



Asamblea General

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

Comisión de Derecho Internacional

57º período de sesiones

Ginebra, 2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005

Décimo informe sobre las reservas a los tratados

Preparado por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial

Adición

Índice

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|------------------------|
| I. La validez de las reservas | 1–146 | |
| A. La presunción de validez de las reservas | 10–21 | |
| B. Las reservas prohibidas por el tratado | 22–53 | |
| 1. Alcance de las cláusulas que prohíben las reservas | 23–49 | } 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 | |
| 1. Aplicabilidad del criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado | 57–71 | } A/CN.4/558/ Add.1 |
| 2. La nación de objeto y fin del tratado | 72–146 | |
| a) El sentido de la expresión “objeto y fin del tratado” | 75–92 | |
| b) Aplicación del criterio | 93–146 | |
| i) Reservas a las cláusulas de arreglo de controversias y de control de la aplicación del tratado | 96–99 | |
| ii) Reservas a los tratados generales de derechos humanos | 100–102 | |
| iii) Reservas relativas a la aplicación del derecho interno | 103–106 | |



| | | |
|--|---------|------------------------|
| iv) Reservas vagas y generales | 107-115 | } A/CN.4/558/ Add.1 |
| v) Reservas relativas a disposiciones que enuncian normas consuetudinarias | 116-130 | |
| vi) Reservas a disposiciones que enuncian normas de <i>jus cogens</i> o inderogables | 131-146 | |
| D. La determinación de la validez de las reservas y sus consecuencias . . . | 147-208 | 3 |
| 1. Competencia para apreciar la validez de las reservas | 151-180 | 4 |
| 2. Consecuencias de la falta de validez de una reserva | 181-208 | 17 |
| Anexo | | |
| Texto de los proyectos de directrices relativas a las reservas a los tratados propuestos en el presente informe | | 30 |

D. La determinación de la validez de las reservas y sus consecuencias

147. Es preciso reconocer que, si bien es menos “enigmática” de lo que se ha dicho³⁴¹, la noción del objeto y el fin del tratado no se presta fácilmente a una sistematización doctrinal y da lugar, inevitablemente, a la subjetividad del intérprete³⁴² que, en cada caso concreto, ha de proceder a una apreciación específica, teniendo presentes, en particular, los elementos mencionados en el proyecto de directriz 3.1.6³⁴³, habida cuenta de la naturaleza (consuetudinaria, inderogable o imperativa) de la norma a la que se refiera la reserva (incluso si, en realidad, esa determinación no está vinculada directamente con la del objeto y el fin³⁴⁴).

148. Sin embargo, no se deben exagerar los inconvenientes que de ello dimanen. Después de todo, estas directrices, que constituyen orientaciones de carácter general por medio de las cuales el intérprete ha de dejarse guiar de buena fe, no son más vagas que las que se derivan de las reglas enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, de los que, por lo demás, están muy próximas³⁴⁵; sin embargo, se trata, como justamente se ha dicho, de “uno de los éxitos más notables” de la Convención³⁴⁶. Si en la práctica su aplicación no es necesariamente sencilla, estas directrices no plantean problemas insuperables y bien se puede decir que son razonablemente muy viables.

149. En consecuencia, aunque es perfectamente cierto que las Convenciones de Viena no prevén ninguna modalidad de arreglo de las controversias que puedan surgir en cuanto a la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado al que se refiera³⁴⁷, es inexplicable el verdadero “ataque de fijación” de la doctrina sobre la cuestión relativa a saber quién es competente para determinar la compatibilidad (o incompatibilidad) de una reserva con el objeto y el fin de un tratado. Por lo demás, como se ha demostrado *supra*, el problema se plantea en idénticos términos cuando se trata de apreciar la conformidad de una reserva con una cláusula convencional que prohíbe la formulación de reservas o limita la posibilidad de formularlas³⁴⁸.

150. Esta constatación podría contribuir a moderar el debate, sumamente animado, sobre la competencia para evaluar la validez de las reservas, cuyo reexamen dará ocasión también para volver sobre algunas de las “Conclusiones Preliminares” aprobadas por la Comisión en 1997³⁴⁹. En cambio, de la indeterminación de las instituciones habilitadas para apreciar la validez de las reservas se deriva un laberinto de competencias, efectivas o potenciales, que complica todavía la respuesta que puede

³⁴¹ Véanse *supra*, párrs. 72 y 84.

³⁴² Véase *supra*, párr. 72.

³⁴³ Véase *supra*, párr. 91.

³⁴⁴ Véanse *supra*, párrs. 120 a 125, 134 a 136 y 140 a 143.

³⁴⁵ Véase *supra*, párr. 86.

³⁴⁶ P. Reuter, *op.cit.* nota 28, pág. 89.

³⁴⁷ Véanse, por ejemplo, Jean Combacau, “Logique de la validité contre logique de l’opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, págs. 197, 198, 201 y 202, o Karl Zemanek, “Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Nijhoff, La Haya, 1984, pág. 331.

³⁴⁸ Véanse *supra*, párrs. 52 y 53.

³⁴⁹ Véase *supra*, nota 136.

darse a la interrogante crucial de las consecuencias de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado o con las disposiciones del tratado que prohíban expresa o implícitamente ciertas reservas o categorías de reservas.

1. Competencia para apreciar la validez de las reservas

151. Va de suyo que todo tratado puede incluir una disposición especial que prevea procedimientos especiales de apreciación de la validez de la reserva, sea por un porcentaje determinado de los Estados partes, sea por un órgano competente a ese fin. Una de las cláusulas más comunes y más comentadas a este respecto³⁵⁰ es la que figura en el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965:

“No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención, ni se permitirá ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos en virtud de la presente Convención. *Se considerará que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados partes en la Convención formulan objeciones a la misma.*”³⁵¹ (Sin cursiva en el original.)

152. Esta cláusula sobre las reservas se inspira sin duda en las infructuosas tentativas por incluir en la Convención de Viena misma un mecanismo mayoritario de apreciación de la validez de las reservas³⁵²:

- Dos de las cuatro propuestas formuladas *de lege ferenda* en 1953 por Hersch Lauterpacht subordinaban la aceptación de una reserva al consentimiento de las dos terceras partes de los Estados interesados³⁵³;

³⁵⁰ Véanse, por ejemplo, Antonio Cassese, “A New Reservations Clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)”, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, I.U.H.E.I., Ginebra, 1968, págs. 266 a 304; C.J. Redgwell, *op.cit.* nota 162, págs. 13 y 14, o R. Riquelme Cortado, *op.cit.*, nota 27, págs. 317 a 322.

³⁵¹ Véanse asimismo, por ejemplo, el artículo 20 de la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, de 4 de junio de 1954, que autoriza las reservas “si han sido aceptadas por la mayoría de los miembros de la Conferencia y se han hecho constar en el Acta Final” (párr. 1), o formuladas después de la firma si un tercio de los Estados Contratantes no han opuesto objeciones a las mismas dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que el Secretario General les comunicó las reservas (párrs. 2 y 3), y las cláusulas similares que figuran en el artículo 14 del Protocolo adicional a esta Convención y en el artículo 39 de la Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera (véase *Recueil des clauses finales préparé par la Section des traités du Service juridique du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies* (ST/LEG.6), 20 de junio de 1957, págs. 107 a 110), o el párrafo 3 del artículo 50 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el párrafo 3 del artículo 32 del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, que subordinan la admisibilidad de la reserva a la ausencia de objeción por parte de un tercio de los Estados contratantes.

³⁵² Para una síntesis de las deliberaciones sobre la cuestión en la Comisión de Derecho Internacional y durante la Conferencia de Viena, véase R. Riquelme Cortado, *op.cit.*, nota 27, págs. 314 y 315.

³⁵³ Variantes A y B, Primer informe sobre el derecho de los tratados (A/CN.4/63), págs. 8 y 9 (el texto inglés se reproduce en *Yearbook ... 1953*, págs. 91 y 92). Las variantes C y D confiaban la tarea de apreciar la admisibilidad de las reservas respectivamente a una comisión creada por los Estados partes y a una Sala de Procedimiento Sumario de la Corte Internacional de Justicia (ibíd., págs. 9 y 10 o 92); véanse también las propuestas formuladas con ocasión de la

- Fitzmaurice no formuló ninguna propuesta expresa en ese sentido, pues se atuvo a una aplicación estricta del principio de la unanimidad³⁵⁴; con todo, en varias oportunidades, sostuvo que la apreciación colectiva de la admisibilidad de las reservas era el régimen “ideal”³⁵⁵;
- Si bien Waldock tampoco propuso un mecanismo de esa índole en su primer informe en 1962³⁵⁶, varios miembros de la Comisión asumieron su defensa³⁵⁷;
- Durante la Conferencia de Viena, la enmienda en ese sentido de Filipinas, el Japón y la República de Corea³⁵⁸ fue rechazada por una importante mayoría³⁵⁹ a pesar de contar con el apoyo de varias delegaciones³⁶⁰; el Consultor Técnico,

elaboración del “Pacto de derechos humanos”, reproducidas en el segundo informe de Hersch Lauterpacht (A/CN.4/87), págs. 30 y 31 (el texto inglés figura en *Yearbook ... 1954*, vol. II, pág. 132).

³⁵⁴ Primer informe (A/CN.4/101), *Anuario ... 1956*, vol. II, págs. 118 y 129 a 131.

³⁵⁵ Véase en particular *op.cit.* nota 152, págs. 23 a 26.

³⁵⁶ Primer informe (A/CN.4/144), *Anuario ... 1962*, vol. II.

³⁵⁷ Véanse, en particular, Briggs, *Anuario ... 1962*, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 28, y 652ª sesión, 28 de mayo de 1962, párrs. 73 y 74; Gros, 654ª sesión, 30 de mayo de 1962, párr. 43; Bartoš, 654ª sesión, párr. 66; *contra*: Rosenne, 651ª sesión, párr. 83; Tunkin, 653ª sesión, 29 de mayo de 1962, párrs. 24 y 25, y 654ª sesión, párr. 31; Jiménez de Aréchaga, 653ª sesión, párr. 47, o Amado, 654ª sesión, párr. 34. Waldock propuso una variante que plasmaba esas opiniones (véase 654ª sesión, párr. 16) que, a pesar de haber sido descartadas por la Comisión, aparecen en el comentario al proyecto de artículo 18 (*Anuario ... 1962*, vol. II, pág. 206, párr. 11) y en los de los proyectos de artículos 16 y 17 de 1966 (*Anuario ... 1966*, vol. II, págs. 223 y 224, párr. 11). Véase también el cuarto informe (A/CN.4/177), *Anuario ... 1965*, vol. II, pág. 52, párr. 3.

³⁵⁸ La enmienda al párrafo 2 del artículo 16 preveía que si “a la expiración del plazo de 12 meses, una mayoría de los Estados contratantes hubiese formulado objeciones por tal motivo, la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión acompañadas de tal reserva quedarán sin efecto jurídico” (A/CONF.39/C.1/L.133/Rev.1 en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales, primero y segundo períodos de sesiones, Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2, pág. 144, párr. 177.1.a). Inicialmente, la enmienda (A/CONF.39/C.1/L.133) proponía reducir el plazo de 12 a 3 meses. Véase también la intervención del representante del Japón en la Conferencia, en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales, primer período de sesiones, Actas resumidas* (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 21ª sesión, 10 de abril de 1968, párr. 29, y 24ª sesión, 16 de abril de 1968, párrs. 62 y 63), y una enmienda en igual sentido de Australia (A/CONF.39/C.1/L.166, en A/CONF.39/11/Add.2, párr. 179), que luego fue retirada (véase *ibíd.*, párr. 181). Sin presentar una propuesta oficial, el Reino Unido indicó que “[h]ay una necesidad evidente de establecer algún modo de asegurar que el criterio se aplica de manera objetiva, bien por algún órgano independiente o bien mediante el establecimiento de un sistema colegiado para examinar las reservas que un grupo numeroso de Estados interesados consideren incompatibles con el objeto y el fin del tratado” (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11), Comisión Plenaria, 21ª sesión, párr. 76).

³⁵⁹ 48 votos contra 14 y 25 abstenciones (A/CONF.39/11/Add.2), nota 358 *supra*, pág. 147, párr. 182.c).

³⁶⁰ Viet Nam (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota 358 *supra*, Comisión Plenaria, 21ª sesión, 10 de abril de 1968, párr. 22), Italia (22ª sesión, 11 de abril de 1968, párr. 79), China (23ª sesión, 11 de abril de 1968, párr. 3), Singapur (23ª sesión, párr. 16), Nueva Zelandia (24ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 18), la India (párrs. 32 y 38), Zambia (24ª sesión, párr. 41), Ghana (22ª sesión, 11 de abril de 1968, párrs. 71 y 72). El representante de Suecia, que apoyaba en principio la idea de un mecanismo de vigilancia, consideró que la propuesta del Japón era “una tentativa de llegar a una solución de este problema” (22ª sesión, párr. 34). Véanse también las reservas expresadas por los Estados Unidos de América (24ª sesión, párr. 49) y por Suiza (25ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 9).

Sir Humphrey Waldock³⁶¹ y otras delegaciones³⁶² se mostraron muy reticentes respecto de ese mecanismo de control colectivo.

153. Es preciso, sin embargo, reconocer que estas cláusulas, por seductoras que puedan parecer desde el punto de vista intelectual³⁶³, están, de todas maneras, lejos de resolver todos los problemas; en la práctica no alientan a los Estados partes a poner de manifiesto la especial vigilancia que cabría esperar³⁶⁴ y dejan sin responder importantes interrogantes:

- ¿Excluyen la posibilidad que tienen los Estados partes de formular objeciones en virtud de las disposiciones de los párrafos 4 y 5 del artículo 20 de la Convención de Viena? Habida cuenta de la grandísima latitud de que disfrutaban los Estados a ese respecto, es indudable que se impone una respuesta negativa; por lo demás, los Estados que hacen objeciones a las reservas formuladas en virtud del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, las han mantenido³⁶⁵ no obstante la ausencia de apoyo a su posición por parte de las dos terceras partes de los Estados partes, necesario para una determinación “objetiva” de la incompatibilidad en virtud de dicha disposición.
- En cambio, el mecanismo estatuido por el artículo 20 ha disuadido al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial creado por la Convención de adoptar una posición sobre la validez de las reservas³⁶⁶, lo que plantea la

³⁶¹ A propósito de la enmienda propuesta por la delegación del Japón y otras delegaciones (véase *supra* nota 358), el Consultor Técnico estimó “que, por muy atractivos que parezcan, las propuestas de esa clase inclinarían la balanza en el sentido de la rigidez y harían tal vez más difícil un acuerdo general sobre las reservas. Por otra parte, este sistema posiblemente sería sólo teórico, pues los Estados no hacen de buena gana objeciones a las reservas” (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota 358 *supra*, Comisión Plenaria, 24ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 9).

³⁶² Tailandia (*ibíd.*, 21ª sesión, 10 de abril de 1968, párr. 47), Argentina (24ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 45), Checoslovaquia (24ª sesión, párr. 68), Etiopía (25ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 17).

³⁶³ Con todo, se pueden abrigar dudas en cuanto a la razonabilidad de un régimen colegiado por cuanto la finalidad misma de una reserva es precisamente la de “defender la posición de un Estado que considera esencial una cuestión sobre la que no se ha alcanzado una mayoría de dos tercios” (*Anuario... 1962*, vol. I, Jiménez de Aréchaga, 654ª sesión, 30 de mayo de 1962, párr. 37). Véanse también las vivas críticas de A. Cassese, *op.cit.* nota 350, *passim* y, en particular, págs. 301 a 304.

³⁶⁴ En cuanto a la inercia de los Estados en la materia, véanse las manifestaciones del Consultor Técnico en la Conferencia de Viena (*supra* nota 361) y P.-H. Imbert, *op.cit.* nota 22, págs. 146 y 147 o R. Riquelme Cortado, *op.cit.*, nota 27, págs. 316 a 321; véase también *infra*, párr. 186.

³⁶⁵ Véase, en particular, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 144 a 149.

³⁶⁶ “El Comité debe tener en cuenta las reservas formuladas por los Estados partes al momento de ratificar la Convención o de adherirse a ella; no está facultado para actuar de otra manera. Ninguna decisión del Comité, aunque sea unánime, en el sentido de declarar inaceptable una reserva puede tener efecto jurídico alguno” (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 18* (A/33/18, párr. 374). Véanse sobre el tema las observaciones de P.-H. Imbert, *op.cit.* nota 63, págs. 125 y 126 (*H.R.R.* 1981, págs. 41 y 42), y Dinah Shelton, “State Practice on Reservations to Human Rights Treaties”, *Annuaire canadien des droits de la personne* 1983, págs. 229 y 230. Recientemente, el Comité ha flexibilizado su posición en alguna medida; en 2003, por ejemplo, dijo lo siguiente respecto de una reserva formulada por Arabia Saudita: “La amplitud y la imprecisión de la reserva general formulada por el Estado Parte llevan a cuestionar su compatibilidad con el objetivo y el propósito de la Convención. El Comité invita al Estado Parte a revisar la reserva con miras a

interrogante relativa a saber si esa actitud dimana de una evaluación de la oportunidad o si, en ausencia de mecanismos específicos de apreciación, los órganos de vigilancia deben abstenerse de adoptar una posición. A decir verdad, nada les obliga a ese respecto: desde el momento en que se admite que esos mecanismos se superponen a los procesos previstos en las convenciones para determinar la validez de las reservas y que los órganos de derechos humanos tienen competencia para pronunciarse sobre ese asunto en el ejercicio de su cometido³⁶⁷, pueden hacerlo en todos los casos, al igual que los Estados.

154. En realidad, la querrela doctrinal más encendida a este respecto se debe a la conjugación de varios factores:

- La cuestión sólo se plantea en realidad en relación con los tratados de derechos humanos;
- Ello se debe, en primer lugar, a que en esta esfera, y en ella solamente, los tratados modernos crean, casi sistemáticamente, mecanismos de vigilancia de la aplicación de las normas que estatuyen; ahora bien, aunque nadie ha discutido nunca que un juez o un árbitro tenga competencia para apreciar la validez de una reserva, incluida su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado al que se refiere³⁶⁸, los tratados de derechos humanos atribuyen a los órganos que instituyen unas competencias diversificadas (algunos —en el plano regional— pueden adoptar decisiones obligatorias, pero otros, incluido el Comité de Derechos Humanos, sólo pueden formular recomendaciones a los Estados, de carácter general o vinculadas con una denuncia individual);
- Este fenómeno, relativamente novedoso, no fue tenido en cuenta por los redactores de la Convención de Viena;
- Además, los órganos de derechos humanos se han sustentado en una concepción particularmente amplia de sus competencias en este ámbito: a más de declararse competentes para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de la convención que los ha creado, han considerado al parecer que poseían, a ese fin, una competencia de decisión, incluso cuando por otra parte no la tengan atribuida³⁶⁹ y, aplicando la doctrina de la “divisibilidad”, han declarado que los Estados autores de reservas cuya invalidez habían constatado estaban vinculados por el tratado, incluidas la disposición o disposiciones a las que se referían dichas reservas³⁷⁰;

retirarla oficialmente” (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 18 (A/58/18)*, párr. 209).

³⁶⁷ Véase *infra*, párr. 157.

³⁶⁸ Véase *infra*, nota 380.

³⁶⁹ Véanse en este sentido las observaciones de A. Aust, *op.cit.*, nota 27, págs. 122 y 123.

³⁷⁰ Comentario General No. 24, nota 227 *supra*, párr. 18; Comunicación No. 845/1999, *Rawle Kennedy contra Trinidad y Tabago*, nota 229 *supra*, párr. 6.7. Esa decisión llevó al Estado a denunciar el Protocolo Facultativo (véase *Traitéés multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 2003*, ST/LEG/SER.E/22, vol. I, cap. IV.5, pág. 227, nota 3), lo que no inhibió al Comité, en una decisión ulterior de fecha 26 de marzo de 2002, de considerar que Trinidad y Tabago había infringido varias disposiciones del Pacto de 1966, entre las cuales se contaba la disposición a la que se refería la reserva (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/57/40)*, vol. II, anexo IX.T.).

- Han suscitado así la oposición de los Estados, poco inclinados a considerarse obligados por un tratado más allá de los límites que aceptan y deseosos de modularlos con la mayor libertad posible; algunos de esos Estados han reaccionado con especial virulencia, llegando incluso a denegar a los órganos en cuestión toda competencia en la materia³⁷¹;
- A ello se añade la “hipersensibilidad” de los militantes de derechos humanos y de la doctrina “derechohumanista” en este ámbito, lo que no ha contribuido a apaciguar una querrela que, por otra parte, es fundamentalmente artificial.

155. En realidad, las cosas son sin duda menos complicadas de lo que en general se dice, lo que no significa que la situación sea enteramente satisfactoria. En primer lugar, no se debiera dudar de que los órganos de derechos humanos son competentes para pronunciarse, cuando, en el ejercicio de sus competencias, se les plantea la cuestión de la validez de una reserva, incluida naturalmente la de su compatibilidad con el objeto y el fin de la convención³⁷². En efecto, cabe admitir que esos órganos no podrían desempeñar las funciones que tienen atribuidas si no pudieran determinar el alcance preciso de sus competencias respecto de los Estados interesados, sea con ocasión del examen de peticiones de los Estados o de particulares o de informes periódicos, sea en el ejercicio de una competencia consultiva; para ello, les incumbe apreciar la validez de las reservas formuladas por los Estados partes en los tratados que los crean³⁷³. En segundo lugar, en ese caso, no poseen ni más ni menos facultades que en los demás asuntos: el Comité de Derechos Humanos y los demás órganos universales de derechos humanos que carecen de facultades de decisión no las adquieren tampoco en materia de reservas; los tribunales regionales que puedan dictar fallos con autoridad de cosa juzgada sí las tienen, aunque dentro de ciertos límites³⁷⁴. En efecto, en tercer y último lugar, si bien casi todos los órganos de derechos humanos (o de arreglo de controversias) pueden apreciar la validez de la reserva impugnada, no pueden reemplazar con su propia apreciación el consentimiento del Estado en quedar vinculado por el tratado³⁷⁵.

³⁷¹ Véanse, en particular, las enérgicas críticas formuladas por los Estados Unidos (nota 290 *supra*, pág. 150), el Reino Unido (nota 287 *supra*, pág. 154) y Francia (nota 290 *supra*, págs. 111 a 113).

³⁷² Cf. el párrafo 5 de las Conclusiones Preliminares de la Comisión de 1997 sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos: “... cuando esos tratados guardan silencio al respecto, los órganos de vigilancia son competentes para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la admisibilidad de las reservas hechas por los Estados, a fin de cumplir las funciones que tienen asignadas” (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/52/10, párr. 157)*).

³⁷³ Para una exposición exhaustiva de la posición de los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos, véase A/CN.4/477/Add.1, párrs. 193 a 210; véanse también D.W. Greig, *op.cit.* nota 29, págs. 90 a 107; R. Riquelme Cortado, *op.cit.*, nota 27, págs. 345 a 353, y respecto en particular de los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, I. Cameron y F. Horn, *op.cit.*, nota 270, págs. 88 a 92.

³⁷⁴ Cf. el párrafo 8 de las Conclusiones Preliminares de la Comisión: “La Comisión observa que el valor jurídico de las conclusiones formuladas por los órganos de vigilancia en el ejercicio de sus facultades para tratar de las reservas no podrá exceder del que resulte de las facultades que se les hayan dado para cumplir su función general de vigilancia” (nota 372 *supra*).

³⁷⁵ La Comisión de Derecho Internacional observó a ese respecto, en los párrafos 6 y 10 de sus Conclusiones Preliminares, que la competencia de los órganos de vigilancia para apreciar la validez de las reservas “no excluye ni afecta de ninguna manera las modalidades tradicionales de control que ... pueden aplicar las Partes contratantes ...” y que, en caso de inadmisibilidad de

156. En verdad, huelga decir que las competencias de estos órganos no vulneran las competencias de los Estados para aceptar las reservas u objetarlas, tal como están establecidas y reglamentadas por los artículos 20, 21 y 23 de la Convención de Viena³⁷⁶. Por lo mismo, nada impide que los tribunales nacionales aprecien, cuando corresponda, la validez de las reservas formuladas por un Estado con ocasión de un litigio en el que han de entender³⁷⁷, incluida la compatibilidad de esas reservas con el objeto y el fin de un tratado, puesto que están autorizados para aplicar las normas del derecho internacional convencional —en el caso de los Estados partes en la Convención de Viena de 1969— o consuetudinario, pues el principio enunciado en el apartado c) del artículo 19 tiene valor consuetudinario³⁷⁸.

157. Va de suyo que esa competencia para apreciar la validez de una reserva puede corresponder igualmente a las jurisdicciones o árbitros internacionales. Así ocurriría evidentemente si un tratado previera expresamente la intervención de un órgano jurisdiccional para dirimir una controversia relativa a la validez de las reservas, pero no parece existir una cláusula de reserva en ese sentido, a pesar de que la cuestión se presta eminentemente a la determinación jurisdiccional³⁷⁹. Sin embargo, no cabe duda alguna de que un litigio de esa índole podría ser dirimido por un órgano designado por las Partes para pronunciarse sobre las controversias relativas a la interpretación o aplicación del tratado. En consecuencia, se ha de considerar que toda cláusula general de arreglo de controversias establece la competencia del órgano designado por las Partes en la materia. Esa ha sido, por lo demás, la posición de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1951 sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

“Puede ocurrir (...) que ciertas partes, considerando incompatible con el fin de la Convención el consentimiento manifestado por otras partes a una reserva, decidan tomar posición en el plano jurisdiccional respecto de esa divergencia y llevar adelante la solución de la controversia que se plantee, sea mediante avenencia, sea mediante la vía indicada en el artículo IX de la Convención.”³⁸⁰

una reserva, incumbe al Estado que formula la reserva adoptar medidas. El Estado, por ejemplo, puede modificar su reserva para eliminar la inadmisibilidad, retirar su reserva o renunciar a ser parte en el tratado (nota 136 *supra*).

³⁷⁶ Véase, sin embargo, el Comentario General No. 24 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), párr. 18: “... se trata de una tarea [la determinación de la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado] inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos ...”; este pasaje contradice el párrafo precedente en el cual el Comité reconocía que “la objeción a una reserva formulada por los Estados puede ofrecer cierta orientación al Comité para interpretar su compatibilidad con el objeto y el fin del Pacto”.

³⁷⁷ Véanse el fallo del Tribunal Federal de Suiza, de fecha 17 de diciembre de 1991, en la causa *Elisabeth B. contra el Consejo de Estado del Cantón de Turgovia* (*Journal des Tribunaux*, I. *Droit fédéral*, 1995, págs. 523 a 537), y el comentario de J. F. Flauss, “Le contentieux des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: *Requiem* pour la déclaration interprétative relative à l’article 6 § 1”, *Revue universelle de droits de l’homme* 1993, págs. 297 a 303.

³⁷⁸ Véase *supra*, párr. 56.

³⁷⁹ En ese sentido, véanse Henry J. Bourguignon, “The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties”, *Virginia Journal of International Law* 1989, pág. 359, o D. Bowett, *op.cit.* nota 88, pág. 81.

³⁸⁰ Corte Internacional de Justicia, *Recueil* 1951, pág. 27. Por lo mismo, en su decisión de fecha 30 de junio de 1977, el Tribunal arbitral constituido en el asunto del *Mar de Iroise* se reconoció implícitamente competente para pronunciarse sobre la validez de las reservas de Francia, porque estimó “que las tres reservas al artículo 6 [de la Convención sobre la plataforma continental de

158. Es preciso, pues, considerar que la competencia para apreciar la validez de una reserva incumbe, en general, a las diferentes instancias que sean llamadas a aplicar e interpretar los tratados: los Estados, sus tribunales internos y, dentro de los límites de sus competencias, los órganos de arreglo de controversias y vigilancia de la aplicación del tratado.

159. Por el contrario, conforme al principio, esencialmente dominante, del depositario “buzón”³⁸¹ consagrado por el artículo 77 de la Convención de Viena de 1969³⁸², el depositario sólo puede en principio tomar nota de las reservas que se le notifiquen y transmitir las a los Estados contratantes³⁸³, sin pronunciarse respecto de su validez.

160. Al adoptar el proyecto de directriz 2.1.8, la Comisión de Derecho Internacional estimó, sin embargo, en la perspectiva del desarrollo progresivo del derecho internacional, que en caso de reservas a su juicio manifiestamente [inadmisibles]³⁸⁴, el depositario debía señalar “a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa [inadmisibilidad]”³⁸⁵. Es de mencionar que, en esta oportunidad, “[l]a Comisión estimó que no se justificaba establecer una distinción entre los diferentes tipos de ‘inadmisibilidad’ enumerados en el artículo 19” de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986³⁸⁶.

161. La situación actual en lo que se refiere al control de la validez de las reservas a los tratados y, en particular, a las convenciones de derechos humanos, se caracteriza, pues, por la concurrencia o, en todo caso, la coexistencia de diversos mecanismos de control de la validez de las reservas³⁸⁷:

1958] son reservas auténticas y admisibles” (*Recueil des sentences arbitrales XVIII*, pág. 170, párr. 56). Véanse también la posición de la Corte Internacional de Justicia en lo que concierne a la validez de las “reservas” (de naturaleza particular en verdad y distintas de las que son objeto de la Guía de la práctica: cf. el proyecto de directiva 1.4.6 (“Declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula facultativa”) y su comentario (A/55/10, *supra* nota 51, cap. VII, secc. C.2) incluidas en las declaraciones facultativas de aceptación de su jurisdicción obligatoria (véase en particular el fallo de fecha 26 de noviembre 1957 en la causa *Derecho de paso por el territorio de la India (excepciones preliminares)*, Corte Internacional de Justicia, *Recueil* 1957, págs. 141 a 144, las opiniones de Sir Hersch Lauterpacht, separada en la causa *Ciertos empréstitos noruegos* (fallo de fecha 6 de julio de 1957, Corte Internacional de Justicia, *Recueil* 1957, págs. 43 a 55) y disidente en la causa *Interhandel* (fallo de fecha 21 de noviembre de 1959, Corte Internacional de Justicia, *Recueil* 1959, págs. 103 a 106; véanse también las opiniones disidentes del Presidente Klaedstad y del Magistrado Armand-Hugon, *ibid.*, págs. 75 y 93). Véase también la jurisprudencia citada *supra*, párr. 96.

³⁸¹ Véase A/CN.4/518/Add.2, párrs. 158 a 160 y 165; véase también J. Combacau, “Logique de la validité ...”, nota *supra* 347, pág. 199.

³⁸² Que corresponde al artículo 78 de la Convención de 1986.

³⁸³ Véanse A/CN.4/518/Add.2, párrs. 160 a 167 y el proyecto de directriz 2.1.7 (Función del depositario) de la Guía de la práctica y su comentario (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/57/10)*, cap. IV, secc. C.2).

³⁸⁴ En cuanto al significado de los corchetes, véase *supra*, párr. 6.

³⁸⁵ “Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]”, A/57/10, nota 383 *supra*. Véase también *infra*, párr. 183.

³⁸⁶ Comentario al proyecto de directriz 2.1.8, *ibid.*, pág. 104, párr. 5.

³⁸⁷ Véase A/CN.4/477/Add.1, párrs. 211 a 215, fuente principal del desarrollo de las disposiciones que siguen. Para una posición netamente favorable a la complementariedad de los regímenes de vigilancia, véase L. Lijnzaad, *op.cit.* nota 84, págs. 97 y 98; véase también G. Cohen-Jonathan, *op.cit.* nota 290, pág. 944.

- Uno de esos mecanismos, que constituye el derecho común, es el que, exclusivamente entre los Estados, consagra el artículo 20 de las Convenciones de Viena y que se puede aplicar mediante las cláusulas de reservas particulares que figuren en los tratados de que se trate;
- Cuando el tratado crea un órgano de vigilancia de su aplicación, se considera ahora aceptado que ese órgano puede igualmente pronunciarse sobre la validez de las reservas;
- Sin embargo, se deja así subsistir la posibilidad de que los Estados y las organizaciones internacionales partes recurran, según el caso, a las modalidades habituales de arreglo de controversias por medios pacíficos, incluidas las jurisdiccionales o arbitrales, si surge entre ellos una controversia en relación con la admisibilidad de una reserva³⁸⁸;
- Además, no se excluye que los tribunales nacionales mismos, como ocurre con las jurisdicciones suizas³⁸⁹, se consideren facultados para apreciar igualmente la validez de una reserva respecto del derecho internacional.

162. Es evidente que la multiplicidad de posibilidades de control no deja de plantear algunos inconvenientes, de los cuales el menor no es el riesgo de que haya contradicciones entre las posiciones que unos y otros puedan adoptar respecto de la misma reserva (o respecto de dos reservas idénticas de Estados diferentes)³⁹⁰. Sin embargo, a decir verdad, ese riesgo es inherente a todo régimen de control, pues en el curso del tiempo, un mismo órgano puede adoptar decisiones contradictorias, y quizás sea mejor que haya un exceso de control que una falta absoluta de éste.

163. Más grave es la amenaza que plantea la sucesión de los controles en el tiempo en ausencia de toda limitación del plazo durante el cual se pueden realizar. El problema no se plantea en lo que se refiere al “régimen de Viena” porque el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención limita a los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva (o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado) el plazo durante el cual un Estado puede formular objeción³⁹¹. Se plantea, en cambio, con agudeza en todos los casos de control jurisdiccional o cuasi jurisdiccional que, por hipótesis, es aleatorio y depende del recurso al órgano de arreglo o vigilancia. Para evitarlo, se ha propuesto limitar igualmente a un plazo de 12 meses el derecho de los órganos de vigilancia a pronunciarse³⁹². Aparte de que ninguno de los textos pertinentes actualmente en vigor

³⁸⁸ Ello, con todo, bajo reserva de la existencia de “régimenes autónomos”, entre los cuales cabe mencionar indudablemente los instituidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos o la Carta Africana (cf. Bruno Simma, “Self-Contained Regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, págs. 130 *et seq.*, o Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, págs. 230 *et seq.*).

³⁸⁹ Véase *supra*, nota 377.

³⁹⁰ Véase, en particular, P.H. Imbert, que señala los riesgos de incompatibilidad en el régimen del Convenio Europeo, en especial entre las posiciones del Tribunal y del Comité de Ministros (op.cit. nota 95, págs. 617 a 619 (I.C.L.Q. 1984, págs. 590 a 591)).

³⁹¹ Cabe señalar, sin embargo, que el problema se plantea, no obstante, por el escalonamiento de las ratificaciones y adhesiones en el tiempo.

³⁹² Véase P.-H. Imbert, *op. cit.*, nota 22, pág. 146, nota 25, o nota 63, págs. 113 y 114 y 130 y 131 (H.R.R. 1981, págs. 36 y 44); contra: Héribert Golsong, intervención en el Coloquio de Roma, 5 a 8 de noviembre de 1975, *Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l’homme*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1976, págs. 269 a 270, y

prevé una limitación de esa índole, ésta no parece muy compatible con el fundamento mismo de la intervención de los órganos de vigilancia, que tiene por finalidad asegurar el respeto de los principios generales del derecho internacional (la preservación del objeto y el fin del tratado). Además, como se ha señalado, una de las razones por las cuales los Estados formulan pocas objeciones es precisamente que la regla de los 12 meses muchas veces no les da tiempo suficiente³⁹³; el mismo problema se podría plantear a fortiori a los órganos de vigilancia, esto es, que queden paralizados.

164. Por otra parte, se puede considerar que las posibilidades de controles cruzados refuerzan por el contrario las probabilidades de que el régimen de reservas y, en particular, el principio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado desempeñen su verdadera función. El problema no radica en oponerse a ellos o afirmar el monopolio de un mecanismo³⁹⁴, sino en combinarlos de manera de reforzar su efectividad general, pues si bien sus modalidades son diferentes, su finalidad es la misma: se trata, en todos los casos, de conciliar las dos exigencias contradictorias, pero fundamentales, de la integridad del tratado y la universalidad de la participación. Es normal que los Estados, que han querido el tratado, puedan hacer valer su punto de vista; es natural que los órganos de vigilancia desempeñen cabalmente la función de custodios de los tratados que las Partes le han confiado.

165. Esta situación no excluye y, por el contrario, implica una cierta complementariedad entre las diferentes modalidades de vigilancia y una cooperación entre los órganos que tienen encomendada esa vigilancia. En particular, es indispensable que, cuando evalúan la validez de una reserva, los órganos de vigilancia (así como los órganos de arreglo de controversias) tengan plenamente en cuenta las posiciones adoptadas por las Partes contratantes por conducto de las aceptaciones u objeciones. A la inversa, los Estados, que han de conformarse a las decisiones adoptadas por los órganos de vigilancia cuando les han atribuido facultades de decisión, deberían tener muy en cuenta las posiciones ponderadas y fundamentadas de esos órganos, incluso si éstos no pueden adoptar decisiones jurídicamente vinculantes³⁹⁵.

“Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l’homme”, en Université catholique de Louvain, *Quatrième colloque du Département des Droits de l’homme*, 7 de diciembre de 1978, *Les clauses échappatoires en matière d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 1982), párr. 7, o R.W. Edwards Jr., *op. cit.* nota 220, págs. 387 y 388.

³⁹³ Cf. B. Clark, *op. cit.* nota 201, págs. 312 a 314.

³⁹⁴ Aunque esa es la tendencia natural de las instituciones competentes para pronunciarse; cf. la oposición de puntos de vista entre el Comité de Derechos Humanos (“se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos”, Comentario General No. 24, nota 227 *supra*, párr. 18) y Francia (“corresponde, así pues, [a los Estados Partes] y a ellos únicamente, salvo que el tratado disponga otra cosa, pronunciarse sobre una posible incompatibilidad entre una reserva y el objeto y el fin del tratado”, comentario *supra* nota 290, párr. 7).

³⁹⁵ Véase, sin embargo, la reacción extremadamente intensa al Comentario General No. 24 que plasma el proyecto de ley presentado al Senado de los Estados Unidos por el Senador Helms el 9 de junio de 1995, según el cual: “no funds authorized to be appropriated by this Act nor any other Act, or otherwise made available may be obligated or expended for the conduct of any activity which has the purpose or effect of (A) reporting to the Human Rights Committee in accordance with Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights, or (B) responding to any effort by the Human Rights Committee to use the procedures of Articles 41 and 42 of the International Covenant on Civil and Political Rights to resolve claims by other parties to the Covenant that the United States is not fulfilling its obligations under the

166. El examen de la competencia para apreciar la validez de las reservas tanto respecto del objeto y el fin del tratado como respecto de las cláusulas convencionales que excluyen o limitan la facultad de formular reservas ha dado oportunidad de “re-examinar” algunas de las Conclusiones Preliminares adoptadas por la Comisión en 1997 y, en particular, los párrafos 5, 6 y 8 de éstas³⁹⁶, sin que ningún elemento decisivo lleve a modificar su sentido. Habría llegado, pues, el momento de reformularlas a fin de incluirlas, en la forma de proyectos de directrices, en la Guía de la práctica, sin mencionar de manera específica los tratados de derechos humanos, aunque de hecho sea esencialmente en cuanto a esos tratados que la concurrencia de competencias para apreciar la validez de las reservas plantea un problema.

167. La serie de proyectos de directrices pertinente debería, sin duda, comenzar con una disposición general que recordara que las diversas modalidades de control no son mutuamente excluyentes, sino que se refuerzan recíprocamente, en particular cuando el tratado establece un órgano encargado de supervisar su aplicación. Esta constatación corresponde a la que figura, bajo una forma diferente, en el párrafo 6 de las Conclusiones Preliminares³⁹⁷. En consecuencia, el proyecto de directriz 3.2 se podría redactar de la siguiente manera:

*Covenant, until the President has submitted to the Congress the certification described in paragraph (2)”.
“(2) CERTIFICATION - The certification referred to in paragraph (1) is a certification by the President to the Congress that the Human Rights Committee established under the International Covenant on Civil and Political Rights has (A) revoked its General Comment No. 24 adopted on November 2, 1994; and (B) expressly recognized the validity as a matter of international law of the reservations, understandings, and declarations contained in the United States instrument of ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights” (Proyecto de ley para autorizar consignaciones con destino al Departamento de Estado para los ejercicios económicos de 1996 a 1999 inclusiva ..., 104º período de sesiones del Congreso, primera sesión, S.908-Report No. 104-95, págs. 87 y 88) [Los fondos cuya afectación se autorice en virtud de la presente ley o de cualquier otra ley o que puedan estar disponibles por cualquier otro medio no se podrán afectar o gastar en beneficio de ninguna actividad cuyo objeto y fin sea A) informar al Comité de Derechos Humanos de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o B) responder a una tentativa del Comité de Derechos Humanos de utilizar los procedimientos de los artículos 41 y 42 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para dar curso a denuncias de otras partes en el Pacto de que los Estados Unidos no estén dando cumplimiento a sus obligaciones en virtud del Pacto, hasta que el Presidente haya presentado al Congreso la certificación descrita en el párrafo 2.*

2. CERTIFICACIÓN: La certificación mencionada en el párrafo 1 es la seguridad dada al Congreso por el Presidente de que el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos A) ha revocado el Comentario General No. 24, aprobado el 2 de noviembre de 1994, y B) ha reconocido expresamente la validez en cuanto al derecho internacional de las reservas, *understandings* y declaraciones contenidos en el instrumento de ratificación por los Estados Unidos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos].

³⁹⁶ Véase en particular, párr. 155 *supra*.

³⁹⁷ “La Comisión subraya que esa competencia no excluye ni afecta de ninguna manera las modalidades tradicionales de control que, por un lado, pueden aplicar las Partes contratantes de conformidad con las disposiciones ... de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 [relativas a las reservas] y, según el caso, los órganos de solución de cualquier controversia que pueda surgir en cuanto a la interpretación o aplicación de los tratados” (A/52/10, nota 372 *supra*, párr. 157).

3.2 Competencia para apreciar la validez de las reservas

Son competentes para pronunciarse sobre la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional:

- *Los demás Estados contratantes [incluidos, según el caso, sus tribunales internos] o las demás organizaciones contratantes;*
- *Los órganos de arreglo de controversias a los que se confiera competencia para interpretar o aplicar el tratado; y*
- *Los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado que éste pueda haber creado.*

168. El texto entre corchetes no se impone necesariamente porque los tribunales internos, en cuanto al derecho internacional, forman parte integrante del “Estado”, a cuya responsabilidad, según el caso, pueden dar origen³⁹⁸. La precisión podría, con todo, ser útil en la medida en que la intervención de los tribunales internos, aunque pueda tener efectos en el plano internacional, se sitúa en la esfera interna, en tanto que el primer apartado del proyecto de directriz propuesto remite ante todo a los órganos del Estado que poseen capacidad de dar origen a su responsabilidad en el plano internacional³⁹⁹. Por el contrario, parece innecesario mencionar la función (limitada) del depositario en la materia, pues está abarcada por los proyectos de directrices 2.1.7 y 2.1.8 (véanse párrs. 159 y 160 *supra*).

169. El proyecto de directriz 3.2 implica que los órganos de vigilancia instituidos por el tratado tienen competencia para pronunciarse sobre la validez de las reservas formuladas por las Partes contratantes, pero no la establecen en forma expresa, contrariamente al párrafo 5 de las Conclusiones Preliminares aprobadas por la Comisión en 1997, según el cual, incluso cuando el tratado guarda silencio al respecto, los órganos de vigilancia establecidos por los tratados multilaterales normativos “son competentes para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la admisibilidad de las reservas hechas por los Estados, a fin de cumplir las funciones que tienen asignadas”.

170. El sentido de esta última parte de la frase se dilucida en el párrafo 8 de las Conclusiones Preliminares:

“La Comisión observa que el valor jurídico de las conclusiones formuladas por los órganos de vigilancia en el ejercicio de sus facultades para tratar de las reservas no podrá exceder del que resulte de las facultades que se les hayan dado para cumplir su función general de vigilancia.”

171. Un proyecto de directriz única podría establecer a la vez la competencia de los órganos de vigilancia para pronunciarse sobre la validez de las reservas —lo que, habida cuenta de los debates sobre el tema parece imponerse— y sobre los límites de esa facultad:

³⁹⁸ Cf. el artículo 4 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (“Comportamiento de los órganos del Estado”), resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

³⁹⁹ Cf. el artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

3.2.1 Competencia de los órganos de vigilancia creados por el tratado

Cuando un tratado cree un órgano encargado de vigilar su aplicación, dicho órgano será competente, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, para apreciar la validez de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.

Las conclusiones que el órgano formule en el ejercicio de esa competencia tendrán el mismo valor jurídico que el que resulte del ejercicio de su función general de vigilancia.

172. Conviene observar, además, que el título del proyecto de directriz 3.2 tal como se ha propuesto en el párrafo *supra* sólo reproduce parcialmente la sustancia del párrafo 6 de las Conclusiones Preliminares de 1997⁴⁰⁰: enumera las personas o instituciones competentes para pronunciarse sobre la validez de las reservas, pero no precisa que esas competencias sean acumulativas y no se excluyan recíprocamente. Parece indispensable precisarlo así en un proyecto de directriz discreto:

3.2.4 Pluralidad de instancias competentes para evaluar la validez de las reservas

Cuando el tratado cree un órgano de vigilancia de su aplicación, la competencia de ese órgano no excluirá ni afectará de otra manera la competencia de otros Estados contratantes y de otras organizaciones internacionales contratantes para apreciar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o por una organización internacional, ni tampoco la de los órganos de arreglo de controversias que puedan ser competentes para interpretar o aplicar el tratado.

173. No parece apropiado, por el contrario, que la Comisión apruebe, en este momento, un proyecto de directriz o unos proyectos de directrices respecto de las consecuencias de la evaluación de la validez de una reserva: esas consecuencias no se pueden en verdad determinar sin un estudio profundo de los efectos de la aceptación de las reservas y de las objeciones a las reservas, estudio que únicamente podrá realizarse el año próximo.

174. Se plantea, con todo, la cuestión relativa a saber si la Comisión desea incorporar en la Guía de la práctica, en la forma de proyectos de directrices, las recomendaciones formuladas en los párrafos 7 y 9 de las Conclusiones Preliminares de 1997. Dichas recomendaciones se han formulado de la siguiente manera:

“7. La Comisión sugiere que se incluyan cláusulas específicas en los tratados multilaterales normativos, en particular en los tratados de derechos humanos, o se elaboren protocolos a los tratados vigentes de conferir competencia al órgano de vigilancia para apreciar o determinar la admisibilidad de una reserva;

...

9. La Comisión pide a los Estados que cooperen con los órganos de vigilancia y consideren debidamente las recomendaciones que éstos formulen, o se atengan a la evaluación de esos órganos si se les confirieran facultades al respecto.”

⁴⁰⁰ Véase *supra*, nota 397.

175. Ciertamente no sería apropiado incluir cláusulas de este tipo en un proyecto de artículos que ha de ser adoptado en la forma de una convención internacional. Ahora bien, no se puede decir lo mismo cuando se trata de la Guía de la práctica en curso de elaboración, pues se entiende que ha de constituir un “Código de prácticas recomendadas”, a fin de “orientar” la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas, pero sin constituir un cuerpo de normas jurídicas vinculantes⁴⁰¹. Por otra parte, la Comisión ha decidido incluir en la Guía por lo menos un proyecto de directriz claramente redactado en la forma de una recomendación dirigida a los Estados y a las organizaciones internacionales⁴⁰².

176. Con el mismo ánimo, la Comisión acaso quiera recomendar a los Estados y a las organizaciones internacionales:

- Que, por una parte, en los tratados multilaterales que concierten en el futuro y que prevean la creación de un órgano de vigilancia, incluyan cláusulas expresas que confieran a ese órgano la competencia para apreciar la validez de las reservas y precisar el efecto jurídico de dicha apreciación (o que doten a los tratados existentes de protocolos en ese sentido);
- Que, por otra parte, cooperen con los órganos de ese tipo y tengan debidamente en cuenta sus conclusiones en cuanto a la validez de las reservas.

177. El proyecto de directriz 3.2.2, que respondería a la primera de esas preocupaciones (y se haría eco del párrafo 7 de las Conclusiones Preliminares de la Comisión⁴⁰³), se podría redactar de la siguiente manera:

3.2.2 Cláusulas que precisen la competencia de los órganos de vigilancia en materia de apreciación de la validez de las reservas

Los Estados o las organizaciones internacionales deberían incorporar, en los tratados que creen órganos de vigilancia de su aplicación, unas cláusulas que precisen la naturaleza y, según el caso, los límites de las competencias de esos órganos en materia de apreciación de la validez de las reservas. A esos mismos fines se podrían elaborar protocolos a los tratados en vigor.

178. El llamamiento a la cooperación de los Estados y de las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia, que se consigna en el párrafo 9 de las Conclusiones Preliminares de la Comisión⁴⁰³, podría plasmar en un proyecto de directriz 3.2.3 cuya redacción, sin embargo, debería ser distinta, con la mira de eliminar la ambigüedad de la redacción aprobada en 1997: las palabras “... si se les confirieran facultades al respecto” parecerían indicar que no las tienen en la actualidad; ahora bien, ello es inexacto: estos órganos pueden sin duda alguna evaluar la validez de las reservas a los tratados cuya observancia deben vigilar⁴⁰⁴. Por el contrario, no pueden:

⁴⁰¹ Véase a este respecto el comentario del proyecto de directriz 2.5.3, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/58/10)*, cap. VIII, secc. C.2, párr. 5).

⁴⁰² Véanse el proyecto de directriz 2.5.3 (“Reexamen periódico de la utilidad de las reservas”) y los párrafos 5) y 6) del comentario, ibíd.

⁴⁰³ Véase *supra*, párr. 174.

⁴⁰⁴ Véase *supra*, párr. 155; véase también A/CN.4/477/Add.1, párrs. 206 a 209.

- Por un lado, imponer su evaluación a los Estados y a las organizaciones internacionales que formulan reservas, pues carecen de facultades generales de decisión⁴⁰⁵; y
- Por otro lado, en todos los casos, tomar el lugar del autor de la reserva en cuanto a las consecuencias que se han de derivar de la falta de validez de una reserva⁴⁰⁶.

179. Habida cuenta de esas observaciones, el proyecto de directriz 3.2.3 se podría redactar de la siguiente manera:

3.2.3 Cooperación de los Estados y de las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia

Los Estados y las organizaciones internacionales que han formulado reservas a un tratado que cree un órgano de vigilancia de su aplicación deben cooperar con ese órgano y tener plenamente en cuenta la apreciación que éste haga de la validez de las reservas que hayan formulado. Cuando el órgano en cuestión disponga de facultades de decisión, el autor de la reserva deberá dar efecto a la decisión de ese órgano [en tanto y en cuanto éste actúe dentro de los límites de sus competencias].

180. Aunque el párrafo 9 de las Conclusiones Preliminares esté redactado en la forma de una recomendación (“La Comisión pide a los Estados ...”), se ha estimado viable proponer una redacción más firme para el proyecto de directriz 3.2.3: no cabe ninguna duda de que las Partes contratantes tienen una obligación general de cooperar con los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado que han creado y, si éstos están dotados de facultades de decisión, de que deben respetar esas decisiones. En cambio, sin haber examinado la difícil cuestión del efecto de una constatación de la falta de validez de las reservas, sería prematuro enunciar el ámbito admisible de una decisión en ese sentido. Esa redacción prudente se reforzaría sin duda si la Comisión adoptara el texto entre corchetes, que implica claramente que sigue pendiente la cuestión de los límites de las competencias de los órganos de vigilancia en la materia.

2. Consecuencias de la falta de validez de una reserva

181. Aunque no enuncia las consecuencias de la formulación de una reserva prohibida, expresa (apartado a) o implícitamente (apartado b), para el tratado al que se refiere, el artículo 19 tampoco menciona los efectos de la formulación de una reserva prohibida por el apartado c)⁴⁰⁷, y nada en el texto de la Convención de Viena indica cómo se han de conjugar estas disposiciones con las del artículo 20 relativo a la aceptación de las reservas y a las objeciones. Existe ahí, pues, un “vacío normativo” (*normative gap*⁴⁰⁸), que lleva a preguntarse si no ha sido deliberadamente querido por los autores de la Convención⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Véanse el segundo apartado del proyecto de directriz 3.2.2, *supra* párr. 171, y A/CN.4/477/Add.1, párrs. 234 a 240.

⁴⁰⁶ Véanse el párrafo 10 de las Conclusiones Preliminares (A/52/10, nota 372 *supra*, párr. 157) y A/CN.4/477/Add.1, párrs. 218 a 230.

⁴⁰⁷ Cf. D. W. Greig, *op. cit.* nota 29, pág. 83.

⁴⁰⁸ F. Horn, *op. cit.* nota 37, pág. 131; véase también J. Combacau, “Logique de la validité ...”, nota 347 *supra*, pág. 199.

⁴⁰⁹ Véase P.-H. Imbert, *op. cit.* nota 22, págs. 137 a 140.

182. En todo caso, es forzoso reconocer que los trabajos preparatorios del apartado c) son confusos y no dan una clara indicación de las consecuencias que los redactores de la Convención pretendían derivar de la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de la Convención⁴¹⁰:

- En el proyecto de artículo 17 propuesto por Waldock en 1962, el objeto y el fin del tratado sólo aparecían como una directriz que había de guiar al Estado reservante mismo⁴¹¹;
- Los debates sobre este proyecto fueron particularmente confusos durante las sesiones plenarias de la Comisión de Derecho Internacional⁴¹² e hicieron ver, sobre todo, una escisión entre los miembros que se inclinaban a favor de una evaluación individual por los Estados y los que se pronunciaban a favor de un mecanismo colegiado (véase párr. 152 *supra*), sin que se hubieran discutido realmente las consecuencias de esa evaluación;
- Con todo, después de la reformulación del proyecto por el Comité de Redacción en un sentido muy próximo al de la redacción del actual artículo 19, al parecer el sentimiento dominante fue que el objeto y el fin constituían un criterio de acuerdo con el cual se debía evaluar la validez de la reserva⁴¹³; así lo corrobora la nueva modificación del artículo 18 bis, que plasma, por un lado, en la inclusión del criterio de la incompatibilidad y, por el otro y en particular, en la modificación del título de esta disposición, que se cambió de “Validez de las reservas”⁴¹⁴ a “Efectos de las reservas”, lo que tiende a demostrar que su validez es el objeto del proyecto de artículo 17 (convertido en artículo 19 de la Convención);
- La hábil redacción del comentario a los proyectos de artículos 18 y 20 (que corresponden respectivamente a los artículos 19 y 21 de la Convención) aprobados en 1962 deja pendiente la cuestión: se dice a la vez que la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado constituye el criterio que rige la formulación de las reservas y que, como ese criterio “es hasta cierto punto una cuestión de apreciación subjetiva (...) el único medio de aplicarlo será, en la mayoría de los casos, la aceptación o rechazo de la reserva por cada Estado”, pero solamente “de no haber un tribunal u órgano con competencia permanente”⁴¹⁵;
- En su informe de 1965, el Relator Especial hizo ver igualmente, en relación con el proyecto de artículo 19 relativo a los tratados que guardan silencio sobre la cuestión de las reservas (que se convertiría en el artículo 20 de la Convención), que la Comisión “reconoció que el criterio de la ‘compatibilidad’ es

⁴¹⁰ Conviene recordar que la inclusión del criterio en el proyecto fue tardía, pues sólo se remonta al primer informe de Waldock en 1962; véase *supra*, párrs. 72 y 73.

⁴¹¹ Apartado a) del párrafo 2 del artículo 17; véase *supra*, párr. 72; véase también la intervención del Relator Especial en el 14º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional (*Anuario ... 1962*, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 85).

⁴¹² Véase *Anuario ... 1962*, vol. I, pág. 150 a 180 y 185 a 188.

⁴¹³ Véase en particular *Anuario ... 1962*, vol. I, págs. 241 a 251: durante el debate sobre el nuevo artículo 18 bis titulado “Validez de las reservas”, todos los miembros se refirieron al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado que, sin embargo, no se había mencionado en el proyecto aprobado por el Comité de Redacción.

⁴¹⁴ Véase *Anuario ... 1962*, vol. I, págs. 241 a 251.

⁴¹⁵ *Anuario ... 1962*, vol. II, p. 209, párr. 22.

hasta cierto punto subjetivo y que puede haber opiniones divergentes en cuanto a la compatibilidad de una determinada reserva con el objeto y la finalidad de un determinado tratado. Por otra parte, no habiendo una jurisdicción obligatoria, estimó que el único medio de aplicar el criterio es que el Estado interesado acepte o rechace la reserva”; el Relator Especial reconoció igualmente “que las normas propuestas por la Comisión se aceptarían con más facilidad si su interpretación y aplicación se sometiesen a una decisión internacional”⁴¹⁶;

- Los comentarios de la Comisión sobre los proyectos de artículos 16 y 17 (que pasaron a ser los artículos 19 y 20 respectivamente) no son, con todo, más claros y se limitan a indicar que “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” y que, por esa razón, es preciso interpretar que el apartado c) del artículo 16 “tiene que ser considerado en estrecha relación con las disposiciones del artículo 17 relativas a la aceptación de las reservas y a la objeción a las reservas”⁴¹⁷;
- En la Conferencia de Viena, algunas delegaciones intentaron impartir contenido al criterio del objeto y el fin del tratado; por ejemplo, la delegación de México propuso que se previeran expresamente las consecuencias de una decisión judicial que reconociera la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado⁴¹⁸; sin embargo, fueron sobre todos los defensores de un régimen de apreciación colegiada los que trataron de imputar consecuencias concretas a la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado⁴¹⁹.

183. Por lo demás, como se indicó en el párrafo 62 *supra*, nada, ni en el texto del artículo 19, ni en los trabajos preparatorios, hace pensar que corresponda hacer una distinción entre unas y otras: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. En los tres casos, como se desprende del claro texto del encabezamiento del artículo 19 (véase párr. 53 *supra*), un Estado no puede formular una reserva y, desde el momento en que se admite que una reserva prohibida por el tratado es nula de pleno derecho en virtud de los apartados a) y b) del artículo 19, no hay razón para sacar conclusiones diferentes del apartado c). Con todo, se han formulado tres objeciones, de distinta importancia, respecto de esta conclusión.

184. En primer lugar, se ha hecho ver que cuando rechazan las reservas prohibidas por el tratado, los depositarios comunican a los demás Estados contratantes el texto de las reservas que, prima facie, son incompatibles con su objeto y fin⁴²⁰. Esa ha sido, en efecto, la práctica seguida por el Secretario General de las Naciones Unidas⁴²¹, pero el ámbito de esa práctica se debe relativizar. En efecto, “el Secretario General rehusa el depósito solamente *cuando no cabe ninguna duda* de

⁴¹⁶ Cuarto informe, A/CN.4/177, nota 20 *supra*, pág. 54, párr. 9.

⁴¹⁷ *Anuario ... 1966*, vol. II, pág. 227, párr. 17.

⁴¹⁸ *Ibid.*, vol. I, 21ª sesión, párr. 63. México propuso dos soluciones: la primera era que el Estado autor de la reserva incompatible quedara obligado a retirarla y que, de no hacerlo, no pudiera llegar a ser parte en el tratado; la segunda era considerar que el tratado, en su totalidad, dejara de estar en vigor entre el Estado que formulaba la reserva y el Estado que hubiera formulado una objeción.

⁴¹⁹ Véanse en particular las intervenciones de las diferentes delegaciones, notas 358 y 360 *supra*.

⁴²⁰ Cf. G. Gaja, *op. cit.* nota 130, pág. 317.

⁴²¹ Véase *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que depositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/8), Nueva York, 1997, número de venta : F.94.V.15, párrs. 191 y 192.

que la declaración que acompaña al instrumento constituye una reserva no autorizada. (...) En caso de duda, el Secretario General pide al Estado interesado que precise su posición. (...) El Secretario General, con todo, estima que *no le corresponde pedir ese tipo de aclaraciones en forma sistemática* y que, en cambio, incumbe a los Estados formular, si lo consideran apropiado, objeciones a las declaraciones que, a su juicio, constituyan reservas no autorizadas⁴²². En otras palabras, la diferencia observada en la práctica del Secretario General no está fundada en la distinción entre las hipótesis de los apartados a) y b), por un lado, y c) del artículo 19, por el otro, sino en el carácter cierto de incompatibilidad de la reserva con el tratado: cuando se requiere interpretación, el Secretario General se remite a los Estados; así ocurre siempre cuando se trata de la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado; también puede ocurrir cuando se trata de reservas prohibidas expresa o implícitamente. Por lo demás, en el proyecto de directriz 2.1.8 de la Guía de la práctica, la Comisión de Derecho Internacional, haciendo obra de desarrollo progresivo, ha estimado que “[c]uando una reserva sea manifiestamente [inadmisible]⁴²³ a juicio del depositario, éste señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa [inadmisibilidad]⁴²⁴”; a ese fin, como ya se señaló en el párrafo 161 *supra*, “[l]a Comisión estimó que no se justificaba establecer una distinción entre los diferentes tipos de ‘inadmisibilidad’ enumerados en el artículo 19”⁴²⁵.

185. En segundo lugar, se ha hecho ver, con el mismo ánimo que en la hipótesis de los apartados a) y b), que el Estado reservante no puede ignorar la prohibición y que, en consecuencia, se ha de entender que ha aceptado el tratado en su conjunto, no obstante su reserva (doctrina de la “divisibilidad”)⁴²⁶. No es dudoso que la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado sea más difícil de apreciar objetivamente que cuando existe una cláusula de prohibición. La observación es a todas luces pertinente, pero no decisiva: la evaluación del alcance de las cláusulas de reservas es menos evidente de lo que a veces se piensa, sobre todo cuando la prohibición es implícita, como ocurre en la hipótesis del apartado b)⁴²⁷; además, puede ser difícil determinar si una declaración unilateral es o no una reserva, y el Estado que la ha formulado puede haber pensado de buena fe que no violaba la prohibición, estimando que la aceptación de su interpretación del tratado condicionaba su consentimiento en obligarse⁴²⁸. A decir verdad, aunque no se presume que un Estado ignore la prohibición que se deriva de una cláusula de reserva, debe con todo tener presente que no puede privar a un tratado de su sustancia por medio de una reserva incompatible con su objeto y fin.

186. En tercer lugar y en particular, se ha señalado que los párrafos 4 y 5 del artículo 20 enuncian una única limitación a la posibilidad de aceptar una reserva: la

⁴²² *Ibid.*, párrs. 194 a 196; sin cursiva en el original. La práctica seguida por el Secretario General del Consejo de Europa es similar, si bien, en caso de dificultad, puede consultar (y consulta) al Comité de Ministros (véase J. Polakiewicz, *op. cit.* nota 27, págs. 90 a 93).

⁴²³ En cuanto al significado de los corchetes, véase *infra*, párr. 193.

⁴²⁴ A/57/10, nota 383 *supra*.

⁴²⁵ *Ibid.*, párr. 5) del comentario al proyecto de directriz 2.1.8.

⁴²⁶ Véase A. Fodella, *op. cit.*, nota 66, págs. 143 a 147.

⁴²⁷ Véanse *supra*, párrs. 39 a 42.

⁴²⁸ Respecto de la distinción entre reservas, por un lado, y declaraciones interpretativas, simples o condicionales, por el otro, véanse los proyectos de directrices 1.3 a 1.3.3 de la Guía de la práctica de la Comisión de Derecho Internacional y sus comentarios (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/54/10)*, cap. VI, secc. C.2).

presencia de una disposición contraria en el tratado⁴²⁹; *a contrario*, de ello se derivaría una total libertad de aceptación de las reservas no obstante las disposiciones del apartado c) del artículo 19⁴³⁰. Si bien es exacto que, en la práctica, los Estados pocas veces objetan a las reservas, a pesar de que probablemente sean muy contrarias al objeto y el fin del tratado al que se refieren y que ello da lugar, de hecho, a privar de efecto concreto a las normas establecidas en el apartado c) del artículo 19⁴³¹, al menos en ausencia de un órgano competente para adoptar decisiones a ese respecto⁴³², son numerosos los argumentos que, fundados en el texto mismo de la Convención, se oponen, sin embargo, a ese razonamiento:

- Los artículos 19 y 20 de la Convención cumplen funciones diferentes; las reglas que estatuyen intervienen en “momentos” diferentes de la formulación de una reserva: el artículo 19 enuncia los casos en los cuales no se puede formular una reserva; el artículo 20 indica qué ocurre cuando se ha formulado la reserva⁴³³;
- La interpretación propuesta privaría de todo efecto útil al apartado c) del artículo 19: de esa interpretación resultaría que una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado produciría prácticamente el mismo efecto que una reserva compatible;
- Priva igualmente de sentido al párrafo 1 del artículo 21, que precisa que una reserva sólo es “efectiva ... de conformidad con los artículos 19, 20 y 23” (véanse párrs. 14 y 187 *supra*); e
- Introduce una distinción entre el alcance de los apartados a) y b), por un lado, y el apartado c), por el otro, del artículo 19, distinción que su texto en modo alguno autoriza (véanse párrs. 52 y 183 *supra*)

187. En consecuencia, nada, ni en el texto del artículo 19 de las Convenciones de Viena, ni en su contexto, ni en los trabajos preparatorios de las Convenciones, ni siquiera en la práctica de los Estados o de los depositarios, justifica hacer una distinción de esa índole entre las consecuencias de la formulación de una reserva a pesar de una prohibición convencional, por un lado (apartados a) y b) del artículo 19), y las de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado, por el otro (apartado c)). Ello podría ser objeto de un proyecto de directriz 3.3:

3.3 Consecuencias de la falta de validez de una reserva

La reserva formulada a pesar de la prohibición expresa o implícita derivada de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, sin que proceda hacer una distinción entre esas dos causas de invalidez.

188. Una vez que se admite que los tres apartados del artículo 19 cumplen igual función y que un Estado no puede formular una reserva contraria a sus disposiciones,

⁴²⁹ La expresión común a ambas disposiciones dice como sigue: “... a menos que el tratado disponga otra cosa ...”.

⁴³⁰ Véase D. W. Greig, *op. cit.* nota 29, págs. 83 y 84.

⁴³¹ Véanse, en particular, D. Carreau, *Droit international*, Pedone, 2004, pág. 137; G. Gaja, *op. cit.* nota 130, págs. 315 a 318; D. W. Greig, *op. cit.* nota 29, págs. 86 a 90, o P.-H. Imbert, *op. cit.* nota 22, págs. 134 a 137.

⁴³² Véanse *supra*, párrs. 157 y 158; véanse también M. Coccia, *op. cit.* nota 34, pág. 33, o R. Szafarz, *op. cit.* nota 84, pág. 301.

⁴³³ Véanse D. Bowett, *op. cit.* nota 88, pág. 80, o C. J. Redgwell, *op. cit.* nota 233, págs. 404 a 406.

se plantea, con todo, la cuestión relativa a saber qué ocurre si, a pesar de esas prohibiciones, un Estado formula una reserva. Es cierto que, si no obstante lo hace, esa reserva no puede producir los efectos jurídicos que el artículo 21 subordina claramente a que ésta sea “efectiva ... de conformidad con los artículos 19 [en su conjunto], 20 y 23”⁴³⁴. Ese efecto, de alguna manera a contrario, de la falta validez de una reserva sólo se podrá examinar junto con los efectos de las reservas, su aceptación y las objeciones que se les hagan.

189. Con todo, no termina allí la cuestión: por un lado, ¿se ha de considerar que, al proceder de ese modo, el Estado reservante comete un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad internacional? Por otro lado, ¿están los demás Estados impedidos de aceptar una reserva formulada a pesar de las prohibiciones del artículo 19?

190. En lo que concierne a la primera de estas dos interrogantes, se ha dicho que una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado⁴³⁵ “amounts to a breach of [the] obligation” [equivale a una violación de [la] obligación] dimanada del apartado c) del artículo 19. “Therefore, it is a wrongful act, entailing such State’s responsibility vis-à-vis each other party to the treaty. It does not amount to a breach of the treaty itself, but rather of the general norm embodied in the Vienna Convention forbidding ‘incompatible’ reservations”⁴³⁶ [Por lo tanto, se trata de un hecho ilícito, que da lugar a la responsabilidad del Estado en cuestión respecto de cada una de las demás partes en el tratado. Ello no equivale a una violación del tratado mismo, sino de la regla general enunciada en la Convención de Viena, que prohíbe las reservas “incompatibles”]. Este razonamiento, fundado expresamente en las normas del derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁴³⁷, es insuficiente⁴³⁸.

191. No es dudoso que “[h]ay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”⁴³⁹ y que la violación de una obligación de no hacer (en este caso, de no formular una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado) constituye un hecho internacionalmente ilícito susceptible de dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado a igual título que una obligación de hacer. Con todo, es preciso que la cuestión se plantee en el ámbito del derecho de la responsabilidad. Ahora bien, como lo ha recordado enérgicamente la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, esta rama del derecho y el derecho de los tratados son “evidentemente ámbitos de aplicación distintos”; por lo mismo que “[r]especto del derecho de los tratados corresponde determinar si una convención está o no en vigor y si

⁴³⁴ Artículo 21 (“Efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas”): “Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23 ...”.

⁴³⁵ Pero también debiera ocurrir lo mismo *a fortiori* con las reservas prohibidas por el tratado.

⁴³⁶ M. Coccia, *op. cit.* nota 34, págs. 25 y 26.

⁴³⁷ Cf. los artículos 1 y 2 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional que figuran en el anexo a la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

⁴³⁸ Véase G. Gaja, *op. cit.* nota 130, pág. 314, nota 29.

⁴³⁹ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, resolución 56/83 de la Asamblea General, artículo 12.

ha sido o no suspendida o denunciada legítimamente”⁴⁴⁰, a esa misma rama del derecho le corresponde determinar si una reserva se puede o no formular. De ello se deduce, como mínimo, que la responsabilidad eventual de un Estado reservante no se puede determinar en relación con las normas de Viena y que no tiene pertinencia a los fines del “derecho de las reservas”. Además, incluso si no constituye una condición necesaria para dar lugar a la responsabilidad del Estado⁴⁴¹, el daño condiciona el modo de hacerla efectiva y, en particular, la reparación⁴⁴², si bien, para que una reserva carente de validez pueda producir consecuencias concretas en el plano del derecho de la responsabilidad, sería preciso que el Estado que la invoque pueda aducir que ha habido perjuicio, una hipótesis que es sumamente improbable.

192. El argumento no termina allí. En verdad, es revelador que nunca un Estado, al formular objeción a una reserva prohibida, haya invocado la responsabilidad del Estado reservante: las consecuencias dimanadas de la constatación de la falta de validez de una reserva pueden ser diversas⁴⁴³, pero nunca son una obligación de reparar y, si un Estado objetante invitara al Estado reservante a retirar su reserva o a modificarla en el marco del “diálogo sobre la reserva⁴⁴⁴”, ese Estado no se colocaría en el ámbito del derecho de la responsabilidad, sino en el del derecho de los tratados exclusivamente.

193. Esa es, por otra parte, la razón por la cual la Comisión de Derecho Internacional que, en un primer tiempo, había conservado el término “ilícita” como equivalente de la palabra inglesa *impermissible* para calificar las reservas formuladas a pesar de las disposiciones del artículo 19, decidió en 2002 reservar su posición sobre este punto a la espera del examen de los efectos de esas reservas (véase párr. 6 *supra*). Ahora bien, no parece dudoso que la formulación de una reserva excluida por uno de los apartados del artículo 19 esté vinculada con el derecho de los tratados y

⁴⁴⁰ Fallo de fecha 25 de septiembre de 1997, nota 180 *supra*, pág. 38, párr. 47; véase también el laudo arbitral de fecha 30 de abril de 1990 en el asunto *Rainbow Warrior*, *Revue Générale de Droit International Public* 1990, pág. 851, párr. 75. En cuanto a las relaciones entre ambas ramas del derecho, véanse en particular D. Bowett, “Treaties and State Responsibility”, *Méls. Virally* nota 347 *supra*, págs. 137 a 145; J. Combacau, “Logique de la validité...”, nota 347 *supra*, págs. 195 a 203; P. M. Dupuy, “Droit des traités, codification et responsabilité internationale”, *Annuaire Français de Droit International* 1997, págs. 7 a 30; Ph. Weckel, “Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1998, págs. 647 a 684; P. Weil, “Droit des traités et droit de la responsabilité”, *Le droit international dans un monde en mutation – Liber Amicorum Jiménez de Aréchaga*, FCU, Montevideo, 1994, págs. 523 a 543; A. Yahi, “La violation d’un traité: L’articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale”, *Revue belge de droit international* 1993, págs. 437 a 469.

⁴⁴¹ Véase en este sentido el artículo 1 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, nota 437 *supra*.

⁴⁴² Cf. los artículos 31 y 34 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional.

⁴⁴³ Esas consecuencias dimanarán, *a contrario*, del artículo 20 y, en especial, del artículo 21 de las Convenciones de Viena.

⁴⁴⁴ Después de madura reflexión, el Relator Especial llegó a la conclusión de que este concepto no se podía estudiar exclusivamente en relación con el *procedimiento* de formulación de la aceptación de las reservas o de las objeciones, pues no se podía separar de los efectos producidos por la aceptación de una reserva o por las objeciones. Contrariamente a lo que había pensado en un principio (véanse A/CN.4/508/Add.3, párr. 222, A/CN.4/518, párr. 31, y A/CN.4/535/Add.1, párr. 70), el “diálogo sobre la reserva” será, pues, objeto de un informe ulterior.

no con el derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En consecuencia, no da lugar a la responsabilidad del Estado reservante⁴⁴⁵.

194. Aunque al parecer huelga decirlo, sería sin duda atinado precisarlo en el proyecto de directriz 3.3.1 de la Guía de la práctica, a fin de disipar cualquier ambigüedad que pudiera subsistir. La directriz se podría redactar de la siguiente manera:

3.3.1 Falta de validez de las reservas y responsabilidad

La formulación de una reserva carente de validez surte sus efectos en el marco del derecho de los tratados. No da lugar por sí misma a la responsabilidad del Estado o de la organización internacional que la haya formulado.

195. También se plantea la cuestión relativa a saber si las demás Partes pueden, colectiva o unilateralmente, aceptar una reserva que no reúna las condiciones enunciadas en uno de los apartados del artículo 19. Se trata del problema central que enfrenta a los partidarios de la escuela de la oponibilidad con los que se pronuncian a favor de la tesis de la admisibilidad o permisibilidad⁴⁴⁶.

196. La cuestión central, respecto de la cual la Convención de Viena no arroja luz, es la de saber si la validez de las reservas es una cuestión objetiva o depende de la apreciación subjetiva de los demás Estados partes. El profesor Derek Bowett ha expuesto esa cuestión en los siguientes términos:

*“The issue of ‘permissibility’ is the preliminary issue. It must be resolved by reference to the treaty and is essentially an issue of treaty interpretation; it has nothing to do with the question of whether as matter of policy, other Parties find the reservations acceptable or not. The consequence of finding a reservation ‘impermissible’ may be either that the reservation alone is a nullity (which means that the reservation cannot be accepted by a Party holding it to be impermissible) or that the impermissible reservation nullifies the State’s acceptance of the treaty as a whole”*⁴⁴⁷. [El problema de la “permisibilidad” es la cuestión preliminar. Debe resolverse mediante referencia al tratado y es esencialmente una cuestión de interpretación del mismo; no tiene nada que ver con la cuestión de saber si, en principio, las demás Partes consideran las reservas aceptables o no. La consecuencia de declarar “no permisible” una reserva

⁴⁴⁵ Ni tampoco, con más razón, la de los Estados que acepten implícitamente una reserva prohibida o incompatible con el objeto y el fin del tratado (véase, sin embargo, L. Lijnzaad, *op. cit.* nota 84, pág. 56: “*The responsibility for incompatible reservations is (...) shared by reserving and accepting States*” [La responsabilidad por las reservas incompatibles la (...) comparten el Estado autor de la reserva y los Estados que la acepten], pero aparentemente se desprende del contexto que el autor considera que ni la reserva incompatible ni su aceptación sean hechos internacionalmente ilícitos; más que de “responsabilidad” en el sentido estrictamente jurídico (*responsibility*), se debe sin duda hablar aquí de “responsabilidad” en el sentido de la obligación de rendir cuentas (*accountability*)).

⁴⁴⁶ Respecto de ambas escuelas, véase Informe preliminar sobre las reservas a los tratados, A/CN.4/470, párrs. 101 a 105; los párrafos 196 a 198 *infra* se inspiran en los párrafos 101 y 102 de ese informe; véase también, en particular: J. K. Koh, *op. cit.* nota 153, págs. 71 a 116, *passim*, especialmente págs. 75 a 77; véanse también Catherine Redgwell, “Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties”, *British Yearbook of International Law* 1993, págs. 243 a 282, especialmente págs. 263 a 269; R. Riquelme Cortado, *op. cit.* nota 27, págs. 73 a 82, y Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, segunda edición, 1984, pág. 81, nota 78.

⁴⁴⁷ Derek W. Bowett, “Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties”, *British Yearbook of International Law* 1976-1977, pág. 88.

puede ser: o bien que la reserva por sí sola constituye una nulidad (lo que significa que la reserva no puede ser aceptada por una parte que la considere no permisible), o bien que la reserva no permisible anula la aceptación por el Estado del tratado en su conjunto.]

197. Esta opinión, particularmente autoritativa, representa la esencia misma de la doctrina de la escuela de la “admisibilidad” (o de la “validez objetiva”). Por el contrario, para los autores que se identifican con la escuela de la oponibilidad, en el régimen estatuido por la Convención de Viena, “*the validity of a reservation depends solely on the acceptance of the reservation by another contracting State*” [la validez de una reserva depende exclusivamente de su aceptación por otro Estado contratante]. En consecuencia, el apartado c) del artículo 19 aparece “*as a mere doctrinal assertion, which may serve as a basis for guidance to States regarding acceptance of reservations, but no more than that*”⁴⁴⁸ [como una simple afirmación doctrinal que puede servir de guía a los Estados en lo que concierne a la aceptación de las reservas, pero nada más que eso].

198. Para quienes defienden la tesis de la oponibilidad, las respuestas a las interrogantes relativas a la validez de las reservas, enteramente subjetivas, figuran en las disposiciones del artículo 20 de las Convenciones de 1969 y 1986: “*The validity of a reservation depends, under the Convention’s system, on whether the reservation is or is not accepted by another State, not on the fulfilment of the condition for its admission on the basis of its compatibility with the object and purpose of the treaty*”⁴⁴⁹ [La validez de una reserva depende, según el sistema de la Convención, de que sea o no sea aceptada por otro Estado, y no del cumplimiento de la condición relativa a la admisión de la reserva basada en la compatibilidad de ésta con el objeto y la finalidad del tratado]. Por el contrario, los partidarios de la tesis de la admisibilidad consideran parte del acervo jurídico que una reserva carente de validez sea inoponible a los demás Estados; en consecuencia, “*the issue of ‘opposability’ is the secondary issue and pre-supposes that the reservation is permissible. Whether a Party chooses to accept the reservation, or object to the reservation, or object to both the reservation and the entry into force of the treaty as between the reserving and objecting States is a matter for a policy decision and, as such, not subject to the criteria governing permissibility and not subject to judicial review*”⁴⁴⁷ [El problema de la “oponibilidad” es la cuestión secundaria y presupone que la reserva es permisible. El que una Parte opte por aceptar la reserva, oponerse a la reserva u oponerse tanto a la reserva como a la entrada en vigor del tratado entre el Estado autor de la reserva y el Estado que hace la objeción es una decisión política y, como tal, no está sujeta a los criterios que rigen la permisible ni tampoco a fiscalización judicial].

199. La mayor parte de los autores, con prescindencia de que pertenezcan a una u otra de estas escuelas, estiman, con todo, que la reserva formulada a pesar de una prohibición convencional es nula de pleno derecho⁴⁵⁰, y quienes se inclinan a favor de la “admisibilidad” consideran que su formulación entraña la invalidez de la expresión

⁴⁴⁸ J. M. Ruda, *op. cit.* nota 17, pág. 190. Respecto de puntos de vista similares, véanse Jean Combacau, *Le droit des traités*, Presses Universitaires de France, París, “Que sais-je?” No. 2613, 1991, pág. 60 u *op. cit.* nota 347, pág. 200; Giorgio Gaja, *op. cit.* nota 130, págs. 313 a 320; P.-H. Imbert, *op. cit.* nota 22, págs. 134 a 137; P. Reuter, *op. cit.* nota 28, pág. 74, o K. Zemanek, *op. cit.* nota 347, págs. 331 a 333.

⁴⁴⁹ J. M. Ruda, *op. cit.* nota 17, pág. 190.

⁴⁵⁰ Véanse, por ejemplo, D. Bowett, *op. cit.*, nota 447, pág. 84, o G. Gaja, *op. cit.* nota 130, págs. 318 a 320; véase también *supra*, párr. 53.

del consentimiento en obligarse⁴⁵¹. De ser así, esas conclusiones se aplican también a la cuestión relativa a saber cuáles son los efectos de la reserva formulada a pesar de las disposiciones del apartado c) del artículo 19 (véase párr. 53 *supra*).

200. Es prematuro que la Comisión adopte una posición respecto de la cuestión relativa a saber si la nulidad de la reserva vicia el consentimiento mismo en obligarse: este punto, que divide a la doctrina, no se podrá dirimir hasta que se haya estudiado de manera más profunda la función de la aceptación de las reservas y de las objeciones a las reservas. Sea como fuere, parece razonable consagrar desde ahora la solución en la que coinciden los partidarios de la admisibilidad y los de la oponibilidad, igualmente conforme a las posiciones adoptadas por los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos (A/CN.4/477/Add.1, párrs. 194 a 201), según la cual la inobservancia de las condiciones de validez de la formulación de las reservas enunciadas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena y reproducidas en el proyecto de directriz 3.1 entraña la nulidad de la reserva. En otras palabras, aunque no es posible todavía que se pronuncie respecto de las consecuencias de la nulidad de la reserva, la Comisión puede, en cambio, enunciar, en un proyecto de directriz 3.3.2, el principio de la nulidad de las reservas carentes de validez.

3.3.2 Nulidad de las reservas carentes de validez

Una reserva que no reúna las condiciones de validez enunciadas en la directriz 3.1 es nula de pleno derecho.

201. En consecuencia, no cabe ninguna duda de que queda excluida la aceptación unilateral de una reserva formulada a pesar de lo dispuesto en los apartados a) y b) del artículo 19. Ello fue confirmado con toda la claridad durante la Conferencia de Viena por Sir Humphrey Waldock, Consultor Técnico, sin suscitar objeción, a propósito de las reservas prohibidas⁴⁵². Ahora bien, como se indicó *supra* en los párrafos 52 y 183 a 187 no existe ninguna razón para que esta solución razonable no se haga extensiva a las reservas que caen dentro del ámbito del apartado c). En realidad, la ausencia de validez de las reservas formuladas contrariamente a lo dispuesto en cualquiera de los tres apartados del artículo 19 encuentra su fundamento en las mismas consideraciones fundamentales: un Estado no puede dar una de cal y otra de arena, ni puede, sin faltar al principio de la buena fe, ni formular una reserva prohibida, ni privar al tratado de su sustancia mediante la formulación de una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado, y las demás Partes tampoco pueden aceptarla unilateralmente⁴⁵³. En efecto, de ello resultaría una modificación del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el autor de la aceptación que no sería compatible con el inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 41 de la

⁴⁵¹ D. Bowett, *op. cit.* nota 447, pág. 84; véanse las críticas a esta posición formuladas por D. W. Greig, *op. cit.* nota 29, págs. 56 y 57. Véase también C. Tomuschat, *op. cit.* nota 55, pág. 467; véanse las referencias a los debates de la Comisión de Derecho Internacional, *ibid.*, nota 12; esos debates son menos concluyentes en ese sentido de lo que el autor da a entender.

⁴⁵² *Actas resumidas* (A/CONF.39/11), nota 358 *supra*, Comisión Plenaria, 25ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 2. Esta interpretación fue presentada en sesión plenaria como “correcta” por el representante del Canadá que subordinó a ella su aceptación del artículo 16 sin que se manifestara contradicción (*Actas resumidas* (A/CONF.39/11/Add.1), nota 60 *supra*, 10ª sesión plenaria, 29 de abril de 1969, pág. 31, párr. 33). Véanse también *supra* párrs. 50 y 51, D. Bowett, *op. cit.* nota 447, págs. 82 y 83, y C. Tomuschat, que señala que durante los debates de la Comisión de Derecho Internacional, los miembros de la Comisión se manifestaron con unanimidad sobre este punto, *op. cit.* nota 55, pág. 467.

⁴⁵³ Véase L. Lijnzaad, *op. cit.* nota 84, págs. 55 a 59.

Convención de Viena, que excluye toda modificación de ese tipo precisamente si se refiere a una “disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”⁴⁵⁴.

202. En consecuencia, la aceptación, por una o varias de las Partes contratantes, de una reserva carente de validez, sea porque esté prohibida por el tratado, sea porque es incompatible con su objeto y su fin, no puede subsanar la nulidad intrínseca de la reserva: la reserva es nula porque no se conforma a las disposiciones del tratado cuyo equilibrio, deseado por el conjunto de las Partes, destruye, y “algunas de las Partes únicamente”⁴⁵⁵ no pueden alterarlo en sus relaciones *inter se*. Ello se podría precisar en el proyecto de directriz 3.3.3:

3.3.3 Efecto de la aceptación unilateral de una reserva carente de validez

La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización internacional contratante no puede subsanar la nulidad de la reserva.

203. El presente proyecto de directriz no tiene por objeto determinar cuáles son los efectos de la aceptación de una reserva por un Estado, sino sólo de constatar que, si la reserva en cuestión no es válida, sigue siendo nula a pesar de la aceptación de la que haya sido objeto. Esa constatación es conforme al texto del artículo 21 que sólo contempla los efectos de las reservas si son “efectivas” de conformidad, no sólo con los artículos 20 y 23 de las Convenciones de Viena, sino también, expresamente, con el artículo 19. Además, el principio enunciado en el proyecto de directriz 3.3.3 se puede conciliar con las disposiciones del artículo 20; en particular, no impide que la aceptación pueda surtir otros efectos y, en particular, permitir la entrada en vigor del tratado respecto del Estado o de la organización internacional que ha formulado la reserva.

204. Ello no significa necesariamente que las Partes no puedan ponerse de acuerdo para aceptar una reserva a pesar de la prohibición prevista en el tratado. El proyecto de artículo 17.1 b) propuesto por Waldock en 1962 se refería al “caso excepcional de que se trate de formular una reserva de una índole que esté efectivamente prohibida o excluida por las estipulaciones del tratado”⁴⁵⁶; el texto propuesto preveía que, en esa hipótesis, se debía haber “obtenido previamente el consentimiento de los demás Estados interesados”⁴⁵⁷. Esa disposición, que no se retomó en los proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1962⁴⁵⁸ y 1966, tampoco figura en la Convención⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ En ese sentido, véanse D. W. Greig, *op. cit.* nota 29, pág. 57 o L. Sucharipa-Behrman, *op. cit.* nota 202, págs. 78 y 79; véanse contra, sin embargo, las observaciones de Jiménez de Aréchaga y Amado durante los debates de las propuestas de Waldock de 1962 (*Anuario ... 1962*, vol. I, 653ª sesión, 29 de mayo de 1962, pág. 177, párrs. 44 y 45, y pág. 179, párr. 63).

⁴⁵⁵ Cf. el artículo 41 de las Convenciones de Viena: “Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente”.

⁴⁵⁶ Primer informe, A/CN.4/144, en *Anuario ... 1962*, vol. II, pág. 74, párr. 9).

⁴⁵⁷ Véase el texto del proyecto en *ibíd.*, pág. 69.

⁴⁵⁸ Suscitó la oposición de Tunkin (*ibíd.*, vol. I, 651ª sesión, 25 de mayo de 1962, párr. 19) y de Castrén (*ibíd.*, párr. 68, y 652ª sesión, 28 de mayo de 1962, párr. 30), que la consideraron superflua y desapareció del proyecto simplificado aprobado por el Comité de Redacción (*ibíd.*, 663ª sesión, 18 de junio de 1962, párr. 3).

⁴⁵⁹ Esta solución, sin embargo, plasmó en la cláusula de reservas del Acuerdo europeo relativo al trabajo de las tripulaciones de los vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera, de 1º de julio de 1970, cuyo artículo 21, párr. 2, reza como sigue: “Si al tiempo de depositar su instrumento de ratificación o adhesión, un Estado formula una reserva distinta de la prevista en el párrafo 1 del presente artículo, el Secretario General de las Naciones Unidas

205. Este silencio no resuelve el problema. Se puede, en verdad, sostener que las Partes siempre están en libertad de enmendar el tratado mediante un acuerdo general inter se de conformidad con el artículo 39 de las Convenciones de Viena y que nada les impide concertar un acuerdo unánime⁴⁶⁰ a ese fin en materia de reservas⁴⁶¹. Esa circunstancia, conforme al principio consensual que informa todo el derecho de los tratados⁴⁶², no deja tampoco de plantear problemas muy arduos. En primer lugar, el de saber si la ausencia de objeción de todas las Partes en el plazo de un año equivale a un acuerdo unánime que constituya una enmienda a la cláusula de reserva. Una respuesta positiva parece desprenderse prima facie del párrafo 5 del artículo 20 de la Convención.

206. Sin embargo, como bien cabe señalar, no va de suyo: el silencio del Estado parte no implica que éste adopte una posición en cuanto a la validez de la reserva; significa, a lo sumo, que la reserva le es oponible⁴⁶³ y que se abstendrá de objetarla en el futuro⁴⁶⁴. La prueba está en que no se podría sostener que los órganos de vigilancia, ya se trate de la Corte Internacional de Justicia, de un tribunal arbitral o de un órgano de supervisión de un tratado de derechos humanos, están impedidos de apreciar la validez de una reserva incluso cuando ésta no haya sido objeto de objeción⁴⁶⁵. En ausencia de práctica⁴⁶⁶, es difícil pronunciarse respecto de la conducta

comunicará esa reserva a los Estados que ya hubieran depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión y no hubieran posteriormente denunciado el presente Acuerdo. Se tendrá por aceptada la reserva si, en el plazo de seis meses a contar de la fecha de dicha comunicación, ninguno de esos Estados se hubiera opuesto a su admisión. En caso contrario, la reserva no será admitida y, si el Estado que la formula no la retira, el depósito del instrumento de ratificación o adhesión de ese Estado no surtirá efecto ...". Habida cuenta de esta disposición y en ausencia de objeción de los demás Estados partes en el Convenio, los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea formularon una reserva, no autorizada por el Acuerdo, que excluyó la aplicación del Acuerdo a las operaciones. Véanse las reservas de los Estados que a la sazón eran miembros de la Comunidad, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, nota 217 *supra*, vol. I, págs. 840 a 841.

⁴⁶⁰ Pero no un acuerdo entre ciertas Partes solamente; véase *supra*, párr. 201.

⁴⁶¹ En ese sentido, véanse D. W. Greig, *op. cit.* nota 29, págs. 56 y 57, o L. Sucharipa-Behrman, *op. cit.* nota 202, pág. 78. Igual posición sostiene D. W. Bowett, que considera, con todo, que esta posibilidad no corresponde al derecho de las reservas (*op. cit.* nota 447, pág. 84; véase también C. Redgwell, *op. cit.* nota 456, pág. 269).

⁴⁶² Véanse *supra*, notas 252 y 253. Además, no se podría pretender razonablemente que las reglas enunciadas en el artículo 19 y, en particular, en el apartado c), constituyen normas imperativas de derecho internacional general que las Partes no podrían derogar por mutuo acuerdo.

⁴⁶³ En ese sentido, M. Coccia, *op. cit.* nota 34, pág. 26; F. Horn, *op. cit.*, nota 37, págs. 121 y 131, o K. Zemanek, *op. cit.* nota 347, págs. 331 y 332; véase también G. Gaja, *op. cit.* nota 130, págs. 319 y 320. Como bien lo ha señalado L. Lijnzaad, no se trata de aceptación *stricto sensu*, “[i]t is the problem of inactive states whose laxity leads to the acceptance of reservations contrary to object and purpose” (*op. cit.* nota 84, pág. 56) [se trata del problema de los Estados inactivos cuyo laxismo lleva a la aceptación de reservas contrarias al objeto y el fin].

⁴⁶⁴ E incluso esto mismo no parece evidente; la Comisión deberá dirimir este punto importante cuando examine la cuestión de los efectos de la aceptación y de las objeciones.

⁴⁶⁵ Véase D. W. Greig, *op. cit.* nota 29, págs. 57 y 58. Durante los debates en la Comisión de Derecho Internacional en 1962, Bartoš ya había hecho ver que ni siquiera se podía pensar en que una reserva evidentemente carente de validez, por la simple aplicación de los plazos impuestos a la formulación de objeciones, “ya no pueda atacarse” (*Anuario ... 1962*, vol. I, 654ª sesión, 30 de mayo de 1962, pág. 175, párr. 29).

⁴⁶⁶ Véase, sin embargo, la “reserva de neutralidad” de Suiza al Pacto de la Sociedad de las Naciones, que fue aceptada a pesar de la prohibición de las reservas al Pacto de la Sociedad de las Naciones (véase *supra*, nota 64).

por seguir; quizás la Comisión quiera ella misma inspirarse en la solución que adoptó respecto de la formulación tardía de reservas y admitir que la reserva prohibida por el tratado o manifiestamente contraria a su objeto y fin no se puede formular “a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones”⁴⁶⁷ después de haber sido debidamente consultadas por el depositario⁴⁶⁸.

207. En esa hipótesis, un proyecto de directriz 3.3.4 podría prever esa circunstancia:

3.3.4 Efecto de la aceptación colectiva de una reserva carente de validez

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva prohibida expresa o implícitamente por el tratado o incompatible con su objeto y fin si ninguna de las demás Partes contratantes hace objeciones después de una consulta expresa por el depositario.

Al realizar esa consulta, el depositario señalará la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva a la atención de los Estados y de las organizaciones internacionales signatarios y de los Estados y de las organizaciones internacionales contratantes y, según el caso, del órgano competente de la organización de que se trate.

208. La redacción del segundo apartado de este proyecto de directriz, que se inspira en la del segundo apartado del proyecto de directriz 2.1.8, responde a los mismos imperativos⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Cf. los proyectos de directrices 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3 de la Guía de la práctica y su comentario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 56 (A/56/10)*, cap. VI, secc. C.2. Esta solución equivale a reintroducir, “por la puerta trasera”, el régimen de la unanimidad, que algunas cláusulas de reservas instituyen por otra parte en forma expresa (véanse los ejemplos que menciona W. Bishop, Jr., *op. cit.* nota 96, pág. 324).

⁴⁶⁸ Véase el proyecto de directriz 2.1.8 (“Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]”) y su comentario, A/57/10, nota 383 *supra*. Respecto del conjunto de esta problemática, véase R. Riquelme Cortado, *op. cit.*, nota 27, págs. 223 a 230.

⁴⁶⁹ A/57/10, nota 383 *supra*.

Anexo

Texto de los proyectos de directrices relativas a las reservas a los tratados propuestos en el presente informe

3. Validez de las reservas

3.1 Facultad de formular una reserva

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

- a) Que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) Que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

3.1.1 Reservas expresamente prohibidas por el tratado

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

- Prohíbe cualquier reserva;
- Prohíbe reservas a disposiciones especificadas;
- Prohíbe determinadas categorías de reservas.

3.1.2 Definición de "determinadas reservas"

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

[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.

[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.]

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.]

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.

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

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.

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.

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.

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.

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 indisoluble 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.

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 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.

3.2 Competencia para apreciar la validez de las reservas

Son competentes para pronunciarse sobre la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional:

- Los demás Estados contratantes [incluidos, según el caso, sus tribunales internos] o las demás organizaciones contratantes;
- Los órganos de arreglo de controversias a los que se confiera competencia para interpretar o aplicar el tratado; y
- Los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado que éste pueda haber creado.

3.2.1 Competencia de los órganos de vigilancia creados por el tratado

Cuando un tratado cree un órgano encargado de vigilar su aplicación, dicho órgano será competente, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, para apreciar la validez de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.

Las conclusiones que el órgano formule en el ejercicio de esa competencia tendrán el mismo valor jurídico que el que resulte del ejercicio de su función general de vigilancia.

3.2.2 Cláusulas que precisen la competencia de los órganos de vigilancia en materia de apreciación de la validez de las reservas

Los Estados o las organizaciones internacionales deberían incorporar, en los tratados que creen órganos de vigilancia de su aplicación, unas cláusulas que precisen la naturaleza y, según el caso, los límites de las competencias de esos órganos en materia de apreciación de la validez de las reservas. A esos mismos fines se podrían elaborar protocolos a los tratados en vigor.

3.2.3 Cooperación de los Estados y de las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia

Los Estados y las organizaciones internacionales que han formulado reservas a un tratado que cree un órgano de vigilancia de su aplicación deben cooperar con ese órgano y tener plenamente en cuenta la apreciación que éste haga de la validez de las reservas que hayan formulado. Cuando el órgano en cuestión disponga de facultades de decisión, el autor de la reserva deberá dar efecto a la decisión de ese órgano [en tanto y en cuanto éste actúe dentro de los límites de sus competencias].

3.2.4 Pluralidad de instancias competentes para apreciar la validez de las reservas

Cuando el tratado cree un órgano de vigilancia de su aplicación, la competencia de ese órgano no excluirá ni afectará de otra manera la competencia de otros Estados contratantes y de otras organizaciones internacionales contratantes para apreciar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o por una organización internacional, ni tampoco la de los órganos de arreglo de controversias que puedan ser competentes para interpretar o aplicar el tratado.

3.3 Consecuencias de la falta de validez de una reserva

La reserva formulada a pesar de la prohibición expresa o implícita derivada de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, sin que proceda hacer una distinción entre esas dos causas de invalidez.

3.3.1 Falta de validez de las reservas y responsabilidad

La formulación de una reserva carente de validez surte sus efectos en el marco del derecho de los tratados. No da lugar por sí misma a la responsabilidad del Estado o de la organización internacional que la haya formulado.

3.3.2 Nulidad de las reservas carentes de validez

Una reserva que no reúna las condiciones de validez enunciadas en la directriz 3.1 es nula de pleno derecho.

3.3.3 Efecto de la aceptación unilateral de una reserva carente de validez

La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización internacional contratante no puede subsanar la nulidad de la reserva.

3.3.4 Efecto de la aceptación colectiva de una reserva carente de validez

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva prohibida expresa o implícitamente por el tratado o incompatible con su objeto y fin si ninguna de las demás Partes contratantes hace objeciones después de una consulta expresa por el depositario.

Al realizar esa consulta, el depositario señalará la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva a la atención de los Estados y de las organizaciones internacionales signatarios y de los Estados y de las organizaciones internacionales contratantes y, según el caso, del órgano competente de la organización de que se trate.
