado y, según el*

²¹¹ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou*, fallo de 23 de marzo de 1995, Serie A, vol. 310, pág. 27, párr. 75: la aceptación de regímenes distintos de aplicación del Convenio europeo de derechos humanos “amenguaría ... la eficacia del Convenio en tanto instrumento constitucional del orden público europeo”.

²¹² Corte Internacional de Justicia, opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, *Rec.* 1951, pág. 21: “ninguna de las partes contratantes tiene derecho a destruir o comprometer ... lo que es el objeto, la razón de ser [en el texto en inglés se utilizó la expresión *raison d’être*] de la convención”.

²¹³ Discurso del representante de Francia ante la Tercera Comisión de la Asamblea General, décimo primer período de sesiones, 703ª sesión, 6 de diciembre de 1956, reproducido en A. C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, C.N.R.S., París, 1962, t. I, pág. 277, No. 552.

²¹⁴ L. Lijnzaad, *op. cit.*, nota 84, pág. 83; véase también pág. 59, o L. Sucharipa-Behrmann, *op. cit.*, nota 202, pág. 76.

²¹⁵ Blaise Pascal, *Pensées*, Oeuvres complètes, Bibliothèque de la Pléiade, N.R.F. Gallimard, 1954, pág. 1091.

²¹⁶ Véanse los párrafos 89 y 90 *supra*.

caso, a los artículos que determinen su estructura general [y a la práctica seguida posteriormente por las partes].

92. La expresión que figura entre corchetes refleja las consideraciones mencionadas en el párrafo 83 *supra* en lo que respecta a la mutabilidad en el tiempo del objeto y el fin del tratado. Pero se plantea la cuestión de saber si es preferible incluirla en el texto mismo del proyecto de directriz o limitarse a mencionar la cuestión en los comentarios.

b) Aplicación del criterio

93. En ciertos casos, la aplicación de esas orientaciones metodológicas no plantea problemas. Es evidente que una reserva a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en virtud de la cual un Estado se reservara la posibilidad de cometer en su territorio o en partes de él ciertos actos prohibidos, sería incompatible con el objeto y el fin de la Convención²¹⁷. Por ejemplo, en tal sentido, Alemania y varios países europeos han explicado, en apoyo a su objeción a una reserva de Viet Nam a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, que:

“La reserva formulada en relación con el artículo 6 es contraria al principio *aut dedere aut judicare*, según el cual se debe hacer comparecer ante la justicia o extraditar al Estado que los solicita a los autores de la infracción.

En opinión del Gobierno la República Federal de Alemania, la reserva en cuestión es contraria al objeto y el fin de la Convención, enunciados en el párrafo 1 del artículo 2, que es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional.

La reserva también puede suscitar dudas en cuanto al compromiso del Gobierno de la República Socialista de Viet Nam de respetar las disposiciones fundamentales de la Convención.”²¹⁸

²¹⁷ La cuestión se plantea de manera particular en lo que respecta al alcance de la poco gloriosa “cláusula colonial” que figura en artículo XII de la Convención y al que, no sin razón, se oponían los países del bloque soviético, que habían formulado reservas a esa disposición (véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 2003*, ST/LEG/SER.E/22, vol. I, págs. 126 a 134): aquí se pone en duda la validez de esta cuasi cláusula de reserva; pero esto plantea la cuestión de la validez de las objeciones a esas reservas.

²¹⁸ Véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 443; en el mismo sentido, véanse las objeciones de Bélgica, Dinamarca, España, Grecia, Irlanda, Italia, los Países Bajos, Portugal, Suecia y el Reino Unido, y las planteadas, menos explícitamente, por Austria y Francia, *ibid.*, págs. 443 a 445. Véase igualmente la objeción de Noruega o, menos explícitas, las de Alemania y Suecia, relativas a la declaración de Túnez en relación con la aplicación de la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961, *ibid.* págs. 374 y 375. Para otro ejemplo significativo, véase la declaración del Pakistán relativa al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 1997, que excluye la aplicación del Convenio a las “luchas, incluso la lucha armada, para la realización del derecho a la libre determinación libradas contra una ocupación o una dominación extranjera”, *ibid.* vol. II, págs. 132 y 133; varios Estados han considerado que esas declaraciones son contrarias al objeto y el fin del Convenio, que es la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, dondequiera y quienquiera los cometa; véanse las objeciones de Alemania, Australia, Austria, el Canadá, Dinamarca, España, los Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, la India, Italia, el Japón (con fundamentos particularmente precisos), Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia, *ibid.*, págs. 134 a 139. Del

94. También es posible que la reserva prohibida se refiera a disposiciones menos centrales, pero que no por ello deje de ser contraria al objeto y el fin del tratado cuya aplicación se vuelve imposible; ello explica el recelo de la Convención de Viena en relación con las reservas a los actos constitutivos de organizaciones internacionales²¹⁹. En tal sentido, al ratificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, la República Democrática Alemana declaró que no participaría en los gastos vinculados al funcionamiento del Comité contra la tortura, salvo en la medida en que aceptara la competencia de ese órgano²²⁰; esa “declaración” (que de hecho era una reserva) suscitó objeciones por parte de Luxemburgo, que con justa razón afirmó que tendría por efecto “inhibir las actividades del Comité de manera incompatible con el objeto y el fin de la Convención”²²¹.

95. Evidentemente es imposible elaborar una lista exhaustiva de los problemas de compatibilidad que podría plantear una reserva relacionada con el objeto y el fin de un tratado. De todos modos, no cabe duda de que las reservas a ciertas categorías de tratados o de disposiciones convencionales en que estas mismas presentan características específicas podrían presentar a ese respecto problemas particulares que conviene examinar sucesivamente, a fin de tratar de esclarecer las directrices que puedan ayudar a los Estados a formular reservas de ese tipo y a reaccionar ante ellas con conocimiento de causa. Con esa perspectiva, se pueden estudiar:

- Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado;
- Reservas a los tratados generales de derechos humanos;
- Reservas relativas a la aplicación del derecho interno;
- Reservas vagas y generales;
- Reservas relativas a disposiciones que enuncian normas consuetudinarias; y
- Reservas a disposiciones que enuncian normas de *ius cogens* o de derechos internos inderogables.

i) *Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado*

96. En su primer informe sobre el derecho de los tratados, Fitzmaurice afirmó categóricamente: “Se considera inadmisibles que puedan existir partes en un tratado

mismo modo, Finlandia justificó su objeción a la reserva del Yemen al artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966, debido a que “las disposiciones que prohíben la discriminación racial para la adquisición de derechos políticos y de libertades civiles tan fundamentales, como el derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a casarse y elegir el cónyuge, el derecho a la herencia, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión son capitales en una convención contra la discriminación racial” (ibíd. vol. I, pág. 146).

²¹⁹ Cf. el párrafo 3 del artículo 20: “Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización”.

²²⁰ Véase *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 290, nota 3; véase también Richard W. Edwards, Jr., “Reservations to Treaties”, en *Michigan Journal of International Law*, primavera de 1989, págs. 391 a 393 y 400.

²²¹ Ibíd., pág. 291. Otros 15 Estados formularon objeciones en ese mismo sentido.

que no estén sujetas a la obligación relativa al arreglo de las controversias suscitadas por el mismo, si las demás partes están sujetas a ella”²²². Inspirada evidentemente por el debate de la guerra fría vinculado a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, esa posición es demasiado radical; además, fue invalidada por la Corte Internacional de Justicia que, en su providencia de 2 de junio de 1999 relativa a las solicitudes de medidas provisionales formuladas por Yugoslavia contra España y los Estados Unidos en los casos relativos a la *Legitimidad del uso de la fuerza*, claramente reconoció la validez de las reservas formuladas por esos Estados al artículo IX de la Convención de 1948 que le otorga competencia para todos los asuntos relativos a ella²²³, si bien ciertas partes habían considerado que esas reservas eran incompatibles con el objeto y el fin de la Convención²²⁴. En su providencia relativa a la indicación de medidas provisionales en el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva solicitud: 2002)*, la Corte mantuvo la misma solución con respecto a la reserva hecha por Rwanda a esa misma disposición, y precisó que “dicha reserva no se refiere al fondo del derecho, sino únicamente a la competencia de la Corte” y “que en consecuencia no parece ser contraria al objeto y el fin de la Convención”²²⁵. Esa conclusión se corrobora por la naturaleza muy usual de ese tipo de reservas y la práctica errática de las objeciones que contra ellas se plantean²²⁶. Por el contrario, es evidente que, si la obligación de arreglo obligatorio fuera el objeto mismo del tratado, una reserva que la excluyera sería, sin duda alguna, contraria al objeto y el fin de éste.

97. Según el Comité de Derechos Humanos, ese criterio se aplica también a las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, respecto de las garantías de su aplicación:

²²² A/CN.4/101, nota 75 *supra*, pág. 127, párr. 96; tal era el objeto del proyecto de párrafo 4 del artículo 37, cuya aprobación proponía el Relator Especial (*ibíd.*, pág. 115).

²²³ *Rec.* 1999, pág. 772, párrs. 29 a 33, y págs. 923 y 924, párrs. 21 a 25.

²²⁴ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 129 a 131 (véanse especialmente las objeciones muy concretas en tal sentido hechas por el Brasil, la provincia china de Taiwán, México o los Países Bajos).

²²⁵ (*Nueva solicitud: 2002*), providencia de 10 de julio de 2002, *Rec.* 2002, pág. 246, párr. 72.

²²⁶ Véase, en tal sentido, R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, págs. 192 a 202. En efecto, las objeciones a reservas relativas a una cláusula de arreglo de controversias son poco comunes. Aparte de las reservas formuladas al artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pueden verse además las objeciones formuladas por varios Estados respecto de las reservas relativas al artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; véanse especialmente las objeciones de Alemania, el Canadá, Egipto, los Estados Unidos (que precisaron que la reserva de Siria “es incompatible con el objeto y el fin de la Convención y afecta el principio de arreglo imparcial de controversias relativo a la nulidad, la extinción y la suspensión de la aplicación de los tratados, que fue objeto de profundas negociaciones en la Conferencia de Viena”, pág. 345; véase también *infra*, párr. 126), el Japón, Nueva Zelanda, los Países Bajos (“las disposiciones relativas al arreglo de controversias, de la manera en que se enuncian en el artículo 66 de la Convención, constituyen un elemento importante de la Convención y no se las puede dissociar de las normas de fondo a que están vinculadas”, pág. 346), el Reino Unido (“esas disposiciones están inextricablemente unidas a las disposiciones de la parte V a que se refieren. Su inclusión fue el fundamento por el cual en la Conferencia de Viena se aceptaron los elementos de la parte V que constituyen un desarrollo progresivo del derecho internacional”, pág. 347) y Suecia (igual posición de fondo que el Reino Unido, pág. 348). *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. II, págs. 344 a 348.

“Esas garantías constituyen el marco necesario para asegurar los derechos enunciados en el Pacto, por lo que son fundamentales para su objeto y fin. El Pacto prevé también, para el mejor logro de los objetivos que en él se enuncian, una función de vigilancia por parte del Comité. Las reservas destinadas a excluir este elemento básico de la concepción del Pacto, que está destinado ... a garantizar el disfrute de los derechos, son ... incompatibles con su objeto y fin. Ningún Estado puede reservarse el derecho a no presentar un informe para que sea examinado por el Comité. La función del Comité con arreglo al Pacto, ya sea en virtud del artículo 40 o de los Protocolos Facultativos, entraña necesariamente la interpretación de las disposiciones del Pacto y la elaboración de una jurisprudencia. En consecuencia, toda reserva que rechace la competencia del Comité para interpretar cualquier disposición del Pacto sería también contraria al objeto y el fin de dicho tratado.”²²⁷

En relación con el Protocolo Facultativo, el Comité añadió:

“No puede formularse una reserva al Pacto valiéndose del Protocolo Facultativo, porque tal reserva serviría para garantizar que el Comité no pudiera comprobar el cumplimiento de esa obligación por el Estado con arreglo al Protocolo. Y, dado que el objeto y el fin del Primer Protocolo Facultativo son permitir que el Comité compruebe si el Estado respeta los derechos por los que se ha comprometido a velar, toda reserva que trate de impedir esto sería contraria al objeto y el fin del Primer Protocolo Facultativo, cuando no del Pacto. La reserva a una obligación sustantiva formulada por primera vez en relación con el Primer Protocolo Facultativo parecería reflejar la intención del Estado de impedir que el Comité exprese sus opiniones acerca de un determinado artículo del Pacto en un caso individual.”²²⁸

Con fundamento en ese razonamiento, el Comité consideró, en el asunto *Rawle Kennedy*, que no era válida una reserva de Trinidad y Tabago por la que se excluía la competencia del Comité para examinar las comunicaciones relativas a un condenado a muerte²²⁹.

98. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado una posición igualmente radical. En el caso *Loizidou*, dedujo de su análisis del objeto y el fin del Convenio de Roma “que los Estados no pueden limitar su aceptación de las cláusulas

²²⁷ Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 de noviembre de 1994, párr. 11. Véase también Françoise Hampson, Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos, Documento de trabajo definitivo, E/CN.4/SUB.2/2004/42, párr. 55.

²²⁸ *Ibid.*, párr. 13. En el párrafo siguiente, el Comité “considera que las reservas relativas a los procedimientos establecidos en el Primer Protocolo no serían compatibles con el objeto y fin de éste”.

²²⁹ Comunicación No. 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*, CCPR/C/67/D/845/1999, Informe del Comité de Derechos Humanos sobre su labor en 2000, A/55/40, vol. II, anexo XI.A, párr. 6.7. Para justificar su reserva, Trinidad y Tabago había hecho valer que admitía “el principio según el cual los Estados no pueden utilizar el Protocolo Facultativo para formular reservas al propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero destaca que su reserva al Protocolo Facultativo no afecta de manera alguna las obligaciones que ha contraído y los compromisos que ha asumido en virtud de dicho Pacto ...” (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 225). Esa reserva se refería a las objeciones hechas por siete Estados antes de que Trinidad y Tabago denunciara pura y simplemente el Protocolo.

facultativas para sustraer de hecho del control de los órganos del Convenio las partes de su derecho y de su práctica relativas a su jurisdicción²³⁰ y que toda restricción a su competencia *ratione loci* o *ratione materiae* es incompatible con la naturaleza del Convenio²³¹.

99. De ese análisis sin duda se pueden sacar algunas conclusiones generales, que podrían ser objeto de un proyecto de directriz 3.1.13:

3.1.13 *Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado*

La reserva a una disposición convencional relativa al arreglo de controversias o al control de la aplicación de un tratado no es, por sí misma, incompatible con el objeto y el fin del tratado a menos que:

- i) *La disposición a que se refiera a la reserva constituya la razón de ser del tratado; o*
- ii) *La reserva no tenga por efecto excluir a su autor de un mecanismo de arreglo de controversias o de control de la aplicación del tratado relativo a una disposición convencional que hubiera aceptado con anterioridad, si el objeto mismo del tratado es la aplicación de un mecanismo de esa naturaleza.*

ii) *Reservas a los tratados generales de derechos humanos*

100. También en materia de derechos humanos los debates son muy vivaces, en particular en lo que respecta a las reservas formuladas a los tratados generales, como los Convenios europeo, interamericano y africano, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En este último caso, el Comité de Derechos Humanos declaró, en su célebre (y debatible) Comentario General No. 24 que:

“En un instrumento que enuncia un número muy elevado de derechos civiles y políticos, cada uno de los múltiples artículos, y, de hecho, su relación recíproca, garantizan los objetivos del Pacto. El objeto y el fin del Pacto son crear normas jurídicamente vinculantes para los derechos humanos al definir determinados derechos civiles y políticos e insertarlos en un marco de obligaciones que son jurídicamente vinculantes para los Estados que lo ratifican; y proporcionar un mecanismo eficaz de supervisión para las obligaciones contraídas.”²³²

²³⁰ Fallo citado en la nota 211 *supra*, pág. 27, párr. 77.

²³¹ *Ibid.*, párrs. 70 a 89; véase especialmente el párrafo 79. Véase también la decisión de la Gran Sala, de 4 de julio de 2001, sobre la admisibilidad de la solicitud No. 48787/99 en el caso *Ilie Ilaşcu y otros c. Moldova y la Federación de Rusia*, pág. 20.

²³² Comentario general, nota 227 *supra*, párr. 7. Comp.: F. Hampson, Documento de trabajo, nota 227 *supra*, párr. 50.

Interpretada literalmente, esa posición conduciría a considerar inválida toda reserva general relativa a cualquiera de los derechos protegidos por el Pacto²³³. Sin embargo, esa no es la posición de los Estados partes, que no han formulado objeciones sistemáticas contra las reservas de ese tipo²³⁴, y el Comité mismo tampoco va tan lejos ya que, en los párrafos que siguen a esa posición de principios²³⁵, expone de manera más precisa los criterios que lo conducen a garantizar la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del Pacto: de ello no resulta que, por su naturaleza, una reserva general relativa a uno de los derechos protegidos, por ese solo hecho, no sea válida²³⁶.

101. Del mismo modo, en lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, se han formulado numerosas reservas respecto de las disposiciones relativas a la adopción²³⁷. Como señaló un autor, al que difícilmente pueda acusarse de ser enemigo de los derechos humanos: *It would be difficult to conclude that this issue is so fundamental to the Convention as to render such reservations contrary to its object and purpose*²³⁸ [Sería difícil concluir que esta cuestión es tan crucial para la Convención que hace que ese tipo de reservas sea contrario a su objeto y fin].

102. Habida cuenta de la diversidad de la práctica seguida en la materia, el Relator Especial considera que el proyecto de directriz 3.1.12 relativo a esta delicada cuestión debería redactarse de manera flexible, a fin de dar a los intérpretes un margen de apreciación suficiente. El texto podría ser el siguiente:

3.1.12 Reservas a los tratados generales de derechos humanos

A fin de apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado general de protección de los derechos humanos, debe tenerse en cuenta el carácter indisociable de los derechos allí enunciados y la importancia que tiene el derecho objeto de la reserva en la estructura general del tratado o el grado en que la reserva afecta el tratado.

²³³ Ciertos autores han sostenido que existe una total incompatibilidad entre el régimen de las reservas y los derechos humanos. Véase P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 63, pág. 99 (igualmente en inglés: “Reservations and Human Rights Convention”, en *H.R.R.* 1981, pág. 28) que no comparte esa visión radical; M. Coccia, *op. cit.*, nota 34, pág. 16; R. P. Anand, “Reservations to Multilateral Treaties”, en *Indian Jl. I. L.*, 1960, pág. 88; P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 249, ó W. A. Schabas, *op. cit.*, nota 63, pág. 41. Véanse también las observaciones respecto del Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos, nota 227 *supra*, de Elena A. Baylis, “General Comment 24: Confronting the Problem of Reservations to Human Rights Treaties”, en *Berkeley Jl. I.L.* 1999, págs. 277 a 329; Catherine J. Redgwell, “Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24(52)”, en *I.C.L.Q.*, 1997, págs. 390 a 412; R. Higgins, “Introduction”, J.P. Gardner editor., *op. cit.*, nota 162, págs. xvii a xxix, o Konstantin Korkelia, “New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights”, en *E.J.I.L.* 2002, págs. 437 a 477.

²³⁴ Véase, por ejemplo, la reserva de Malta al artículo 13 (sobre las condiciones para la expulsión de extranjeros), que no fue objeto de objeción alguna (véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 180).

²³⁵ Párrafos 8 a 10 del Comentario General No. 24, nota 227 *supra*; además de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del Pacto, esos criterios se refieren a la naturaleza consuetudinaria, imperativa o inderogable de la norma pertinente; véanse los párrafos 116 a 144 *infra*.

²³⁶ Véase, sin embargo, la nota 239 *infra*.

²³⁷ Artículos 20 y 21; véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 303 a 312.

²³⁸ W. A. Schabas, *op. cit.*, nota 195, pág. 480.

iii) *Reservas relativas a la aplicación del derecho interno*

103. Otro interrogante se plantea frecuentemente, y no sólo en la esfera de los derechos humanos: ¿puede un Estado formular una reserva a fin de preservar la aplicación de su derecho interno?²³⁹ Una vez más, aquí se impone una respuesta con matices, y ciertamente no es posible responder categóricamente de manera negativa, como lo dan a entender ciertas objeciones a las reservas de ese tipo. Es así que, por ejemplo, varios Estados han objetado la reserva formulada por el Canadá al Convenio sobre la evaluación del efecto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, ya que ésta “hace que el respeto a la Convención dependa de ciertas disposiciones del derecho interno del Canadá”²⁴⁰. Igualmente, Finlandia se opuso a las reservas formuladas por varios Estados a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, en razón del “principio general de interpretación de los tratados en virtud del cual una parte en un tratado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar su negativa a aplicar ese tratado”²⁴¹.

104. Ese argumento no es convincente. Sin duda, con arreglo al artículo 27 de la Convención de Viena²⁴², una parte “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”²⁴³. Pero ello supone que el problema está resuelto, es decir, que las disposiciones del caso se aplican al Estado que formula la reserva; o sea, esa es toda la cuestión. Como se ha señalado correctamente, muy a menudo un Estado formula una reserva porque el tratado le impone obligaciones incompatibles con su derecho interno, que no está en condiciones de modificar²⁴⁴, por lo menos en un primer momento²⁴⁵. Además, el

²³⁹ En sus observaciones finales al primer informe de los Estados Unidos, de 7 de abril de 1995, el Comité lamentó la amplitud de las reservas, declaraciones e interpretaciones del Pacto hechas por el Estado parte. Consideraba que éstas, en su conjunto, tenían como objetivo ocultar que el Estado parte sólo aceptaba lo que ya se había incorporado a su legislación. El Comité también estaba especialmente preocupado por las reservas expresadas con respecto al párrafo 5 del artículo 6 y al artículo 7 del Pacto, que a su juicio eran incompatibles con el objetivo y la finalidad de éste (CCPR/C/79/Add.50, párr. 14). Véase el análisis de W. A. Schabas, *op. cit.*, nota 200, págs. 277 a 328, o Jeremy McBride, “Reservations and the Capacity of States to Implement Human Right Treaties”, en J. P. Gardner, editor, *op. cit.*, nota 162, pág. 172.

²⁴⁰ Véanse las objeciones de España, Francia, Noruega, Irlanda, Luxemburgo y Suecia, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. II, págs. 457 y 458.

²⁴¹ Objeciones a las reservas hechas por Indonesia, Malasia, Qatar, Singapur y Omán; véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 313 y 314; véanse también, por ejemplo, las objeciones de Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, México, Noruega y Suecia a la segunda reserva de los Estados Unidos de América a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 129 a 132 – para el texto de esa reserva, véase *infra*, párr. 111). Véase también el párrafo 110 *infra*.

²⁴² Invocado expresamente, por ejemplo, por Estonia y los Países Bajos en apoyo de sus objeciones a esa misma reserva de los Estados Unidos de América (*ibíd.*, págs. 130 y 131).

²⁴³ El texto del artículo 27 es el siguiente: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esa norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46” (que se refiere a las “ratificaciones imperfectas”). La norma establecida en el artículo 26 se refiere a los tratados en vigor pero, por definición, una reserva tiende a excluir o modificar el efecto jurídico que la aplicación de esa disposición tiene sobre el autor de la reserva.

²⁴⁴ Cf. W. A. Schabas, *op. cit.*, nota 195, págs. 479 y 480, y *op. cit.*, nota 63, pág. 59.

²⁴⁵ En la práctica, el Estado que formula la reserva indica el plazo que necesitará para adecuar su derecho interno al tratado (cf. la reserva de Estonia a la aplicación del artículo 6, o la de

artículo 57 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no sólo autoriza a un Estado parte a formular una reserva en caso de oponerse su derecho interno a una disposición del Convenio, sino que limita esa facultad al único caso “en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición”²⁴⁶. Por el contrario, esa misma disposición excluye expresamente “las reservas de carácter general”.

105. Lo que importa al respecto es que el Estado o la organización internacional que formula la reserva no se refugie tras su derecho interno²⁴⁷ para, en realidad, no aceptar ninguna obligación internacional nueva, cuando el objetivo del tratado es que se modifique la práctica de ese Estado u organización. Si no es exacto considerar que el artículo 27 de las Convenciones de Viena se puede aplicar en la especie²⁴⁸, conviene no obstante mantener el espíritu de que las normas nacionales son “simples hechos” en relación con el derecho internacional²⁴⁹ y que el objeto mismo de un tratado puede ser llevar a los Estados a modificarlas.

106. Si bien todo lo expuesto podría parecer evidente, sin duda sería oportuno recordarlo con firmeza en un proyecto de directriz 3.1.11:

3.1.11 Reservas relativas a la aplicación del derecho interno

Un Estado o una organización internacional sólo podrá formular una reserva mediante la cual trate de excluir o modificar la aplicación de una disposición del tratado a fin de mantener la integridad de su derecho interno cuando aquélla no resulte incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Lituania al párrafo 3 del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se limitaron a un año (<http://conventions.coe.int/>), o su intención de hacerlo (cf. las reservas de Chipre y Malawi al adherirse a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, lo que efectivamente hicieron posteriormente; cf. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 267, nota 25, y pág. 269, nota 39); véase también la declaración hecha por Indonesia cuando se adhirió al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 22 de marzo de 1989, *ibid.*, vol. II, pág. 448). Es también muy frecuente que un Estado renuncie a una reserva formulada sin indicación de su duración después de haber modificado las disposiciones de su derecho interno que habían dado lugar a la reserva (cf. la retirada por Francia, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de varias reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 267, notas 27 y 30, y págs. 271 y 272, nota 53; véanse también las retiradas parciales sucesivas (1996, 1998, 1999, 2001) hechas por Finlandia a su reserva al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (<http://conventions.coe.int/>). Esas prácticas son encomiables e indudablemente se las debe alentar (cf. la directriz 2.5 de la Guía de la práctica y sus comentarios, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 55º período de sesiones (A/58/10, págs. 164 a 166; de ello no se puede deducir la invalidez de principio de las “reservas de derecho interno”).

²⁴⁶ Véase párr. 42 *supra*.

²⁴⁷ El Relator Especial considera que existe un “derecho propio” de las organizaciones internacionales que, habida cuenta en todo caso de la cuestión que aquí se examina, debe considerarse *mutatis mutandis* de la misma manera que el derecho interno de los Estados.

²⁴⁸ Véase párr. 104 *supra*.

²⁴⁹ C.P.J.I., fallo de 25 de mayo de 1926, *Alta Silesia polaca*, Serie A, No. 7, pág. 19; véase también Comisión de Arbitraje para Yugoslavia, dictamen No. 1, 29 de noviembre de 1991, *R.G.D.I.P.*, 1992, pág. 264. El principio se confirmó en el artículo 4 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2001, relativo a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito.

iv) *Reservas vagas y generales*

107. El apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena no prevé expresamente esa hipótesis. Sin embargo, debe considerarse que una reserva general no es compatible con el objeto y el fin de la Convención. De la definición misma de reserva resulta que ésta tiene por objeto excluir o modificar “el efecto jurídico de *algunas disposiciones* de un tratado en su aplicación” en relación con sus autores²⁵⁰.

108. En consecuencia, no se puede admitir que las reservas puedan tener por resultado impedir que el tratado en su conjunto produzca sus efectos. Y si las “reservas transversales” son de práctica corriente, no son válidas, como lo precisa el proyecto de directriz 1.1.1 de la Guía de la práctica²⁵¹, cuando tratan de “excluir o modificar los efectos jurídicos ... del tratado en su conjunto *con respecto a ciertos aspectos específicos* ...”. Además, resulta del carácter esencialmente consensual del derecho de los tratados en general²⁵², y del derecho de las reservas en particular²⁵³, que si los Estados tienen libertad para *formular* (no para *hacer*²⁵⁴) reservas, las demás partes también deben poder reaccionar aceptando u objetando las reservas. Ello no es posible si el texto de la reserva no permite apreciar su contenido.

²⁵⁰ Véanse las observaciones del Gobierno de Israel en relación con el primer proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados, que llevaron a que se ajustara el texto en inglés de la definición de reserva al texto en francés, mediante el cambio de la palabra “*certain*” en lugar de “*some*” (en Sir Humphrey Waldock, Cuarto Informe, A/CN.4/177, nota 20 *supra*, pág. 14); véase también la declaración de Chile en la Conferencia de Viena, *Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota 60 *supra*, cuarta sesión plenaria, párr. 5, pág. 24: “las palabras ‘excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado’ (apartado d) significan que la reserva debe indicar clara y categóricamente las disposiciones a que se refieren. Hay que evitar la formulación de reservas imprecisas”.

²⁵¹ Véase la nota 101 *supra*. Véanse también las observaciones de R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 172.

²⁵² V. P. Reuter, *op. cit.*, nota 28, págs. 20 y 21; Ch. Tomuschat, *op. cit.* nota 55, pág. 466. Véase igualmente, por ejemplo, C.P.J.I., fallo de 17 de agosto de 1923, caso del *Vapor Wimbledon*, Serie A, No. 1, pág. 25, ó C.I.J., opinión consultiva de 11 de julio de 1950, *Estatuto internacional del África sudoccidental*, *Rec.* 1950, pág. 139.

²⁵³ La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva de 1951 en el caso *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, precisó a ese respecto que “está bien establecido que un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, estar vinculado sin su consentimiento y que, en consecuencia, no se le puede oponer reserva alguna a menos que la haya consentido” (*Rec.*, 1951, pág. 21). Los autores de la opinión disidente común, adjunta a la opinión consultiva, formularon esa idea de manera todavía más enérgica: “El consentimiento de las partes es el fundamento de las obligaciones convencionales. El derecho que rige las reservas constituye solamente un caso particular de ese principio fundamental; es decir, que el acuerdo de las partes sobre la reserva interviene antes de que se la enuncie, al mismo tiempo o posteriormente” (*ibid.* pág. 32). Véase también el laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el caso de la *Plataforma continental del mar de Iroise*, *R.S.A.*, XVIII, págs. 171 y 172, párrs. 60 y 61; W. Bishop, Jr., *op. cit.*, nota 96, pág. 255.

²⁵⁴ Véase párr. 14 *supra*.

109. En consecuencia, lo que causa el problema no es en sí misma la referencia al derecho interno hecha por el Estado que formula la reserva —hay reservas en tal sentido que no suscitan objeciones ni las han recibido²⁵⁵— sino el carácter a menudo vago y general de las reservas a que esas objeciones se refieren y que excluyen toda posibilidad de que los demás Estados partes puedan adoptar una posición a su respecto. Ese era el espíritu de una enmienda presentada por el Perú en la Conferencia de Viena, con la idea de añadir un párrafo d) al futuro artículo 19, con el texto siguiente:

d) La reserva haga inoperante el tratado por subordinar su aplicación, de un modo general o indeterminado, a la legislación nacional²⁵⁶.

110. Las objeciones de Finlandia a las reservas de varios Estados a la Convención sobre los Derechos del Niño están ciertamente más sólidamente motivadas por ese aspecto que por una referencia al artículo 27 de la Convención de 1969²⁵⁷; de ese modo, en respuesta a la reserva de Malasia, que no había aceptado varias disposiciones de la Convención de Nueva York de 1989 “porque no se adecuan a la Constitución, al derecho interno ni a las políticas nacionales del Gobierno de Malasia”²⁵⁸, Finlandia estimó que el “carácter amplio” de esa reserva no permitiría “saber en qué medida Malasia prevé aplicar la Convención y cumplir las obligaciones que ella le

²⁵⁵ Véanse, por ejemplo, la reserva de Mozambique a la Convención Internacional contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979 (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. II, pág. 114) (se vuelve a encontrar la reserva relativa a la extradición de nacionales de Mozambique en relación con otros tratados, como por ejemplo el Convenio Internacional para la represión del terrorismo, *ibíd.*, pág. 159), las reservas de Guatemala y Filipinas a la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 1962, (*ibíd.*, pág. 95), o las de Colombia (formuladas al momento de la firma), el Irán y los Países Bajos (con todo, bastante vaga) a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (*ibíd.*, vol. I, págs. 439 a 442). La reserva de Francia al párrafo 1 del artículo 15 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos ha sido más debatida; véase Nicole Questiaux, “La Convention européenne des droits de l’homme et l’article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958”, en *R.D.H.* 1970, págs. 651 a 663; Alain Pellet, “La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l’homme”, en *R.D.P.* 1974, págs. 1358 a 1365; o Vincent Coussirat-Coustière, “La réserve française à l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme”, en *J.D.I.* 1975, págs. 269 a 293.

²⁵⁶ Informes de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/14), *Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), nota 28 *supra*, pág. 145, párr. 177; véanse las explicaciones del representante del Perú en la 21ª sesión plenaria, 10 de abril de 1968, *Actas resumidas* (A/CONF.39/11/Add.1), nota 60 *supra*, pág. 121, párr. 25. La enmienda fue rechazada por 44 votos contra 16, con 26 abstenciones (*ibíd.*, 25ª sesión plenaria, 16 de abril de 1968, pág. 149, párr. 26); la lectura de los debates no explica demasiado las razones del rechazo; sin duda, varias delegaciones consideraron, al igual que Italia, que era “inútil formular expresamente la hipótesis que en ella se considera, puesto que se trata ahí de un caso de reservas incompatibles con el objeto del tratado” (*ibíd.*, 22ª sesión plenaria, 10 de abril de 1968, pág. 132, párr. 75); en el mismo sentido, R. Szafarz, *op. cit.*, nota 84, pág. 302.

²⁵⁷ Véase el párrafo 103 *supra*. Del mismo modo, el motivo invocado por los Países Bajos o el Reino Unido en apoyo de sus objeciones a la segunda reserva de los Estados Unidos a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que se basaba en “la incertidumbre [que ella creaba] en cuanto al alcance de las obligaciones que el Gobierno de los Estados Unidos de América está dispuesto a asumir en lo que respecta a la Convención” (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 131), es más convincente que el que se fundamenta en la invocación del derecho interno (véanse las notas 242 y 243 *supra*).

²⁵⁸ *Ibid.*, pág. 307.

impone”²⁵⁹. La declaración de Tailandia, en que precisaba que ese país “no interpreta ni aplica las disposiciones de la Convención [sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1966] de manera que le impongan obligaciones que sobrepasen los límites establecidos por su Constitución y su legislación”²⁶⁰, fue igualmente motivo de una objeción por parte de Suecia, en que manifestaba que, de ese modo “la aplicación de la Convención está subordinada a una reserva general que remite a los límites de la legislación nacional, cuyo contenido no se especifica”²⁶¹.

111. De ese tipo es la objeción que suscita lo que se ha convenido en llamar la “reserva de la *sharia*”²⁶², de la cual un ejemplo típico es la reserva por la cual Mauritania acepta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York en 1979, “en todas y cada una de sus partes que no sean contrarias a la *sharia* islámica”²⁶³. Aquí una vez más lo que causa problemas no es la invocación en sí misma de una ley de origen religioso aplicada por ese Estado²⁶⁴, sino, como lo constató Dinamarca, que “esas reservas generales que reenvían a las disposiciones de la *sharia* islámica ... tienen un alcance ilimitado

²⁵⁹ *Ibid.*, pág. 313; véanse también las objeciones de Finlandia y varios otros Estados partes a las reservas comparables de varios otros Estados, *ibid.* págs. 314 a 316.

²⁶⁰ *Ibid.*, pág. 143.

²⁶¹ Todavía no se ha publicado; véase <http://untreaty.un.org/>. En ese mismo sentido, véanse las objeciones de Noruega y Suecia, de 15 de marzo de 1999, respecto de la reserva de Bangladesh a la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 31 de marzo de 1953, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. II, pág. 88, o las de Finlandia a una reserva de Guatemala a la Convención de Viena de 1969, y de los Países Bajos, Suecia y Austria a una reserva comparable del Perú a la misma Convención, *ibid.*, págs. 345 a 351.

²⁶² Para los debates doctrinarios, véase especialmente: Andrea Sassi, “General Reservations to Multilateral Treaties”, en T. Treves, *op. cit.*, nota 66, págs. 96 a 99; y más particularmente sobre su aplicación a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, véase B. Clark, *op. cit.*, nota 201, págs. 209 a 302 y 310 y 311; Jane Connors, “The Women’s Convention in the Muslim World”, en J. P. Gardner, editor, *op. cit.*, nota 162, págs. 85 a 103; R. Cook, *op. cit.*, nota 201, págs. 690 a 692; J. McBride, *op. cit.*, nota 239, págs. 149 a 156 (con numerosos ejemplos), o Y. Tyagi, “The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Right Treaties”, en *B.Y.B.I.L.* 2000, págs. 198 a 201, y más específicamente: Anna Jenefsky, “Permissibility of Egypt’s Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, en *Maryland JI. of I. L. and Trade*, 1991, págs. 199 a 233.

²⁶³ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 243. Véase también la reserva de la Arabia Saudita (que menciona “las normas de la ley musulmana” – *ibid.* pág. 238) y de Malasia (*ibid.* pág. 242), o la reserva inicial de Maldivas: “El Gobierno de la República de Maldivas respetará las disposiciones de la Convención, con excepción de aquéllas que pueda considerar contrarias a los principios de la *sharia* islámica sobre la cual se basan todas las leyes y tradiciones de Maldivas” (*ibid.*, pág. 269, nota 40); como esa reserva fue objeto de numerosas objeciones, el Gobierno de Maldivas la modificó dándole un sentido menos restrictivo, pero Alemania la objetó nuevamente y Finlandia criticó la nueva reserva (*ibid.*). Igualmente, varios Estados formularon objeciones a la reserva de la Arabia Saudita a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966, que sometía las disposiciones de esa Convención a la condición de “que no fueran contrarias a la *sharia*” (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 137 y 144 a 149).

²⁶⁴ La Santa Sede ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, a reserva de que “la aplicación de la Convención sea compatible con la naturaleza particular del Estado de la Ciudad del Vaticano y de las fuentes de su derecho objetivo...” (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 310). Como se ha señalado (W. A. Schabas, *op. cit.*, nota 195, págs. 478 y 479), ese texto plantea, *mutatis mutandis*, los mismos problemas que la “reserva de la *sharia*”.

y un carácter indefinido”²⁶⁵; en consecuencia, según los términos del Reino Unido, una reserva de ese tipo “consiste en un reenvío general al derecho interno, cuyo tenor no se precisa, ni se indica claramente a los demás Estados partes en la Convención en qué medida el Estado que formula la reserva ha aceptado las obligaciones enunciadas en el tratado”²⁶⁶.

112. Ocurre lo mismo cuando un Estado se reserva, de un modo general, hacer prevalecer su constitución sobre el tratado²⁶⁷; así ocurre por ejemplo con la reserva de los Estados Unidos a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

“Ninguna disposición de la Convención exige ni justifica la adopción por los Estados Unidos de medidas legislativas o de otro tipo prohibidas por la Constitución de los Estados Unidos, tal como es interpretada por los Estados Unidos.”²⁶⁸

113. En el fondo, la razón de que esas reservas entren dentro del apartado c) del artículo 19 es más la imposibilidad de apreciar su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado que la certidumbre de su incompatibilidad. Como señaló el Comité de Derechos Humanos:

“Las reservas deben ser específicas y transparentes a fin de que el Comité, quienes estén sometidos a la jurisdicción del Estado que formula la reserva y los demás Estados Partes puedan tener en claro cuáles son las obligaciones de derechos humanos que han sido o no contraídas. Así pues, las reservas no deben tener carácter general sino que han de referirse a una disposición concreta del Pacto e indicar en términos precisos su ámbito en relación con él.”²⁶⁹

114. Por su parte, en el caso *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declaró inválida la declaración (equivalente a una reserva) de Suiza al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio de Roma, ya que estaba “redactada en términos demasiado vagos o amplios para que se pudiese apreciar el sentido y el ámbito de aplicación

²⁶⁵ *Ibid.*, pág. 250.

²⁶⁶ *Ibid.*, pág. 262; véanse también las objeciones de Alemania, Austria, Finlandia, Noruega, los Países Bajos o Suecia (*ibid.*, págs. 247 a 264). Las reservas de numerosos Estados islámicos a disposiciones particulares de la Convención, justificadas por la incompatibilidad de éstas con la *sharia*, son ciertamente menos criticables en este aspecto, si bien muchas de ellas igualmente suscitaron objeciones de algunos Estados partes (véase, por ejemplo, B. Clark, *op. cit.*, nota 201, pág. 300, que señaló que la reserva del Iraq al artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, basada en la *sharia*, es específica y entraña un régimen más favorable que el de la Convención; sin embargo, esa reserva fue objeto de objeciones por parte de México, los Países Bajos y Suecia, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 256, 258 y 263).

²⁶⁷ Cf. la reserva del Pakistán a la misma Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*ibid.*, pág. 244) y las objeciones de Alemania, Austria, Finlandia, Noruega, los Países Bajos (*ibid.*, págs. 247 a 259) y Portugal (*ibid.*, págs. 270 y 271, nota 48).

²⁶⁸ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 127.

²⁶⁹ Comentario General No. 24, nota 227 *supra*, párr. 19; véase también el párrafo 12 que relaciona la cuestión de la alegación del derecho interno y la de las “reservas formuladas en términos generales”.

exactos”²⁷⁰. Pero fue sin duda la Comisión Europea de Derechos Humanos quien formuló el principio aplicable en la materia del modo más claro, al estimar que “una reserva es de carácter general (...) cuando está redactada de un modo que no permite definir su alcance”²⁷¹.

115. La redacción del proyecto de directriz 3.1.7 podría inspirarse en esta formulación:

3.1.7 *Reservas vagas y generales*

Una reserva redactada en términos vagos y generales que no permitan apreciar su alcance es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

v) *Reservas relativas a disposiciones que enuncian normas consuetudinarias*

116. Se ha producido el caso de que Estados partes en un tratado hayan formulado objeciones a reservas y les hayan negado la compatibilidad con su objeto y su fin so pretexto de que eran contrarias a normas consuetudinarias sólidamente establecidas. De este modo, Austria declaró que

“en su opinión, las reservas de Guatemala [a la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados] se refieren casi exclusivamente a normas generales de [esa Convención], muchas de las cuales están sólidamente fundamentadas en el derecho internacional consuetudinario. Las reservas podrían poner en entredicho normas sólidamente establecidas y universalmente aceptadas. Austria estima que se pueden albergar dudas sobre la compatibilidad de estas reservas con el objeto y el fin de la Convención ...”²⁷²

Del mismo modo, los Países Bajos formularon una objeción a las reservas de varios Estados referentes a distintas disposiciones de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y declararon que “en su opinión, las disposiciones correspondientes permanecen en vigor en las relaciones entre [ellos mismos] y esos Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario”²⁷³.

²⁷⁰ Fallo de 29 de abril de 1988, *Belilos*, nota 98 *supra*, pág. 25, párr. 55 (véase párr. 42 *supra*); para un análisis detenido de la condición de generalidad estipulada en el artículo 57 del Convenio, véanse sobre todo Iain Cameron y Frank Horn, “Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case”, G.Y.B.I.L. 1990, págs. 97 a 109, o R. J. Stuart MacDonald, “Reservations Under the European Convention on Human Rights”, R.B.D.I, 1988, págs. 433 a 438 y 443 a 448.

²⁷¹ Informe de la Comisión, 5 de mayo de 1982, *Temeltasch*, nota 99 *supra*, párr. 588. Véase P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 95, págs. 599 a 607.

²⁷² *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. II, pág. 344; véanse también las objeciones formuladas en términos parecidos por Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, el Reino Unido y Suecia, *ibíd.* págs. 345 a 351. En el caso del *Mar d'Iroise*, el Reino Unido sostuvo que la reserva de Francia al artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental tenía por objeto “las normas del derecho internacional consuetudinario” y era “inadmisible como reserva al artículo 6”, laudo citado *supra* en nota 90, pág. 167, párr. 50.

²⁷³ *Ibid.*, vol. I, pág. 96; en realidad, no son las disposiciones en cuestión las que permanecen en vigor, sino las normas consuetudinarias que ellas expresan (véase *infra*, párr. 120). Véanse también las objeciones de Polonia a las reservas de Bahrein y Libia (*ibíd.*, pág. 97) y D. W. Greig, *op. cit.*, nota 29, pág. 88.

117. A menudo se ha creído poder deducir del pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en los casos de la *Plataforma continental del Mar del Norte*²⁷⁴ esa imposibilidad de formular reservas a las disposiciones convencionales que codifican normas consuetudinarias:

“En general, es característico de una norma o una obligación puramente convencional que la facultad de formular reservas unilaterales a ella sea admitida con determinados límites; pero no podría ser así en el caso de las normas y obligaciones de derecho general o consuetudinario que por naturaleza deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional y no pueden por ello estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad en su beneficio.”²⁷⁵

Aunque la redacción escogida por la Corte no sea sin duda de las más afortunadas, la conclusión que se ha creído poder extraer de ella no parece exacta si se vuelve a situar este pasaje en su contexto.

118. En efecto, la Corte prosigue mostrándose prudente en cuanto a las deducciones a que conduce la exclusión de determinadas reservas. Constatando que la facultad de formular reservas al artículo 6 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental (sobre la delimitación) no estaba excluida por el artículo 12, relativo a las reservas²⁷⁶, como lo estaba para los artículos 1 a 3, le pareció “normal” y

“legítimo deducir de ello que se le atribuyó un valor diferente y menos fundamental y que, contrariamente a esos artículos, no reflejaba el derecho consuetudinario preexistente o en vías de formación.”²⁷⁷

Por ello, “no es cierto que la Corte afirme la inadmisibilidad de las reservas con respecto a las normas de derecho consuetudinario”²⁷⁸; solamente constata que, en el caso en cuestión, el tratamiento diferente reservado por los autores de la Convención a los artículos 1 a 3 por una parte y al 6 por la otra, hace pensar que no consideraban que este último codificara una norma consuetudinaria, lo cual confirma la conclusión que había alcanzado la Corte por otro lado.

²⁷⁴ Véase la opinión disidente, adjunta al fallo de 1969, del Magistrado Morelli (*Rec.* 1969, págs. 197 y 198) y los numerosos comentarios citados por P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 244, nota 20; véase también G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, pág. 685.

²⁷⁵ Fallo de 20 de febrero de 1969, *Rec.* 1969, págs. 38 y 39, párr. 63.

²⁷⁶ Véase *supra*, párr. 39.

²⁷⁷ *Rec.* 1969, pág. 40, párr. 66; véase también pág. 39, párr. 63; en el mismo sentido, véase la opinión separada del Magistrado Padilla Nervo, *ibíd.*, pág. 89; *contra*: opinión disidente del Magistrado Koretsky, pág. 163.

²⁷⁸ P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 244; en el mismo sentido, Alain Pellet, “La C.I.J. et les réserves aux traités – Remarques cursives sur une révolution inachevée”, *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer, La Haya, 2002, págs. 507 y 508. En su opinión disidente, el Magistrado Tanaka adopta una postura contraria en lo referente a la “obligación de buscar una solución mediante acuerdo, ya que esta obligación se deriva del derecho internacional general y sigue imponiéndose aunque el artículo 12 de la Convención no excluya expresamente los párrafos 1 y 2 del artículo 6 del grupo de las disposiciones que pueden ser objeto de reservas” (*Rec.* 1969, pág. 182); es confundir la cuestión de la facultad de formular una reserva con la de sus efectos cuando la disposición a la que se refiere una reserva presenta un carácter consuetudinario o incluso imperativo (el Magistrado Tanaka estima, curiosamente, que el principio de la equidistancia “debe ser reconocido como *jus cogens*”; *ibíd.*).

119. Por lo demás, en el propio fallo se indica, en un pronunciamiento que generalmente se olvida, “que un Estado que hubiera formulado una reserva no quedaría liberado por ello de las obligaciones impuestas por el derecho marítimo general fuera e independientemente de la Convención sobre la plataforma continental ...”²⁷⁹. El Magistrado disidente Morelli no dice otra cosa cuando escribe: “Por supuesto, la facultad de formular la reserva sólo afecta a la obligación contractual que se deriva de la Convención (...). Es obvio que la reserva no tiene nada que ver con la norma consuetudinaria como tal. Si existe esta norma, existe también para el Estado que ha formulado la reserva, del mismo modo que existe para los Estados que no han ratificado”²⁸⁰. Esto implica claramente que el carácter consuetudinario de la norma recogida en una disposición convencional con respecto a la cual se formula una reserva no constituye por sí mismo un motivo de invalidez de la reserva; “la facultad de formular reservas a una disposición convencional no depende de si esa disposición puede ser considerada o no como la expresión de una norma de derecho generalmente reconocida”²⁸¹.

120. Aunque discutido a veces²⁸², este principio es reconocido por lo demás por la doctrina mayoritaria²⁸³. Con razón:

- Las normas consuetudinarias obligan a los Estados con independencia de la expresión de su consentimiento a la norma convencional²⁸⁴ pero, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las normas imperativas, los Estados pueden derogarlas por acuerdo *inter se*; no se ve por qué razón no podrían hacerlo mediante una reserva²⁸⁵; *si* ésta es válida, pero ésta es precisamente la cuestión planteada;
- Una reserva sólo concierne a la “convencionalidad” de la norma, no a su existencia como norma consuetudinaria incluso aunque, en determinados casos, pueda arrojar dudas sobre su aceptación general “como derecho”²⁸⁶; como señaló el Reino Unido en sus observaciones al Comentario General No. 24

²⁷⁹ *Rec.* 1969, pág. 40, párr. 65.

²⁸⁰ *Ibid.*, pág. 198.

²⁸¹ Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Sørensen, *ibid.*, pág. 248.

²⁸² Véase la postura de Briggs en la declaración que adjuntó al laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el caso del *Mar de Iroise*, nota 90 *supra*, pág. 262.

²⁸³ Véanse en particular M. Coccia, *op. cit.*, nota 34, págs. 31 y 32; G. Gaja, “Le reserve al Patto sui diritti civili e politici e il diritto consuetudinario”, *Riv. D.I.* 1996, págs. 451 y 452; P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 113, pág. 48; R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, págs. 159 a 171, o L. Sucharipa-Behrman, *op. cit.*, nota 202, págs. 76 y 77.

²⁸⁴ Cf. la objeción de Finlandia a las reservas del Yemen al artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966: “No es formulando reservas como puede un Estado, en materia de derechos humanos [pero esto es cierto por norma general], sustraerse a normas universalmente obligatorias.” (objeción citada en nota 218 *supra*, pág. 147).

²⁸⁵ En este sentido, véase en la nota 281 *supra* la opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Sørensen en los casos de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, *Rec.* 1969, pág. 248; véase también M. Coccia, *op. cit.*, nota 34, pág. 32. Véase sin embargo el párr. 132 *infra*.

²⁸⁶ Cf. el apartado b) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En este sentido: R. R. Baxter, “Treaties and Customs”, *R.C.A.D.I.* 1970-I, t. 129, pág. 50; M. Coccia, *op. cit.*, nota 34, pág. 31; G. Gaja, *op. cit.*, nota 283, pág. 451 o G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, págs. 711 a 714. Puede ocurrir lo mismo, en determinadas circunstancias (pero no siempre), con la existencia de una cláusula de reserva (cf. P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 246 o P. Reuter, *op. cit.*, nota 45, pág. 631 (o págs. 370 y 371), nota 16).

“existe una clara distinción entre decidir no contraer obligaciones en virtud de un tratado y tratar de no acatar el derecho internacional consuetudinario”²⁸⁷;

- Si se comprueba este carácter, los Estados permanecen obligados por la norma consuetudinaria, con independencia del tratado²⁸⁸; y
- A pesar de las apariencias, pueden tener un interés (no necesariamente loable ...) en ello; por ejemplo, evitar que se apliquen a las obligaciones en cuestión los mecanismos de control o de solución de diferencias previstos por el tratado o limitar la intervención de los magistrados internos que pueden tener competencias diferentes con respecto a las normas convencionales, por una parte, y las consuetudinarias, por otra²⁸⁹;
- Por lo demás, como señaló Francia en su comentario del Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos, “no hay que confundir el deber de un Estado de ajustarse a un principio consuetudinario general con la aceptación de vincularse a su expresión convencional y más concretamente con los despliegues y precisiones que la formalización mediante un tratado entraña”²⁹⁰;
- Por último, una reserva puede constituir para un “objeto persistente” el medio de manifestar ... la persistencia de su objeción: por medio de un tratado puede sin duda alguna rechazar la aplicación de una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general²⁹¹.

121. Pero también en este caso sin embargo se plantea la cuestión de si esta solución es trasladable en materia de derechos humanos²⁹². El Comité de Derechos Humanos la ha rechazado basándose en el carácter particular 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”²⁹³.

122. Cabe señalar en primer lugar que el Comité confirma que no están excluidas a priori las reservas a normas consuetudinarias. Para establecer lo contrario en el caso particular de los tratados de derechos humanos, se limita a observar que estos instrumentos tienen por objeto proteger los derechos de las personas. Pero este

²⁸⁷ Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General, 1995, A/50/40, vol. I, pág. 154, párr. 7.

²⁸⁸ Véanse *infra*, párrs. 126 y 127.

²⁸⁹ Así ocurre en Francia, donde los tratados (en virtud del artículo 55 de la Constitución) prevalecen sobre las leyes, pero no lo hacen las normas consuetudinarias (comp. C.E., Ass., 20 de octubre de 1989, *Nicolo, Leb.* pág. 748, conclusiones Friedman y 6 de junio de 1997, *Aquarone, Leb.* pág. 206, conclusiones Bachelier).

²⁹⁰ Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General, 1996, A/51/40, vol. I, párr. 2; en el mismo sentido, véase el comentario de los Estados Unidos, *ibid.*, 1995, A/50/40, vol. I, pág. 150. Véase también Gérard Cohen-Jonathan, “Les réserves dans les traités de droits de l’homme”, *R.G.D.I.P.* 1996, págs. 932 y 933.

²⁹¹ Véase F. Hampson, documento de trabajo citado en nota 227 *supra*, nota 45.

²⁹² Véase A. Pellet, Segundo informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/477/Add.1, párrs. 143 a 147.

²⁹³ Comentario General No. 24, nota 227 *supra*, párr. 8.

postulado no tiene las consecuencias que el Comité le adjudica²⁹⁴; quedando bien entendido que, por una parte, una reserva a una disposición de un tratado de derechos humanos que refleje una norma consuetudinaria no libera en absoluto al Estado que la formula de su obligación de respetarla como tal²⁹⁵, y por otra, que concretamente una reserva a una norma de este carácter (con mayor razón si ésta es imperativa) tiene muchas probabilidades de ser contraria al objeto y al fin del tratado en virtud de las normas generales aplicables²⁹⁶, pero éste es otro problema.

123. Tratándose, más generalmente, de las convenciones de codificación, cabe preguntarse si no es contrario a su propio objeto y fin introducir reservas a ellas. No cabe duda de que “el deseo de codificar se acompaña normalmente de la preocupación de preservar la norma que se afirma”²⁹⁷: “en efecto, si en un tratado de codificación se puede formular una reserva referente a una disposición de origen consuetudinario, el tratado de codificación no habrá (...) logrado su objetivo...”²⁹⁸, hasta el punto de que se ha podido ver en las reservas y, en cualquier caso, en su acumulación, “la negación misma de la labor de codificación”²⁹⁹.

²⁹⁴ *Contra*: Thomas Giegerich, “Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien – Ein konstitutioneller Ansatz”, *ZaöRV* 1995, pág. 744 (Resumen en inglés, págs. 779 y 780).

²⁹⁵ Véase párr. 120 *supra*. Según el Comité de Derechos Humanos, “... un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma” (Comentario General No. 24, nota 227 *supra*, párr. 8); esto es sin duda exacto, pero de ello no se deriva automáticamente que estén prohibidas las reservas a las disposiciones correspondientes del Pacto: si esos derechos deben ser respetados, ello se debe a su naturaleza consuetudinaria y, en determinados casos, imperativa, no a su inclusión en el Pacto. En el mismo sentido, véase G. Gaja, *op. cit.*, nota 283, pág. 452. Además, el Comité procede por simples afirmaciones y no justifica la calificación de normas consuetudinarias aplicada a esas normas; como se escribió a otro respecto, “*el ‘debe ser’ se fusiona con el ‘es’*”, la *lex ferenda con la lex lata*” (T. Meron, “The Geneva Conventions as Customary Norms”, *AJIL* 1987, pág. 55; véase también la crítica muy argumentada de W.A. Schabas con respecto a los artículos 6 y 7 del Pacto, *op. cit.*, nota 200, págs. 296 a 310).

²⁹⁶ En este sentido, véase F. Hampson, Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos, Documento de trabajo, E/CN.4/SUB.2/1999/28, párr. 17 y Documento de trabajo definitivo, E/CN.4/SUB.2/2004/42, nota 227 *supra*, párr. 51: “En teoría, un Estado puede formular una reserva a una disposición de un tratado sin poner necesariamente en entredicho el carácter consuetudinario de la norma o su disposición a obligarse por la norma consuetudinaria. No obstante, en la práctica se suele recelar considerablemente de las reservas a las disposiciones que reflejan normas del derecho internacional consuetudinario”.

²⁹⁷ P. H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 246. Véase también G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, pág. 680: “Siendo ambas útiles, las nociones de reserva y de convención de codificación casan mal la una con la otra”; en este estudio se recapitula claramente toda la cuestión de las reservas a las convenciones de codificación (págs. 679 a 717, *passim*).

²⁹⁸ P. Reuter, *op. cit.*, nota 45, págs. 630 y 631 (o pág. 370). El autor añade que, por ello, el tratado habrá además “engendrado una situación más alejada de su objeto y de su fin que si no hubiese existido, puesto que una norma general ve restringirse su campo de aplicación” (*ibíd.*); esta segunda afirmación es más discutible: parece postular que por el hecho de formular la reserva, el Estado se encuentra liberado de la aplicación de la norma; no ocurre así (véase *infra*, nota 307).

²⁹⁹ R. Ago en *Anuario ...* 1965, vol. I, 797ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 168, párr. 58.

124. De ello no se deriva que, por definición, cualquier reserva a un tratado de codificación sea contraria a su objeto y a su fin:

- Es cierto que las reservas no son muy compatibles con el objetivo perseguido de uniformar y aclarar el derecho consuetudinario, pero “bien mirado, el equilibrio de conjunto contra el cual atenta la reserva no constituye el objeto y el fin del propio tratado, sino el objeto y el fin de la negociación de la cual dimana ese tratado”³⁰⁰;
- La noción misma de “convención de codificación” es incierta. Como ha señalado a menudo la Comisión, es imposible distinguir la codificación *stricto sensu* del derecho internacional de su desarrollo progresivo³⁰¹. ¿Qué cantidad de normas de origen consuetudinario debe contener un tratado para ser calificado de “tratado de codificación”?³⁰².
- La condición de las normas incluidas en un tratado no es inmutable en el tiempo: una norma que es muestra del desarrollo progresivo puede transformarse en una pura codificación y, a menudo, una “convención de codificación” cristaliza en una norma de derecho internacional general una norma que no tenía ese carácter en el momento de su adopción³⁰³.

125. En consecuencia, la naturaleza de las convenciones de codificación no constituye, en sí misma, un obstáculo a la formulación de reservas a algunas de sus disposiciones por la misma razón (y con los mismos límites) que las formuladas a cualquier otro tratado y los argumentos que se pueden esgrimir, de un modo general, a favor de la facultad de formular reservas a una disposición convencional que enuncia una norma consuetudinaria³⁰⁴ les son también plenamente trasladables. Por lo demás, la práctica está sólidamente establecida en este sentido: junto con los tratados de derechos humanos (que codifican además en gran medida el derecho existente), las convenciones de codificación son, de todos los tratados, los que reciben el mayor número de reservas³⁰⁵. Y si ha podido ocurrir que determinadas objeciones se basasen en el carácter consuetudinario de las normas concernidas³⁰⁶, la naturaleza

³⁰⁰ G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, pág. 700.

³⁰¹ Véanse por ejemplo los informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones 8º (1956) y 47º (1995), *Anuario ... 1956*, vol. II, pág. 256, párr. 26 o *Anuario ... 1996*, vol. II, págs. 92 y 93, párrs. 156 y 157.

³⁰² P. Reuter, *op. cit.*, nota 45, pág. 632 (o pág. 371).

³⁰³ Véase párr. 83 *supra* y, sobre la cuestión de la pena de muerte en relación con los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (pero para llegar a la conclusión negativa), William A. Schabas, “Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party?”, *Brooklyn J. of I.L.* 1995, págs. 308 a 310.

³⁰⁴ Véase párr. 116 *supra*.

³⁰⁵ A título de ejemplo, al 31 de diciembre de 2003, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas había sido objeto de 57 reservas o declaraciones (50 de las cuales siguen estando en vigor) por parte de 34 Estados Partes (actualmente, 31 Estados han formulado reservas que siguen en vigor) (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 90 a 100) y la de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, de 70 reservas o declaraciones (60 de las cuales siguen estando en vigor) procedentes de 35 Estados (32 actualmente) (*ibid.*, vol. II, págs. 340 a 351). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que parece hoy en todo caso haber codificado ampliamente el derecho internacional general en vigor, provocó 218 reservas o declaraciones (196 de las cuales siguen en vigor) por parte de 58 Estados (*ibid.*, págs. 173 a 184).

³⁰⁶ Véanse los párrafos 116 y 122 *supra*.

propia de estas convenciones no parece haber sido alegada nunca para sostener una declaración de incompatibilidad con su objeto y su fin.

126. No obstante, la naturaleza consuetudinaria de una disposición objeto de una reserva tiene consecuencias importantes en cuanto a los efectos producidos por ésta: cuando se establece, paraliza la aplicación de la norma *convencional* objeto de la reserva en las relaciones del Estado que ha formulado la reserva con las demás partes en el tratado, pero no hace desaparecer la obligación que le incumbe de respetar la norma consuetudinaria (cuyo contenido es, por hipótesis, idéntico)³⁰⁷. La razón es simple y aparece con gran claridad en el célebre pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua*:

“El hecho de que los principios [del derecho internacional general y consuetudinario], y reconocidos como tales, se codifiquen o incorporen en convenciones multilaterales no quiere decir que dejen de existir y de aplicarse como principios de derecho consuetudinario, incluso con respecto a países que son partes en esas convenciones”³⁰⁸.

127. Es por ello que con toda razón, en la objeción que hicieron a una reserva de Siria a la Convención sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Unidos consideran que:

“la ausencia de relaciones convencionales entre [ellos] y la República Árabe Siria en lo que se refiere a determinadas disposiciones de la Parte V no afectará de ningún modo al deber que incumbe a este país de cumplir con cualquier obligación enunciada en esas disposiciones que le fuera impuesto por el derecho internacional con independencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”³⁰⁹

128. El Magistrado ad hoc Sørensen, en la opinión disidente que adjuntó al fallo de la Corte Internacional de Justicia de 1969 en los casos de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, resumió del siguiente modo las normas aplicables en caso de reserva a una disposición declaratoria del derecho consuetudinario:

-
- ³⁰⁷ En este sentido: Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., Longman, Harlow, 1992, vol. II, pág. 1244, G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, pág. 711, o Prosper Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, *R.G.D.I.P.* 1982, págs. 43 y 44. Véanse también los autores citados *supra*, nota 281, o W.A. Schabas, *op. cit.*, nota 63, pág. 56. Paul Reuter sostiene un argumento en sentido contrario: “... entre el Estado que formula la reserva y las partes que se abstienen de presentar una objeción, la norma consuetudinaria deja de aplicarse, puesto que por un mecanismo convencional posterior al establecimiento de la norma consuetudinaria su aplicación ha sido suspendida” (*op. cit.*, nota 45, págs. 630 y 631 (o pág. 370); en el mismo sentido, G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, págs. 690 y 708); este razonamiento se enfrenta a graves objeciones: véase el párr. 132 *infra*.
- ³⁰⁸ Corte Internacional de Justicia, fallo de 26 de noviembre de 1984, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (competencia de la Corte y admisibilidad de la solicitud)*, *Rec.* 1984, párr. 73; véase también la opinión disidente de Morelli, *ibid.*, pág. 198.
- ³⁰⁹ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. II, pág. 345; véanse también las notas 223 a 225 *supra* y las objeciones de los Países Bajos y Polonia citadas en el párrafo 116 *supra*.

“... la facultad de incorporar reservas a una disposición convencional no depende de saber si esa disposición puede ser considerada o no como la expresión de una norma de derecho generalmente reconocida. En apoyo de este punto de vista me bastará subrayar que se han formulado reservas a determinadas disposiciones de la Convención sobre la Alta Mar aunque las disposiciones de esta Convención sean, según su preámbulo, ‘declaratorias en términos generales de los principios establecidos de derecho internacional’. Algunos Estados contratantes se opusieron a algunas de las reservas formuladas por otros Estados, pero otras reservas fueron tácitamente aceptadas. La aceptación tácita o expresa de una reserva hecha por una parte contratante no tiene por efecto privar a toda la Convención o al artículo en cuestión de su carácter declaratorio. Su único efecto es establecer una relación contractual especial entre las partes interesadas en el marco general del derecho consuetudinario enunciado en la Convención. Si la norma consuetudinaria no pertenece a la categoría del *jus cogens*, una relación contractual especial de esta naturaleza no es nula de por sí. No existe por tanto incompatibilidad entre la facultad de formular reservas a determinados artículos de la Convención sobre la plataforma continental y el reconocimiento de esta Convención o de los artículos en cuestión como la expresión de normas de derecho internacional generalmente aceptadas.”³¹⁰

129. De todo esto resulta que la naturaleza, por otra parte consuetudinaria, de la norma enunciada en una disposición convencional no constituye, por sí misma, un obstáculo a la formulación de una reserva, pero que una reserva de este tipo no podría, de ninguna manera, poner en entredicho el carácter obligatorio de la norma en cuestión en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que hubiera formulado la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales, sean partes o no en el tratado. Estos dos principios fundamentales deberían enunciarse en un proyecto de directriz 3.1.8:

3.1.8 *Reservas relativas a una disposición que enuncia una norma consuetudinaria*

1. *La naturaleza consuetudinaria de una norma enunciada por una disposición convencional no constituye en sí misma un obstáculo a la formulación de una reserva a esa disposición.*

2. *Una reserva a una disposición convencional que enuncia una norma consuetudinaria no atenta contra el carácter obligatorio de la norma consuetudinaria de que se trate en las relaciones del Estado o de la organización internacional que formule la reserva con los demás Estados u organizaciones internacionales que estén obligados por esa norma.*

130. La formulación un poco complicada de la última parte de la frase del párrafo 2 del proyecto de directriz 3.1.8 se explica por la diversidad *ratione loci* de las normas consuetudinarias: algunas pueden ser de aplicación universal, pero otras sólo tienen un alcance regional³¹¹, o incluso sólo se aplican en un plano puramente bilateral³¹².

³¹⁰ Rec. 1969, pág. 248.

³¹¹ Véanse en particular los fallos de la Corte Internacional de Justicia de 20 de noviembre de 1950, *Derecho de asilo*, Rec. 1950, págs. 276 y 277, de 18 de diciembre de 1951, *Pesquerías Anglonoruegas*, Rec. 1951, págs. 136 a 139 o de 27 de agosto de 1952, *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*, Rec. 1952, pág. 200.

³¹² Véase el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 12 de abril de 1960, *Derecho de paso por territorio de la India (fondo)*, Rec. 1960, pág. 39.

vi) *Reservas a disposiciones que enuncian normas de jus cogens o inderogables*

131. Según Paul Reuter, puesto que una reserva establece por medio de las aceptaciones una “relación contractual” entre las partes, no sería factible una reserva a una disposición convencional que enuncia una norma imperativa del derecho internacional general: el acuerdo resultante sería nulo de pleno derecho como consecuencia del principio establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena³¹³.

132. Este razonamiento se enfrenta a graves objeciones: se basa en uno de los postulados de la escuela de la “oponibilidad” según el cual la cuestión de la validez de las reservas se deja exclusivamente a la apreciación subjetiva de las partes contratantes y encuentra su respuesta sólo en las disposiciones del artículo 20 de las Convenciones de 1969 y 1986³¹⁴; pues bien, ésta dista mucho de ser obvia³¹⁵; además y sobre todo, asimila el mecanismo de las reservas a un puro proceso convencional; ahora bien, una reserva es un acto *unilateral*, ligado al tratado, desde luego, pero sin efectos exógenos: por definición, tiene por objeto “excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación” al Estado que la formula³¹⁶ y, si es aceptada, éstas son, efectivamente, sus consecuencias³¹⁷; en cambio, se acepte o no, deja intacto el derecho internacional “circundante”; la situación jurídica de los Estados interesados sólo se ve afectada por ella en sus relaciones convencionales³¹⁸.

133. Otros autores, más numerosos, afirman la incompatibilidad de cualquier reserva a una disposición que refleje una norma imperativa del derecho internacional general, sin exponer ninguna explicación³¹⁹ o postulando que esa reserva sería ipso facto contraria al objeto y al fin del tratado³²⁰.

134. Esa es también la postura adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el Comentario General No. 24:

“Las reservas contrarias a normas imperativas no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto.”³²¹

³¹³ *Op. cit.*, nota 45, págs. 630 y 631 (o pág. 370). Véase también G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, págs. 690 y 707.

³¹⁴ “La validez de una reserva depende, según el sistema de la Convención, de si la reserva es aceptada o no por otro Estado y no del cumplimiento de la condición para su admisión sobre la base de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado” (J. M. Ruda, *op. cit.*, nota 17, pág. 190).

³¹⁵ Su conformidad a derecho se examinará con mayor detenimiento cuando se estudien los efectos de las reservas, sin duda en el 11º informe. En todo caso, la política correcta es sin duda que la Comisión evite en la medida de lo posible prejuzgar la respuesta que dará a esta muy importante y difícil cuestión.

³¹⁶ Apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena.

³¹⁷ Véase el artículo 21 de la Convención.

³¹⁸ Véase *supra*, párr. 126.

³¹⁹ Véase por ejemplo R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 147. Véase también A. Pellet, Segundo informe sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/477/Add.1, párrs. 141 y 142).

³²⁰ Véase también la opinión disidente del Magistrado Tanaka en los casos de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, *Rec.* 1969, pág. 182.

³²¹ Comentario General, nota 227 *supra*, párr. 8. No sin cierta razón, en sus observaciones (véase *supra* nota 290, pág. 111, párr. 2), Francia subraya que “el párrafo 8 está redactado de manera tal que el documento parece asociar, hasta el punto de confundirlas, dos nociones jurídicas diferentes, la de ‘normas imperativas’ y la de ‘normas del derecho internacional consuetudinario’”.

Esta formulación es discutible³²² y, en todo caso, no se puede generalizar: se puede concebir perfectamente que un tratado evoque, marginalmente, una norma de *jus cogens* sin que ésta se refiera a su objeto y su fin.

135. Se ha argumentado sin embargo que “la norma que prohíbe la derogación de una norma de *jus cogens* tiene por objeto no sólo las relaciones convencionales sino también todos los actos jurídicos, entre ellos los actos unilaterales”³²³. Esto es sin duda exacto y constituye, a decir verdad, el único motivo intelectualmente convincente para no trasladar a las reservas a disposiciones imperativas el razonamiento que conduce a no excluir, en principio, la facultad de formular reservas a disposiciones convencionales que enuncian normas consuetudinarias³²⁴.

136. Al formular una reserva, un Estado puede sin duda querer exonerarse de la propia norma a que se refiere la reserva y, tratándose de una norma imperativa del derecho internacional general, esto no se podría aceptar³²⁵, sobre todo porque no se puede admitir que un objetor persistente pueda poner en jaque a una norma de este carácter. Pero los objetivos pretendidos por el Estado que formula la reserva pueden ser diferentes: aun aceptando el contenido de la norma, puede querer evitar las consecuencias que entraña, en particular en lo que se refiere a su control³²⁶ y, a este respecto, no hay ninguna razón para no trasladar a las normas imperativas el razonamiento seguido en cuanto a las normas consuetudinarias simplemente obligatorias. Sin embargo, por más lamentable que pueda parecer, no hay obligación de fundamentar las reservas y, en la realidad, raras veces lo están; en consecuencia, a falta en todo caso de fundamentación clara, a las demás partes contratantes o a los órganos de control les es imposible asegurarse de la validez de la reserva y es preferible plantear el principio de que toda reserva a una disposición que formula una norma de *jus cogens* es nula *ipso jure*.

³²² Cf. las dudas manifestadas al respecto por los Estados Unidos que, en su observación al Comentario General No. 24, trasladan a las disposiciones que enuncian normas imperativas la solución que se impone cuando se trata de las que formulan normas consuetudinarias: “Es evidente que un Estado no se puede sustraer a una norma imperativa de derecho internacional formulando una reserva al Pacto. Pero no es en absoluto evidente que un Estado no pueda excluir un medio de cumplimiento de determinadas normas formulando reservas contra la inclusión de esas normas en las obligaciones contraídas con arreglo al Pacto” (Comentario, nota 290 *supra*, pág. 140).

³²³ G. Teboul, *op. cit.*, nota 150, pág. 707, nota 52 que a su vez remite a J.-D. Sicault, “Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public”, *R.G.D.I.P.* 1979, pág. 663 y a la doctrina citada.

³²⁴ Así ocurre *a fortiori* si se considera el binomio reserva/aceptación como un acuerdo que modifica el tratado en las relaciones entre los dos Estados concernidos (cf. M. Coccia, *op. cit.*, nota 34, págs. 30 y 31); sin embargo, este análisis es poco convincente.

³²⁵ Por supuesto, existen pocos ejemplos de reservas claramente contrarias a una norma de *jus cogens*. Véase sin embargo la reserva formulada por Myanmar en 1993 al adherirse a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, por la cual se reservaba la posibilidad de no aplicar el artículo 37 de este instrumento y ejercer “potestades de detención, exclusión, interrogatorio, indagatoria e investigación” con respecto a niños para “salvaguardar el interés nacional supremo” (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 320 y 321); esta reserva, a la cual habían formulado objeciones cuatro Estados (que se basaron en la remisión a la legislación nacional y no en que la reserva fuera contraria a una norma imperativa) fue retirada en 1993 (Véase *Traités multilatéraux ... – Situation al 31 de diciembre de 1993*, ST/LEG/SER.E/11-12, págs. 209 a 211).

³²⁶ Véase *supra*, párr. 120.

137. No obstante, esta conclusión debe de ir acompañada por dos salvedades importantes. En primer lugar, esta prohibición no es consecuencia del apartado c) del artículo 19 de la Convención de Viena sino, *mutatis mutandis*, del principio establecido en el artículo 53. En segundo lugar, los Estados tienen otros modos de evitar las consecuencias de la “convencionalización” de una norma imperativa del derecho internacional general: tienen la posibilidad de formular una reserva no con respecto a la disposición de fondo en cuestión, sino a artículos “secundarios” que regulan las relaciones convencionales (control, solución de controversias, interpretación), incluso limitando su alcance a una disposición de fondo determinada³²⁷.

138. En apariencia, el problema de las reservas a las cláusulas inderogables que figuran en los tratados de derechos humanos se plantea en términos muy parecidos³²⁸. Y los Estados basan frecuentemente sus objeciones a esas disposiciones en la prohibición convencional de suspender su aplicación cualesquiera que sean las circunstancias³²⁹.

139. Es evidente que, en la medida en que las disposiciones inderogables se refieren a normas de *jus cogens*, el razonamiento aplicable a éstas vale para aquellas³³⁰. Pero no existe necesariamente una identidad total entre unas y otras³³¹. Según el Comité de Derechos Humanos:

“Si bien no existe una correlación automática entre las reservas a las disposiciones inderogables y las reservas que van en contra del objeto y fin del Pacto, los Estados tienen la grave responsabilidad de justificar esas reservas.”³³²

Este último punto es una pura petición de principio que responde sin ninguna duda a motivos de oportunidad loables, pero no está basado en ningún principio jurídico. La Comisión podría hacer suya esta postura, pero debe ser consciente de que en ese caso entraría en el ámbito del desarrollo progresivo del derecho internacional y no de la codificación *stricto sensu*.

³²⁷ En este sentido, véanse por ejemplo las reservas de Malawi y México a la Convención Internacional contra la toma de rehenes, de 1979, que subordinan la aplicación del artículo 16 (solución de controversias y competencia de la Corte) a las condiciones de sus declaraciones facultativas en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. II, pág. 114. No puede haber ninguna duda de que esas reservas no están excluidas por principio; véase *supra*, párr. 96.

³²⁸ Sobre esta cuestión, véase en particular R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, págs. 152 a 159.

³²⁹ Véanse el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el párrafo 2 del artículo 15 del Convenio Europeo (véanse también el artículo 3 del Protocolo No. 6, el párrafo 3 del artículo 4 del Protocolo No. 7 y el artículo 2 del Protocolo No. 13) o el artículo 27 de la Convención Interamericana. Ni el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni la Carta Africana incluyen cláusulas de este tipo (véase Fatsah Ouguergouz, “L’absence de clauses de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l’homme”, *R.G.D.I.P.* 1994, págs. 289 a 335).

³³⁰ Cf. el Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos: “en ningún caso cabe formular reservas [a algunos derechos, como la prohibición de la tortura y la privación arbitraria de la vida] dada su condición de normas imperativas” (nota 227 *supra*, párr. 10).

³³¹ Véase el Comentario General No. 29 del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 24 de julio de 2001, párr. 11. Véanse también R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, págs. 153 a 155, o K. Teraya, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights”, *EJIL* 2001, págs. 917 a 947.

³³² Comentario General No. 24, nota 227 *supra*, párr. 10.

140. Por lo demás, de ello se deriva *a contrario* que, según el Comité, si un derecho inderogable no pertenece al *jus cogens*, puede en principio ser objeto de una reserva. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983 sobre las *Restricciones a la pena de muerte*, declaró lo siguiente:

“El artículo 27 permite a los Estados Partes la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado afectado y siempre que tal decisión no implique la suspensión o derogación de ciertos derechos básicos o esenciales, entre los cuales está el derecho a la vida garantizado por el artículo 4. En esa perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico. Como el género de reserva referido en las preguntas planteadas por la Comisión no aparece dirigido a negar el derecho a la vida como tal, la Corte concluye que, en este aspecto, debe considerarse en principio no incompatible con el objeto y fin de la Convención.”³³³

141. En contra de cualquier posibilidad de formular reservas a una disposición inderogable se ha esgrimido que, puesto que cualquier suspensión de las obligaciones en cuestión está excluida por el tratado, “con mayor razón no se deberían admitir cualesquiera reservas, perpetuadas en el tiempo hasta que sean retiradas por el Estado en cuestión; tales reservas son (...) sin cualquier *caveat*, incompatibles con el objeto y propósito de los referidos tratados”³³⁴. Pero este argumento no logra convencer: una cosa es no poder dejar en suspenso una disposición por la cual uno está vinculado y otra determinar si el Estado está vinculado por la disposición en cuestión³³⁵. Pues bien, este segundo problema es el que hay que resolver.

142. Debe por tanto admitirse que si bien están sin duda excluidas determinadas reservas a disposiciones inderogables (ya sea porque pondrían en jaque a una norma imperativa, ya sea porque serían contrarias al objeto y el fin del tratado), no siempre y necesariamente ocurre así³³⁶. El carácter inderogable de un derecho protegido por un tratado de derechos humanos no es en sí mismo un obstáculo para que se formule una reserva, siempre que ésta sólo se refiera a determinados aspectos limitados relativos a la aplicación del derecho en cuestión; pero pone de relieve su importancia y

³³³ Nota 197 *supra*, párr. 61.

³³⁴ Opinión separada de Augusto Cançado Trindade adjunta al fallo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 22 de enero de 1999 en el caso *Blake*, Serie C, No. 48, párr. 11; Véase el comentario favorable de R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, pág. 155. En el mismo sentido, véase la objeción de los Países Bajos citada *infra*, nota 337.

³³⁵ Véase la observación del Reino Unido sobre el Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos: “Sustraerse al cumplimiento de una obligación formalmente contraída y resistirse desde el comienzo a contraer la obligación no son la misma cosa” (nota 287 *supra*, pág. 155, párr. 6).

³³⁶ Véanse F. Hampson, documento de trabajo *supra*, nota 227, párr. 52; Rosalyn Higgins, “Human Rights: Some Questions of Integrity”, *Michigan L. Rev.* 1989, pág. 15; J. McBride, *op. cit.*, nota 239, págs. 163 y 164; J. Polakiewicz, *op. cit.*, nota 27, pág. 113 o C.J. Redgwell, *op. cit.*, nota 233, pág. 402; contra: L. Lijnzaad, *op. cit.*, nota 84, pág. 91.

constituye una guía útil para la apreciación del criterio basado en el objeto y el fin del tratado.

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

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

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

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que los artículos 6 y 7 protegen dos de los derechos más fundamentales proclamados en el Pacto, el Gobierno de Dinamarca considera dichas reservas incompatibles con el objeto y el fin del Pacto, y en consecuencia Dinamarca opone su objeción a las reservas.”³³⁷

Dinamarca no se opuso a las reservas de los Estados Unidos porque se refiriesen a derechos inderogables sino porque, teniendo en cuenta su redacción, esas reservas vacían de toda sustancia a las disposiciones esenciales en cuestión. Conviene por lo demás señalar que, en algunos casos, las Partes no han formulado objeciones contra reservas relativas a disposiciones cuya suspensión no está permitida en ningún caso³³⁸.

144. Es obvio que, por el contrario, el hecho de que una disposición pueda en principio ser objeto de una derogación no significa que cualquier reserva sobre ella sea válida³³⁹. Se aplica igualmente en este caso el criterio de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

145. Se imponen varias consideraciones:

- En primer lugar, se aplican principios diferentes a la apreciación de la validez de las reservas según éstas se refieran a disposiciones que enuncian normas de *jus cogens* o a normas inderogables;
- En el primer caso, queda excluida cualquier reserva, ya que podría poner en peligro la integridad de la norma imperativa, cuya aplicación debe ser uniforme (contrariamente a lo que ocurre con las normas consuetudinarias, que permiten derogaciones);

³³⁷ *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, pág. 186; véanse también, aunque menos netamente fundamentadas en el carácter inderogable de los artículos 6 y 7, las objeciones de Alemania, Bélgica, Finlandia, Italia, Noruega, los Países Bajos (que precisan que la reserva de los Estados Unidos al artículo 7 “tiene el mismo efecto que una suspensión general de este artículo, mientras que según el artículo 4 del Pacto no está autorizada suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales”), Portugal o Suecia, *ibíd.*, págs. 185 a 190.

³³⁸ Véanse los numerosos ejemplos ofrecidos por W. A. Schabas en relación con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 63, págs. 51 y 52, nota 51.

³³⁹ Cf. C. J. Redgwell, *op. cit.*, nota 233, pág. 402.

- Por el contrario, en el segundo caso siguen siendo posibles las reservas, siempre que no pongan en entredicho el principio enunciado por la norma convencional; en esta hipótesis, las indicaciones metodológicas que figuran en el proyecto de directriz 3.1.6³⁴⁰ se imponen plenamente.

146. Dada la distinción radical que conviene hacer entre estas dos hipótesis, es sin duda preferible tratar de ellas en dos proyectos de directrices separadas:

3.1.9 *Reservas a disposiciones que enuncian una norma de jus cogens*

Un Estado o una organización internacional no puede formular una reserva a la disposición de un tratado que enuncia una norma imperativa del derecho internacional general.

3.1.10 *Reservas a disposiciones referentes a derechos inderogables*

Un Estado o una organización internacional puede formular una reserva a una disposición convencional referente a derechos inderogables siempre que la reserva en cuestión no sea incompatible con los derechos y las obligaciones esenciales que resulten de esa disposición. Al apreciar la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la disposición de que se trate, conviene tener en cuenta la importancia que las partes han acordado a los derechos en cuestión al conferirles un carácter inderogable.

³⁴⁰ “Determinación de la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado”; véase *supra*, párr. 91.