

RESERVAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

María Angélica Benavides Casals *

RESUMEN

Sin perjuicio que los estados reconocen como primordial el desarrollo y fortalecimiento de la comunidad internacional, se presenta difícil una postergación de los intereses nacionales. La posibilidad de vincularse a un tratado permitiendo la alteración de algunas de sus normas se presenta como una forma efectiva de ampliar esta comunidad. Para ello sirven las reservas. La mayoría de los tratados internacionales responden a una estructura sinalagmática, con un equilibrio entre ventajas y desventajas, esquema al cual se adecuan las reservas. Distinto sería en tratados que no obedecen a esta estructura, como los tratados sobre derechos humanos. La aplicación del régimen de las reservas establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al área de los derechos humanos se presenta para algunos como poco adecuado. Una fragmentación del sistema de protección mediante reservas afectaría gravemente al sistema. Además se presenta el problema de los efectos una reserva inadmisibles. La Convención de Viena no da respuesta. Órganos convencionales de derechos humanos han desarrollado una práctica que muchas veces ha provocado rechazo, declarando a los estados vinculados completamente al tratado, como si la reserva no hubiese sido formulada, contraviniendo el principio del consenso.

PALABRAS CLAVES

Reservas, tratados internacionales, derechos humanos, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

* Abogado PUC. Profesora Universidad de Talca y Universidad Nacional Andrés Bello, Doctor en Derecho (c) Universidad del Sarre, Alemania LL.M. EuR. Europa Institut Universidad del Sarre, Alemania. Diplomada en Integración Europea, Europa Institut Universidad del Sarre, Alemania. Correo electrónico: angelica.benavides@terra.cl. Artículo recepcionado con fecha 2 de enero de 2007 y aprobado el 27 de enero de 2007.

ABSTRACT

Even though the states consider as a relevant matter the development and strengthening of the international community, it is difficult for them to postpone their national interests. The possibility to be united by a treaty and at the same time to alter the legal effect of some of its provisions is an effective way of enlarging that community. The reservations serve that purpose.

Most of the treaties are based on reciprocity, according to which there is a balance between the rights and obligations of state parties. Reservations are suitable for this kind of treaties, but not for those which are not based on reciprocity, such as the treaties on human rights. Since a fragmented human rights system could not function properly, some believe that the rules on reservation of the Vienna Convention on the Law of Treaties are not suitable for human rights conventions. Moreover, there is this problem of the inadmissible reservations for which the Vienna Convention gives no solution.

Conventional organs of human rights have been developing a practice which has been rejected several times, declaring state bounded parties by all treaties, as if the reservations have not been formulated, and intervening in the principles of consensus.

KEYWORDS

Reservations, international treaties, human rights, Vienna Convention on the law of treaties.

INTRODUCCIÓN

La formación de una comunidad internacional coherente, armónica y eficaz constituye actualmente una reconocida necesidad de los países¹. En el Derecho Internacional general la institución de la reserva a los tratados, codificada mediante la Convención de Viena del Derecho de los Tratados², constituye sin lugar a dudas un instrumento jurídico fundamental para la expansión de la comunidad internacional. Sin embargo en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podría llegar a constituir un obstáculo para la adecuada protección de los derechos reconocidos en los tratados sobre la materia, conduciendo bajo ciertas circunstancias, a una violación del objeto y fin de dichos tratados.

¹ Giegerich, Thomas. 1995. "Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenz von Vertragsgremien" *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 55, p.717.

² Convención sobre el derecho de los tratados producto del proceso de codificación del derecho consuetudinario realizada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. 23 de mayo de 1969. En vigencia desde el 27 de enero de 1980. Promulgada en Chile el 5 de mayo de 1981.

El presente trabajo intentará presentar los argumentos esgrimidos para declarar una reserva como inadmisibles, así como las consecuencias jurídicas de esto, en la actividad realizada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) así como por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para dar cuenta de una tendencia convergente en cuanto al efecto de estas reservas, pero poniendo de manifiesto la diferencia en el carácter vinculante de las resoluciones de un órgano y otro, atendida su diversa naturaleza jurídica³. Previamente se realizará un breve recorrido histórico y una presentación de las normas contenidas en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.

1. Fundamentos de la problemática

La creación y ampliación de la comunidad internacional ha llevado a un desarrollo creciente del Derecho Internacional, lo que resulta evidente si se observa el aumento de las relaciones bilaterales, así como las numerosas relaciones multilaterales en los más diversos ámbitos. La coordinación y perfeccionamiento de este trabajo de cooperación llevado a cabo por la comunidad internacional está sin embargo aún en pleno desarrollo⁴.

El aumento de las relaciones internacionales y el número de estados que en ellas participan, condujo a una lógica dificultad para conciliar los distintos intereses, y lograr el establecimiento de mínimos comunes a los que todos estaban o están dispuestos a adherir. Así nace la institución jurídica de la reserva. Mediante ella se posibilita una solución al conflicto provocado por la contraposición intereses nacionales y exigencias del Derecho Internacional. Es así como las reservas representan un medio eficaz para la ampliación, en la medida de lo posible, de la comunidad internacional⁵.

2. Desarrollo histórico

En el tiempo de la Sociedad de las Naciones, el régimen de aceptación de las reservas se

³ La labor que se lleva a cabo al interior de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos encargada en 1998 a Françoise Hampson para el examen de las reservas y las declaraciones interpretativas formuladas a los tratados de derechos humanos, así como los pronunciamientos de órganos especializados de la ONU, entre ellos el Comité para la Discriminación contra la Mujer, no son objeto de análisis del presente artículo. El trabajo intenta resaltar las posibles consecuencias jurídicas de una reserva incompatible con el objeto y fin del tratado, para lo cual se presentan dos instancias de decisión, una jurisdiccional, la Corte Europea, y otra no jurisdiccional, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

⁴ Enzweiler, Josef. *Der Vorbehalt in den Konventionen innerhalb der Vereinten Nationen*, Saarbrücken, 1958, p. 57. Imbert, Pierre-Henri. *Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du Droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour Internationale de Justice le 28 mai 1951*. Paris 1979. p. 7 - 24.

⁵ Reuter, Paul. *Introduction au Droit des traités*. Paris, 1985, p. 71. Ipsen, K. *Völkerrecht*. 1999, München, 1999, p. 142. Daudet, Yves. "Travaux de la Commission du Droit International". *Annuaire Français de Droit International*, XLV, Paris, 1999, p. 689

sometía a la unanimidad⁶, rigiendo así el principio de la integridad del tratado que evitaba las consecuencias propias de las reservas, esto es, relativizar los efectos de los acuerdos internacionales⁷.

Paralelamente, en el sistema de la Unión Panamericana se desarrolló una práctica diversa⁸. Las reservas eran permitidas sin necesidad de aceptación por parte de todos los estados. Esta regla fue presentada y acordada en la Convención de la Habana⁹. Básicamente la objeción a una reserva no impedía que el estado formulante llegase a ser parte del tratado. Cada estado decidía sobre la aceptación de la reserva y la calidad de miembro del estado que la formulaba: para el estado que la aceptaba, se consideraba a aquél que planteó la reserva como parte del tratado. Esa situación rigió hasta principios de la década del setenta, cuando comenzó la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰.

La creación de la Naciones Unidas significó para el Derecho Internacional el inicio la tendencia de la universalidad en el ordenamiento internacional. En este contexto se encuentra la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 1951 sobre la Convención contra el Genocidio¹¹ solicitada por el Secretario General de la ONU el 17 de noviembre de 1950¹², atendido a que dicha Convención no contenía normas especiales sobre la materia,

⁶ Reuter, Paul. (n. 5) p. 72.

⁷ Ejemplo de esto es el caso del Convenio del Opio de 1925, respecto del cual Austria, mediante una reserva, perseguía relativizar los efectos del tratado, a lo cual Inglaterra, argumentando el principio de integridad se opuso. La postura inglesa fue confirmada por el comité de expertos. "In order that any reservation whatever may be validly made in regard to a clause of the treaty, it is essential that this reservation should be accepted by all that contracting parties, as would have been put forward in the course of the negotiations. If not, the reservation, like the signature to which it is attached, is null and void." *Journal Officiel* 1927, p. 881. Más tarde en 1931 el principio de la unanimidad recibió una confirmación por parte de la Asamblea de la Sociedad de Naciones mediante la resolución del 25 de septiembre de 1931, *Journal Officiel*, Supl. especial N° 92, 1931, p. 10. Hipold, Peter. "Das Vorbehaltsregime der Wiener Vertragskonvention". *Archiv des Völkerrechts*, 1996 p. 385.

⁸ Imbert, Pierre-Henri. (n. 3) p. 33 y sgtes.

⁹ Convención acordada el 20 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana. Llanos Mancilla, Hugo. *Tratado de derecho Internacional Público*, 1980, Tomo I, p. 165.

¹⁰ Mediante la Decisión de la Asamblea General de la OEA del 14 de abril de 1973 AG. Res 102 (III-O/73).

¹¹ Corte Internacional de Justicia (CIJ) Reports 1951, 15-69.

¹² La consulta estaba planteada en los siguientes términos: " En ce qui concerne la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, dans l'hypothèse du dépôt par un Etat d'un instrument de ratification ou d'adhésion contenant une réserve formulée soit au moment de la ratification ou de l'adhésion, soit au moment de la signature suivie de ratification: I. L'Etat qui a formulé la réserve peut-il être considéré comme partie à la convention aussi longtemps qu'il maintient sa réserve si une ou plusieurs parties à la convention font une objection à cette réserve, les autres parties n'en faisant pas? II. En cas de réponse affirmative à la première question, quel est l'effet de cette réserve dans les relations entre l'Etat qui a formulé la réserve et: a) Les parties qui ont fait une objection à la réserve ? b) Celles qui l'ont acceptée? III. En ce qui concerne la réponse à la question I, quel serait l'effet juridique d'une objection à une réserve si cette objection est faite par: a) Un signataire qui n'a pas encore ratifié la Convention ? b) Un Etat qui a le droit de signer ou d'adhérer, mais qui ne l'a pas encore fait ? "

habiendo sido en la práctica objeto de reservas¹³. En la discusión al interior de la Asamblea General, Inglaterra sostenía la aplicación del principio tradicional de la integridad; los estados latinoamericanos por su parte la aplicación de las normas existentes al interior del sistema panamericano; y los estados socialistas defendían el derecho ilimitado de ratificar la Convención con reservas. La CIJ sostuvo que el estado reservante sería visto como parte de la Convención si la reserva no era contraria al objeto y fin del tratado, es decir que mediante la reserva no se pretendiera alterar la esencia del tratado y las obligaciones que de él emanaban. Así la CIJ se pronunciaba por el principio de la compatibilidad, según el cual el objeto y fin son los límites a las reservas interpuestas por los estados ratificantes¹⁴. En caso contrario, la calidad de miembro de un tratado debía ser excluida. Para la CIJ fue determinante en este caso que la Convención en cuestión no persiguiera intereses particulares de los estados parte, es decir, se trataba de un tratado exento de reciprocidad. Sin embargo la CIJ sostuvo que la comunidad internacional pretendía que una mayor cantidad de estados firmasen y ratificasen esa Convención. Una respuesta general en torno a la admisibilidad o inadmisibilidad de reservas era, a juicio de la Corte, imposible de encontrar, debiéndose estudiar cada caso en particular¹⁵. Por tanto en principio se determinó el derecho de los estados a ser parte de un tratado con reservas, abandonando el principio de la integridad. Esta Opinión Consultiva influyó decisivamente en la codificación del derecho de los tratados en relación a la problemática de las reservas. El aporte principal fue la determinación del criterio del objeto y fin del tratado como límite a las reservas.

3.- Reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la Convención de Viena o la Convención) traducen un equilibrio entre integridad y universalidad, permitiendo la creación de una comunidad internacional en la que progresivamente participen cada vez más estados. Sin embargo sus disposiciones no otorgan respuesta a todas las interrogantes, como son los efectos jurídicos de una reserva incompatible. Además el sistema establecido por la Convención se presenta como subsidiario para el caso que los tratados no contengan normas específicas referidas al tema. La relevancia normativa de la Convención se evidencia en el hecho que gran parte de los tratados no contemplan normas sobre el tema

¹³ Particularmente por parte de los estados socialistas. Kühner, Rolf. Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen, 1986, p. 64 y sgtes. Imbert, Pierre Henri. (n. 4) p. 58 y sgtes.

¹⁴ Enzweiler. (n. 4) p. 34.

¹⁵ El juez Álvarez en su voto de minoría sostuvo que existían cuatro tipos de tratados. Uno de ellos eran las convenciones sobre asuntos sociales o humanitarios cuyo objetivo es el mejoramiento de la vida de las personas. Debido al carácter constitucional de esos tratados en el moderno Derecho Internacional Público no es posible la formulación de reservas, ya que ellos se constituyen como un todo imposible de ser afectado por una reserva. Sus intereses no son estatales sino dirigidos a las personas. Esta teoría del juez Álvarez va quizás demasiado lejos, ya que las reservas no son por naturaleza contrarias a los tratados sobre derechos humanos.

o no lo hacen con la precisión requerida¹⁶. El sistema establecido en la Convención es flexible y otorga a los estados amplios márgenes de libertad en diversos ámbitos, siendo uno de ellos el de las reservas¹⁷. La Convención deja a los estados en la posición, como es llamado entre la literatura alemana, de ser *Herren des Vertrags*, es decir los señores del tratado. Basta que un estado acepte, tácita o expresamente, la reserva de otro, para que a éste se le considere parte del tratado (Art. 20¹⁸). El Art. 20 inc. 4 letra b¹⁹ va aún más allá. La objeción de una reserva no trae como consecuencia inmediata la exclusión del estado reservante como parte del tratado, salvo en el caso que esa consecuencia jurídica sea expresamente declarada por el objetante. Por otro lado existe la posibilidad de aceptar tácitamente la reserva, en el caso de no objetarla dentro de los doce meses siguientes a que ha sido formulada²⁰. Límites a la formulación de reservas están contenidos en el Art. 19 letra a y b para el caso que una determinada reserva esté prohibida por el propio tratado en cuestión²¹. En el Art. 19 letra c²² se encuentra el criterio de compatibilidad desarrollado por la CIJ en la Opinión Consultiva de 1951, según el cual una reserva no puede ir en contra del objeto y fin del tratado. Este artículo encuentra siempre aplicación en los casos en que una reserva no esté expresamente prohibida en el tratado²³. Si bien el criterio del objeto y fin del tratado representa un intento por objetivizar la posibilidad de la formulación y objeción de reservas, persiste sin embargo el

¹⁶ Hipold, Peter (n. 7) p. 400.

¹⁷ Límite a la amplia libertad de los estados en el derecho de los tratados son en último término las normas de *ius cogens*. Manifestación de estas normas y sus efectos se encuentran en el Art. 53 de la Convención: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Art. 64: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

¹⁸ Art. 20 inc. 4 letra A: “la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados”.

¹⁹ Art. 20 inc. 4 letra B: “La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria”.

²⁰ Art. 20 inc. 5: “Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta última es posterior”. Reuter, Paul (n. 5) p. 75 y sgtes.

²¹ Art. 19: “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, 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”.

²² Art. 19: “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos que, C) en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

²³ Kühner (n. 13) p. 133 y sgtes; Hipold (n. 7) p. 408.

problema de la objetivización del contenido mismo del criterio, así como tampoco es posible obviar el hecho de las consideraciones políticas de los estados en el marco de las objeciones o aceptaciones de las reservas. Las razones políticas para ambas situaciones y para la formulación misma de las reservas, si bien no se condicen con la aspiración de la creación de una homogénea comunidad internacional, y menos aún en el área de los derechos humanos, no es menos cierto que los estados van progresivamente obligándose por las normas del Derecho Internacional a velocidades distintas, y las reservas sirven precisamente a este propósito. Por esto no resulta azaroso que en la mayoría de los tratados internacionales los estados no establecen órganos jurisdiccionales con competencia obligatoria que decida sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las reservas²⁴.

Sin perjuicio de esto, la codificación del derecho de los tratados por la Convención de 1969 constituye un paso fundamental para la creación de una comunidad internacional organizada, a pesar que son muchas las preguntas que en relación al sistema establecido por ella se presentan. Entre estas interrogantes se encuentra la adecuación del sistema instaurado por la Convención de Viena en relación a los tratados de derechos humanos, los que presentan una particularidad respecto de los tratados de derecho internacional general²⁵.

4. El concepto de reserva

Sin perjuicio de existir variadas definiciones en la literatura, existe consenso en que la

²⁴ Giegerich, (n. 1) p. 723, sostiene que el objeto y fin del tratado es un criterio objetivo sobre el cual existe consenso. Lo discutible consiste en quién radica la competencia para establecer la compatibilidad. Una solución es el control mediante órganos sean o no judiciales, relacionándolo con los informes C y D del proyecto para la Convención de Viena de Lauterpacht, que implicaba el traspaso de la competencia a la CIJ, lo que en definitiva no fue aceptado por la carga de trabajo que habría implicado y los peligros de politización. Kühner, (n. 13) p. 136, sostiene que entre el carácter objetivo del examen de compatibilidad y su aplicación subjetiva, existe una evidente contradicción que fue aceptada por la mayoría de los estados parte en la conferencia. El Art. 20 inc. 4 letra a y c de la Convención, que codifica el concepto de la aceptación individual de las reservas, quita en gran medida al criterio de compatibilidad su efectividad y lo degrada, según el autor, a una simple declaración sin contenido. Para la Convención continúa, no es determinante la compatibilidad objetiva de una reserva con el objeto y fin del tratado, sino que determinante es la reacción de los otros estados que según el espíritu de la Convención deberían poner como criterio de examen básico la compatibilidad. Pero en la práctica, apunta el autor, son otras muy diversas las razones y consideraciones que los estados aplican en la temática de la aceptación y objeción de las reservas.

²⁵ Luego de la Convención de 1969 la ILC ha continuado trabajando en el ámbito de las reservas. Ver UN Doc. A/52/10, 1997, S. 126. Particularmente relevante es el informe de Pellet de 1994, el cual fue de gran importancia para el informe de las Conclusiones Preliminares de 1997. Yves Daudet, "Travaux de la Commission du Droit International", *Annuaire Français du Droit International*, XLV, 1999, p. 685 y sgtes. Particularmente interesante es el informe de 1996 (sesión 48°), según el cual los órganos de los tratados no tendrían la competencia para reemplazar la voluntad de los estados. La solución de separar la reserva incompatible de la ratificación fue vista como conveniente sólo respecto de los sistemas regionales de protección según las Conclusiones Preliminares de 1997.

definición adoptada en el Art. 2 letra d de la Convención posee los elementos indispensables, al indicar que se entiende por reserva “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Su naturaleza jurídica es la de un acto unilateral sobre la base de su carácter revocable (Art. 22 sobre revocación de las reservas). Lo modular de una reserva es su carácter de condición. El estado está dispuesto a obligarse por el tratado a condición del respeto de sus exigencias, esto es, la no aplicación de determinadas normas del tratado o la alteración de sus efectos²⁶.

5. El principio del consenso

En principio, los estados se obligan internacionalmente en la medida que hayan prestado su consentimiento para ello²⁷. Los tratados internacionales representan la expresión acabada del consensualismo²⁸ en la creación de normas internacionales. Reflejo de esto es la libertad concedida a los estados mediante las normas de la Convención de Viena para la negociación y celebración de los tratados. A los estados se les reconoce el derecho de determinar el contenido y alcance de las normas convencionales, siendo el límite las normas de *ius cogens*. La celebración y ratificación de un tratado viene finalmente dada por una ponderación de las ventajas y desventajas para el estado, representadas por un equilibrio entre los derechos y las obligaciones. Las reservas no están al margen de esa ponderación. Esto se ve claramente en los tratados multilaterales, donde un consenso reviste mayor dificultad, y las reservas juegan un rol preponderante. Ellas permitirán que un mayor número de estados sea parte del tratado tomando en consideración sus puntos de vista.

6. Reservas inadmisibles según el criterio del objeto y fin del artículo 19 letra c

La posibilidad de ser parte de un tratado, excluyendo o modificando los efectos de ciertas disposiciones del tratado, realizado esto mediante las reservas, no es un recurso de magnitudes

²⁶ Reuter (n. 5) número 126. Se distinguen asimismo las reservas de otras manifestaciones estatales. A menudo los estados introducen simples declaraciones o declaraciones interpretativas. La diferencia con las reservas, radica en que éstas pretenden un cambio o alteración en el contenido del tratado. En cambio las declaraciones obedecen más bien a aclaraciones o expresiones que se relacionan con aspectos de política interna del estado. Para Ipsen (n. 5) las declaraciones interpretativas se mantienen como tales mientras no sobrepasen los límites de una interpretación permitida. A. Verdross/ Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 736; Daudet, Yves. “Travaux de la Commission du Droit International”, *Annuaire Français du Droit International*, 1998 p. 510

²⁷ Tomuschat, Christian: “Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties” *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 27, 1967, p. 466.

²⁸ Kohen, Marcelo. “La codification du Droit des Traites: Quelques éléments pour un bilan global”, *Revue General de Droit International Public*, 104, 2000, p. 590. Wengler, W. *Völkerrecht*, tomo 1, 1964. p. 210

ilimitadas. La posibilidad de formular o no una reserva es en primer lugar asunto del propio tratado de que se trate, para lo cual muchos de ellos contienen normas sobre esta institución jurídica²⁹. Para aquellos tratados que no contienen norma alguna al respecto se aplica el Art. 19 letra c.

El artículo 19 letra a, permite la formulación de reservas que no estén prohibidas por el propio tratado, las cuales según el artículo 20 inc. 1 no requieren de una aceptación posterior si el tratado no dispone otra cosa³⁰. El artículo 19 letra b, regula el caso de un tratado que permite ciertas reservas, excluyendo otras.

En el caso de no existir una cláusula expresa que prohíba o permita determinadas reservas, haciendo aplicable el artículo 19 letra a y b de la Convención, es necesario aplicar el criterio de compatibilidad con el objeto y fin del tratado, contenido en el artículo 19 letra c. Pero para ello se debe aclarar cuál es el contenido de ese criterio de compatibilidad, tema respecto del cual la literatura es abundante.

Según el artículo 19 letra c, las reservas contrarias al objeto y fin del tratado serían incompatibles y por tanto inadmisibles. Esto equivale a decir que no todas las disposiciones del tratado se relacionan con su objeto y fin, y respecto de ellas si es posible formular reservas. Por tanto, existirían disposiciones más o menos esenciales en lo referido al objeto y fin. Tal línea de división no parece fácil de determinar³¹. Debido a que no todos los tratados establecen órganos que son directa o indirectamente competentes para la supervisión de las reservas y su compatibilidad con el fin y objeto del tratado, la respuesta queda en muchos casos sujeta al margen de apreciación de los estados parte.

Lo determinante es establecer el objeto y fin, y cuáles normas del tratado se relacionan directamente con él, de tal suerte que una reserva a esa disposición esencial al tratado alteraría la vinculación efectiva del estado formulante al tratado en cuestión, debido a que el núcleo del acuerdo no ha sido aceptado. Esta es la línea argumentativa de la CIJ en su opinión consultiva de 1951. Pero para ello es necesario establecer la importancia de la norma sujeta a reserva en

²⁹ Algunos tratados contienen una prohibición para la formulación de reservas, como el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (Art. 120) y El Convenio Europeo para la prevención de la Tortura y otros tratamientos o penas degradantes (Art. 21); Otros tratados permiten determinadas reservas como la Convención contra la Tortura de la ONU (Art. 28. inc. 2 y Art. 30 inc. 2). Para una detallada presentación de esta materia: Kühner (n. 12) p. 118 y sgtes. Hans-Dietrich Treviramus, "Vorbehalte zu mehrseitigen Verträgen - Wohltat oder Plage", German Yearbook of International Law, 1982 p. 518.

³⁰ Kühner (n. 13) p. 124 en relación a la problemática de la explícita o implícita prohibición de formulación de reservas.

³¹ Hipold (n. 7) p. 412.

el contexto del tratado³². Por tanto la apreciación de la admisibilidad o inadmisibilidad de la reserva es un asunto de naturaleza abstracta que se determinará de acuerdo a las circunstancias correspondientes y particulares de cada tratado³³. Existen diversas fórmulas para alcanzar una objetivización del criterio y para la efectividad en su aplicación. Un ejemplo de ellas se presenta en la solución de mayoría adoptada por la Convención contra la Discriminación Racial³⁴ (Art. 20 inc. 2). Pero este intento plantea otras interrogantes, a saber, cuál mayoría es la requerida, y por qué esa mayoría y no otra.

Los intentos por objetivizar el criterio del objeto y fin del tratado parecen ser una tarea de algún modo ineficaz, cuando el tratado carece de una instancia superior que puede decidir sobre la compatibilidad o incompatibilidad de una reserva formulada, ya que el criterio es en ese caso, aplicado por los estados quienes no necesariamente se guían por los elementos objetivos. Por otro lado el artículo 19 letra c, no contiene una consecuencia jurídica directa, en contraposición al artículo 20 y 21, que sí establecen los efectos para el caso de la objeción o aceptación de una reserva.

Los intentos de objetivización deben en último término ser decididos teniendo en cuenta la particularidad del tratado y sus bienes protegidos. La postura según la cual el artículo 19 letra c carecería de sentido ya que no contempla las consecuencias jurídicas de una reserva contraria al objeto y fin del tratado, no puede ser tomada como definitiva. El criterio de compatibilidad constituye un límite aceptado por los estados parte de la Convención, y esto debido a que ellos están de acuerdo en que el objeto y fin del tratado, esto es su esencia manifestada en ciertas disposiciones, no puede ser obviado.

7. Examen del criterio de compatibilidad

La determinación sobre la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del tratado corresponde hoy en día a los estados parte o bien a los órganos contemplados en él. Sin caer en generalizaciones, la rigurosidad del principio se hace más estricta cuando es llevado a cabo por órganos de supervisión del tratado. Los estados aplican básicamente criterios políticos de interés nacional.

³² En la segunda sesión de la ILC (1954) el representante australiano manifestó la dificultad de determinar el objeto y fin del tratado en aquellas convenciones de objetivos complejos. Imbert por su parte indica que el objeto y fin en los tratados de derechos humanos corresponde a la protección de esos derechos, pero que esto no es suficiente para determinar la admisibilidad de una reserva. Imbert (n. 4) p. 66.

³³ Kühner (n. 13) p. 74

³⁴ Imbert (n. 4) p. 96. Ver Chueca, Ángel: "Las reservas a los tratados de derechos humanos", Documentación jurídica, 1992, p. 260.

7.1.- Examen de la compatibilidad realizado por los estados parte

Como fue declarado por la CIJ en su Opinión Consultiva de 1951³⁵ y plasmado en la Convención de Viena, los estados tienen el derecho de determinar la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del tratado, en el caso que no exista un órgano encargado de tal tarea. Debido a que los estados deciden en gran parte de acuerdo a intereses nacionales, no existe una práctica internacional unificada al respecto³⁶. El derecho de los estados a examinar la compatibilidad no está en el presente trabajo en entredicho. El problema se presenta en un área particular del derecho internacional, esto es en el ámbito de los derechos humanos, donde también pueden existir diversas interpretaciones de lo que es el objeto y fin, la esencia y núcleo del tratado traducido en disposiciones determinadas de él. En este punto el estado debe guiarse por el principio de la buena fe para la interpretación del tratado en la formulación, aceptación y objeción de reservas.

La aceptación de una reserva puede ser expresa o tácita. La objeción no tiene por consecuencia inmediata la exclusión del estado reservante como estado parte. Para ello se requiere una declaración expresa del estado objetante. Una objeción calificada según el artículo 20 inc. 4 letra b. Esta declaración no se presenta con regularidad ya que constituye un acto político de enormes consecuencias. Y es la situación contraria, la que precisamente presenta interesantes aspectos. ¿Cuál es la significación de objetar una reserva si ella no produce la exclusión del reservante como estado parte? Las razones para una objeción no calificada pueden encontrarse en el objetivo de favorecer la ampliación del círculo de estados parte. Otra relevancia práctica, es que ese tipo de objeciones, permitiendo la participación del estado en el tratado, pueden ser utilizadas por los órganos de control, en el caso de existir, como antecedentes para una jurisprudencia rica en argumentos sobre el contenido del objeto y fin del tratado en cuestión³⁷. Sin embargo esta situación es altamente hipotética ya que los estados, en el evento de objetar una reserva lo hacen sin grandes explicaciones y aún menos ahondando en las consecuencias jurídicas que le atribuyen a la situación³⁸. Las consideraciones tomadas en cuenta son más bien de carácter político.

³⁵ Recueil 1951 p. 26 “...l'appréciation de la régularité de la réserve appartient à chaque Etat partie à la Convention, celui-ci exerçant ce droit individuellement et pour son propre compte”.

³⁶ E. Martens, “Unzulässige Vorbehalte zu Menschenrechtskonventionen. Anmerkungen zur Diskussion”. Recht-Staat-Gemeinwohl: Festschrift für Dietrich Rausching, 2001, p. 353 y sgtes: Excepcionalmente algunos estados europeos han alcanzado un nivel coherente en relación a la aceptación y objeción de las reservas. J. Dhommeaux, “Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme”. Annuaire Francaise de droit international, XLI 1995, S. 463.

³⁷ Ejemplo de ello es la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Belilos del 29 de abril de 1988, Serie A N° 132, párr. 47. Toda la jurisprudencia europea mencionada en el presente trabajo se encuentra en <http://www.echr.coe.int/echr>

³⁸ Tal caso se presentó cuando Alemania declaró la inadmisibilidad de varias reservas formuladas a la Convención del Mar, donde la vigencia del tratado no fue puesto en duda. Kühner (n. 13) p. 224.

7.2.- Determinación de la compatibilidad mediante órganos establecidos en los tratados.

La posibilidad de establecer un órgano de supervisión de las reservas en la Convención de Viena no prosperó³⁹. Hoy en día una transferencia de competencias amplias para diversas materias no representa la regla general, pero sí existen diversos órganos, de acuerdo a los diversos tratados que prevén instancias de supervisión⁴⁰. Sin embargo la regla general es la falta de órganos con facultad de decidir vinculantemente⁴¹.

La ventaja de la supervisión mediante órganos establecidos por los tratados, es que estos deciden y consideran más que los intereses particulares de los estados, la observancia integral y armónica del tratado en cuestión. Esto se refleja muy bien en los tratados de derechos humanos. En los tratados con carácter recíproco, los estados por lo general examinan las reservas cuidadosamente, sobretodo para el caso que ellas afecten derechos establecidos en su beneficio. Pero en los tratados que carecen de esta estructura de reciprocidad, aquellos que no se definen por las ventajas recíprocas de los estados, tal es el caso de los tratados de derechos humanos, los estados no realizan, por regla general, un examen a cabalidad de las reservas. Esto puede responder a dos razones. La primera e ideal, intentan ampliar el círculo de estados sometidos a la reglamentación convencional, o bien en segundo lugar y la más probable, porque las reservas a dichos tratados no representan disminuciones concretas de derechos establecidos en favor de estos estados, ya que dichos derechos no son por regla general los que contienen este tipo de tratados.

Los órganos convencionales de control representan una forma más acabada de fiscalización sobre las reservas, especialmente en los tratados de derechos humanos. E independiente del derecho de los estados a examinar la admisibilidad de las reservas según la Convención de Viena, los órganos de control de los tratados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), hacen suya la competencia para examinar las reservas, independiente del reenvío que hace la propia Convención Interamericana a las normas contenidas en la Convención de Viena⁴².

Problemático se presenta el caso hipotético de la aceptación expresa de una reserva en caso de ser declarada posteriormente por un órgano del tratado con competencia para decidir

³⁹ Chueca, (n.34), p. 97.

⁴⁰ Ejemplo de ello es la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que instaura la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos con la Comisión de Derechos Humanos.

⁴¹ E. Martens, (n.36) p. 353

⁴² Opinión Consultiva 2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A n° 2; Opinión Consultiva 3/83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A n° 3. Art. 75 Convención Interamericana: "Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969".

vinculadamente, como incompatible con el objeto y fin del mismo y estableciendo consecuentemente la vinculación total del estado reservante al tratado en cuestión. ¿Queda en este caso sin efecto el principio del consenso que rige al Derecho Internacional? ¿Es posible declarar al estado reservante como totalmente vinculado al tratado independiente de su expresa manifestación de voluntad en contrario? ¿Revisten los tratados de derechos humanos una naturaleza tal que permite a los órganos de control una declaración de vinculación total luego de declarar la reserva incompatible?

8.- Efectos jurídicos de una reserva incompatible con el objeto y fin del tratado

Es un ámbito aún sujeto a discusión⁴³, ya que a diferencia de los efectos de la aceptación y objeción de reservas, fue omitido en la Convención de Viena⁴⁴.

El Art. 19 letra c contiene un criterio objetivo (objeto y fin del tratado) con aplicación subjetiva (estado que acepta u objeta). Así se configura en la Convención de Viena la teoría subjetiva con una importante limitante. Pero, los efectos de una reserva que afecte el objeto y fin del tratado son aún discutidos.

8.1.- Aceptación como supuesto de admisibilidad

Respecto a reservas contenidas en el Art. 19 letra a y b (reservas expresamente prohibidas o permitidas en el tratado correspondiente), ellas no pueden ser aceptadas, ya que la expresión de voluntad de los estados es clara en cuanto al límite de las reservas⁴⁵. Una respuesta igualmente evidente son aquellas reservas contra ius cogens contenido en el tratado⁴⁶. La aceptación de reservas que atentan contra el artículo 19 letra c (objeto y fin del tratado) está revestida de problemas toda vez que el artículo 20 y 21 de la Convención (aceptación y objeción de reservas)

⁴³ R. Kühner, "Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen "auslegende Erklärung", zu Ar. 6 Abs. 3 Lit. e MRK", *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1982, p. 82

⁴⁴ Para R. Kühner, (n. 13) p. 220, si esos efectos fueron omitidos intencionalmente o no es aún una pregunta abierta.

⁴⁵ R. Kühner, (n. 13) p. 220. En este caso no es posible una aceptación realizada por un solo estado. Sin perjuicio de esto si sería posible una aceptación por todos los estados, salvo cuando contraviene normas de ius cogens. Esto debido a que según el autor las partes se mantienen como die Herren des Vertrages. Comparar con la opinión contraria de D. W. Bowett, "Reservations to non-restricted multilateral treaties", *British Year Book of International Law*, (1976-1977) p. 82; Tomuschat, (n. 27) p. 467 y 476.

⁴⁶ El artículo 53 respecto a normas convencionales que afecten ius cogens, se hace extensivo necesariamente a reservas que tengan por objeto modificar o evadir el cumplimiento de una norma de esa naturaleza contenida en un tratado.

no hace mención a este criterio de compatibilidad⁴⁷. El estado no obstante puede determinar la aplicación o no de la reserva en las relaciones entre él y el estado formulante, pero no determina los efectos de la inadmisibilidad o incompatibilidad de una reserva, es decir sobre las consecuencias de la formulación de una reserva inadmisible en relación a la calidad de parte o no del estado formulante.

8.2.- Posibles consecuencias jurídicas de una reserva inadmisible

En esta materia no existe aún una costumbre internacional, toda vez que ni las normas de la Convención la tratan ni existe una práctica uniforme de los estados. Un punto de partida esencial son las razones (objetos y fines) que para los estados fueron determinantes para llegar a la celebración del tratado. Estos objetivos y fines siempre son identificables en alguna norma del tratado. Las posibles consecuencias de a una reserva contraria a este objeto y fin del tratado son fundamentalmente tres: 1.- al estado formulante no es posible considerarlo como parte del tratado ya que no está dispuesto a asumir las disposiciones fundamentales que trasuntan el objeto y fin del tratado (solución de la CIJ en su Opinión Consultiva de 1951), 2.- el estado se entiende vinculado a la totalidad del tratado como si la reserva no hubiese sido formulada, ya que lo relevante es la decisión de estar vinculado al tratado y eso debe ser reforzado mediante una vinculación total, 3.- o la disposición objeto de la reserva no tiene aplicación.

a.- Ineficacia de la manifestación del estado de vincularse por el tratado

Jurídicamente la ineficacia de dicha declaración aparece, en un principio, como correcta⁴⁸. El principio básico del consenso que regula el Derecho Internacional entraría en contradicción con una ilimitada vinculación al tratado producto de la inadmisibilidad de una reserva contraria al objeto y fin del tratado. Parecería acertado considerar que para el estado reservante es preferible no ser parte en el tratado con una vinculación total, una vez establecida la inadmisibilidad de la reserva. La reserva se presenta para él como una condición de

⁴⁷ Autores como Bowett, (n.45) p. 88, señalan que una reserva contra el artículo 19 letra c puede ser aceptada, ya que ese artículo representa sólo una fórmula de compromiso. Sin embargo es difícil sostener que aquello que constituye la causa misma del tratado, esto es su objeto y su fin, puede llegar a ser de tal modo irrelevante. Bowett intenta superar esta desvalorización del criterio teleológico mediante la distinción entre "opposability" de una reserva y la "permissibility", donde esta última constituye un asunto de interpretación del tratado independiente de la reacción de los demás estados parte. La distinción cobraría relevancia en el caso de una objeción sin explicitar los efectos jurídicos que a ella se le adscriben. Para Kühner, (n.13) p. 148, esa solución no estaría en armonía con el sistema flexible instaurado por la Convención de Viena ya que a cada estado le es entregado el derecho de establecer la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado.

⁴⁸ Tomuschat (n. 27) p. 467; R. Kühner (n. 13) p. 222; Bowett (n.45) p. 75 y sgtes; Hipold (n. 7) p. 410 y sgtes; R. Kühner "Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen „auslegende Erklärung“ zu Art. 6 Abs. 3 Lit. e MRK". Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht, 1982, p. 84 y sgtes; Cohen-Jonathan, "Les réserves à la Convention Européenne des droits de l'homme", Revue générale de droit international public, 1989, p. 297 s sgtes.

vinculación⁴⁹. Una solución de esa índole se presenta políticamente poco aconsejable si la universalidad del tratado se constituye como una aspiración⁵⁰.

b.- Vinculación total al tratado (severability doctrine)

Esta solución se fundaría en que la primera intención del estado es precisamente ser parte del tratado en cuestión⁵¹. Se trata de la primacía del principio favor contractus, por el cual se establecería la falta de efecto jurídico de la reserva pero no de la declaración de vinculación del estado. En contra de este principio se presenta el principio del consenso⁵², según el cual el estado manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado pero sólo bajo determinadas condiciones reflejadas en la reserva.

c.- Vinculación limitada al contenido de la reserva

Una solución intermedia estaría dada por una vinculación al tratado sin aplicación de las normas excluidas mediante la reserva⁵³. En este caso encontraría aplicación por analogía el artículo 21 número 3, si existiendo objeción a la reserva no se ha excluido la relación entre el objetante y el formulante de acuerdo al artículo 20 inc. 4 letra b. Así no serían aplicables entre ambos las normas sujetas a reserva. Pero se mantienen algunas interrogantes, entre ellas: Si existiendo un órgano competente, éste declara posteriormente que la reserva es inadmisibles por ser contraria al objeto y fin del tratado, y por tanto se da lugar a una total vinculación, esta solución intermedia ya no sería aplicable tal y como los mismos estados lo han consensuado.

No existe unanimidad sobre los efectos de una reserva inadmisibles. De acuerdo al desarrollo del Derecho Internacional es dable sostener que la solución sobre el juicio de una reserva de tales características y sus efectos jurídicos depende de cada caso en concreto⁵⁴, donde el tipo y particularidad del tratado así como su objeto y fin debe ser analizado. Generalizaciones parecen no ser prudentes. Tratados con una naturaleza especial, como los de derechos humanos, pretenden la creación de una comunidad de valores que sólo mediante la aceptación de normas fundamentales puede ser construida.

⁴⁹ Tomuschat, (n.27) p. 467, representa esa teoría extrema. Para Kühner, (n. 13) p. 84 y sgtes., esa teoría no encuentra asidero en el sistema flexible instaurado por la Convención de Viena.

⁵⁰ Kühner (n. 13) p. 222 f.

⁵¹ Kühner, (n. 13) p. 85, indica que la severability doctrine no se encuentra aún establecida en la doctrina y la práctica de los estados. Para Martens, (n.36) p. 356, los representantes de la severability doctrine se basan en una aceptación implícita del estado reservante de verse expuesto a una vinculación total en caso de incompatibilidad de la reserva. En concordancia con Kühner sostiene que para ello no se ha formado una práctica internacional.

⁵² Geiger, R. Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl., München, 1994, p. 101; Martens (n. 36) p. 356.

⁵³ Caso de la plataforma continental (Court of Arbitration, 30 de junio de 1977, Cmnd. 7438, p. 4 y sgtes).

⁵⁴ Kühner (n. 13) p. 82.

9.- Particularidad de los tratados de derechos humanos

La reciprocidad representa la simetría en las relaciones entre los estados parte en un tratado. El equilibrio entre obligaciones y derechos para cada estado y entre ellos. La reciprocidad es reflejo de la igualdad soberana de los estados⁵⁵. Manifestaciones del principio de reciprocidad son entre otras las represalias como reacción a un acto previo ilegítimo de otro estado, en caso, por ejemplo, de no cumplimiento de sus obligaciones emanadas de un tratado, como también el sometimiento a la jurisdicción de la CIJ bajo condición de reciprocidad⁵⁶.

Hipotéticamente la reciprocidad puede verse afectada mediante la formulación de reservas que alteren el equilibrio entre derechos y obligaciones para un estado respecto de otro. Para evitar esto la Convención de Viena regla la reciprocidad al tratar las reservas. Así el artículo 21 dispone que “una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19 20 y 23: a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; b) modificará en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva”. La reciprocidad encuentra también lugar en el caso de la objeción, la cual una vez realizada tiene como efecto que la disposición afectada por la reserva objetada no se aplica en las relaciones entre el estado reservante y el objetante⁵⁷.

El principio de la reciprocidad se adapta bien a los tratados que establecen una estructura que debe ser cumplida recíprocamente por ambas partes (*Erfüllungsstruktur*), lo cual representa la manera cómo fueron concebidos desde un inicio los acuerdos internacionales⁵⁸. Otros tratados por el contrario poseen objetivos de carácter humanitario, los cuales se multiplican sólo luego de la segunda mitad del siglo XX. Entre ellos encontramos tratados sobre derechos humanos como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), La Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y

⁵⁵ Según Chueca, (n.34) p. 218, la no manifestación de la reciprocidad en un tratado, no significa siempre la violación de la igualdad soberana de los estados. Un ejemplo de ello son los acuerdos o tratados para el desarrollo, donde se establecen diferencias de tratamiento para determinados estados debido a su condición.

⁵⁶ B. Simma, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerechtlicher Verträge*, Berlin, 1972. p. 55 y sgtes.

⁵⁷ Artículo 21 inc. 3: “Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera esta no se aplicaran entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva”. Debido a esto una reserva que pretende excluir la aplicación de una determinada disposición y no sólo alterar sus efectos jurídicos, surtirá sus efectos, esto es la no aplicación de la norma, sea que exista una aceptación expresa o tácita de la reserva o una objeción. Simma (n. 56) p. 60.

⁵⁸ Según Chueca, (n. 34) p. 216, a pesar que el principio tiene un significado relevante, la creación de órganos convencionales ha morigerado en parte su aplicación.

políticos, y Derechos económicos, Sociales y Culturales, junto a sus respectivos protocolos adicionales, Convenciones nacidas al interior de la OIT, etc.⁵⁹. En estos tratados falta totalmente la reciprocidad. En ellos lo principal y reconocible es el reconocimiento de derechos y obligación de protección por parte del estado respecto de toda persona que esté bajo su jurisdicción, dando lugar a la teoría de las obligaciones objetivas de los estados⁶⁰. Estos tratados no se basan en la reciprocidad estatal de los derechos y obligaciones establecidos en ellos. Los estados están obligados a proteger a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, incluidos los extranjeros, aún cuando en el estado de éstos últimos no se respeten los derechos de los nacionales del primer estado. La falta de existencia de una estructura basada en la reciprocidad, no quita que en los estados parte de un tratado sobre protección de derechos humanos no puedan ser controlados por el resto de los estados parte. Así las Convenciones Europea e Interamericana establecen recursos contra estados que incumplen normas de las convenciones.

Las obligaciones comunes contenidas en los tratados de derechos humanos pueden ser resumidas como la adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales e implementación de las medidas señaladas por las sentencias así como las indemnizaciones. Debido a que esas obligaciones dicen relación con la persona y no con derechos en favor de los demás estados parte, la reciprocidad juega un rol marginal en estos tratados⁶¹. La particularidad de los tratados de derechos humanos, radicada en parte en el objetivo de creación de un sistema de protección,

⁵⁹ Ver Simma (n. 56) p. 167 y sgtes. Verdross (n. 26) p. 133, Ipsen (n. 5) p. 140.

⁶⁰ Simma (n. 56) p. 183. Cohen-Jonathan, "Les Reserves à la convention européenne des droit de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)", *Revue générale de droit international public*, 1989, p. 277. Para el caso Pfunders (Austria/Italia informe de la Comisión 788/60 del 11 de enero de 1961. *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme* 1961, p. 117 y sgtes. "Les obligations souscrites par les Etats Contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats Contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces". Ebd. p. 141. Fue confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Irlanda contra Gran Bretaña del 18 de enero de 1978, Serie A n° 25, p. 90, párr. 239: "A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention dépasse le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une «garantie collective» ". En la misma dirección resuelve la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC 2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, n° 2, particularmente párrafo 29: "Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados de derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción". Ver también decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Austria contra Italia 788/60 del 11 de enero de 1961.

⁶¹ Esto ya fue señalado por la CIJ, 1951 p. 23. La idea de tipos especiales de tratados fue presentada por los delegados finlandeses y suizos durante los trabajos de la Convención de Viena. La intención era una mención especial a los tratados de derechos humanos para los cuales la excepción non adimpleti contractus no encontrase aplicación. Finalmente la iniciativa se plasmó en el Art. 60 inc. 5 de la Convención. Chueca (n.34) p. 226.

no significa para ciertos autores que ellos tengan esencialmente un estatus especial⁶². Para otros en cambio la especialidad de ellos es de tal profundidad que representan algo muy cercano a una parte de una constitución internacional, de la cual se desprenden límites a los derechos soberanos incluso en el área de las reservas⁶³.

Para el caso de violarse por parte de un estado el equilibrio reflejado en un tratado de derecho internacional general, por la no observancia de sus disposiciones, la Convención de Viena en los artículos 60, 61 y 62 contempla la posibilidad de la suspensión del tratado, incluso su terminación. Pero las disposiciones relativas a la protección de la persona son excluidas de estas posibilidades. El artículo 60 inc. 5 señala: “Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”. Esto se debe precisamente al carácter especial de los tratados de derechos humanos, que no trasuntan intereses que vayan en beneficio exclusivo de los estados parte, sino de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

La particularidad de los tratados de derechos humanos plantea la discusión sobre si las normas contenidas en la Convención de Viena se adecuan plenamente a ellos. Esto debido a que como se indicó precedentemente, la Convención establece un sistema de gran libertad para los estados en la formulación, aceptación y objeción de las reservas, toda vez que el principio del consenso es determinante en el derecho internacional general. El problema se extiende a los efectos jurídicos de una reserva inadmisibles, asunto no tratado por la Convención, y por lo cual la discusión reviste gran interés. Por una parte parece discutible que a los estados se les prive del derecho con que están premunidos para el desarrollo de la comunidad internacional, mediante la institución de las reservas entre otras. Por otra parte aparece al menos como contradictorio que a los estados se les otorgue el derecho de ponderar las reservas, tanto su formulación como aceptación u objeción, si esas ponderaciones pueden conducir a la aceptación de reservas inadmisibles, que afectan derechos establecidos en favor de las personas y no dicen relación con derechos directos para el estado que acepta u objeta la reserva. Por lo tanto está abierta la interrogante sobre las razones de un estado para aceptar, aún tácitamente, reservas que merman los derechos y beneficios establecidos a favor de las personas, lo que contradice el objeto y fin de los tratados de derechos humanos.

⁶² Para Graefrath, B. “Vorbehalte zu Menschenrechtsverträgen - neue Projekte und alte Streitfragen”. *Humanitäres Völkerrecht*, 1996, p 71, constituye una ficción que los tratados de derechos humanos serían independientes de los estados, siendo una teoría muy extendida pero que no correspondería a la realidad según el autor.

⁶³ Giegerich, (n.1) p. 757, indica que en relación a los derechos humanos consagrados y establecidos en favor de los individuos en los tratados de derechos humanos, los estados parte no pueden disponer en el marco de sus relaciones bilaterales. Por tanto ellos no serían en ese aspecto los Herren des Vertrages.

10.- Reservas a los tratados de derechos humanos

Ciertas situaciones pueden, en materia de derechos humanos, conducir a perjuicios para las personas, quienes son en definitiva el destinatario y causa final de la celebración de este tipo de tratados. Esto se da en casos de formulación de reservas, no ratificación de protocolos adicionales, falta de reconocimiento de competencia de los órganos jurisdiccionales contemplados en los tratados, entre otros⁶⁴.

Las reservas pueden llegar a la anulación del ejercicio de derechos contenidos en el catálogo del tratado y que pueden representar el núcleo de dicho instrumento⁶⁵.

Pero como premisa básica, los derechos humanos y las reservas no son incompatibles a priori, incluso ellas pueden potenciar la creación de una comunidad internacional que progresivamente se comprometa con los derechos humanos⁶⁶.

11.- Aplicación de las normas sobre reservas de la Convención de Viena a los tratados de derechos humanos

Como ya se ha dicho la Convención de Viena permite en lo fundamental formular reservas. El artículo 19 letra a prohíbe las reservas expresamente excluidas en el tratado, la letra b aquellas que no están expresamente permitidas en el tratado y el artículo 19 letra c prohíbe las reservas contrarias al objeto y fin del tratado. En cuanto a la aceptación u objeción, el artículo 20 no establece una interacción con el artículo 19. Así sería al menos hipotéticamente posible

⁶⁴ Esto independientemente de una suspensión transitoria de ciertos derechos establecidos en el tratado. Ejemplo Art. 15 CEDH, Art. 27 CIDH y Art. 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁵ La Corte Interamericana trató esto expresamente en la opinión consultiva 3/83. La Corte establece que no es permisible una reserva referida a derechos que de acuerdo al Art. 61 no es posible suspender su ejercicio, en caso de que en virtud de la reserva se niegue absolutamente el derecho en cuestión. Pero en caso que por la reserva sólo se limiten ciertos aspectos del derecho, sería admisible. Chueca (n. 34) p. 246 y sgtes; Stein, Torsten, "Die Außerkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge". AAVV Europäischer Menschenrechtsschutz, Schranken und Wirkungen, 1982, p. 135-145.

⁶⁶ Así muchos tratados de derechos humanos contemplan la posibilidad de las reservas: Art. 7 Convención sobre derechos políticos de la mujer de 1953; CEDH Art. 64; Segundo Protocolo facultativo al pacto sobre derechos Civiles y Políticos Art. 2; CIDH Art. 75 (en la OC/82 la Corte Interamericana determinó que si bien la Convención Interamericana se remite claramente a las normas de la Convención de Viena en lo relativo a las reservas, no es admisible formular reservas contrarias al Art. 19 C. Ver párr. 22, 25, 32 OC/82 y párr. 65 OC/83); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Art. 20.2 que establece una de mayoría 2/3 de objeciones para considerar a reserva como inadmisibles (Según ciertos autores esa solución protege la integridad de los tratados, al menos en lo que respecta las normas más fundamentales además de permitir un alto número de miembros. Ver Chueca (n.34) p. 260. Otros tratados no contienen normas sobre el particular como ambos Pactos de Naciones Unidas de 1966 y la Convención contra el Delito de Genocidio, respecto de la cual es necesario remitirse a la opinión consultiva de la CIJ de 1951 p. 22).

la aceptación de una reserva inadmisible y la objeción de una reserva permitida. Por otra parte no es obligatorio para el estado objetante dar las razones tomadas en consideración para la objeción⁶⁷. Más importante parece la posible aplicación a este tipo de tratados del principio de reciprocidad que impregna a la Convención de Viena, lo que conduce a la no aplicación de la disposición reservada en caso de una objeción en ambos estados.

Relacionado con esto, es necesario plantearse la pregunta sobre quién realiza el control de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado. En lo fundamental, según la Convención de Viena es un asunto que le compete a los estados parte, lo que puede estar guiado más por razones políticas que jurídicas. Para ciertos autores la posibilidad de crear diversas relaciones dentro de un mismo tratado mediante la formulación, aceptación y objeción de reservas no se condice con la naturaleza de los tratados de derechos humanos⁶⁸. De este modo parece razonable preguntarse sobre órganos del tratado que asuman esta labor, quienes con mayor seguridad aplicarán criterios objetivos de compatibilidad⁶⁹. Por otro lado es necesario preguntarse sobre el efecto vinculante de las decisiones de los órganos de control.

El sistema de la Convención de Viena no se presenta como totalmente inadecuado para el ámbito de los derechos humanos, ya que posibilita la creación y consolidación, aún cuando ésta sea progresiva, de una cooperación internacional, mediante la flexibilidad que establece. Por otro lado, como lo señala Imbert, las reservas no son la causa de una sociedad internacional dividida, sino la consecuencia de la ella. Por otro lado la Convención de Viena aporta el criterio del objeto y fin, lo que facilitaría la tarea de estudiar la compatibilidad de las reservas con el tratado en cuestión. El problema radica en que las consecuencias jurídicas de la objeción o aceptación de una reserva inadmisible no están reguladas.

Otra opinión es sostenida por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (ILC)⁷⁰. En 1997 fueron entregadas las Conclusiones Preliminares, según las cuales la

⁶⁷ La aceptación tácita se realiza según el Art. 20 inc. 5 al no declarar la objeción dentro de los 12 meses siguientes a la formulación de la reserva. La falta de objeción sin embargo no corresponde necesariamente al convencimiento del estado de que la reserva es compatible o admisible, sino más bien, para ciertos autores, a una negligencia en la objeción o a razones políticas. Martens, (n. 36) p. 533, afirma que las objeciones a reservas respecto de tratados de derechos humanos no son corrientes, y cuando se presentan no excluyen el carácter de estado parte del estado formulante, lo cual representa un efecto beneficioso sobre la protección de los derechos humanos, ya que al menos es posible exigir el respeto de las obligaciones contraídas, excluidas las contenidas en las reservas. Para Graefrath, (n. 62) p. 70, los estados deben tener siempre presente al realizar una reserva en materia de derechos humanos, que no se trata de la europeización de Asia. Es necesario respetar las diferencias culturales, ya que una homogenización es un cambio complejo a largo plazo.

⁶⁸ Giegerich, (n.1) p. 745, sostiene que la particularidad de los tratados de derechos humanos no permite la existencia de regímenes diversos al interior de un mismo tratado.

⁶⁹ Lo que produce una limitación del principio del consenso, lo que es en muchos casos problemático.

⁷⁰ Ver Salado, Ana. "Estudio sobre el comentario general número 24 del Comité de Derechos Humanos", Anuario de derecho internacional, 1998, p. 610.

Convención de Viena regula todos los tratados, ya que no existe diferenciación por materia u otro elemento. Determinante para la ILC es la flexibilidad del sistema de la Convención, que permite aplicarse a cualquier tratado internacional independientemente del tema o área o naturaleza (tratados ley o tratados contrato)⁷¹.

Sin perjuicio de esas conclusiones preliminares se sostiene por ciertos autores que el sistema de la Convención se basa en la reciprocidad, cuya aplicación en su totalidad al ámbito de los derechos humanos será inadecuada⁷².

12.- Efectos jurídicos de una reserva inadmisible en materia de derechos humanos

Según el artículo 21 inc. 1 de la Convención de Viena las reservas aceptadas alteran las relaciones jurídicas entre el estado aceptante y el estado reservante en los términos en que está formulada la reserva, desplegando el principio de reciprocidad todos sus efectos⁷³. Pero los efectos jurídicos de la formulación de una reserva inadmisible no están establecidos en la Convención, por lo que idealmente es un asunto que debe ser determinado por los órganos del tratado, ya que los estados suelen no objetar, y en caso de hacerlo los efectos de esa objeción, ya no en relación sólo al estado objetante, sino respecto del tratado y la condición de parte del estado formulante, no es definida.

Las reservas admisibles o compatibles despliegan todos sus efectos, los que se resumen en que las relaciones entre los estados se modifican según los términos recogidos en la reserva. Al igual que en el ámbito del Derecho Internacional general, en caso de una reserva inadmisible o incompatible, tres son las posibles soluciones:

1. El estado reservante no es considerado como parte en el tratado⁷⁴.

⁷¹ Conclusión Preliminar ILC número 1 a 3 “1. La commission réitère ses vues selon lesquelles les articles 19 à 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 sur le droit des traités déterminent le régime des réserves aux traités et qu’ en particulier le critère de l’objet et du but du traité est celui qui revêt les plus d’importance aux fins de l’établissement de la licéité des réserves; 2. La Commission considère que, par sa souplesse et sa flexibilité, ce régime est adapté aux exigences de l’ensemble des traités, quel que soit leur objet et leur nature, et réalise un équilibre satisfaisant entre les d’universalité de la participation à celui-ci; 3. La Commission estime que ces objectifs valent tout autant s’agissant des réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris dans le domaine des droits de l’homme, et que, dès lors, les règles générales énoncées dans les Conventions de Vienne susmentionnées régissent les réserves à ces instruments”. Para más información sobre el trabajo de la ILC sobre las reservas consultar <http://www.un.org/law/ilc/>.

⁷² Cohen- Jonathan, “Les Réserves dans les Traités institutionnels relatifs aux droits de l’homme. Nouveaux aspects européens et internationaux”, *Revue générale de droit international public*, 1996 p. 916

⁷³ Chueca (n. 34) p. 230 y sgtes.

⁷⁴ Esta es la solución que exigía Austria frente a la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Belilos, y la que proponía la CIJ en su Opinión Consultiva de 1951.

2. Severability doctrine o total vinculación al tratado sin aplicación alguna de la reserva. Esta solución, como se verá más adelante fue la aplicada por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ciertos autores sostienen que al estado reservante, cuya reserva fue declarada inadmisibles y en el marco de la utilización de la severability doctrine, y por tanto estimados como totalmente vinculados al tratado, les queda siempre la posibilidad de retirarse del mismo⁷⁵.

Se sostiene que sólo esta solución, la severability doctrine, se condice con la naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, en tanto que con ella se intenta la mayor y más efectiva protección de los derechos de las personas (principio *effet utile*) y una mayor seguridad jurídica⁷⁶. En caso contrario, la ratificación del tratado depende de la validez o invalidez de la reserva, y una vez declarada ésta como inadmisibles, cae también la ratificación y por tanto la persona que se encuentra en ese estado pierde la protección entregada por ese tratado. Por otra parte se sostiene que la creación de una comunidad de valores implica un riesgo para el estado que ha dado su consentimiento en orden a formar parte de ella, sin ningún tipo de limitación, en caso de que la reserva sea declarada inadmisibles.

3. Otra posible solución consiste en la vinculación del estado formulante al tratado, pero sin aplicación de la disposición objeto de la reserva. En ese caso encuentra, *mutatis mutandis*, aplicación el Art. 21 inc.3 de la Convención de Viena⁷⁷.

La práctica de los órganos contemplados en los tratados ha señalado con generalidad la total vinculación del estado formulante con el tratado, donde cae la reserva pero no la declaración de voluntad para obligarse por el tratado. Según algunos, esto sería adecuado a la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos. Ahora, si la decisión es o no vinculante, depende de la naturaleza del órgano y de la interpretación del tratado en relación a las competencias de ese mismo órgano.

Las decisiones de órganos no jurisdiccionales, como son las comisiones tanto interamericana o la antes existente europea, o el comité previsto en los Pactos de 1969, no tienen efectos vinculantes, lo que no significa afirmar que carecen de toda significación. Para algunos autores, la competencia para decidir vinculantemente, radica estrictamente en la competencia prevista en el tratado de que se trate. Según esa opinión, no sería posible reconocer una competencia derivada del principio de *implied power*.

⁷⁵ Cohen-Jonathan, (n.72) p. 946

⁷⁶ Giegerich (n.1) p. 775.

⁷⁷ Esa solución que sin duda se aplica perfectamente al derecho internacional general fue la aplicada en el caso de la plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña, sentencia del 30 de junio de 1977. para Cohen- Jonathan, (n. 48), p. 298, la aplicación de la Convención para estos casos no se plantea como adecuada.

13.- Práctica internacional en relación a las reservas a tratados de derechos humanos

No es posible realizar un detallado análisis de la práctica internacional en relación a las reservas en este ámbito específico del Derecho Internacional. Nos remitiremos a entregar la práctica desarrollada al interior del sistema europeo de protección de los derechos humanos comparándola con lo acontecido en el Comité de derechos humanos de Naciones Unidas. Esta elección se debe, no tanto a la diferencia en las decisiones, como a la diferencia en la naturaleza jurídica del órgano que realiza la estimación de compatibilidad o incompatibilidad de las reservas y determina sus efectos⁷⁸.

Independiente que el principio de reciprocidad consagrado en la Convención de Viena no es absolutamente aplicable a los tratados de derecho humanos, y que muchos de ellos contemplan la existencia de órganos de control, no les está prohibido a los estados realizar un control de compatibilidad de las reservas formuladas con el objeto de aceptarlas u objetarlas⁷⁹. Esto debido a que en definitiva los estados mantienen un interés fundamental por la adecuada aplicación del tratado. Paralelamente se da un control de compatibilidad realizado por los órganos de control que no sólo determinan esta compatibilidad o incompatibilidad, sino también y lo más importante, las consecuencias jurídicas de ello. Importante es la competencia para decidir, vinculantemente o no, sobre la reserva y su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, ya que los órganos han sido creados precisamente para ejercer un control sobre el cumplimiento del tratado⁸⁰. Expresión concreta de esto es que tratándose de órganos con competencia jurisdiccional o no, se han en el hecho, dado al conocimiento de las reservas⁸¹.

13.1.- Práctica al interior del sistema europeo de protección de los derechos humanos

El artículo 57 de la CEDH (ex Art. 64) contiene una norma especial para la formulación

⁷⁸ Como se indicó previamente, es esta la razón por la cual no se incluyen otras resoluciones o indicaciones de órganos no jurisdiccionales.

⁷⁹ Cohen-Jonathan (n.72) p. 938. Lo cual fue establecido por la ILC en la sexta *Conclusión Preliminar*: "La Commission souligne que cette compétence des organes de contrôle n'exclut pas ni n'affecte pas d'une autre manière les modalités traditionnelles de contrôle par les parties contractantes d'une part, conformément aux dispositions précitées des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, et, d'autre part, le cas échéant, par les organes chargés du règlement des différends qui pourraient surgir quant à l'interprétation ou l'application des traités". Conclusions préliminaires adoptées par la Commission du droit international, UN Doc. A/52/10, 1997, p. 127.

⁸⁰ Giegerich, (n. 1) p. 76, sostiene que la creación de órganos explicita que los estados desean abandonar el papel de guardianes del tratado y así las reservas aceptadas tácitamente no gozan de protección o estatus de admisible alguno.

⁸¹ Martens (n. 36) p. 363.

de reservas⁸², por lo que es aplicado antes que las normas de la Convención de Viena. Lo que la norma no señala con claridad, es quién tiene competencia para decidir sobre la admisibilidad de una reserva. La solución adoptada es que la competencia la tienen los órganos del tratado, esto es previo a 1998 la Comisión⁸³ y el Tribunal, posterior a 1998 sólo este último. Para la preservación del objeto y fin de la Convención sería necesario que al Art. 57 le sea reconocido un efecto útil (*effet utile*), en caso contrario el juego de aceptación y objeción estatal de las reservas no daría coherencia al sistema de examen de admisibilidad y compatibilidad de las reservas. Sin perjuicio de esta afirmación recurrente en la actualidad, no siempre fue del todo evidente esta competencia, sobretudo respecto de la Comisión⁸⁴, no así respecto del Tribunal, cuya competencia para decidir de forma vinculante no fue desvirtuada. Esta competencia se extendería también a lo relativo a las reservas, toda vez que mediante ellas es posible una morigeración de las obligaciones contempladas en la CEDH. Esta competencia fue confirmada por una jurisprudencia constante y aceptada mayoritariamente por los estados del Consejo de Europa⁸⁵. En el Caso Belilos se enfrentó por primera vez el Tribunal a un asunto relativo a reservas, llegando a una decisión revolucionaria atendido los efectos jurídicos que estableció. Formalmente se trataba de una declaración interpretativa formulada por el gobierno suizo al momento de ratificar la CEDH. El Tribunal concluyó su competencia para controlar esa declaración interpretativa de la siguiente manera: “La compétence de la Court pour apprécier au regard de l’article 64 la validité d’une réserve ou, s’il échet, d’une déclaration interprétative n’a pas prêté à contestation en l’occurrence. Elle ressort tant des articles 45 et 49 de la Convention, cités par le Gouvernement, que de l’article 19 et de la jurisprudence de la Cour (voir, en dernier lieu, l’arrêt Ettl et autres du 23 avril 1987, Série A n° 117, p. 19, §42)” (§ 52)⁸⁶. La competencia no se extendería sólo a la interpretación de la reserva y al control de

⁸² Artículo 57 CEDH: “1 Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general. 2 Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate”.

⁸³ Órgano de la CEDH previo a la entrada en vigencia del Protocolo 11 el 1 de noviembre de 1998.

⁸⁴ Cohen-Jonathan (n. 48) p. 291 y sgtes; Ver también caso Temeltasch EuGRZ 1983, p. 150 párr. 65; J. Polakiewicz, “Anmerkung zur Zulässigkeitsentscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte im Fall Chrysostomos u.a. / Türkei vom 4. März 1991 “b”, Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht, 1991, p. 145 y sgtes.

⁸⁵ Ejemplo: Caso Temeltasch/Suiza (informe de la Comisión del 5 de mayo de 1982, No. 9116/80; Caso Belilos/Suiza (informe de la Comisión del 7 de mayo de 1986, No. 10328/83; Sentencia del Tribunal del 29 de abril de 1988 Series A); Caso Chrysostomos/Turquía (informe de la Comisión del 4 de marzo de 1991); Caso Loizidou/Turquía (Sentencia del 25 de marzo de 1995, Series A 310); Caso Weber/Suiza (sentencia del 22 de mayo de 1990 Series A 177); Caso Chorherr/Austria (sentencia del 25 de agosto de 1993).

⁸⁶ La competencia de la Corte para controlar, de acuerdo al artículo 64, la validez de una reserva o una declaración interpretativa, según sea el caso, está fuera de discusión en el presente caso. Esta competencia se basa en el artículo 45 y 49 de la Convención citados ambos por el Estado, así como en el artículo 19 y en la jurisprudencia del Corte.

compatibilidad, sino también a los efectos jurídicos de la declaración interpretativa tenida como reserva incompatible. Ya en el caso *Temeltasch* la Comisión trató una declaración interpretativa suiza declarada en definitiva como una reserva admisible⁸⁷. En el caso *Belilos* conoció también previo al Tribunal la Comisión de otra declaración interpretativa⁸⁸. En esa oportunidad estableció la Comisión que se trataba de una reserva con carácter general, sobretodo por la expresión “control judicial de última instancia”, y que por tanto era ineficaz. Por otro lado Suiza no habría cumplido, a juicio de la Comisión, con el inciso segundo del actual Art. 57 (en ese entonces Art. 64). El Tribunal decidió posteriormente y siguiendo la línea argumentativa de la Comisión, que Suiza pretendía con esa reserva excluir del Art. 6 inc.1 determinadas categorías de procedimientos. Así la competencia de los órganos de la CEDH pasaría por sobre las reacciones de los estados parte en relación a las reservas formuladas⁸⁹. Objeciones y aceptaciones de reservas no tendrían en el sistema europeo otro significado que ser a lo más puntos de apoyo en la argumentación del Tribunal en caso necesario⁹⁰.

Por otro lado en el sistema europeo de protección de los derechos humanos la reciprocidad en la declaración de sometimiento a la jurisdicción no tendría cabida. Turquía en el caso *Loizidou* intentó equiparar el sometimiento al Tribunal Europeo con el reconocimiento de competencia de la CIJ⁹¹. Independientemente que el Art. 46 de la CEDH se basa en el Art. 36 del Estatuto de la CIJ, para el Tribunal Europeo fueron determinantes sus diferencias: “D’abord, le contexte dans lequel fonctionne la Cour internationale de Justice se distingue nettement de celui des organes de la Convention. La Cour internationale est appelée notamment à examiner au regard des principes du droit international tout différend juridique entre Etats pouvant survenir dans n’importe quelle partie du globe. L’objet du litige peut concerner tout domaine du droit

⁸⁷ La reserva señalaba que la garantía establecida en el artículo 6 inc. 3 letra c y e de la Convención en orden a otorgar asistencia de traducción y defensa al afectado no lo libera definitivamente del pago de ésta. A pesar que la reserva no cumplía con todos los requisitos del ex Art. 64 de la CEDH la Comisión declaró la reserva como vigente ya que sus vicios se debían sólo a un aspecto formal. Informe de la Comisión del 5 de mayo de 1982, n° 9116/80 párr. 85-91

⁸⁸ La suiza señalaba que la garantía establecida en el artículo 6 inc. 1 para un proceso justo, sea que se refiera entre otras a la fundamentación de toda acusación en materia penal dirigida contra el encausado, persigue únicamente el aseguramiento de un control judicial final, de los actos o decisiones de la autoridad pública que se refieren entre otras a la fundamentación de dichas acusaciones.

⁸⁹ H-K- Ress, “Die Zulässigkeit territorialer Beschränkungen bei der Anerkennung der Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Loizidou* gegen die Türkei vom 23. März 1995”, *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996 p. 434. Según el autor, en el derecho de los tratados serían los estados los competentes para la aprobación de reservas inadmisibles. En el sistema de la CEDH este principio del consenso, podría conducir a la autorización de reservas incompatibles e inadmisibles.

⁹⁰ Párr. 47: “(....)La Cour ne souscrit pas à cette analyse: le silence du dépositaire et des Etats contractants ne prive pas les organes de la Convention de leur pouvoir d’appréciation”. (Según el Tribunal el silencio de los estados parte no priva a los órganos de la CEDH de su poder de apreciación).

⁹¹ Ver párr. 67 y 68 de la sentencia en caso *Loizidou* del 23 de marzo de 1995; Polakiewicz (n. 84) p. 148; Ress (n. 89) p. 427 y sgtes.

international. En second lieu, à la différence des organes de la convention, la Cour internationale ne se borne pas exclusivement à exercer des fonctions de contrôle par rapport à un traité normatif comme la Convention” (§84). “Une différence aussi fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions dont il s’agit ainsi que l’existence d’une pratique de l’acceptation inconditionnelle en vertu des articles 25 et 46, constituant des éléments commandant de distinguer la pratique de la Convention de celle de la Cour” (§85)⁹². El Tribunal se ve asimismo como guardián del orden público europeo, cuyo núcleo se encuentra en la CEDH⁹³, y respecto del cual las limitaciones a la competencia de los órganos convencionales, limitaciones por lo demás no temporales⁹⁴, lo amenazan seriamente⁹⁵.

a.- Medida de control: Objeto y fin de la CEDH

La efectividad de las disposiciones contenidas en la CEDH depende del respeto y observancia de las obligaciones asumidas por los estados al ratificar la CEDH, lo cual es controlado por el TEDH. La efectividad es asegurada mediante la aplicación del criterio de compatibilidad con el objeto y fin de la CEDH.

Previo a que el Tribunal conociera del asunto, la Comisión estimó en el caso *Chrysostomos*⁹⁶ una declaración del gobierno turco sobre limitaciones territoriales (norte de Chipre) a la posibilidad del recurso individual establecido en el ex Art. 25 como inadmisibile. El argumento de la Comisión se basó en la construcción de un orden público europeo de las democracias europeas como objeto y fin de la CEDH. Limitada territorialmente la posibilidad del recurso individual, esta finalidad se veía fuertemente transgredida. Posteriormente el TEDH, y ya no sólo la Comisión, se pronuncian en el caso *Loizidou*⁹⁷. Se trata en lo fundamental

⁹² El Tribunal indica que el contexto en el cual funciona la CIJ se diferencia sustancialmente de los órganos de la CEDH. La CIJ está llamada a conocer de las diferencias jurídicas entre estados a la luz de los principios del derecho internacional, estados que no están limitados a un ámbito geográfico determinado. Además de eso el objeto del litigio puede referirse a cualquier materia de derecho internacional. Por otro lado la CIJ no se limita a ejercer funciones de control respecto a un tratado normativo como lo es la CEDH. Siendo por tanto diferencias fundamentales en cuanto a su rol y finalidad sumado a la posibilidad de la aceptación de jurisdicción incondicional de acuerdo al ex artículo 25 y 46 de la CEDH.

⁹³ Cohen-Jonathan (n.72) p. 939.

⁹⁴ Las reservas temporales no son excluidas. Sentencia caso *Loizidou* párr. 74 : “L'article 25 par. 2 (art. 25-2) comme l'article 46 par. 2 (art. 46-2) de la Convention autorisent expressément des déclarations pour une période donnée. On a toujours entendu ces dispositions comme autorisant les Parties contractantes à limiter aussi la rétroactivité de leur acceptation de la compétence de la Commission et de la Cour (voir, entre autres, l'arrêt *Stamoulakatos c. Grèce* du 26 octobre 1993, série A n° 271, p. 13, par. 32). Ce point ne prête pas à controverse”. El Tribunal indica que la Convención autoriza expresamente declaraciones por un periodo determinado, interpretado que esa autorización se extiende a la retroactividad de la aceptación de competencia tanto de la Comisión como del Tribunal.

⁹⁵ Sentencia caso *Loizidou* párr. 70. Cohen-Jonathan, Gérard, “L'affaire *Loizidou* devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations”. *Revue générale de droit international public*, 1998, p. 127.

⁹⁶ Informe de la Comisión del 4 de marzo de 1991.

⁹⁷ Sentencia del 25 de marzo de 1995.

sobre la limitación territorial (norte de Chipre) interpuesta por Turquía en relación al reconocimiento de jurisdicción del tribunal. El TEDH declaró tal limitación como ineficaz y separable de la declaración de reconocimiento de jurisdicción. Es decir entendió el TEDH que Turquía reconocía totalmente y sin limitaciones la jurisdicción del Tribunal. Éste se basó en una interpretación evolutiva de la CEDH, señalando además que el objeto y fin de la Convención obligan “à interpréter et à appliquer ses dispositions d’une manière qui en rends les exigences concrètes et effectives ” (§72)⁹⁸. Esta se trata de una interpretación según la cual si está en manos de los estados la medida según la cual se someten a la jurisdicción o competencia de los órganos de control, la efectividad de la CEDH “en tant qu’instrument constitutionnel de l’ordre public européen” (Caso Loizidou §75) se vería fuertemente limitada. Situaciones como aquella, sostienen autores, llevarían al nacimiento de diversos regímenes de control entre los estados parte, lo que atentaría contra el objetivo de la Convención que es la protección y resguardo del orden público europeo que exige el respeto y protección de los derechos humanos⁹⁹.

b.- Consecuencias jurídicas de una reserva inadmisble en el marco de la CEDH

La problemática dejada abierta por la Convención de Viena¹⁰⁰, se presenta por primera vez en el ámbito europeo con el ya mencionado caso Belilos. La declaración interpretativa fue, como se mencionó, calificada por el TEDH como una reserva general y formulada de manera poco clara, de tal suerte que era imposible reconocer las obligaciones asumidas por Suiza¹⁰¹. El TEDH aplica la solución de separar la reserva de la declaración de ratificación realizada por Suiza, de tal suerte que entiende a este país como totalmente vinculado a la CEDH como si la reserva, formalmente declaración interpretativa, no se hubiese formulado¹⁰². El caso provocó gran revuelo en el ámbito internacional por la no aplicación del principio del consenso. Toda vez que sin perjuicio de la especialidad de la CEDH por la materia que trata, consiste básicamente en un acuerdo internacional. Suiza reclamó por una solución intermedia, esto es mantenerse como parte de la CEDH, pero sin aplicación de la norma objeto de la reserva. Esto habría implicado en la práctica precisamente que el gobierno suizo hubiese obtenido aquello que

⁹⁸ El objeto y fin de la CEDH obliga al Tribunal a interpretar la Convención y aplicar sus disposiciones de acuerdo a exigencias concretas y efectivas.

⁹⁹ Sentencia caso Loizidou párr. 77: “...L’inégalité que pourrait engendrer entre les Etats contractants la tolérance d’acceptations limitées de la sorte Iratí de plus à l’encontre de la finalité de la Convention exprime dans son préambule: la réalisation d’une union plus étroite par la sauvegarde et le développement des droits de l’homme”.

¹⁰⁰ Hipold: (n. 7) p. 421

¹⁰¹ Wildhaber, Luzius. “Rund um Belilos. Die schweizerischen Vorbehalte und auslegenden Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Verlaufe der Zeit und im Lichte der Rechtssprechung”, VV.AA. Klein Staat und Menschenrecht, Festschrift für Gerhard Batliner, 1993, p. 329 y sgtes. En relación a las exigencias del ex Art. 64 inc. 2 de la CEDH desecha el Tribunal las justificaciones invocadas por Suiza. Simples argumentos administrativos, como la existencia de 26 leyes de cantones diversas no fueron consideradas por el Tribunal.

¹⁰² Párr. 60 sentencia caso Belilos.

pretendía. Suiza intentó retirarse de la CEDH, lo cual en definitiva no se materializó solamente debido a no alcanzar mayoría en el Parlamento que acogiera esa salida. Interesante de destacar es que el retiro de Suiza del sistema de la CEDH no consistió sólo en una amenaza, sino en la voluntad seria de llevarlo a cabo.

En el caso *Loizidou* Turquía también rechazó la decisión del TEDH señalando que la declaración de nulidad de la limitación territorial hacía al mismo tiempo nula la declaración de voluntad de comprometerse por el tratado¹⁰³. El TEDH estableció que Turquía “n’a pu manquer d’avoir conscience, eu égard à la pratique uniforme des Parties contractantes sur le terrain des articles 25 et 46 et consistant à accepter sans condition la compétence de la Commission et de la Cour, que les clauses restrictives dénoncées avaient une validité contestable dans le système de la Convention et que les organes de celles-ci pourraient les tenir pour inadmissibles” (párr. 95 sentencia caso *Loizidou*)¹⁰⁴.

La aplicación de las soluciones encontradas por los órganos de control de la CEDH no es automáticamente transferible a otros mecanismos de control, como al sistema de control de la ONU. Ambos sistemas se diferencian esencialmente en la naturaleza de sus órganos, siendo el europeo judicial y el de Naciones Unidas no¹⁰⁵. La diferencia no es menor, ya que los propios estados lo perciben así. Suiza luego del caso *Weber*, por el cual y por las mismas razones que en el caso *Belilos* fue declarada incompatible e inadmisibles una reserva, no intentó ya retirarse del sistema de la CEDH, sino que ratificó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos con una reserva idéntica a la declarada ineficaz por el TEDH¹⁰⁶.

13.2.- Práctica a nivel universal. Comité de derechos humanos en el caso *Kennedy* contra *Trinidad y Tobago*

La competencia del Comité se encuentra en el Art. 40 del Pacto, y se refiere al examen regular de informes evacuados por los estados parte. De acuerdo al inc. 4 del mismo artículo “el Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto”. De acuerdo al Pacto el Comité no tiene más competencias.

¹⁰³ Ress (n. 89) p. 436.

¹⁰⁴ Según el Tribunal *Turquía* no podía menos que ser conciente, de acuerdo a la práctica uniforme de los estados parte de la CEFH en el ámbito del artículo 25 y 46 en orden a aceptar sin condiciones la competencia de la Comisión y el Tribunal, que las cláusulas restrictivas en cuestión tenían una validez discutible en el sistema de la Convención y que los órganos de éste podían tenerlas como inadmisibles.

¹⁰⁵ Cohen-Jonathan (48) p. 275. la CEDH tiene un carácter constitucional del cual no participan todos los tratados de derechos humanos.

¹⁰⁶ Wildhaber, Luzius (n.102) p. 335 y sgte.

La competencia del Comité se extiende a todo asunto derivado de la aplicación del Pacto, y de ese modo él ha derivado su facultad para examinar las reservas¹⁰⁷. La disposición de los estados para respetar las recomendaciones no vinculantes, del Comité varía de acuerdo a la observancia del principio de buena fe¹⁰⁸.

La más evidente muestra de intento de consolidar su competencia en lo relativo a las reservas se manifiesta en el Comentario General N° 24¹⁰⁹. Resumidamente el Comité señala la no adecuación del sistema de la Convención de Viena a los tratados de derechos humanos, y la necesidad de un control objetivo mediante órganos independientes¹¹⁰. El Comité va aún más allá al establecer como adecuada y solución posible, la ya mencionada severability doctrine, en caso de una reserva incompatible. Esa conclusión provocó críticas a nivel internacional¹¹¹.

Las afirmaciones del Comité provocaron asimismo las reacciones de la ILC, quien según las Conclusiones Preliminares de 1997 ya mencionadas, señala la aplicación del sistema de la Convención de Viena a los tratados de derechos humanos, ya que ofrece suficiente flexibilidad para adaptarse a la particularidad de ellos. Sin perjuicio de esto la ILC reconoce competencia a los órganos para examinar reservas y entregar recomendaciones al respecto¹¹². Se señaló claramente la competencia para una apreciación no vinculante del Comité, ya que ella no estaba considerada en el Pacto¹¹³. Sin perjuicio de esto, las recomendaciones del Comité están revestidas de una gran autoridad¹¹⁴.

¹⁰⁷ Flauss, Jean-François, "Le contrôle de la validité des réserves par le comité des droits de l'homme des Nations Unies", *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 225.

¹⁰⁸ Ejemplo de éxito en el tratamiento de las reservas lo constituyen el retiro de reservas realizado por Australia y Noruega. Cohen-Jonathan (48) p. 280.

¹⁰⁹ UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6 del 11.11. 1994. El Comentario General tiene su fundamento jurídico en el Art. 40 del Pacto.

¹¹⁰ Comentario General 24 (52) párr. 17 y párr.18.

¹¹¹ Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos presentaron por escrito sus observaciones en contrario. Doc 40 (A50/40), S. 138-147; Doc. 40(A51/40), S. 111-113. Para estos estados era claro el carácter no vinculante del Comentario General, pero estimaron necesario dar a conocer formalmente su posición contraria al respecto. Intentaban manifestar claramente que el tema de las reservas y sus consecuencias no era competencia del Comité. G. Cohen-Jonathan, "Les Réserves dans les Traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux". *Revue générale de droit international public*, 1996 p. 939 y sgtes; Salado (n.69) p. 595 y sgtes. Graefrath, (n.62) p. 71.

¹¹² Conclusión Preliminar N° 5. Pero sin sobrepasar sus competencias; Conclusión Preliminar N°8. En la Conclusión Preliminar N° 12 limita sin embargo esto estableciendo una diferencia respecto a los sistemas regionales, estableciendo que las presentes conclusiones son sin perjuicio de las prácticas y reglas utilizadas por los órganos de control regionales.

¹¹³ Graefrath (n.62) p. 69. No habría según el autor razón alguna para concluir que un órgano posee competencia para la interpretación del tratado y las reservas sino la ha tenido desde un principio.

¹¹⁴ Herndl, K., "Zur Frage des rechtlichen Status der Entscheidungen eines Staatengemeinschaftorgans: die "views" des Menschenrechtsausschusses". *VV.AA. Völkerrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag*, p. 209. Stahn, Carsten, "Vorbehalte zu

El Comité funda su competencia en la falta de reciprocidad que tienen los tratados de derechos humanos¹¹⁵. Bajo esa perspectiva requerían las reservas formuladas de un examen objetivo, siendo por tanto una tarea evidente del Comité que se encontraría en armonía con el Art. 40 del Pacto¹¹⁶.

Las Observaciones Generales realizadas por el Comité no privan a los estados del ejercicio de los derechos que le atribuye la Convención de Viena, ya que no fue reformado por el Pacto. La existencia de órganos convencionales no implica siempre la sustracción de los derechos y prerrogativas de los estados parte. Esta situación depende más bien de las competencias con que está dotado el órgano. Las Observaciones Generales, y en especial la número 24, no podrían responder a la intención de limitar el principio del consenso¹¹⁷.

Independiente de esto es necesario poner de relieve que los estados parte en un tratado de derechos humanos, y precisamente por carecer ellos del carácter de reciprocidad en los derechos y obligaciones, no se presentan siempre dispuestos a ejercer un control eficiente respecto del cumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante el tratado. El cumplimiento de buena fe que implica todo tratado según la aplicación de las normas de la Convención de Viena, conlleva asimismo el mayor respeto y observancia a las decisiones de los órganos convencionales, sean o no jurisdiccionales. Esta aplicación de buena fe se extiende no sólo a las decisiones sino también en la adecuada presentación de informes a que obliga el Pacto y la aceptación de buena fe de las Observaciones Generales del Comité, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el Pacto mismo¹¹⁸.

Ocasión para la aplicación de la Observación General 24 fue el caso Kennedy / Trinidad y Tobago¹¹⁹. Este país ratificó el Pacto el 21 de diciembre de 1978, reconociendo la competencia del Comité para conocer de recursos individuales el 14 de noviembre de 1980. De acuerdo al Privy Council toda ejecución que se ejecuta luego de cinco años de su dictación, representarían

Menschenrechtsverträgen: Anmerkungen zur Entscheidung des UN-Ausschusses für Menschenrechte im Fall Kennedy gegen Trinidad und Tobago", Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2001. Klein, E., "General comments. Zu einem eher unbekannten Instrument des Menschenrechtsschutzes". Ipsen Jörg, Recht, Staat, Gemeinwohl, Festschrift für Dietrich Rauschnig, 2001, p. 308, indica que a pesar que los Comentarios Generales se presentan como expresión de la opinión del Comité, no vinculan a los miembros de éste de forma definitiva. No presentan por tanto, según el autor una opinión jurídica intocable. Es posible expresar opiniones disidentes.

¹¹⁵ Comentario General 24 (52) párr.16 und párr.17.

¹¹⁶ Comentario General 24 (52) párr.18. Cohen-Jonathan, Gérard, "La décision du Comité des droits de l'homme de l'ONU du 2 novembre 1999 dans l'affaire Kennedy contre Trinité-et-Tobago/Des réserves au premier protocole facultatif", Revue universelle des droits de l'homme, 2000, p. 210 y sgtes

¹¹⁷ Comparar con Graefrath (n.62) p. 68; Salado (n.70) p. 610 sgtes, donde se encuentra la opinión del miembro del Comité Higgins.

¹¹⁸ Martens (n.36) p. 307.

¹¹⁹ Decisión del Comité de Derechos Humanos del 31. 12. 1999, reclamo Nr. 845/1999.

un tratamiento inhumano o degradante lo que colisionaría con la Constitución de Trinidad y Tobago¹²⁰. Debido a esto la pena se conmuta por una de privación de libertad¹²¹. El gobierno de ese país y con el objeto de poder ejecutar la pena de muerte, que no está prohibida ni por el Pacto ni por el Primer Protocolo facultativo, sino sólo por el Segundo, y con la intención de no violar ese ordenamiento jurídico de alta relevancia, denuncia el Protocolo y lo ratifica nuevamente con una reserva¹²². Mediante la formulación de esa reserva al Primer Protocolo intenta el gobierno excluir del conocimiento del Comité los casos individuales concernientes a condenados a muerte¹²³.

Lo decisivo para el Comité en ese caso era establecer la medida de control aplicable. En primer lugar establece que el Protocolo Facultativo no establece ninguna disposición en relación a las reservas (párr. 6.5 de la decisión), caso en el cual son aplicables las disposiciones de la Convención de Viena, según la cual y dado el silencio del Protocolo es aplicable el criterio de compatibilidad del Art. 19 letra C de dicha Convención. El Comité continúa sus razonamientos señalando que en aplicación de la Observación General 24 no son admisibles las reservas que tienen por objeto procurar un medio para el no cumplimiento de las obligaciones que deben ser asumidos según el Pacto (Párrafo 6.6 de la decisión). El objetivo y fin del Protocolo Facultativo consiste en la competencia del Comité para controlar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Pacto. Mediante la reserva del gobierno de Trinidad y Tobago se persigue precisamente excluir de esa competencia a fin de reducir las obligaciones contraídas. El Comité es de la opinión que el efecto de la reserva formulada es la violación del Art. 26 del Pacto (Prohibición de discriminación), ya que sólo a un grupo de personas, los presos condenados a muerte, se les ha sustraído el derecho al recurso individual (párrafo 6.7 de la decisión). Sin embargo y de acuerdo al voto de minoría, en este caso es cuestionable si el Comité confunde entre garantías procesales y garantías materiales¹²⁴. Ambos tratados (Pacto y Protocolo) son instrumentos independientes (párrafo 3 del voto de minoría), y deben ser considerados de esa manera. De acuerdo al párrafo 6 del voto de minoría si a un estado le está dado el derecho y la libertad de someterse voluntariamente a un mecanismo de control, resulta difícil de comprender

¹²⁰ Art. 5, inc. 2 (b) de la Constitución de Trinidad y Tobago: "Without prejudice to subsection (I), but subject to this Chapter and to section 54, Parliament may not (b) impose or authorise the imposition of cruel and unusual treatment or punishment".

¹²¹ Stahn (n.115) p. 608.

¹²² La reserva señala que el Comité de Derechos Humanos no tendrá competencia para recibir y examinar comunicaciones referidas a un condenado a muerte, respecto de su detención, proceso, condena, pena y su ejecución, así como de cualquier otro asunto conexo. "...le Comité des droits de l'homme n'aura pas compétence pour recevoir et examiner des communications concernant un condamné à mort pour ce qui est de toute question ayant trait aux poursuites judiciaires dont il aura fait l'objet, à sa détention, à son procès, à sa condamnation et à sa peine ou à l'exécution de la peine de mort à son encontre ou à toute autre question connexe".

¹²³ En el voto disidente los argumentos del gobierno fueron considerados absolutamente legítimos. Ver párr. 10 del voto de minoría.

¹²⁴ Párr. 9 voto de minoría.

por qué él no tendría la libertad de determinar en qué situaciones y respecto de ciertos derechos reconoce esa competencia, precisamente cuando como en este caso, el tratado mismo no lo prohíbe.

Independientemente de estas dos constataciones (independencia de ambos instrumentos y libertad para el sometimiento a los mecanismos de control) no es posible ignorar la particular naturaleza de los tratados de derechos humanos. Sumado a esto, es posible exigir al estado una aplicación del derecho de sometimiento de acuerdo al principio buena fe, así como en la posibilidad de denuncia del tratado. Sin perjuicio de esto, ciertos autores sostienen que la reserva en cuestión no afecta el objeto y fin del tratado, sino sólo limita la posibilidad del recurso, sin excluirlo totalmente¹²⁵. Lo que en este caso parece particular, es la forma abusiva de la denuncia del Protocolo¹²⁶. A pesar que este retiro del tratado es de acuerdo al propio Art. 12 inc. 1 del Protocolo siempre posible, la denuncia e inmediata nueva ratificación con una reserva parece ser contraria a la buena fe (ambas ocurridas el mismo día).

En cuanto a los efectos de esa reserva, el Comité aplica el párrafo 18 de la Observación General 24 (párrafo 6.7 de la decisión), de acuerdo al cual una reserva inadmisble conduce a una total vinculación al tratado, como si la reserva no hubiese sido formulada (*severability doctrine*). De acuerdo a la opinión de la ILC¹²⁷ y según el voto de minoría del Comité¹²⁸, una solución así no se adapta al derecho internacional contemporáneo, sobretudo cuando la vigencia de la reserva representa una clara condición para ser parte del tratado. Una solución de esa naturaleza sería posible únicamente en un nivel regional de protección de los derechos humanos donde existan mínimos comunes acordados y respetados por todos los miembros del sistema.

Quizás el núcleo del asunto radique en la naturaleza de los órganos de control y la naturaleza vinculante de sus decisiones. De acuerdo al Art. 40 del Pacto el Comité puede dar recomendaciones, no vinculantes, lo que incluye a las reservas. En el marco del Primer Protocolo Facultativo la controversia que se le presenta al Comité es entre una persona y un estado. Para llegar a una decisión, que no es vinculante, el Comité debe examinar en caso de existir una reserva, si esta es o no compatible con el tratado. En caso de llegar a la conclusión que la reserva es incompatible, aplica la Observación General 24, la cual establece la solución de vinculación total. Esa decisión es esencialmente no vinculante¹²⁹. Por tanto la aplicación de la *severability doctrine* es una ficción, ya que efectos concretos no tiene. Salvo el de indicar al estado en cuestión cual debiera ser la posición de la persona afectada de acuerdo a las

¹²⁵ Martens (n.36) p. 360

¹²⁶ Stahn (n.115) p. 611.

¹²⁷ Conclusiones Preliminares número 10 y 8.

¹²⁸ Párr. 14, 15 y 16.

¹²⁹ Cohen-Jonathan (n.112) p. 210 y sgtes.

obligaciones asumidas o que se entienden asumidas al ratificar el Pacto y el Protocolo. Esto estaría en armonía con la Octava Conclusión Preliminar de la ILC que indica: “La Commission note que la valeur juridique des conclusions formulées par les organes de contrôle dans l’exercice de leur pouvoir de connaître des réserves ne saurait excéder celle découlant des pouvoirs qui leur sont conférés pour l’exercice de leur fonction générale de contrôle”. Reafirmado por la Novena Conclusión Preliminar: “La Commission appelle les Etats à coopérer avec les organes de contrôle et à tenir dûment compte des recommandations que ceux-ci pourraient formuler ou à se conformer à leur appréciation si ces organes se voient conférer à l’avenir compétence à cette fin”¹³⁰. Lo que se traduce en un cumplimiento de buena fe del tratado en cuestión.

A modo de conclusión

La codificación de las normas sobre reservas en la Convención de Viena ha dado muestras de estar justificada dentro del Derecho Internacional Público y de haber servido a la construcción de una comunidad internacional progresivamente más comprometida. Las perspectivas nacionales son consideradas, lo que permite una expansión de las relaciones internacionales. Los tratados internacionales representan fundamentalmente acuerdos de los estados sobre materias determinadas, y es este acuerdo el que da origen a las obligaciones estatales.

La Convención de Viena otorga a los estados un rol preponderante en el campo de aplicación de las reservas, sea en la formulación, aceptación u objeción de ellas, donde la reciprocidad tiene una importancia fundamental. Esa reciprocidad que informa al derecho de los tratados, no se adecua completamente al ámbito de los derechos humanos. Los estados adquieren deberes cuyo destinatario no es un estado sino una persona. El no cumplimiento de las obligaciones asumidas por un estado en orden a no respetar los derechos contenidos en el tratado ratificado, no autorizan a otro estado parte a dejar sin protección y reconocimiento a los ciudadanos de ese estado que incumplió el acuerdo primero. No se trata en estos tratados de prestaciones recíprocas entre estados, sino de reconocimiento de derechos a personas.

La Convención de Viena cuenta con una disposición que señala reservas prohibidas y permitidas (Art. 19), pero la misma Convención no relaciona la objeción o aceptación con ese Art. 19. Ambos actos, aceptación y objeción se mantienen en el margen de ponderación de los estados. Sin perjuicio que el Art. 19 letra c entrega un criterio de gran utilidad, cual es el principio de compatibilidad de las reservas con el objeto y fin del tratado, su aplicación, según

¹³⁰ Así la Comisión estima que el valor jurídico de las conclusiones formuladas por los órganos de control, en el ejercicio de sus facultades de poder conocer de reservas, no podrá exceder las facultades que le han sido conferidas para el ejercicio de su función general de control. Refirmado por la novena Conclusión Preliminar, que señala que la Comisión llama a los estados a cooperar con los órganos de control y a tener debida cuenta las recomendaciones formuladas por ellos o a aceptar sus apreciaciones en caso que los órganos tengan competencia para ello.

la Convención de Viena, forma parte de la decisión estatal.

Los tratados de protección de derechos humanos pretenden la creación de un sistema efectivo y un estándar común de protección, lo que implica un proceso paulatino. Los tratados de derechos humanos establecen derechos en favor de la persona, donde el juego de ventajas y beneficios directos para los estados, como se entienden en el Derecho Internacional general, no tiene cabida. Así el establecimiento de órganos que puedan objetivamente declarar la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin del tratado, representa un intento por superar la subjetividad de que está dotada la Convención de Viena. Ahora bien, las resoluciones de estos órganos son diversas en sus efectos. Los órganos judiciales deciden vinculantemente. Los otros, como comités y comisiones son esencialmente no vinculantes.

Sin perjuicio de esto, los órganos de los tratados sobre derechos humanos aplican las normas de la Convención de Viena. Esto porque ciertos tratados se remiten expresamente a ella, como la CIDH, o bien no contemplan normas específicas. En este último caso, las disposiciones de la Convención de Viena muestran una adecuada flexibilidad que permite aplicarlas a todo tipo de tratados, en el caso que o bien sea decidida la compatibilidad de la reserva por un órgano convencional, que aplicará objetivamente este criterio, o bien, que los propios estados, si no existen órganos establecidos por el tratado, establezcan la compatibilidad de acuerdo a su obligación general de interpretar y aplicar el tratado de buen fe, principio establecido en la propia Convención de Viena. Los efectos sin embargo de declarar una reserva como incompatible y por tanto inadmisibles, son según la práctica internacional diversos a los establecidos en la doctrina. En materia de derechos humanos se sostiene por parte de la doctrina que atendida la naturaleza de los tratados de derechos humanos, los estados no pueden disponer de normas fundamentales mediante reservas. Estas normas fundamentales identificadas con el objeto y fin del tratado, deben necesariamente ser asumidas por los estados. En caso contrario, el estado arriesga ser considerado totalmente vinculado al tratado. Esto porque las normas de derechos humanos, su sistema de protección, es aquello respecto a lo cual el estado ha manifestado su voluntad de ser parte. Por este motivo la manifestación de voluntad del estado en orden a participar en un sistema de protección de derechos humanos, pesa, según la jurisprudencia analizada, más que la voluntad de vincularse de una muy especial manera, traducido esto en el contenido de las reservas.

No es conveniente olvidar la solución a la cual llega la CIJ en la Opinión Consultiva de 1951 sobre las reservas a la Convención contra el Genocidio. La CIJ estimó que el estado debía considerarse como no vinculado al tratado si la reserva formulada era declarada como incompatible con el objeto y fin del tratado. Los órganos mencionados en este trabajo, son instituciones que han sido creadas especialmente para perfeccionar el sistema de protección de los derechos humanos, sean ellos jurisdiccionales y por tanto vinculantes en sus decisiones, o no. El ser órganos especiales para esta materia, y no para el Derecho Internacional general, como la CIJ, les daría una especificidad mayor para establecer consecuencias jurídicas en un

sentido diverso al establecido por la CIJ. Además de esto, han pasado varias décadas desde aquella Opinión Consultiva, y el desarrollo de los derechos humanos es evidente. Este desarrollo permite sostener la exigibilidad a los estados de niveles cada vez mayores de protección.

Ahora bien, las reservas a los tratados de derechos humanos son un hecho. Muchas de ellas no representan problemas con aspectos sustanciales de objeto y fin. Pero varias de ellas sí. Existiendo estas reservas y existiendo órganos convencionales, sea cual sea su naturaleza, sus decisiones en cuanto a considerar vinculado totalmente a un estado con el tratado sin considerar la reserva formulada, es una solución que se podría plantear como adecuada en sistemas que han alcanzado mayores grados de coherencia, armonía y homogeneidad. Estos son los casos del sistema europeo de protección de los derechos humanos, y el interamericano, en algunos aspectos. En el caso del europeo los estándares alcanzados permiten hablar de un sistema armónico y aceptado por todos los estados parte, más allá de la lentitud de ciertos gobiernos en cumplir con los dictados del TEDH. Su sistema basado en un Tribunal único y permanente, además de la existencia de un recurso individual que no requiere declaración de aceptación por parte del estado, hablan de un sistema altamente homogéneo. La diferencia se da en el sistema universal, donde se pretende construir una comunidad con miembros extremadamente diversos entre si. Como se indicaba precedentemente, no se trata de la europeización de Asia. Los procesos son lentos, y más aún cuando ellos implican verdaderos cambios culturales. Es por esto que la falta de órganos jurisdiccionales en los tratados a nivel universal, si bien representan precisamente un fracaso en la construcción de una comunidad integrada, representan al mismo tiempo una ventaja: es posible que estados ratifiquen tratados sobre derechos humanos, con reservas quizás de dudosa compatibilidad, pero la existencia de órganos que emitan recomendaciones, en conjunto con otras instancias de diálogo, pueden producir cambios en el largo plazo, permitiendo obtener mayores grados de compromiso. Soluciones vinculantes respecto a los efectos de las reservas incompatibles, son razonables sólo para sistemas de alta homogeneidad.

Bibliografía

- Bowett, D.W., "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", *British Year Book of International Law*, 1977, p. 67- 92.
- Cohen-Jonathan, Gérard, "La décision du Comité des droits de l'homme de l'ONU du 2 novembre 1999 dans l'affaire Kennedy contre Trinité-et-Tobago/Des réserves au premier protocole facultatif", *Revue universelle des droits de l'homme*, 2000, p. 209- 217.
- Cohen-Jonathan, Gérard, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droit de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux". *Revue générale de droit international public*, 1996, p 915- 949.

- Cohen-Jonathan, Gérard, “Les réserves à la convention européenne des droit de l’homme (à propos de l’arrêt Belilos du 29 avril 1988) ”. *Revue générale de droit international public*, 1989, p 273-31.
- Cohen-Jonathan, Gérard, “L’affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l’homme. Quelques observations”. *Revue générale de droit international public*, 1998, p 123-144.
- Chueca Sancho, Ángel, “Las reservas a los tratados de derechos humanos”, *Documentación Jurídica*, 1992, p.11-141.
- Daudet, Yvet, “Travaux de la commission du droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, 1999, p 685-696.
- Daudet, Yvet, “Travaux de la commission du droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, 1998, p 494- 511.
- Dhommeaux, Jean, “Jurisprudence du comité des droits de l’homme des Nations Unies”, *Annuaire Français de Droit International*, 1996, p 679-714.
- Dhommeaux, Jean, “Monismes et dualismes en droit international des droits de l’homme”, *Annuaire Français de Droit International*, XLI, 1995, p 447- 468.
- Enzweiler, Josef, *Der Vorbehalt in den Konventionen innerhalb der Vereinten Nationen*, Saarbrücken, 1958.
- Flauss, Jean-François, “Le contrôle de la validité des réserves par le comité des droits et l’homme des Nations Unies”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 2001, p 221-231.
- Geiger, Rudolf., *Grundgesetz und Völkerrecht*, München, 1995.
- Giegerich, Thomas, “Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenz von Vertragsgremien: ein konstitutioneller Ansatz”. *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, 1995, p 713-782.
- Graefrath, Bernhard, “Vorbehalte zu Menschenrechtsverträgen: neue Projekte und alte Streifragen”, *Humanitäres Völkerrecht*, 1996, p 68-75.
- Herndl, K., “Zur Frage des rechtlichen Status der Entscheidungen eines Staatengemeinschaftsorgans: die „views“ des Menschenrechtsausschusses”, *Völkerrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag*, 1994, Berlin.

- Hipold, Peter, “Das Vorbehaltsregime der Wiener Vertragskonvention”, Archiv des Völkerrechts, 1996, p 376-425
- Imbert, P-H., “Die frage der Vorbehalte und die Menschenrechtskonventionen”. Europäischer Menschenrechtsschutz, Schranken und Wirkungen, Verhandlungen des Fünften Internationalen Kolloquiums über die Europäische Menschenrechtskonvention in Frankfurt (Main), editor I. Maier, 1982, Heidelberg.
- Imbert, Pierre-Henri, Les réserves aux traités multilatéraux, Paris, 1979.
- Ipsen, Knut, Völkerrecht, 4. ed., München, 1999.
- Klein, Eckart., “General comments. Zu einem eher unbekannten Instrument des Menschenrechtsschutzes”. Rechts, Staat, Gemeinwohl, Festschrift für Dietrich Rauschnig, ed. Ipsen, Jörg, 2001, p 301-311.
- Kohen, Marcelo, “La codification du droit des traités : quelques éléments pour un bilan global”. Revue générale de droit international public, 2000, p.577-613.
- Kühner, Rolf., Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen, 1986.
- Kühner, Rolf, “Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen „auslegende Erklärung“ zu Art. 6 Abs. 3 Lit. e MRK”, Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht, 1982, p. 58-92.
- Llanos Mancilla, Hugo, Teoría y práctica del derecho internacional público, Tomo I, Santiago, 1980.
- Martens, Ernst, “Unzulässige Vorbehalte zu Menschenrechtskonventionen: Anmerkungen zur Diskussion”, Rechts- Staat – Gemeinwohl, Festschrift für Dietrich Rauschnig, ed. Ipsen, Jörg, 2001, p. 351-369.
- McGrory, Glenn, “Reservations of virtue? Lessons from Trinidad and Tobago’s reservation to the First Optional Protocol”, Human rights quarterly, 2001, p. 769-826.
- Polakiewicz, Jörg., “Anmerkung zur Zulässigkeitsentscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte im Fall Chrysostomos u.a. /Türkei vom 4. März 1991”, Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht, 1991, p. 145-155.
- Ress, H-K., “Die Zulässigkeit territorialer Beschränkungen bei der Anerkennung der Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Anmerkungen zum

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Loizidou gegen die Türkei vom 23. März 1995", Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht, 1996, p. 427- 423.

- Reuter, Paul., Introduction au droit des traités, Paris, 1985
- Salado, Ana, "Estudio sobre el comentario general número 24 del Comité de Derechos Humanos", Anuario de derecho internacional, 1998, p. 583-633.
- Simma, Bruno., "Reservations to Human Rights Treaties – some recent developments". Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern – in honour of his 80th birthday, p. 659-682, 1998.
- Simma, Bruno., Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, Berlin, 1972.
- Stahn, Carsten, "Vorbehalte zu Menschenrechtsverträgen: Anmerkungen zur Entscheidung des UN-Ausschusses für Menschenrechte im Fall Kennedy gegen Trinidad und Tobago", Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2001, p. 607-614.
- Stein, Torsten, "Die Außerkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge". Europäischer Menschenrechtsschutz, Schranken und Wirkungen, ed. I. Maier, 1982, p. 135-145.
- Tomuschat, Christian, "Admissibility and legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties. Comments on Arts. 16 and 17 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of treaties", Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht, 1967, p. 473- 482.
- Verdross, Alfred./ Simma, Bruno., Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, Berlin, 1984.
- Wengler, Wilhelm, Völkerrecht, Tomo1, 1964.
- Wildhaber, Luzius, "Rund um Belilos. Die schweizerischen Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Verlaufe der Zeit und im Lichte der Rechtssprechung". Klein Staat und Menschenrecht, Festschrift für Gerhard Batliner, 1993, p. 325- 339.