



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE AGUASCALIENTES**

**CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES  
DEPARTAMENTO DE DERECHO**

**TESIS**

**RESERVAS INCOMPATIBLES CON EL OBJETO Y FIN DE LOS TRATADOS  
SOBRE DERECHOS HUMANOS: HACIA SU EFECTIVA REGULACIÓN.**

**PRESENTA**

**Mtra. Ana Luna Serrano**

**PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTORA EN DERECHO**

**TUTOR**

**Dr. José Manuel López Libreros**

**INTEGRANTES DEL COMITÉ TUTORAL**

**Dra. Rosa María de la Torre Torres**

**Dr. Carlos Alberto Prieto Godoy**

**Aguascalientes, Ags, 24 de junio de 2018**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE AGUASCALIENTES

**DRA. GRISELDA ALICIA MACÍAS IBARRA**  
DECANA DEL CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES  
P R E S E N T E

Por medio del presente como Comité Tutorial designado de la estudiante **ANA LUNA SERRANO** con ID **206080** quien realizó la tesis titulada: **RESERVAS INCOMPATIBLES CON EL OBJETO Y FIN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: HACIA SU EFECTIVA REGULACIÓN**, y con fundamento en el Artículo 175, Apartado II del Reglamento General de Docencia, nos permitimos emitir el **VOTO APROBATORIO**, para que ella pueda proceder a imprimirla, y así como continuar con el procedimiento administrativo para la obtención del grado.

Pongo lo anterior a su digna consideración y sin otro particular por el momento, me permito enviarle un cordial saludo.

ATENTAMENTE

"Se Lumen Proferre"

Aguascalientes, Ags., a 10 de agosto de 2018.

**Dr. José Manuel López Libreros**  
Tutor de tesis

**Dra. Rosa María de la Torre Torres**  
Co-tutora de tesis

**Dr. Carlos Alberto Prieto Godoy**  
Co-tutor de tesis

c.c.p.- Interesado  
c.c.p.- Secretaría de Investigación y Posgrado  
c.c.p.- Jefatura del Depto. de Derecho  
c.c.p.- Consejero Académico  
c.c.p.- Minuta Secretario Técnico



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE AGUASCALIENTES  
CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES  
Y HUMANIDADES

Asunto: Autorización de Tesis  
Oficio CCS y H N°. 731

**MTRA. ANA LUNA SERRANO  
PRESENTE**

Con base en lo que establece el Reglamento de Docencia en el artículo 173, le informo que se autoriza el Tema de Tesis: **“RESERVAS INCOMPATIBLES CON EL OBJETO Y FIN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: HACIA SU EFECTIVA REGULACIÓN”** Así mismo se le designa como asesor al **Dr. José Manuel López Libreros** a fin de asignarle fecha para la verificación del Examen de Grado para la obtención del título del Doctorado Interinstitucional en Derecho, deberá cumplir con lo establecido en los artículos 161, 162, 174 y 175.

Con el objeto de dar cumplimiento a este reglamento el paso siguiente será autorizar la impresión de su tesis, toda vez que presente la carta de liberación y/o acuerdo señalado en la Fracc. II del artículo 175.

Sin más por el momento, aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.

**ATENTAMENTE  
“SE LUMEN PROFERRE”  
Aguascalientes, Ags., 28 de Agosto de 2018.**

**DRA. GRISELDA ALICIA MACÍAS IBARRA  
DECANA**

c.c.p. Dr. Francisco Javier Pedroza Cabrera. Secretario de Investigación y Posgrado del CCS y H.  
c.c.p. Dr. José Manuel López Libreros. Repr. Inst. UAA ante el Consejo Académico del DID.  
c.c.p. Archivo.



**A QUIEN CORRESPONDA  
PRESENTE**

Por este conducto, el que suscribe en cuanto coordinador de la obra colectiva "Remodelando la Esfera Jurídica. Constitución, Medio Ambiente y Derechos Humanos" hace constar que la colaboración intitulada La Gubernanza de la humanización del Derecho Internacional cuya autoría es de la **Maestra Ana Luna Serrano** y el **Doctor José Manuel López Libreros**, fue dictaminada favorablemente por parte del Comité Dictaminador para su inclusión en la obra en comento.

El libro fue publicado en 2017 por la Editorial Tirant Lo Blanch, en coedición con la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, bajo el ISBN 978-84-9169-680-3, con un tiraje de 600 libros para su puesta a disposición del público.

Se extiende la presente constancia en la Ciudad de Morelia, Michoacán el 12 de septiembre de 2018 para los fines que más convengan a la interesada.

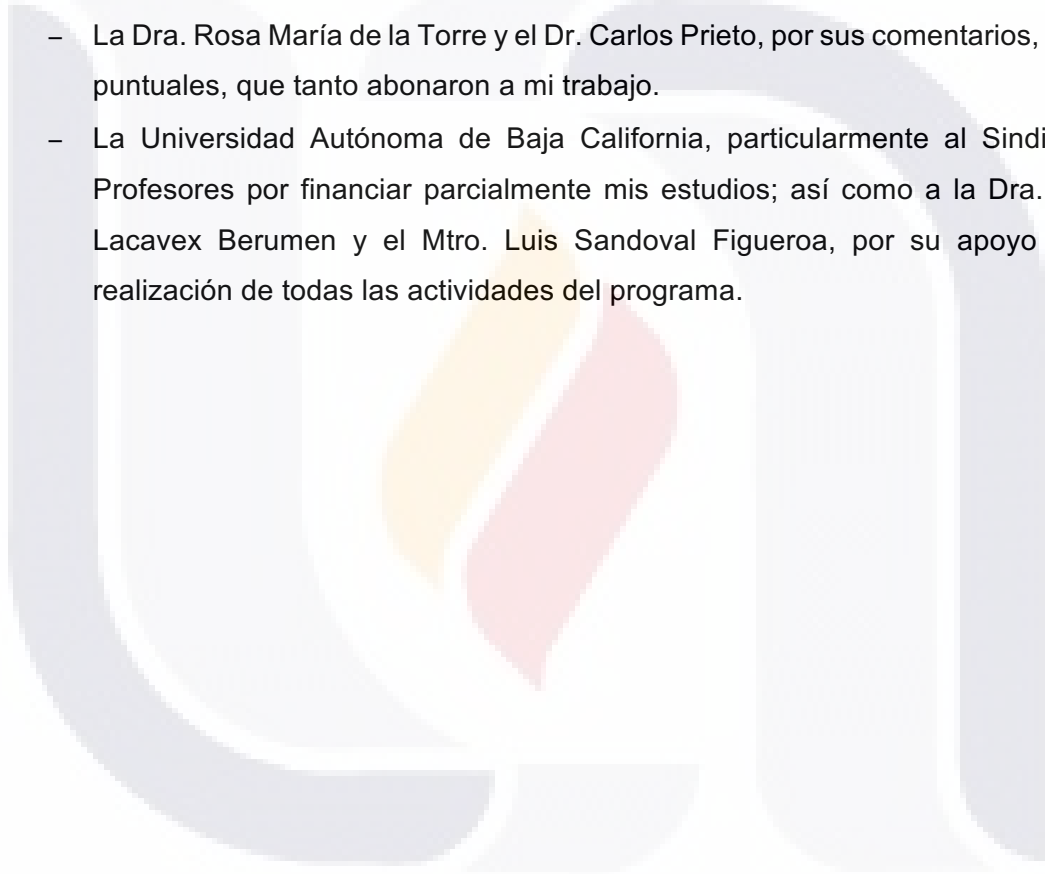
**ATENTAMENTE**

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'C. Sereno'.

**M.D.I. CÉSAR ARTURO SERENO MARÍN**  
Co-coordinador de la Obra Colectiva

Agradezco profundamente a:

- Germán, por creer en mí, impulsarme, acompañarme y crecer conmigo a lo largo de esta etapa.
- Anita, por transmitirme su gusto por estudiar y siempre esperar lo mejor de mí.
- Luis, por apoyarme a su manera.
- Katya, César, Paola, Miguel y Erick, por su amistad y compañía.
- El Dr. José Manuel López Libreros, por siempre leerme y presionarme. No pude haber pedido un mejor director de tesis.
- La Dra. Rosa María de la Torre y el Dr. Carlos Prieto, por sus comentarios, siempre puntuales, que tanto abonaron a mi trabajo.
- La Universidad Autónoma de Baja California, particularmente al Sindicato de Profesores por financiar parcialmente mis estudios; así como a la Dra. Mónica Lacavex Berumen y el Mtro. Luis Sandoval Figueroa, por su apoyo para la realización de todas las actividades del programa.



Para Otto.



**Índice General**

**Resumen..... 3**

**Abstract ..... 4**

**Introducción ..... 5**

**Capítulo I: Reservas a Tratados sobre Derechos Humanos: entre la especialización y la fragmentación del Derecho Internacional. .... 13**

    A. EL DERECHO INTERNACIONAL: UN SISTEMA COMPLEJO PARA UNA SOCIEDAD COMPLEJA..... 14

        a. *Una actualización de la postura Hartiana..... 15*

        b. *Interacción de normas en diversos niveles y un mismo objeto de protección.... 18*

        c. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un subsistema especializado. .... 19*

        d. *Evaluación de validez de las reservas como fragmentación del derecho internacional..... 23*

    B. IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL: HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. .... 24

        a. *Re-conceptualización de algunos principios del Derecho Internacional..... 27*

    C. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿NATURALEZA ESPECÍFICA? ..... 29

        a. *Modelo especializado de interpretación. .... 31*

        b. *Reservas a Tratados sobre Derechos Humanos. .... 33*

    D. COMENTARIOS DE CIERRE DEL CAPÍTULO I..... 40

**Capítulo II – La validación de las reservas a través de los órganos de vigilancia: control de la legalidad jurisdiccional y no-jurisdiccional..... 41**

    A. EL CONTROL INTERNACIONAL DE LAS OBLIGACIONES ESTATALES..... 41

    B. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y LOS ACTOS QUE EMITEN..... 42

        a. *El Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos. .... 42*

        b. *Composición, funcionamiento, e instrumentos de los órganos de vigilancia..... 43*

        c. *Evaluación de la validez de las reservas por los órganos de control. .... 45*

        d. *El soft law como la principal herramienta de los órganos de control del Sistema Universal. 59*

    C. LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. .... 63

a.	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</i>	63
b.	<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos.</i>	65
c.	<i>Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.</i>	69
D.	POSIBLES CONSECUENCIAS DE LAS RESERVAS INCOMPATIBLES CON EL OBJETO Y FIN DE LOS	
TRATADOS.	70	
E.	COMENTARIOS DE CIERRE DEL CAPÍTULO II.	73

**Capítulo III – La validación de las reservas como acto de autoridad por parte de los órganos de control: una manifestación de la gobernanza global..... 76**

A.	CONCEPTO DE GOBERNANZA GLOBAL.	76
a.	<i>Antecedentes de la gobernanza global.</i>	78
b.	<i>Características de la gobernanza global.</i>	79
B.	EL IMPACTO DE LA GOBERNANZA GLOBAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL.	82
C.	EL CONCEPTO DE AUTORIDAD PÚBLICA Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN DESDE EL DERECHO	
PÚBLICO.	84	
a.	<i>Articulación de la protección multinivel en atención a principios: lo “público” y la “subsidiariedad”.</i>	88
b.	<i>Los órganos de control de los tratados: sujetos responsables de actos de autoridad pública internacional.</i>	93
D.	PROBLEMAS IRRESOLUTOS DE LA GUÍA DE LA PRÁCTICA.	94
E.	COMENTARIOS DE CIERRE DEL CAPÍTULO III.	101

**Conclusiones y propuesta..... 103**

A.	CONCLUSIONES	103
B.	PROPUESTA.	108

**Fuentes consultadas ..... 110**

<b>ANEXO A: Texto de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63° período de sesiones (2011).</b>	<b>119</b>
---	------------

<b>ANEXO B: Pronunciamientos de los órganos de vigilancia en relación con la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.</b>	<b>152</b>
---	------------



## Resumen

Este trabajo de investigación analiza, desde una postura teórica humanista, la problemática que surge ante la formulación de reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos. Lo anterior, en el contexto de transformación y humanización que está atravesando el derecho internacional, y en general, las relaciones internacionales.

El tema de las reservas a tratados internacionales, incluyendo sobre derechos humanos, fue discutido a profundidad en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y en 2011 se aprobó la “Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados”.

Dentro de este instrumento se reconoce la capacidad de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales para evaluar la validez sustantiva de las reservas, pero respecto a los efectos jurídicos de estas declaraciones solo se establece que no serán otros que los del acto que las contiene. Es decir, si la declaración de invalidez está contenida en una sentencia vinculante y obligatoria emitida por un tribunal internacional, dicha declaración será igualmente vinculante y obligatoria; mientras que si la invalidez se estableció en una recomendación de un comité de vigilancia de un tratado, entonces la naturaleza de la declaración de invalidez será únicamente recomendatoria.

La hipótesis de la que se parte, es que el *effet utile* de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos dependerá del retiro de las reservas contrarias a su objeto y fin.

El objetivo del presente trabajo de investigación consiste en establecer los lineamientos teóricos que determinen cuáles deben ser los criterios que regulen la evaluación de la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos, por parte de los órganos de control o vigilancia de dichos tratados.

Este trabajo pone sobre la mesa del debate la necesidad de contextualizar esta problemática en una realidad cambiante, no solo del derecho internacional, sino de las relaciones internacionales en general. Se identifica la actividad de los órganos de control convencional como actos de autoridad pública internacional, justificando así la necesidad de su regulación y proporcionando algunos lineamientos iniciales sobre las características que puede tener dicha regulación.

## Abstract

This study analyzes, from a humanist point of view, the problem that arises from the introduction of reservations that are contrary to the object and purpose of human rights treaties. The above, in the context of transformation and humanization that international law, and in general, international relations, are going through.

The problem of reservations to treaties, including those on human rights, was profusely discussed by the United Nations Commission on International Law, and in 2011 the Guide to Practice on Reservations to Treaties, was approved.

This instrument, recognizes the capacity of the human rights treaty-based bodies to evaluate the validity of reservations, but regarding the effect of these declarations it only establishes that they will be those of the act that contains them. That is to say, if the declaration of invalidity is contained in a binding judgment by an international court, then that declaration will be equally binding; whereas if that invalidity was established in a recommendatory resolution by a treaty based committee, then the nature of such invalidity will be only recommendatory.

The hypothesis of this study is that the *effet utile* of human rights treaties will depend on the withdrawal of the reservations that are contrary to their object and purpose.

The purpose of this investigation is to establish the theoretical guidelines to determine the criteria that will regulate the evaluation of compatibility of reservations to the object and purpose of human rights treaties, done by treaty-based organs.

This research puts the necessity of contextualizing this problem in a shifting reality, not only for international law, but for international relations in general. It identifies the activity of the treaty based organs as acts of international public authority, thus justifying the necessity of its regulation and providing some preliminary guidelines on the characteristics that such regulation should have.

## Introducción

Por décadas, la formulación de reservas a tratados internacionales sobre derechos humanos ha sido un tema recurrente por quienes estudian el derecho internacional. Los trabajos más recientes de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, CDI), en relación con esta materia, parecen haber dejado irresueltos algunos puntos relacionados con la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados, así como la determinación de esa compatibilidad y los efectos jurídicos de la resolución que le contenga.

En la presente investigación, pretendemos adentrarnos, desde una postura teórica humanista, a la problemática que surge ante la formulación de reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados. Nos interesa particularmente analizar esta problemática en el contexto de transformación y humanización que está atravesando el derecho internacional, y en general, las relaciones internacionales.

La importancia de dicha problemática reside en que las reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados, atentan directamente contra el efecto útil de dichos instrumentos, cuyo contenido, como analizaremos en el primer capítulo de nuestro trabajo, consiste en principios de orden público internacional.

Antes de presentar nuestra hipótesis y objetivo, abundaremos sobre los antecedentes técnicos y teóricos de este problema de investigación. El primer antecedente técnico al que debemos referirnos para introducirnos a esta temática es la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 1951 sobre reservas a la Convención contra el Genocidio.<sup>1</sup> En ella, la CIJ determinó que, en principio, las reservas eran admisibles, siempre y cuando no fueran en contra del objeto y fin del tratado.

Años después, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, Convención de Viena), se definió a las reservas como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de

---

<sup>1</sup> CIJ, Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción el Delito de Genocidio, Opinión Consultiva, 28 de mayo de 1951.

ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización”<sup>2</sup>. Dentro del mismo instrumento normativo, se establecen los criterios para determinar aquellas reservas que están permitidas y el mecanismo de aceptación u objeción de las mismas entre los Estados parte del tratado.

El régimen de Viena no resolvió *a priori* la cuestión relativa a la incompatibilidad con el objeto y fin de un tratado, sino que optó por un enfoque casuístico, en el que en cada tratado los Estados partes determinarán si las reservas formuladas ante el instrumento correspondiente resultan admisibles o no. De acuerdo con el artículo 20 de la Convención de Viena, basta con que un Estado parte acepte una reserva considerada por el resto como incompatible, o incluso, que sin aceptarla, no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado que formuló la reserva, para que esta entre en vigor y despliegue sus efectos jurídicos.

El problema de este régimen flexible es que no impone sobre los Estados partes en un tratado la obligación de objetar aquellas reservas que vayan en contra del objeto y fin del mismo. Estamos entonces ante una doble discrecionalidad de los Estados: en primer lugar en cuanto a la valoración subjetiva y unilateral de la compatibilidad o incompatibilidad de la Reserva formulada por un Estado; y en segundo lugar, una vez que un Estado determine que una reserva es incompatible con el objeto y fin del tratado, este aún es libre de decidir si la acepta o rechaza.<sup>3</sup>

En el caso particular de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se ha cuestionado ya la pertinencia de las disposiciones relativas a la admisibilidad de las reservas que establece la Convención de Viena.<sup>4</sup> Expertos como Hernán Salgado Pesantes, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, criticó desde principios de los noventa la amplia flexibilidad del régimen de Viena

---

<sup>2</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331, adoptada el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980.

<sup>3</sup> Velázquez Borges, Sudis María, “Las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 41, núm. 115, 2011, p. 435.

<sup>4</sup> López Hurtado, Carlos “¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del derecho internacional? Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, vol. I, pp. 251 – 252.

sobre reservas a los tratados, proponiendo desde entonces la necesidad de un régimen especial para las reservas a tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.<sup>5</sup>

Cabe mencionar que el número de reservas formuladas a las disposiciones fundamentales de los tratados sobre derechos humanos es muy alto, y tan solo un número reducido de Estados han retirado esas reservas inválidas. Al formular reservas a tratados fundamentales sobre derechos humanos, los Estados parte suelen justificarse en el sentido de que las disposiciones del instrumento correspondiente resultan incompatibles con su normatividad nacional, religión o tradiciones. Por lo tanto, la implementación de los tratados se complica o incluso imposibilita.<sup>6</sup>

Autores como Seibert-Fohr, Schmidt, e Imbert<sup>7</sup> defienden la aplicabilidad del actual régimen de Viena a los tratados internacionales de derechos humanos, los cuestionamientos y críticas ya mencionados se ven fortalecidos con la tendencia de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de los tribunales internacionales, de declarar la invalidez de algunas reservas.<sup>8</sup>

La principal ventaja de que los órganos de control de los tratados supervisen la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de estos instrumentos, es que estos deciden y consideran más que los intereses particulares de los Estados, la observancia integral y armónica del tratado en cuestión. Si se tratara de tratados de naturaleza sinalagmática, los Estados serían muy cuidadosos en su revisión de las reservas, ya que podrían afectar derechos establecidos en su beneficio. No obstante, en materia de derechos

---

<sup>5</sup> Salgado Pesantes, Hernán, "Las reservas en los tratados de Derechos Humanos", en *Liber amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 1-15.

<sup>6</sup> Akstiniené Aisté, "Reservations to human rights treaties: problematic aspects related to gender issues", *Jurisprudencija – Jurispdrudence*, 2013, p. 453.

<sup>7</sup> Seibert-Fohr, A. "The potentials of the Vienna Convention on the Law of Treaties with respect to reservations to Human Right Treaties", en Ineta Ziemele (ed.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime*, 2004, pp.183-211, p.207; Schmidt, M. "Reservations to United Nations Human Rights Treaties – The Case of the Two Covenants", en Gardner, J.P. (ed.) *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, 1997, pp.20-34, p. 33; Imbert, P., "Reservations and Human Rights Conventions", *Human Rights Review*, 1981, pp.28-46.

<sup>8</sup> Esta tendencia comenzó desde 1999 con la decisión sobre la admisibilidad del caso Rawle Kennedy por el Comité de Derechos Humanos, y continúa siendo vigente. Un ejemplo más reciente es la sentencia del caso Radilla Pacheco vs. México de 2009 donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró inválida una reserva formulada por el Estado mexicano a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

humanos, al carecer de una estructura de reciprocidad, los Estados no necesariamente realizan un examen a cabalidad de las reservas.<sup>9</sup>

Desde una postura conciliadora puede afirmarse que el régimen de Viena no resulta totalmente inadecuado para el ámbito de derechos humanos, pues al ser flexible, posibilita la creación y consolidación progresiva de una cooperación internacional orientada a la protección de los derechos humanos. Asimismo, como ya hemos mencionado, la Convención de Viena retoma el criterio del objeto y fin, lo que permite evaluar la admisibilidad de las reservas con cada tratado. El problema es que las consecuencias jurídicas de la objeción o aceptación de una reserva inadmisibles no están reguladas.<sup>10</sup>

El tema de las reservas a tratados internacionales, incluyendo sobre derechos humanos, ha sido discutido a profundidad en la CDI, y en 2011 se aprobó la “Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados” (en adelante, la Guía de la Práctica).<sup>11</sup> Esta guía se compone de directrices enunciadas con el objetivo de “ayudar a los profesionales del derecho internacional, que con frecuencia deben afrontar problemas delicados relativos sobre todo a la validez y los efectos de las reservas a los tratados, respecto de los cuales las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 contienen normas incompletas y a veces oscuras”.<sup>12</sup>

Dentro de estas directrices se reconoce la capacidad de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales para evaluar la validez sustantiva de las reservas, pero respecto a los efectos jurídicos de estas declaraciones solo se establece que no serán otros que los del acto que las contiene. Es decir, si la declaración de invalidez está contenida en una sentencia vinculante y obligatoria emitida por un tribunal internacional, dicha declaración será igualmente vinculante y obligatoria; mientras que si la invalidez se estableció en una recomendación de un comité de vigilancia de un tratado, entonces la naturaleza de la declaración de invalidez será únicamente recomendatoria.

Algunas de las interrogantes que permanecen sin resolver después de la publicación de la Guía de la Práctica respecto de la problemática planteada son las siguientes:

---

<sup>9</sup> Benavides Casals, María Angélica, “Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 13, núm. 1, 2007, p. 178.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>11</sup> ONU, Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, A/66/10/Add.1, 26 April-3 June and 4 July-12 August 2011.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 32.

¿Las declaraciones de invalidez de las reservas por parte de los órganos de vigilancia de los tratados cumplen con el objetivo de impedir que dichas reservas sigan surtiendo efectos jurídicos?

¿Cuál ha sido la respuesta de los Estados autores de reservas a tratados de derechos humanos que han sido declaradas como inválidas? ¿Es necesario regular la respuesta que deben tener los Estados ante las declaraciones de invalidez de las reservas que formulan? De ser así ¿Cómo deberían responder los Estados que se encuentren en dicha situación?

¿Sigue surtiendo efectos jurídicos una reserva que ha sido declarada inválida por un órgano de vigilancia de los tratados o un tribunal internacional?

¿Es suficiente la Guía de la Práctica para regular la evaluación de reservas por parte de tribunales y órganos de vigilancia de los tratados? De lo contrario ¿De qué manera debe regularse la evaluación de la admisibilidad de las reservas por parte de los órganos de vigilancia de los tratados?

Para quien estudia y promueve los derechos humanos, las reservas a tratados de esta naturaleza pueden parecer algo negativo o incluso aberrante. Desde otra perspectiva, las reservas son un medio para lograr la universalidad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entendiendo por universalidad, no la uniformidad respecto al entendimiento de los derechos, sino el que estos instrumentos obtengan el mayor número de ratificaciones posible. A nuestro parecer esta última perspectiva es la más acertada, pues consideramos que las reservas reconocen la pluralidad de culturas y sistemas jurídicos de los distintos Estados que forman o pretenden formar parte de los tratados multilaterales sobre derechos humanos.

A partir de esta premisa, en la presente investigación nos limitaremos a analizar la problemática en torno a la admisibilidad y entrada en vigor de aquellas reservas que son incompatibles con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos; particularmente, nos referiremos a la evaluación de la admisibilidad de las reservas por parte de los órganos de control de esos tratados. Todo lo anterior, desde una visión humanista del derecho internacional.

Así, aunque el régimen de Viena establece un sistema de aceptación y objeción de reservas entre los Estados parte del tratado, este no será objeto de la presente investigación.

Nuestro estudio resulta relevante debido, en primer lugar, a la tendencia evolutiva del Derecho internacional público hacia la protección de los derechos fundamentales de los individuos; en segundo lugar, puesto que la práctica reiterada de los órganos de vigilancia de los tratados y de los tribunales internacionales sigue sin contar con un fundamento convencional, por lo que puede ser fácilmente cuestionada por los Estados; finalmente, porque los recientes trabajos de la CDI no solo son omisos respecto a la necesidad de crear un régimen especial para tratados de Derechos Humanos, sino que dejan sin resolver cuestiones de particular importancia en relación con los efectos jurídicos de las reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados que son declaradas inválidas por los órganos de vigilancia de los tratados.

La doctrina sobre el tema que en particular nos ocupa se encuentra dividida, por un lado se encuentran quienes consideran que el actual régimen jurídico sobre reservas a los tratados internacionales, que contempla la CVT y la Guía de la Práctica logra equilibrar la universalidad con la integridad del tratado; mientras que por otra parte hay quienes sostienen que la CDI aún debe atender las particularidades propias de la naturaleza de los tratados en materia de Derechos Humanos.

Alain Pellet afirma que si la Guía de la Práctica es omisa respecto a las particularidades de los tratados en materia de Derechos Humanos, es porque la CDI no consideró que existiera una justificación para alejarse del régimen tradicional de Viena sobre reservas a los tratados y sostiene que este es lo suficientemente flexible como para solucionar las problemáticas que puedan surgir en materia de Derechos Humanos así como en cualquier otra materia.<sup>13</sup> La postura de Pellet es también defendida por Liede, Lasma y Ziemele.<sup>14</sup>

Otros, como McCall Smith, Baratta y Akstiniene se han pronunciado manifestando la gravedad de las lagunas prevalecientes en el régimen de Viena respecto a la práctica de

---

<sup>13</sup> Pellet, Alain, "Reservations to treaties and the integrity of human rights", en S. Sheeran y Sir R. Nigel (coord.), *Routledge Handbook of International Human Right Law*, Routledge, 2013, p. 324.

<sup>14</sup> Ziemele, Ineta/ Liede, Lasma., "Reservations to Human Rights Treaties: from Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6", *The European Journal of International Law*, Oxford University Press, vol. 24, núm. 4, 2013, p.1147.



los órganos de vigilancia de los tratados de establecer la invalidez de las reservas formuladas a disposiciones de derechos humanos.<sup>15</sup>

Nuestra hipótesis, es que el *effet utile* de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos dependerá del retiro de las reservas contrarias a su objeto y fin.

Dicho de otra forma, aunque los órganos de control de los tratados determinen que una reserva es incompatible con el objeto y fin de un tratado, esta seguirá “en vigor”, o surtiendo sus efectos jurídicos, en tanto el Estado que la formuló no decida retirarla.

Es menester aclarar que de ninguna manera consideramos que las reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos sean el único factor que juega un papel determinante en la realización del efecto útil de estos instrumentos.

Consideramos que existe una multiplicidad de factores que pueden facilitar u obstaculizar dicha realización. Entre ellos, posiblemente los más relevantes sean aquellos relacionados con la implementación del tratado por parte de las autoridades de los Estados. De ellas depende, entre otras cosas, el presupuesto que se destine a cumplir con las obligaciones derivadas del tratado; así como la realización de un control de convencionalidad *ex officio* que garantice la inaplicación de aquellas normas que vayan en contra del objeto y fin de los tratados.

No obstante, nuestra investigación se ubica en un momento previo al de la implementación, donde pueden presentarse las prácticas antes mencionadas. Se trata del momento en que el Estado manifiesta su intención de obligarse por el tratado. Si desde ese momento el Estado condiciona su consentimiento a una reserva que es contraria al objeto y fin del tratado, es de esperarse que la implementación del tratado no cumpla con el propósito del mismo, comprometiendo el efecto útil de dicho instrumento.

Así, el objetivo del presente trabajo de investigación, será establecer los lineamientos teóricos que determinen cuáles deben ser los criterios que regulen la evaluación de la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos, por parte de los órganos de control o vigilancia de dichos tratados.

---

<sup>15</sup> Akstiniené, Aisté, *op. cit.*, p. 457; Baratta, R, “Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded?”, *European journal of international law*, vol. 11, núm. 2, 2000, p.416; McCall-Smith, K. “Mind the Gaps: The ILC Guide to Practice on Reservations to Human Rights Treaties”, *International Community Law Review*, vol.16, 2014, pp.263-305, p.290.

Para lograrlo, en el primer capítulo comenzaremos por analizar el carácter sistémico del derecho internacional, mismo que ha venido atravesando un proceso de fragmentación y especialización, donde el derecho aplicable a un subsistema especializado, no necesariamente aplica o es idóneo para otro subsistema. Asimismo, en este capítulo analizamos el fenómeno de humanización del derecho internacional público.

En el segundo capítulo, nos adentraremos al estudio de la práctica de los órganos de control de los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos, así como a las posibles consecuencias de la determinación de incompatibilidad de una reserva conforme al objeto y fin del tratado.

En el tercer y último capítulo abordamos el tema de la gobernanza global, y hacemos un análisis de los actos de los órganos de control de los tratados como actos de autoridad pública.

A partir de lo anterior, propondremos algunos lineamientos generales que deberán tomarse en cuenta para la regulación de las actividades con carácter de autoridad pública que ejercen los órganos de control de los tratados.

Esperamos que los resultados de nuestro análisis contribuyan al debate doctrinal actual en torno a los problemas irresueltos sobre las reservas a disposiciones fundamentales sobre derechos humanos, pero también sobre la necesidad de regular los actos de autoridad pública en un contexto de gobernanza global.

## Capítulo I: Reservas a Tratados sobre Derechos Humanos: entre la especialización y la fragmentación del Derecho Internacional.

En el presente capítulo se identificará a nuestro problema de investigación dentro del universo del derecho internacional público, partiendo desde una postura humanista, así como de la premisa de que Derecho Internacional es un sistema jurídico en sí mismo.

Para lograrlo nos remitiremos primeramente al trabajo de H.L.A. Hart, con la intención de adecuar su propuesta teórica a la realidad actual del orden mundial, consultando posturas teóricas y prácticas más recientes.

La importancia de referirnos a Hart, en particular, atiende a varias razones. Primeramente, Hart fue el principal positivista que se opuso a la teoría realista de Austin, que consideraba al derecho como una serie de mandatos, y entre otras cosas, negaba que el derecho internacional pudiera ser clasificado como derecho.<sup>16</sup> En segundo lugar, Hart es uno de los principales positivistas contemporáneos y el único que, a diferencia de los positivistas clásicos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, como Jellinek<sup>17</sup> y Triepel<sup>18</sup>, no se limita a una postura voluntarista consistente en afirmar que el derecho internacional únicamente era válido si así lo determinaban libremente los Estados.

Por otro lado, el propósito de establecer que el derecho internacional público es un sistema, es ubicar dentro de este al derecho internacional de los derechos humanos como un subsistema especializado, que no solo representa una forma de *lex specialis* sino que ha demostrado tener un impacto transformador en principios del Derecho Internacional general, tales como el principio de no intervención y el propio principio de soberanía.

Como se analizará más adelante, la nueva concepción del principio de soberanía ha abierto la puerta a las distintas prácticas de los órganos de vigilancia de los tratados, sobre los que hablaremos en el siguiente capítulo. Sin embargo, prevalecen teorías voluntaristas que defienden la concepción clásica de la soberanía, y el funcionamiento de la Sociedad Internacional nos demuestra que más que actuar conforme a intereses

---

<sup>16</sup> Cfr. Isler Soto, Carlos. “¿Es el derecho un sistema de mandatos? La crítica de Hart a la teoría imperativista del derecho”, *Revista de derecho Universidad católica del norte*, vol.17, núm.1, 2010, pp.147-162.

<sup>17</sup> Jellinek, Georg, *La naturaleza jurídica de los Tratados*, 1880, pp. 48–49.

<sup>18</sup> Triepel, Heinrich, *International Law and National Law*, 1899, p.81.

universales o supranacionales, los Estados siguen actuando conforme a sus intereses particulares, imponiéndose aquellos de los países más poderosos.

Es así que en la práctica no basta –o por lo menos sigue siendo altamente debatible– utilizar el argumento humanista para imponer obligaciones que los Estados no han asumido de forma voluntaria, en ejercicio de su soberanía.

En este orden de ideas, señalaremos aquí las particularidades de los tratados sobre derechos humanos, que ameritan que la regulación sobre las reservas a los mismos sean atendidas de manera distinta a aquella establecida en el régimen de Viena. Para hacerlo nos remitiremos a los posicionamientos de distintos organismos internacionales que a lo largo de las últimas décadas se han manifestado en dicho sentido.

Lo que en este capítulo buscamos demostrar respecto a las reservas, es que se justifica su análisis diferenciado por ser el derecho internacional de los derechos humanos una forma de *lex specialis* que amerita una interpretación distinta de aquella del derecho internacional general.

#### **A. El derecho internacional: un sistema complejo para una sociedad compleja.**

La idea de identificar al Derecho, en general, como un conjunto de elementos sistematizados y no como un simple catálogo de normas, no es nueva para el razonamiento jurídico y puede afirmarse que existe un consenso en la doctrina de considerarlo como tal. A partir de este entendimiento se han formulado posicionamientos teóricos sobre cuáles son las características de este sistema, e incluso de identificar a las distintas “vertientes” del derecho como sistemas especializados con características propias. Lo que no necesariamente puede sobreentenderse, es que el Derecho Internacional, en particular, deba de considerarse como un sistema. Sobre todo, debido a que el propio H.L.A. Hart lo negó específicamente en su momento y dio sus razones para hacerlo.<sup>19</sup>

El problema con sostener que el derecho internacional no es un sistema sino un simple conjunto de reglas, es que puede fortalecer la postura de aquellos que consideran que el derecho internacional es inferior al derecho interno. De tal suerte, se minimizaría la violación de las normas internacionales y al establecer la relación entre el derecho internacional y el derecho interno se tendería a jerarquizar por encima al derecho interno por su complejidad como sistema. Ante este panorama, la idea negación del derecho

---

<sup>19</sup> Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

internacional como sistema pareciera ser tan problemática como la negación de Austin del derecho internacional como derecho.<sup>20</sup>

A continuación, explicaremos las razones por las cuales consideramos que esta postura no puede sostenerse en la actualidad.

En su obra “El concepto de Derecho”, Hart sostuvo que el Derecho Internacional no era un sistema, sino un mero conjunto de normas primarias aisladas las unas de las otras. El autor fundamenta dicho posicionamiento afirmando que no hay regla básica en el derecho internacional que establezca la validez de sus reglas y que las reglas internacionales que son operativas conforman, consecuentemente, un conjunto de reglas y no un sistema. Sin embargo, afirma que probablemente el derecho internacional se encontraba entonces en una etapa de transición orientada hacia la aceptación de formas que lo aproximarían en estructura a un sistema nacional, dispersando las últimas dudas escépticas sobre la cualidad jurídica del derecho internacional.<sup>21</sup>

Por lo tanto, teniendo en consideración que dichas afirmaciones fueron formuladas por Hart en 1961, y que él mismo dejó la puerta abierta a analizar al derecho internacional en un proceso evolutivo hacia una realidad distinta a la que él percibía en dicho momento, procederemos a identificar un par de cambios que seguramente harían que el propio Hart reconociera al derecho internacional actual como un sistema jurídico.

**a. Una actualización de la postura Hartiana.**

En primer lugar, a partir del desarrollo de la teoría de Hart, el derecho internacional ha evolucionado de manera que la realidad actual contrasta con algunas de las carencias identificadas entonces por el autor. Un ejemplo de esto sería el funcionamiento de la Unión Europea, donde desaparece la carencia de una legislatura internacional y de un tribunal regional, competentes al menos en los ámbitos que se han comunitarizado.

En segundo lugar, Hart sostuvo que no había una regla básica en el derecho internacional, porque la que había sido propuesta hasta ese momento, consistente en que “Los Estados deben conducirse como acostumbran a hacerlo” representaba una mera repetición del hecho de que los Estados aceptan un conjunto de normas como obligatorias, o dicho de otra forma, que los Estados aceptan un conjunto de normas primarias, lo cual,

---

<sup>20</sup> Payandeh, Mehrdad, “The concept of international law in the jurisprudence of H.L.A. Hart”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 4, 2010, p. 978.

<sup>21</sup> Hart, H.L.A., op.cit, pp. 286-292.

no representaba de ninguna manera una norma secundaria que justificara la estructura sistémica del derecho Internacional. Sin embargo, en la actualidad dicha propuesta ha quedado en el olvido y se ha sustituido por la que considera que la composición sistémica del derecho internacional, se encuentra en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, relativos a la interpretación de los tratados.

En el artículo 31 se establece la regla general de interpretación de los tratados, consistente en realizarlo de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Asimismo, se introduce la figura de la interpretación sistémica, pues se establece que al interpretar el tratado deben tomarse en cuenta, entre otros instrumentos, toda práctica y forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Es decir, al ser el derecho internacional un sistema y no un conjunto de normas aisladas, los tratados deben entenderse como parte de ese sistema y al interpretarlos se deben tener en cuenta los otros instrumentos que forman parte del mismo.

Por su parte, el artículo 32 establece los medios complementarios de interpretación cuando el resultado de la interpretación realizada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Esta es precisamente la postura adoptada por la CDI, que abordó metódicamente el tema de la integración sistémica en su informe sobre la fragmentación del derecho internacional.<sup>22</sup> Este informe retoma la teoría hartiana y expone que al no haber una voluntad legislativa única tras el derecho internacional, el razonamiento jurídico no puede entenderse como una aplicación mecánica de normas, decisiones o pautas de

---

<sup>22</sup> En el año 2000, la CDI celebró su 52º período de sesiones, incluyendo en su programa de trabajo a largo plazo el tema “Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional”, este mismo tema fue incluido nuevamente en el 54º periodo de sesiones de la CDI , celebrado en 2002, pero bajo el nombre “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, creando un Grupo de Estudio que trabajaría por cuatro años sobre la temática, presentando su informe consolidado en 2006. Dado que el referido estudio versa, en general, sobre la relación entre normas generales y normas especiales, el Grupo de Estudio sostuvo dentro de su informe que para entender dicha relación, era necesario hacerlo como parte de un “sistema”. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/L.682,13 de abril de 2006.

comportamiento, sino como la operación de un sistema orientado hacia el cumplimiento de algún objetivo. Esto quiere decir que, en ocasiones, la interpretación jurídica consiste en vincular una norma poco clara con una finalidad u objetivo, para así posicionarla dentro de algún sistema y justificar su aplicación de una forma y no de otra.

En cuanto a la doctrina, un autor que ha retomado la postura Hartiana es Manuel Diez de Velasco. Sin embargo, su postura difiere de aquella de la CDI, en el sentido de que para este autor el carácter sistémico del derecho internacional Público no proviene de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, sino de los principios contenidos en el artículo 2 de la Carta de la ONU. Para Diez de Velasco esta disposición que establece las obligaciones principales a que se somete la conducta de los órganos de la ONU y las relaciones entre los Estados miembros es equiparable a las normas secundarias de la clasificación Hartiana.<sup>23</sup>

Otros, como Anthony Lesser y Sebastián Green-Martínez han propuesto que la regla de reconocimiento se encuentra en el artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ, que enumera las fuentes del derecho internacional.<sup>24</sup> Para quienes sostienen esta postura, el artículo 38.1 se ha convertido en una norma de reconocimiento consuetudinaria, pues ha sido indiscutiblemente referida por funcionarios de distintos Estados, permitiendo el desarrollo progresivo del derecho internacional.

En suma, a pesar de que el propio Hart no refería al derecho internacional como un sistema, a partir de la evolución acelerada de las relaciones internacionales resulta necesaria una actualización de su postura. A partir de un análisis de la situación actual del Derecho internacional, incluso a partir de los indicadores proporcionados por Hart, podemos sostener que el Derecho internacional, al contar con una regla de reconocimiento e instituciones supranacionales de carácter legislativo y jurisdiccional, es en efecto, un sistema.

Debemos reconocer que la eficiencia del derecho internacional tiene algunas deficiencias al enfrentar el reto de regular la conducta de Estados y agentes de los Estados,

---

<sup>23</sup> Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18ª Ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 7.

<sup>24</sup> Green-Martínez, Sebastián A., "El derecho internacional actual ¿un derecho primitivo? Una reflexión a 50 años de "The Concept of Law", Universidades, *Unión de Universidades de América Latina y el Caribe, UDUAL*, núm. 51, 2011, pp. 17-28, p.19; Lesser, Anthony/ Hart, H. L. A., *on International Law*, *Kritikos, An International and Interdisciplinary Journal of Postmodern Cultural Sound*, vol. 11, 2014, pp.1-25.

o de restringir el uso de la fuerza y el poder en las relaciones internacionales, pero deficiencias estructurales similares existen en el derecho interno de los Estados sin que por ello pretenda cuestionarse su naturaleza sistémica.<sup>25</sup>

De hecho, se ha tornado un sistema tan complejo, o caótico,<sup>26</sup> que han aparecido subsistemas especializados con normas que pueden llegar a apartarse de aquellas del derecho internacional general. Uno de estos subsistemas es precisamente el derecho internacional de los derechos humanos, procederemos a explicar las implicaciones que esta especialización conlleva.

**b. Interacción de normas en diversos niveles y un mismo objeto de protección.**

A partir de la identificación del derecho internacional como un sistema, se ha propuesto también la existencia de tres distintos niveles dentro del sistema. A saber: derecho constitucional internacional; derecho internacional público; y los derechos de las naciones.<sup>27</sup>

El derecho constitucional internacional contiene las relaciones jurídicas estructurales que son intrínsecas para la existencia de otras sociedades subordinadas. Determina la relación sistemática entre los otros dos niveles del sistema, así como la relación horizontal entre los derechos de las naciones.<sup>28</sup>

El derecho internacional público es el derecho del inter-gobierno de la sociedad internacional, siendo los Estados las sociedades con la capacidad reconocida para participar en el mismo. El derecho constitucional internacional determina las condiciones para dicha participación, así como la de otros sujetos.

Finalmente, los derechos internos de las naciones conforman otra parte integral del sistema jurídico internacional. Al respecto, se afirma que la distribución de la autoridad constitucional entre dichos sistemas legales subordinados no puede ser determinada por ellos mismos, sino por un sistema jurídico superordinado, concretamente, el derecho

---

<sup>25</sup> Payandeh, Mehrdad, *op. cit.*, p. 994-995.

<sup>26</sup> En relación con este tema, véase: De la Torre Torres, Rosa María y Jara Guerrero, Salvador, "La dinámica constitucional: un sistema caótico", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, pp. 261-282

<sup>27</sup> Allot, Philip. "The concept of international law", *European Journal of International Law*, 10, 1999, p. 37.

<sup>28</sup> Idem.



constitucional internacional. De igual forma, el contenido de los derechos de cada Estado puede estar sujeto a relaciones jurídicas que surgen en el derecho constitucional internacional o en el derecho internacional público, y estas prevalecen por encima del derecho de los sistemas subordinados.<sup>29</sup>

Lo anterior, implica la existencia de una jerarquía entre los tres niveles, teniendo supremacía el derecho constitucional internacional, y prevaleciendo el derecho internacional público por encima del derecho interno de los Estados.

Evidentemente no podemos afirmar que esta postura sea la única o que no sea debatible lo que se propone. De hecho, pareciera que esta teoría pertenece a la clásica postura monista internacionalista, que basándose en la ideología de Hans Kelsen, propone que las normas de derecho interno y las de derecho internacional forman parte de un mismo sistema regido por jerarquías, donde la jerarquía superior la tiene el derecho internacional.

El sistema jurídico internacional reconcilia así los intereses comunes de los tres subsistemas, siendo el principal de ellos la supervivencia y prosperidad de la persona humana.<sup>30</sup>

### **c. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un subsistema especializado.**

El ya referido estudio de la CDI sobre la fragmentación del Derecho Internacional, advierte que recientemente la vida internacional ha enfrentado un fenómeno sociológico conocido como “diferenciación funcional”, que consiste en la especialización de partes de la sociedad y su consecuente autonomización.<sup>31</sup>

Esta especialización ha alcanzado la esfera jurídica y se refleja en la aparición de complejos de normas especializados y relativamente autónomos, de manera que lo que anteriormente estaba regido por el derecho internacional general, ahora se rige por sistemas especializados como el “derecho mercantil”, “derecho del mar”, “derecho europeo”, o “el derecho internacional de los derechos humanos” que es el que nos ocupa en el presente estudio. Esta especialización del derecho internacional trae consigo

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> ONU, Asamblea General, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional”, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, disponible en [undocs.org/A/CN.4/L.682](http://undocs.org/A/CN.4/L.682), párr. 7.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales que se apartan de la práctica general, e incluso la posible pérdida de una perspectiva general del derecho.

Estos nuevos tipos especializados de derecho, de regímenes llamados autónomos, y de sistemas de tratados limitados funcional o geográficamente, como es el caso europeo, generan un problema de coherencia en el derecho internacional, mismo que justifica la inclusión de esta temática en la agenda de la CDI. Los nuevos regímenes suelen incluir nuevos tipos de cláusulas o prácticas de tratados que pueden llegar a ser incompatibles con el derecho internacional general o incluso con el derecho de otro régimen autónomo.

Según el informe del Grupo de Estudio de la CDI, el derecho internacional de los derechos humanos es un subsistema especializado, también llamado (equivocadamente, según el propio informe) régimen “autónomo”.

La CDI afirma que resulta más conveniente referirse a estos regímenes como “especiales”. Para ejemplificar lo anterior se refiere a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) respecto a que el Convenio Europeo no puede interpretarse en el vacío, sino que deben tenerse en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional general, y en la medida de lo posible interpretarse armónicamente con estas. Esto quiere decir que el Convenio Europeo no es ni ha sido un régimen “autónomo”, en el sentido de que no exista la posibilidad de recurrir a normas de derecho internacional general, sino todo lo contrario, de acuerdo con el TEDH, el Convenio Europeo debe ser interpretado en armonía con estas normas.

Al respecto, cabe distinguir entre los dos usos distintos que se dan a la noción de “régimen autónomo”. En primer lugar, al utilizarla en sentido estricto señala un conjunto especial de normas secundarias respecto de la responsabilidad del Estado, que guarda primacía sobre las normas generales al mismo respecto. Mientras que en un sentido amplio, la noción se refiera a conjuntos interrelacionados de normas primarias y secundarias, a las que se suele denominar “sistemas” o “subsistemas” de normas que abordan un problema particular de una manera distinta a las normas de derecho general.

La creación de un régimen especial en sentido amplio puede producirse mediante uno o varios tratados, e incluso, a través de una serie de disposiciones convencionales que se desarrolle progresivamente sin la intervención voluntaria de los Estados Partes, por ejemplo, a través de la actividad de los órganos de vigilancia de los tratados. Aunque la voluntad de los Estados fue clave para el establecimiento de dichos órganos, el verdadero

grado de autonomía lo establecen ellos mismos a través del principio de *kompetenz-kompetenz* .

Para el Grupo de Estudio de la CDI, la técnica de interpretación del Convenio Europeo, adoptada por el TEDH como instrumento de orden público europeo para la protección de los individuos es un ejemplo de un subsistema bastante amplio.<sup>32</sup>

Esta técnica de interpretación tiene su base en el criterio de este organismo, pues según quedó establecido en la sentencia del caso Irlanda c. Reino Unido de 1978,<sup>33</sup> al aplicar un tratado normativo debe velarse por su objeto y fin, no así la interpretación que más limite las obligaciones de los Estados Parte. Se hace notar que se ha separado más notoriamente del derecho general al sostener que el Convenio Europeo crea una red de obligaciones mutuas y bilaterales pero también obligaciones objetivas, a diferencia de los tratados internacionales generales que crean obligaciones sinalagmáticas. Por ende, se refiere a la naturaleza específica de los tratados en materia de derechos humanos frente al derecho internacional general, diversa pero no ajena.

Aunque sin duda el TEDH ha sido el precursor en elaborar esta contrastante distinción de la interpretación de los tratados en materia de derechos humanos, pronto se unieron al mismo criterio la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CrIDH) y el Comité de Derechos Humanos (en adelante, CDH). La CrIDH sostuvo que los “tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y en particular, a las condiciones de vida actuales”.<sup>34</sup>

Por su parte, el CDH dictaminó en su Comentario General N° 24 que las disposiciones de la Convención de Viena “no son adecuadas para abordar el problema de las reservas a los tratados de derechos humanos. Esos tratados, y concretamente el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], no son una red de intercambio de

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, párr. 128.

<sup>33</sup> T.E.D.H., *Irlanda c. el Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, Series A, no. 25, p. 90, párr. 289.

<sup>34</sup> Corte IDH, *Asistencia consular*, Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999, OC-16/99, Series A, No 16, pp. 256-257, párr. 114-115.

obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas. No ha lugar al principio de la reciprocidad entre los Estados...".<sup>35</sup>

Cabe señalar que la existencia de un régimen especial no implica que este sea completamente independiente del derecho internacional general. Al respecto, Pauwelyn sostiene que los Estados pueden convenir, a través de tratados, dejar de lado normas de derecho internacional general (con la excepción del *jus cogens*), pero no pueden dejar de lado el sistema de derecho internacional.<sup>36</sup>

La conclusión a la que ha llegado el Grupo de Estudio de la CDI es que, tanto de la doctrina como de la práctica, se desprende que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son siempre aplicables, a menos que se especifique expresamente por otros principios de interpretación que deben ser dejados de lado.

Afirmar que los regímenes autónomos están completamente por fuera del derecho internacional general sería equiparable a las expresiones de los abogados de fines del siglo XIX sobre la relación dualista entre derecho nacional e internacional. En tal sentido, el derecho internacional general únicamente se aplicaría si se incorporara específicamente como parte del régimen especial. Esta postura resulta notoriamente absurda puesto que el régimen especial goza de fuerza vinculante precisamente en virtud del derecho internacional general, asimismo, las condiciones de validez o invalidez de los actos de creación del régimen se evalúan conforme al derecho general. Además, de manera particular, la CDI señala que la mayor parte de la Convención de Viena, especialmente los artículos 31 y 32, son parte del régimen sin necesidad de incorporación y únicamente en virtud de la Convención de Viena el régimen puede identificarse como tal y delimitarse del resto del derecho general. Más aún, no existen pruebas de que existe algún régimen de normas que afirme funcionar independientemente de la Convención de Viena.<sup>37</sup>

Aunado a lo anterior, la propia Convención de Viena establece en su artículo 42 que “la validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no

---

<sup>35</sup> Comentario general sobre las cuestiones relativas a las reservas formuladas con ocasión de la ratificación o la adhesión al Pacto y sus Protocolos Facultativos, o las declaraciones hechas en relación con el artículo 41 del Pacto, documento CCPR/21/Rev.1/Add.6 (1994).

<sup>36</sup> Pauwelyn, Joost, “Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law”, *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, 2003.

<sup>37</sup> Asamblea General, “Fragmentación del derecho internacional...”, cit.

podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la [misma] Convención”, lo cual, refuerza la idea de que los regímenes especiales no son realmente autónomos.

La CDI concluye que el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contiene el “principio de integración sistémica” del derecho internacional, y se refiere a este como una “llave maestra” que permite resolver cualquier incoherencia, conflicto o solapamiento entre dos o más normas del sistema jurídico.<sup>38</sup>

No obstante, aunque la Convención de Viena resulte aplicable a todos los regímenes especializados, la generalidad de sus disposiciones frente a la especialización de los distintos subsistemas resulta en la necesidad de contar con normas especiales que regulen las particularidades de cada subsistema.

#### **d. Evaluación de validez de las reservas como fragmentación del derecho internacional.**

Una de las situaciones en las que puede darse la fragmentación es por la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general. En este escenario una institución adopta una decisión que se aparta de la forma de decidir situaciones similares en el pasado porque se considera que el caso en particular no cabe dentro del derecho general, sino que constituye una excepción al mismo.

El ejemplo utilizado por el Grupo de Estudio de la CDI es precisamente el tema central de la presente investigación: el trato de las reservas por los órganos de vigilancia de los tratados en materia de derechos humanos. Desde el asunto *Belilos* de 1988, el TEDH se pronunció sobre este tema y sostuvo que las reglas generales sobre las reservas de los tratados no son aplicables a los tratados en materia de derechos humanos.<sup>39</sup>

El tema sobre el que versa la presente investigación resulta particularmente delicado puesto que se trata de decisiones que se desvían de la norma general que es considerada por la propia CDI como la base de la integración sistémica del Derecho internacional, es decir la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Es así que encontramos la problemática de nuestra investigación como una tensión entre el derecho internacional general y el derecho internacional de los derechos humanos como *lex specialis*. Nos detendremos ahora a identificar cuál ha sido el impacto que el

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, párr. 413.

<sup>39</sup> T.E.D.H., caso *Belilos v. Switzerland*, 1988, Serie A, No. 132, párr. 466, 478, 487.

derecho internacional de los derechos humanos ha tenido en el derecho internacional general, incluyendo principios pilares como el de la soberanía estatal, que se vincula estrechamente con la problemática presentada en esta investigación.

### **B. Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional General: Humanización del Derecho Internacional.**

Aunque se identifique al derecho internacional de los derechos humanos como un subsistema, la internacionalización de los derechos humanos ha demostrado tener un impacto transformador en el derecho internacional general.

En palabras de Sergio García Ramírez, los derechos humanos representan “un asunto explosivo y expansivo (...) que demandan y establecen sus propias garantías”,<sup>40</sup> la explosión la identifica como consecuencia del trauma de la Segunda Guerra Mundial y de la respuesta protectora que se produjo a partir del mismo. Esta respuesta protectora, por parte de la comunidad internacional en su conjunto, implicó que se dejara de ver a los derechos humanos como un asunto interno de los Estados, sino que estos se “internacionalizaron” al dotar de subjetividad jurídica internacional a los individuos, impidiendo al Estado disponer a su arbitrio de quienes se hallaran bajo su jurisdicción. Esto último se formalizó con el surgimiento de los múltiples instrumentos normativos que hoy conforman el *corpus juris* internacional de los derechos humanos,<sup>41</sup> tanto en el ámbito universal como en los ámbitos regionales.

Carrillo Salcedo coincide y refiere que el derecho internacional moderno estuvo marcado a partir de 1945 por un proceso de institucionalización (producto del desarrollo de las organizaciones internacionales), socialización (debido a que el derecho internacional ahora regula relaciones sociales y humanas más complejas y amplias) y humanización (en virtud de que el derecho internacional comenzó a dar entrada a los pueblos y a la persona, rompiendo el exclusivismo tradicional de los Estados) que lo distanciaron de manera

---

<sup>40</sup> García Ramírez, Sergio, “*La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y justicia penal*”, México, D.F., Editorial Porrúa, 2003, p.2.

<sup>41</sup> La expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional. En su Opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte Interamericana manifestó que “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” (párr.115). O'Donnell, Luis. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, 2ª edición, México, D.F., p. 56, 2012.

importante del derecho internacional tradicional. Corolario de lo anterior, el derecho internacional no puede ser considerado como un sistema jurídico que regula las relaciones entre Estados, ya que las relaciones internacionales son ahora más complejas.<sup>42</sup>

A partir de aquella fecha surge un nuevo consenso entre la comunidad internacional respecto a la noción de derechos humanos como un valor generalmente aceptado, lo que trae como consecuencia que los Estados tengan en esta materia obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto. La CIJ ha afirmado desde hace más de cuatro décadas en la sentencia del caso de la *Barcelona Traction* que los Estados cuentan con obligaciones *erga omnes*. Incluso, anteriormente la CIJ ya había referido que existen obligaciones que vinculan a los Estados al margen de su consentimiento, o incluso en contra de su voluntad.

Juan Antonio Carrillo Salcedo afirma que esta postura de la CIJ confirma que es necesaria una “respuesta distinta de la voluntarista al problema del fundamento del derecho internacional [general] ya que, por su misma naturaleza, la norma jurídica implica siempre una parte de heteronomía y, por consiguiente, de objetivismo.”<sup>43</sup>

Este autor considera que a partir de la jurisprudencia de la CIJ pueden identificarse principios generales del derecho internacional de carácter obligatorio que no dependen del consentimiento de los Estados y se forman al margen tanto de la práctica comúnmente aceptada como del acuerdo de los Estados. Estos principios “fundamentales” del Derecho internacional nos alejan, según el autor, de la concepción relativista del Derecho internacional clásica y nos acercan a una concepción objetivista del mismo.

Antônio Augusto Cançado Trindade ha contribuido de manera muy importante al desarrollo de este fenómeno, tanto en sus trabajos académicos como en sus votos particulares como juez y ex presidente de la CrIDH y ahora como juez de la CIJ.

En su voto concurrente en la OC 16/99 de la CrIDH.<sup>44</sup>, sostuvo que en la actualidad, estamos siendo testigos del proceso de *humanización* del derecho internacional. En este sentido, afirma que el surgimiento de los derechos humanos universales a partir de la Declaración Universal de 1948 amplió considerablemente el horizonte de la doctrina jurídica

---

<sup>42</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, *Isegoría*, 2000, núm. 22, pp. 72 y 73.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>44</sup> Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de Octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

contemporánea, revelando las insuficiencias de la conceptualización tradicional del derecho subjetivo, pues los derechos humanos se afirmaban como oponibles al propio poder público. Corolario de lo anterior, la personalidad jurídica del ser humano se cristalizó como un límite al arbitrio del poder estatal.

En su voto razonado en la Opinión Consultiva sobre la *Conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, Cançado Trindade reflexiona sobre cómo la nuestra es la era de la multiplicación alentadora de los tribunales internacionales, y con ello, de la “jurisdiccionalización” del derecho y de las relaciones internacionales, así como la expansión de la jurisdicción internacional, lo que implica un importante avance hacia una idea de una justicia objetiva y de Estado de Derecho en los planos nacional e internacional.<sup>45</sup>

De hecho, la noción de Estado de Derecho a nivel internacional ha sido retomada por la Asamblea General de la ONU, formando parte de su agenda desde 2006.<sup>46</sup> Ante lo cual, el juez Cançado Trindade sostiene que el hecho de que el tema esté siendo discutido en los más altos niveles de la ONU, es un indicador de una nueva conciencia sobre la necesidad apremiante de asegurar la preservación y el fortalecimiento del *rule of law* a niveles nacional e internacional.

Sergio García Ramírez nos recuerda que si bien el Estado de Derecho implica que el poder se subordine a la ley y el gobernante a la norma, al hablar de legalidad, no debemos limitarnos a interpretarlo como una norma que reúna las características de una ley, sino que dicho ordenamiento debe apegarse, en el plano sustancial, a los estándares de una sociedad democrática.<sup>47</sup>

Del análisis de estas distintas posturas podemos concluir que a partir de que la protección de los derechos humanos deja de formar parte de la competencia exclusiva de

---

<sup>45</sup> CIJ, *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia Relativa a Kosovo*, voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 28, p. 136, Opinión Consultiva, 22 de julio de 2010.

<sup>46</sup> El tema se introdujo en la agenda de las Naciones Unidas desde 2006, a partir de lo cual se produjeron varias resoluciones, entre las cuales se encuentran la 61/39, 62/70; 63/128; 64/116; 65/32; 66/102; y 67/97, esta última corresponde al 67º periodo de sesiones, donde además se reunieron funcionarios de alto nivel a discutir sobre esta temática. A partir de la reunión se produjo la RES 67/01, cuyo contenido consiste en la *Declaración de la reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional*; 68/116; 69/123; 70/118

<sup>47</sup> García Ramírez, *op. cit.* p. 18.



los Estados, y pasa a ser una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional en su conjunto, se produjo un impacto transformador en el derecho internacional general, incluyendo algunos conceptos y principios básicos del derecho internacional clásico, tales como el principio de no intervención, el de reciprocidad, y el de soberanía. Detengámonos ahora a analizar esta transformación.

**a. Re-conceptualización de algunos principios del Derecho Internacional.**

Dentro de las mutaciones que ha provocado el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, se han identificado la evolución de principios como el de no intervención, que ya no resulta aplicable en casos de naturaleza no militar, cuya finalidad fuera ejercer presión a un Estado con el objeto de forzarle al respeto de los derechos humanos, en supuestos de graves violaciones. Asimismo, el principio de reciprocidad se ha visto rebasado y transformado. La razón es que el núcleo de las obligaciones y de los derechos se refieren a la relación entre los Estados y las personas, no así solo a las relaciones entre Estados.

Precisamente esta inaplicabilidad del principio de reciprocidad en los tratados en materia de Derechos Humanos, es el principal motivo que nos permite sostener que el régimen general de aceptación y objeción de reservas no es adecuado, justificando entonces el control judicial (o cuasi-judicial) de la validez de las reservas.<sup>48</sup>

Probablemente el principio cuya transformación ha llamado más la atención de los doctrinarios ha sido el de la soberanía, que se concibe hoy como el conjunto de competencias que un Estado ejerce de manera exclusiva y excluyente de cualquier otro poder, con los límites que derivan de los derechos de otros y de las reglas del Derecho internacional.<sup>49</sup> En palabras de Luigi Ferrajoli:

La soberanía se tornó un concepto inconsistente desde el punto de vista lógico (...) la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no sólo los derechos

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 418.

<sup>49</sup> Fernández Liesa, Carlos R., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, México, D.F., Editorial Porrúa, 2014, pp. 401-404.

constitucionales, sino supraestatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los Estados.<sup>50</sup>

En relación con esto, Carrillo Salcedo menciona que la soberanía de los Estados no fue desplazada por los derechos humanos, pero sí erosionada y relativizada, de manera que junto con la independencia e integridad territorial de los Estados, sigue siendo un principio básico del orden internacional y conservando una importante función legitimadora expresamente reconocida en la Carta de las Naciones Unidas. Ante esto advierte una coexistencia en interacción recíproca de los principios constitucionales del orden mundial del pasado y los principios innovadores con base en el respeto a la dignidad humana.<sup>51</sup>

Corolario a lo anterior y con el fin de superar esta contradicción, el camino del progreso hacia la plena vigencia de los derechos humanos radica en una redefinición y completamente nueva relectura de la soberanía y propone que esta consista en que por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos.

Debido a que el derecho internacional ha penetrado progresivamente en el corazón mismo de la soberanía, este principio se ha transformado, de manera que únicamente los Estados que respeten los derechos humanos deben ser considerados como Estados civilizados.

Como contrapeso encontramos la postura de autores como Fernández Tomás, quien afirma que en una evolución histórica muy lenta y regionalmente fragmentada, la protección de los derechos humanos ha ido ganando terreno a la soberanía, pero todavía se encuentra en una posición más débil.<sup>52</sup>

Desde esta perspectiva, el consentimiento de los Estados no solo es primordial para la construcción de las normas internacionales, sino también para la determinación del contenido y la aplicación (voluntaria o forzosa) de las obligaciones internacionales. Y todo ello, porque la Sociedad Internacional, desde una perspectiva formal que es la jurídicamente relevante, sigue siendo fundamentalmente un medio en el que los Estados

---

<sup>50</sup> Ferrajoli, Luigi. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell y Vázquez, (comps.), *Estado constitucional y globalización*. p. 317.

<sup>51</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Op. Cit.*

<sup>52</sup> Fernández Tomás, Antonio F., "Lección I: La Sociedad Internacional y el Derecho Internacional", *Curso de Derecho Internacional Público*, Valencia, 2015.

desarrollan unas actividades que no siempre están reguladas por todas las normas de un sistema peculiarmente estructurado.

No podemos ignorar en nuestra investigación, que a pesar de esta tendencia hacia la humanización del derecho internacional, su funcionamiento sigue dependiendo en gran medida de los intereses políticos de sus principales actores: los Estados. No es materia del presente trabajo hacer un análisis sobre política internacional, baste señalar que la realidad actual parece indicar que la Sociedad Internacional sigue funcionando bajo el modelo de la *realpolitik*, en un panorama poco alentador para los derechos humanos.<sup>53</sup>

Aún en este contexto, son los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, quienes optan por obligarse a través de Tratados que contienen disposiciones sobre Derechos Humanos. Ellos mismos son quienes deciden establecer órganos que vigilen el cumplimiento de dichos Tratados y quienes voluntariamente reconocen su competencia. Sobre la naturaleza y funcionamiento de estos órganos hablaremos en nuestro siguiente capítulo, por lo pronto analizaremos las peculiaridades que distinguen a los tratados sobre derechos humanos, de aquellos de distinta naturaleza.

### **C. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos: ¿Naturaleza específica?**

Resulta necesario establecer las particularidades de estos tratados, puesto que de estas se desprende la insuficiencia de la regulación existente en el régimen de Viena, particularmente, respecto a la validez de las reservas.

Diez años antes de la adopción de la Convención de Viena, la CIJ, en su Opinión Consultiva sobre las “Reservas a la Convención sobre Genocidio”, había identificado que los Tratados en materia de derechos humanos contaban con características particulares que los distinguen del resto de los Tratados, señalando lo siguiente: “Los tratados clásicos de derechos humanos están esencialmente dirigidos a regular hechos y obligaciones entre Estados, los nuevos tratados en materia humanitaria, sin perjuicio de que regulan derechos y obligaciones entre Estados, tienen una fundamental proyección interna. Este es el elemento fundamental caracterizante de estos modernos tratados”.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Păsătoiu, Florin, “From obsolete normative to Realpolitik in the EU and Russia foreign policy relations”, *Romanian journal of european affairs*, 2014, vol. 14, núm. 4, pp.5-25; Biscop, Sven, “The EU global strategy: Realpolitik with European characteristics”, *Egmont Security Policy Brief*, Brussels: Egmont - Royal Institute for International Relations, núm. 75, 2016; Wohlforth, William, “The return of Realpolitik: stability vs. change in the US-led world order”, *Valdai Papers #11*, Moscow, 2015.

<sup>54</sup> CIJ, Reservations to the Convention..., *Cit*, p.15.

En el mismo sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Pfunders (Austria vs. Italia)*” de 1961, sostuvo que el propósito del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos no era el establecimiento de derechos y obligaciones mutuas para los Estados Parte, sino el establecimiento de un orden público común de las democracias libres de Europa, y que las obligaciones asumidas por las Partes son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los individuos.<sup>55</sup>

Estos antecedentes no fueron óbice para que la CDI optara por establecer, a través del régimen de Viena, un sistema flexible y adaptable a diversos tipos de tratados, independientemente de la materia que estos regularan.<sup>56</sup>

Sin embargo, aún después de la adopción del régimen de Viena, los órganos internacionales de protección de Derechos Humanos continuaron pronunciándose sobre las particularidades que distinguen a los Tratados que regulan Derechos Humanos, del resto de las convenciones internacionales. En la OC-2/82 “Sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, la CrIDH sostuvo que:

Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y 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 sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual

---

<sup>55</sup> T.E.D.H., *Austria v. Italia*, 11 de enero de 1961, 4 *Yearbook Eur. Convencion on H.R.*, 1961, p.138, citado en Ortiz Ahlf, Loretta, *Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Martín, Claudia/Rodríguez Pinzón, Diego/Guevara B., José A. (comps), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Universidad Iberoamericana, Fontamara, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, 2004, p. 30.

<sup>56</sup> Ortiz Ahlf, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, Guevara B., José A.*op. cit.*, p. 29.

ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>57</sup>

La postura de que los tratados en materia de derechos humanos cuentan con características propias que los distinguen del resto de los tratados, se ha reforzado con la aplicación práctica de los mismos.

Los propios Estados, al momento de recibir los tratados internacionales en su derecho interno, suelen hacer diferenciaciones y no asignar el mismo valor a todos los Tratados.<sup>58</sup> Tal es el caso de los regímenes constitucionales de Argentina, Venezuela, Colombia, y a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, también México.

**a. Modelo especializado de interpretación.**

Los órganos de supervisión o jurisdicción establecidos por tratados de derechos humanos, han definido un modelo especializado respecto de la interpretación de dichos instrumentos, la denuncia de dichos Tratados, y la formulación de reservas a los mismos.<sup>59</sup>

Bajo la presidencia de Cançado Trindade, la CrIDH advirtió que los tribunales internacionales de derechos humanos, al resolver casos contenciosos, no pueden admitir analogías con la solución pacífica de controversias en el ámbito contencioso puramente inter-estatal. No puede esperarse la misma discrecionalidad de los órganos de solución de controversias inter-estatales, que de los tribunales de derechos humanos.<sup>60</sup>

Para el jurista brasileño, los tribunales internacionales sobre derechos humanos deben resolver conforme al *jus naecessarium*, y así lo ha sostenido en su voto disidente sobre el caso de las *Hermanas Serrano Cruz*,<sup>61</sup> y en el caso relativo a la *Aplicación de la*

---

<sup>57</sup> Corte IDH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva, OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, serie A, No. 2.

<sup>58</sup> García Ramírez, *op. cit.*, p. 37.

<sup>59</sup> Ortiz Ahlf, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, Guevara B., José A., *op. cit.*, p. 31 - 32.

<sup>60</sup> Corte IDH, caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 31 de enero de 2001.

<sup>61</sup> Corte IDH, *caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, (Fondo, Reparaciones y Costas), voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, Sentencia del 1 de marzo de 2005.

*Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*.<sup>62</sup>.

Desde el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, la CrIDH advirtió que la solución de casos contenciosos confiada a tribunales internacionales de derechos humanos no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente inter-estatal, como en aquellas resueltas ante la CIJ, puesto que los Estados no pueden contar con la misma discrecionalidad con la que han contado tradicionalmente en este tipo de espacios.

En sus votos razonados en los casos Hilaire, Constantine y Benjamin, el juez Cançado Trindade sostuvo que el principio *ut res magis valeat quam pereat*, se aplica a las normas no sólo sustantivas, sino también procesales de los tratados de derechos humanos.<sup>63</sup> Para él, resulta urgente que los Estados se convenzan de que el ordenamiento jurídico internacional, más que voluntario, es necesario.

Como ejemplo de lo anterior, se encuentran las sentencias históricas sobre admisibilidad de los casos del Tribunal Constitucional<sup>64</sup> e Ivcher Bronstein<sup>65</sup>, contra Perú, ante el intento del gobierno de Fujimori de “retirar” la aceptación de la jurisdicción de la CrIDH. El tribunal interamericano estableció que su competencia no podía estar condicionada por actos distintos de sus propias actuaciones y que las consideraciones superiores de *ordre public* internacional, sumadas a la especificidad de los tratados de derechos humanos, y al carácter esencialmente objetivo de las obligaciones que consagran, ciertamente priman sobre restricciones indebidamente interpuestas y adicionales a las manifestaciones originales del consentimiento estatal, y sobre la tradicional y enteramente anacrónica concepción voluntarista del ordenamiento jurídico internacional. Se establecieron los límites de un acto unilateral del Estado, efectuado en el marco del derecho de los tratados, en relación con un tratado de derechos humanos.

---

<sup>62</sup> CIJ, *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, Georgia contra la Federación de Rusia, voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, fallo del 1 de abril de 2011.

<sup>63</sup> Corte IDH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de junio de 2002.

<sup>64</sup> Corte IDH, “Tribunal Constitucional Vs. Perú”, cit.

<sup>65</sup> Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, (Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001.

Loretta Ortiz Ahlf ha retomado la postura de Alain Pellet, quien sugiere que la especificidad de los tratados de derechos humanos proviene de que estos instrumentos crean “órganos encargados de supervisar su aplicación, por voluntad de las partes, con la facultad de determinar la extensión de los compromisos adquiridos, interpretar el alcance de sus cláusulas, evaluar la licitud de las reservas y definir el alcance de su propia competencia, con lo cual la función de dichos órganos es la de guardianes de un ordenamiento normativo, el conjunto de derechos fundamentales de la persona, tarea que en sí misma va más allá de cualquier base convencional”.<sup>66</sup>

Debido a que la presente investigación se centra en la actividad de este tipo de órganos, los tratados de derechos humanos que servirán como materia de nuestro análisis serán solo aquellos que cuenten con órganos encargados de supervisar su aplicación, ya sean jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales.

#### **b. Reservas a Tratados sobre Derechos Humanos.**

Puesto que las obligaciones que emanan de los Tratados dependen, por su propia naturaleza, del consentimiento de los Estados, su regulación permite que, a través de las reservas, dicho consentimiento sea manifestado de forma parcial, excluyendo, modificando o interpretando el sentido de alguna de las cláusulas.

La práctica de las reservas se remonta al siglo XIX, con la aparición de los Tratados multilaterales.<sup>67</sup> Manuel Diez De Velasco explica el fundamento teórico de las reservas de la siguiente manera: “Si la soberanía estatal permite a un Estado lo más –no ratificar un Convenio que ha firmado o no formar parte del mismo en contra de su voluntad– debería permitirle lo menos –excluir una determinada cláusula o darle un alcance específico–.”<sup>68</sup>

La justificación práctica de la figura de las reservas es que estas funcionan como una herramienta de la universalidad. En otras palabras, se pretende que la mayor cantidad de Estados participen en los Tratados multilaterales, aunque sea formulando reservas.

A nuestro parecer, esta justificación basta para que se permita la formulación de reservas a los Tratados en materia de Derechos Humanos, pues como afirma Sergio García Ramírez, por su propia naturaleza, los Derechos Humanos tienen pretensión de universalidad, pues son inherentes a la persona humana solo por pertenecer a la especie y

---

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> En los tratados bilaterales no cabría la posibilidad de formular reservas pues cualquier exclusión o modificación de las cláusulas implicaría una renegociación del tratado.

<sup>68</sup> Diez de Velasco, *op. cit.*, p. 168.

en dicho sentido no hay personas que queden fuera de la protección de las declaraciones y/o pactos contemporáneos de derechos humanos.<sup>69</sup>

No obstante, en relación con la justificación de la universalidad, no debemos perder de vista lo señalado por Carlos López Hurtado:

Por un lado la masiva adhesión de países a los tratados de derechos humanos ha hecho realidad, en cierta medida, la aspiración al universalismo contenida en la fórmula de Viena. Al mismo tiempo, los Estados han recurrido, al momento o (*sic*) adherirse a los tratados en cuestión, a la formulación de reservas que muchas veces limitan de manera importante el campo de aplicación y la efectividad del tratado y, por tanto, limitan también el efecto jurídico y político de tal universalidad. [...] En este contexto, el elemento más importante, y quizá crucial para los debates actuales, es la práctica de los órganos de supervisión y vigilancia de los más importantes tratados de derechos humanos.<sup>70</sup>

El concepto de reserva establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y mantenido en los convenios sucesivos 1978 y 1986, es que por estas debe entenderse “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”.

La regla general de aceptabilidad de las reservas, contemplada en la Convención de Viena, es que estas son permisibles siempre y cuando sean compatibles con el objeto y fin de los tratados. Para ello, establece un sistema bilateral de aceptación y objeción de las reservas entre los Estados parte del tratado.

No obstante, este enfoque flexible, combinado con la falta de incentivos para que los Estados formulen objeciones a las reservas de otros Estados parte, ha permitido que Estados realicen reservas muy amplias a instrumentos de derechos humanos, que atentan contra la integridad de los mismos. Esto ha erosionado la base de la protección internacional

---

<sup>69</sup> García Ramírez, *Op. Cit.*, p. 22 - 23.

<sup>70</sup> López Hurtado, Carlos, *op. cit.*, pp. 252-253.



de los derechos humanos. La regla de que una reserva debe ser compatible con el objeto y el fin de los tratados, se desarrolló para prevenir dicha erosión.<sup>71</sup>

El derecho de los tratados no especifica las consecuencias para una reserva que no cumple con esta regla.

Roslyn Moloney recuerda que en la Opinión Consultiva “Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio” la Corte estaba preocupada por proteger la integridad de los instrumentos de derechos humanos de la erosión producida por reservas muy amplias que diluían las disposiciones más fundamentales. No obstante, la Corte no especificó quién debía determinar la compatibilidad de las reservas.<sup>72</sup>

Quienes se adhieren a la doctrina de la oponibilidad, sostienen que la incompatibilidad se determina por relaciones bilaterales. El artículo 20.4 de la Convención de Viena establece que, cuando un Estado formula una reserva a un tratado, cualquier otro Estado parte puede objetar esa reserva y especificar que el tratado no entrará en vigor entre el Estado objetor y el Estado que formuló la reserva. De acuerdo con la doctrina de la oponibilidad, una reserva no puede ser invalidada por ser incompatible con el objeto y fin del tratado, a menos que un Estado parte formule una reserva por incompatibilidad dentro de los 12 meses posteriores a la formulación de la reserva.<sup>73</sup>

Por el contrario, la doctrina de la admisibilidad establece que las reglas del régimen de Viena sobre aceptación y objeción de las reservas, solo se aplican a aquellas que son compatibles con el objeto y fin de los tratados.<sup>74</sup> De acuerdo con esta postura, si una reserva es desafiada ante un tribunal internacional, incluso años después de que la reserva fuera redactada, aún puede ser declarada inválida bajo el argumento de la incompatibilidad.<sup>75</sup>

En el caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos, resulta idónea la doctrina de la admisibilidad. En los tratados tradicionales de naturaleza sinalagmática, existe un incentivo para objetar reservas que les parecen inaceptables. No obstante, esta reciprocidad no existe en el caso de los tratados sobre derechos humanos. Como

---

<sup>71</sup> Moloney, “Roslyn. Incompatible reservations to human rights treaties: Severability and the problem of state consent”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, 2004, p. 2.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>73</sup> Baratta, Roberto, *op.cit.*, p.413.

<sup>74</sup> Daniel Hylton, “Default Breakdown: The Vienna Convention on the Law of Treaties Inadequate Framework on Reservations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1994, pp.419-430.

<sup>75</sup> *Idem*.

sostuvimos anteriormente, en dichos tratados los Estados no tienen ningún interés particular, sino únicamente un interés mutuo. Para Rosalyn Higgins, pareciera que hay una colusión entre los Estados para permitir que reservas preocupantes y profundas no sean desafiadas.<sup>76</sup>

No obstante, inclinarse hacia la postura de la admisibilidad exhibe una laguna doctrinal en el régimen de Viena. De acuerdo con la doctrina de la oponibilidad los Estados pueden determinar individualmente la compatibilidad de las reservas conforme el objeto y fin de los tratados. Más aún, la consecuencia de que una reserva sea incompatible es que el Estado que objeta puede decidir que el Estado que formuló la reserva no sea parte del Tratado, en su relación bilateral. Por otro lado, el enfoque de la admisibilidad deja dos asuntos irresueltos: en primer lugar ¿quién tiene la autoridad para determinar la incompatibilidad?, y en segundo lugar ¿cuál es la consecuencia jurídica de una reserva incompatible? En el capítulo segundo se abordarán estos dos temas con mayor detenimiento.

Ante estos cuestionamientos, y en general, ante la existencia de lagunas y contradicciones en el régimen de Viena respecto a las reservas, la C.D.I. se dio a la tarea de realizar una “Guía de la Práctica”, presentada en 2011 y compuesta de directrices enunciadas con el objetivo de “ayudar a los profesionales del derecho internacional, que con frecuencia deben afrontar problemas delicados relativos sobre todo a la validez y los efectos de las reservas a los tratados, respecto de los cuales las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 contienen normas incompletas y a veces oscuras”.<sup>77</sup> La naturaleza de este instrumento, cabe señalar, es de *soft law*.

Respecto de la formulación de reservas, el régimen de Viena establece como regla general que los Estados pueden realizarlas en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a un Tratado, excepto en tres supuestos: (1) que estén prohibidas por el Tratado, (2) que el Tratado disponga qué reservas pueden hacerse y la reserva propuesta no figure entre ellas, o (3) la reserva propuesta sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Higgins, Rosalyn, “Human Rights: Some Questions of Integrity”, *Modern Law Review*, volumen 52, 1989.

<sup>77</sup> ONU, Asamblea General, “Informe de la Comisión...”*cit.*

<sup>78</sup> Convención de Viena, *op. cit.*, Artículo 19, 1969.

Este último supuesto, el de la compatibilidad de la reserva respecto del objeto y el fin del Tratado, de entrada plantea dos problemáticas: la primera de ellas es cuándo debe considerarse que una reserva es incompatible con el objeto y el fin del Tratado; la segunda, a quién le corresponde determinar dicha compatibilidad.<sup>79</sup>

Respecto de la primera problemática cabe remitirse a la directriz número 3.1.5 de la Guía de la Práctica, que establece que una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si afecta a un elemento esencial del tratado, necesario para su estructura general, de tal manera que comprometa la razón de ser del tratado.<sup>80</sup>

La segunda problemática permanece parcialmente sin resolver. La directriz 3.2 establece que quienes podrán evaluar la validez sustantiva de las reservas serán (1) los Estados contratantes o las organizaciones contratantes, (2) los órganos de solución de controversias, y (3) los órganos de vigilancia de la aplicación del Tratado, todos “dentro de sus respectivas competencias”.<sup>81</sup> No obstante, la Guía de la Práctica es omisa respecto a los efectos jurídicos que habrán de producir dichas evaluaciones de compatibilidad por parte de los órganos de vigilancia, pues se limita a afirmar que estos no serán otros que los del acto que las contiene.<sup>82</sup> Es decir, si la declaración de invalidez está contenida en una sentencia vinculante y obligatoria emitida por un tribunal internacional, dicha declaración será igualmente vinculante y obligatoria; mientras que si la invalidez se estableció en una recomendación de un comité de vigilancia de un tratado, entonces la naturaleza de la declaración de invalidez será únicamente recomendatoria.

Respecto de la evaluación de la validez de las reservas a Tratados sobre Derechos Humanos, la doctrina se encuentra dividida: por un lado, se encuentran quienes consideran que el actual régimen de Viena sobre reservas a los tratados internacionales, logra equilibrar la universalidad con la integridad del tratado; mientras que por otra parte, hay quienes sostienen que la CDI aún debe atender las particularidades propias de la naturaleza de los tratados en materia de Derechos Humanos.

Alain Pellet sostiene que si la Guía de la Práctica es omisa respecto a las particularidades de los tratados en materia de Derechos Humanos, es porque la CDI no consideró que existiera una justificación para alejarse del régimen tradicional de Viena

---

<sup>79</sup> Díez de Velasco, *op. cit.*, p.171.

<sup>80</sup> ONU, Asamblea General, A/66/10/Add.1, *cit.*, p. 362.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 412.

sobre reservas a los tratados y sostiene que este es lo suficientemente flexible como para solucionar las problemáticas que puedan surgir en materia de Derechos Humanos así como en cualquier otra materia.<sup>83</sup>

Para reforzar su argumento, Pellet cuestiona la afirmación del Comité de Derechos Humanos dentro de su Comentario General No. 24 respecto a la particularidad de la naturaleza de los tratados de Derechos Humanos, que a diferencia de los tratados de otras materias, no se limitan a ser meros intercambios de obligaciones entre Estados, ya que las obligaciones que devienen de estos son frente a los individuos que se encuentran dentro de la jurisdicción de cada Estado parte.<sup>84</sup> La crítica que realiza Pellet a dicha afirmación es que independientemente de quién sea el beneficiario final de los tratados, estos surgen de igual forma que el resto de los demás tratados: a través de la expresión de la voluntad de los Estados de obligarse por los mismos.<sup>85</sup>

Esta postura es defendida por otros Liede, Lasma y Ziemele, quienes además admiten que si bien la Guía de la Práctica es omisa respecto a las particularidades de los tratados de Derechos Humanos, esto se subsana con el comentario de la CDI a la propia guía.<sup>86</sup>

Contrario a las perspectivas recién abordadas, se encuentran, por ejemplo, Akstiniene, Baratta y McCall-Smith, quienes continúan considerando la necesidad de establecer un régimen especial para los tratados en materia de Derechos Humanos.<sup>87</sup>

A reserva de que en los apartados siguientes de nuestra investigación profundicemos en casos emblemáticos en los que se han invalidado reservas a Tratados sobre Derechos Humanos, con el propósito de ejemplificar la problemática, describiremos brevemente lo acontecido con la reserva que formuló el Estado mexicano al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en 2002. Esta establecía:

El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belem,

---

<sup>83</sup> Pellet, Alain, *op.cit.* p. 324.

<sup>84</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General no. 24*, U.N. Doc. A/50/40, 120,1995, párr. 8.

<sup>85</sup> Pellet, Alain, *op. cit.*, p.325.

<sup>86</sup> Liede, Lasma y Ziemele, I., *op.cit.*, p.1147.

<sup>87</sup> Akstiniene, A., *op. cit.*, p. 457; Baratta, R., *op. cit.*, p. 416; McCall-Smith, K., *op. cit.*, p.263-305.

Brasil el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En 2009, la CrIDH en la Sentencia sobre el caso Radilla Pacheco vs. México, tuvo a bien analizar la validez de dicha reserva, y determinó que tal como fue formulada implicaba el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas, mismo que es indispensable para la consecución de los fines propuestos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas., declarando la reserva como inválida.<sup>88</sup>

Cabe recordar que en 2010, la CrIDH volvió a pronunciarse en tres sentencias contra México sobre la falta de idoneidad de la jurisdicción militar en casos de graves violaciones a Derechos Humanos.<sup>89</sup>

No obstante, no fue hasta el 13 de junio de 2014 que el Estado mexicano reformó la disposición del Código de Justicia Militar que motivó la reserva, y el 11 de julio de 2014 notificó el retiro de la reserva que cinco años antes había sido declarada como inválida, recibiendo el reconocimiento de la comunidad internacional por dicho acto.

No estamos cuestionando que la reforma y el retiro de la reserva ameriten reconocimiento, pero sí nos cuestionamos ¿cuál fue entonces el efecto de la determinación de invalidez de la reserva por parte de la CrIDH? ¿Qué sucedió en el periodo de cinco años comprendido entre la determinación de la invalidez y el retiro de la reserva? Si dejó de surtir

---

<sup>88</sup> Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209, párr. 311 y 312.

<sup>89</sup> Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, No. 215; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, No. 216; y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.

efectos jurídicos desde el momento en que se invalidó entonces ¿no resultaba innecesario que el Estado retirara la reserva? Cabe señalar que en el instrumento a través del cual se retiró la reserva, el Estado mexicano no hizo mención alguna de la determinación de la CrIDH, lo que podría interpretarse como que optó por ignorar la invalidación y hacer las cosas “a su manera”.

La falta de regulación sobre la evaluación de validez de las reservas por parte de los órganos de vigilancia permite que se den distintas interpretaciones sobre cuáles son sus verdaderos efectos, lo cual, puede representar un obstáculo para la plena vigencia de los Derechos Humanos.

#### **D. Comentarios de cierre del capítulo I.**

De acuerdo a lo que hemos expuesto, la fragmentación que surge a partir de la especialización del Derecho Internacional, particularmente en el caso de las reservas a Tratados sobre Derechos Humanos, al menos en principio parece resultar en la insuficiencia del régimen de Viena, pues aún después de la publicación de la Guía de la Práctica, prevalecen lagunas importantes sobre la práctica de su invalidación por los órganos de vigilancia de los Tratados.

Si bien hemos sido testigos de una tendencia de humanización del Derecho Internacional, también lo hemos sido del funcionamiento de una Sociedad Internacional que no parece apegarse a los ideales universales que han promovido esa tendencia. En un contexto en el que la concepción tradicional de la soberanía sigue prevaleciendo, resulta prudente considerar la necesidad de regular especialmente aquellas actuaciones que pretendan imponerse ante la voluntad de los Estados.

Para fortalecer nuestra afirmación sobre la insuficiencia del régimen de Viena y con el propósito de justificar una regulación especial, procederemos en el siguiente capítulo, a estudiar la composición y naturaleza de los órganos de vigilancia, así como la práctica específica de análisis de validez de las reservas.

## Capítulo II – La validación de las reservas a través de los órganos de vigilancia: control de la legalidad jurisdiccional y no-jurisdiccional.

### A. El control internacional de las obligaciones estatales.

La celebración de tratados internacionales multilaterales genera una institucionalización sectorial de distintas áreas de interés para la sociedad internacional, y tiene como objeto resolver problemas de cooperación internacional que representan sus metas comunes, lo que jurídicamente conlleva, o debiera conllevar, un interés general de las partes de su debido cumplimiento. Si bien, tal como se establece en la Convención de Viena, los Estados deben de cumplir con lo pactado, de buena fe; uno de los medios técnicos para garantizar este debido cumplimiento es el control internacional.

El control internacional del debido cumplimiento de las obligaciones internacionales consiste en vigilar que la conducta de los Estados parte, examinando las medidas que han implementado para hacer efectivas las obligaciones que han asumido voluntariamente.<sup>90</sup>

En el derecho internacional existen sistemas de autocontrol y de heterocontrol. Nos encontramos ante el autocontrol cuando en el marco del tratado internacional en cuestión se crean mecanismos de supervisión de la aplicación del mismo y de heterocontrol cuando fuera del marco normativo del tratado existen medios de control de la aplicación del tratado. Estos pueden componerse de medios de carácter resolutivo, como resoluciones o dictámenes que contienen recomendaciones; o bien, jurisdiccional, mediante sentencias jurídicamente obligatorias emitidas por tribunales internacionales.

Manuel Becerra Ramírez identifica como mecanismos de autocontrol la presentación de informes periódicos por parte de los Estados, las visitas *in loco*, las resoluciones y sentencias. No obstante, los procedimientos de denuncia o peticiones, individuales o interestatales, ante los órganos internacionales, los identifica como mecanismos de heterocontrol.<sup>91</sup> Es decir que un órgano internacional puede ejercer funciones de autocontrol y de heterocontrol frente a los Estados parte.

---

<sup>90</sup> Aguilar Navarro, M., “La cooperación internacional y la teoría del control”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1959, p. 78.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

A manera de ejemplo, en el Sistema Interamericano se establece un sistema de autocontrol compuesto por dos órganos, uno de carácter resolutivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y otro de carácter jurisdiccional, la CrIDH.<sup>92</sup> En este trabajo de investigación, nos limitaremos al análisis de los sistemas de control consistentes en el establecimiento de este tipo de órganos de vigilancia de los tratados sobre derechos humanos, sean de carácter resolutivo o jurisdiccional.

Las consecuencias jurídicas del ejercicio de cada una de las funciones de control, puede ser de carácter obligatorio o recomendatorio, dependiendo de la naturaleza del órgano y del instrumento. Por lo que la naturaleza es diversa, obligando a analizar las características de cada tratado en materia de derechos humanos así como los instrumentos y órganos que de éstos deriven.

#### **B. Naturaleza jurídica de los órganos de vigilancia y los actos que emiten.**

Para poder realizar un análisis sobre la naturaleza jurídica de los órganos de vigilancia de los Tratados sobre Derechos Humanos, debemos empezar por identificar los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos: el Sistema Universal y los sistemas regionales.

##### **a. El Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos.**

El Sistema Universal, desarrollado en el marco de la ONU, se compone de numerosos instrumentos que incluyen resoluciones de algunos de sus órganos principales (la Asamblea General, el ECOSOC e incluso el Consejo de Seguridad); mecanismos no convencionales coordinados por el Consejo de Derechos Humanos como el Examen Periódico Universal; y los mecanismos convencionales, que como su nombre lo indica, fueron creados para monitorear la implementación de las distintas convenciones sobre Derechos Humanos, mismos que como ya hemos referido, son materia de nuestro análisis.

En este sistema podemos identificar diez órganos creados en virtud de las convenciones de Derechos Humanos que supervisan su aplicación: El Comité de Derechos Humanos (CCPR); el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CESCR); el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD); el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW); el Comité contra la Tortura (CAT); el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT); el Comité de los Derechos del

---

<sup>92</sup> Becerra Ramírez, M., El control de la aplicación del Derecho internacional en el marco del Estado de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, p. 43.



Niño (CRC); el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW); el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD); y el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED).

La naturaleza jurídica de estos órganos puede ser clasificada como resolutive o cuasi-jurisdiccional, pues aunque formalmente no son tribunales, materialmente realizan funciones jurisdiccionales al resolver peticiones individuales sobre violaciones a derechos humanos en casos concretos. Incluso, doctrinarios como Daniel O'Donnell consideran que las resoluciones de estos órganos, sobre peticiones individuales contra Estados, tienen el carácter de jurisprudencia, mientras que las observaciones generales donde interpretan las disposiciones convencionales tienen el carácter de doctrina.<sup>93</sup>

Mientras en los sistemas regionales los órganos de control son tribunales cuyas sentencias cuentan con plena obligatoriedad jurídica; en el Sistema Universal, las resoluciones que emiten los órganos de control a partir del análisis de peticiones individuales, de los exámenes de informes estatales, así como de la interpretación general de los Tratados que vigilan, cuentan con el carácter de *soft law*. Ahora bien, en caso de que el Estado de manera voluntaria acepte y se comprometa a cumplir con la recomendación, esta se transforma en un acuerdo obligatorio.<sup>94</sup> En un apartado posterior, nos detendremos a analizar las características e implicaciones del *soft law*.

#### **b. Composición, funcionamiento, e instrumentos de los órganos de vigilancia.**

Todos los órganos de control convencional se componen de 10 a 25 (dependiendo del órgano) expertos independientes de alto carácter moral y reconocida competencia en el ámbito de derechos humanos, especialmente en el área del Tratado que controla cada órgano. Aunque los expertos son propuestos por los Estados parte, estos no actúan en representación de los Estados sino de manera personal. Son elegidos por periodos de cuatro años con la posibilidad de una reelección, y para su elección se toma en cuenta que exista representación geográfica de las distintas regiones del mundo, una práctica común en todos los órganos del sistema de Naciones Unidas.

---

<sup>93</sup> O'Donnell, D., "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano", oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

<sup>94</sup> Díez de Velasco Vallejo, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos., 2013, p. 238.

Respecto al funcionamiento de los mecanismos convencionales del Sistema Universal, se detectan principalmente cuatro actividades: la evaluación de los informes presentados por los Estados Parte; las denuncias entre Estados, aunque el sistema aún nunca las ha utilizado; la investigación de oficio, y finalmente, el procedimiento de peticiones de casos individuales ante los mecanismos convencionales de Naciones Unidas.

La eficacia de este último procedimiento ha sido cuestionada por depender de varios aspectos que dificultan el acceso a la protección de los derechos humanos, y por ende, podemos calificar como negativos, entre los cuales se encuentra una serie de reglas rigurosas de admisibilidad que pueden llegar a ser insuperables; un desequilibrio procesal a favor del Estado como consecuencia de sus prerrogativas soberanas; la lentitud de sus procedimientos que pueden llegar a prolongarse, en promedio, hasta por cuatro años; así como una escasa aceptación por parte de los Estados miembros.<sup>95</sup>

La toma de decisiones se realiza a través del voto de la mayoría de los miembros, quienes gozan todos de un solo voto, con el mismo valor que el de los demás.

Las resoluciones que emiten los órganos de control varían dependiendo de cuál fue el procedimiento que los originó. A partir de la evaluación de los informes que presentan los Estados Parte, los órganos de vigilancia formulan recomendaciones contenidas en informes llamados observaciones o comentarios finales; de los procedimientos de petición individual se desprenden dictámenes que contienen la determinación de responsabilidad internacional de los Estados así como las recomendaciones para subsanarla; mientras que de la interpretación general del tratado que vigila cada órgano se publica bajo el nombre de comentarios u observaciones generales.

Cabe destacar que los procesos de los órganos de control de los tratados del Sistema Universal, permiten una amplia participación de la sociedad civil, que contribuye a la aplicación de los tratados dentro de cada Estado, así como a la elaboración de directrices concretas sobre Derechos Humanos. Entre otras cosas, la sociedad civil puede promover la ratificación de un tratados; velar por que los Estados Parte cumplan con la obligación de presentar informes; remitir informes “sombra” e información a los órganos convencionales; participar en los periodos de sesiones como observadores o con declaraciones verbales; y

---

<sup>95</sup> Valencia Villa, A., “Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos”, en Martin, Claudia/Rodríguez-Pinzón,Diego/Guevara B., José A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2006, págs. 119-149.

participar en el seguimiento de las observaciones finales; presentar denuncias individuales.<sup>96</sup>

Actualmente, se identifican tres áreas en las que los órganos de vigilancia de los Tratados de Derechos Humanos han establecido una pauta particular, la relativa a la formulación de las reservas, la interpretación de dichos instrumentos y la denuncia de dichos Tratados.<sup>97</sup> En el siguiente apartado nos referiremos en particular a lo relacionado con la formulación de reservas.

### **c. Evaluación de la validez de las reservas por los órganos de control.**

La primera vez que un órgano de control del Sistema Universal se pronunció respecto a la evaluación de la validez de las reservas fue en 1994, cuando el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité CCPR) puntualizó, en su Observación General número 24, que goza de competencia para evaluar la validez de una reserva.<sup>98</sup> Dicha observación fue objeto de fuertes reacciones por parte de algunos países como Francia y Estados Unidos, quienes reclamaron la aplicación de las reglas clásicas del régimen de Viena. Lo anterior ocasionó que el tema se incluyera en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional, que concluyó que los órganos de vigilancia de los tratados pueden formular comentarios y recomendaciones respecto de la admisibilidad de las reservas de los Estados, siendo su valor jurídico equivalente al de las funciones de vigilancia que tengan.<sup>99</sup>

Tres años de trabajo después, la CDI consideró en sus conclusiones preliminares de 1997, sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, sin hacer distinción de aquellos de derechos humanos, que cuando los tratados que crean órganos de vigilancia guardan silencio respecto a las reservas, entonces los órganos creados son competentes para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la

---

<sup>96</sup> ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). *“Trabajando con el Programa de las Naciones Unidas en el Ámbito de los Derechos Humanos: Un manual para la sociedad civil”*, HR/PUB/06/10/Rev.1, 2008.

<sup>97</sup> Ortiz Ahlf, *op. cit.* p. 23-47.

<sup>98</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, comentario general núm. 24. Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto., CCPR/21/Rev.1/Add6, 4 de noviembre de 1994.

<sup>99</sup> Villán Durán, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2006.

admisibilidad de las reservas hechas por los Estados, a fin de cumplir las funciones que tienen asignadas.<sup>100</sup>

Para tal efecto, la CDI sugirió que se incluyeran cláusulas específicas en los tratados, particularmente aquellos de derechos humanos, o bien que se elaboraran protocolos a los tratados vigentes, en caso de que los Estados desearan conferir competencia al órgano de control para apreciar o determinar la admisibilidad de una reserva. No obstante, respecto a los efectos de la determinación de inadmisibilidad de una reserva, la CDI señaló que correspondía al Estado adoptar medidas para modificar o retirar la reserva, o bien renunciar a ser Parte en el tratado.

Cabe destacar que los señalamientos de la CDI se refieren exclusivamente a los órganos de vigilancia del Sistema Universal, y específicamente indicó que serían “sin perjuicio de la práctica y las reglas elaboradas por los órganos de vigilancia en contextos regionales”.<sup>101</sup>

La fórmula de la separabilidad de las reservas inválidas presenta una problemática adicional, pues la regla establecida por los órganos de control y jurisdicción de los tratados de derechos humanos significa el establecimiento de dos sistemas de admisibilidad de reservas, con posibles diferentes consecuencias.<sup>102</sup> En otras palabras, una reserva que ha sido invalidada por un órgano de vigilancia, al mismo tiempo puede estar vigente entre el Estado que la formuló y el que la aceptó. Hasta el momento, ni siquiera la Guía de la Práctica sobre las Reservas a Tratados de la Comisión de Derecho Internacional<sup>103</sup> ha podido dar una solución a esta problemática.

Bruno Simma ha propuesto como solución, retomar una práctica de nivel regional europeo, según la cual, el Estado parte que formula una reserva asume el riesgo de si, en algún momento, sus reservas son invalidadas por el órgano de vigilancia, la consecuencia será que la norma materia de la reserva entrará en vigor, ignorándose la reserva en

---

<sup>100</sup> ONU, Comisión de Derecho Internacional, “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49° período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/SER.A/1997/Add.I, 1997, vol. II, Segunda Parte, párr. 157.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> Ortiz Ahlf, L., *op.cit.*

<sup>103</sup> ONU, Comisión de Derecho Internacional, Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, Nueva York, 2011.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

cuestión.<sup>104</sup> Si bien la práctica resulta atractiva, esto implicaría imponer a los Estados obligaciones que éstos no han querido aceptar.<sup>105</sup> Si consideramos que la naturaleza jurídica de las resoluciones de los mecanismos convencionales del Sistema Universal no son de carácter obligatorio, y que la Comisión de Derecho Internacional ha establecido que el valor jurídico de la valoración sobre las reservas será de la misma naturaleza que sus resoluciones, entonces parece que estamos ante una contradicción, pues se pretende que de una resolución de carácter recomendatorio emane la imposición de una nueva obligación para el Estado.

Si bien esta práctica responde a la insuficiencia del régimen de Viena y la necesidad de un régimen especial para la valoración de las reservas formuladas a Tratados sobre Derechos Humanos, al igual que como sucede con otras actividades de gobernanza, surgen cuestionamientos sobre su legitimidad por la informalidad que la caracteriza. Independientemente de cuál sea la fórmula que se utilice, resulta conveniente regular esta práctica sin restarle eficiencia.

Antes de proceder con el análisis particular de cada comité que se ha pronunciado respecto a las reservas, es menester puntualizar que no todas las reservas que formulan los Estados a los Tratados en materia de Derechos Humanos generan preocupación o ameritan la valoración por parte de los órganos de control, sino únicamente aquellas que van en contra del objeto y el fin del tratado. A partir de la interpretación del tratado que realizan los distintos comités, pueden determinar, en cada caso particular, si una reserva atenta en contra del objeto y el fin del tratado, y a partir de dicha determinación invalidar la reserva.

#### **i) Comité de Derechos Humanos.**

Como se mencionó anteriormente, el Comité de Derechos Humanos (CCPR) aprobó en el mes de noviembre de 1994, el Comentario General número 24, relativo a las reservas.<sup>106</sup> En este Comentario, el Comité afirma que el PIDCP y su Primer Protocolo Facultativo se rigen por el derecho internacional, siendo el artículo 19 de la Convención de

---

<sup>104</sup> Simma, Bruno, "How distinctive are treaties representing collective interests? The case of human rights treaties", En V. Gowlland, *Multilateral Treaty-Making: The current status of challenges to and reforms needed in the international legislative process*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 2004, p. 69-73.

<sup>105</sup> López Hurtado, Carlos, *op.cit.* pp. 247-289.

<sup>106</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, *op. cit.*, *Observación general núm. 24.*

Viena sobre el derecho de los tratados orientativo al respecto. Asimismo, identifica aquellas reservas que considera contrarias al objeto y fin del Pacto y expresa particular preocupación acerca de las reservas formuladas en términos generales, que privarían de efecto a todos los derechos reconocidos en el PIDCP.

Lo que resulta relevante para nuestro estudio del Comentario General número 24 es la referencia que hizo el Comité, en los párrafos 16 a 18 respecto a su función en lo relativo a las reservas. El CCPR señaló que las normas clásicas contenidas en la CVT, particularmente aquellas que se refieren al proceso de objeción de las reservas formuladas por los Estados, no son adecuadas para abordar el problema de las reservas al PIDCP y a otros tratados de derechos humanos, por la particularidad que los caracteriza de referirse a derechos de individuos y no a obligaciones recíprocas entre Estados, como es el caso con otros tratados.

Por tal motivo en la conclusión del Comentario General, el CCPR determinó que por necesidad, le correspondía decidir si una determinada reserva es compatible con el objeto y fin del Pacto. En parte por ser una tarea inadecuada para los Estados partes en relación con los tratados de derechos humanos y, en parte, porque es una tarea que el Comité no puede aludir en el desempeño de sus funciones.

En cuanto a la consecuencia de la inaceptabilidad de una reserva, el CCPR afirmó que no sería que el PIDCP careciera de vigor para el Estado que formuló la reserva, sino que sería posible considerar independientemente la reserva, de manera que el PIDCP sea aplicable para dicho Estado sin que la reserva se tenga en cuenta (separabilidad).

Esta postura es notoriamente anti-voluntarista, pues implica imponer al Estado una obligación que no ha aceptado expresamente, sino por el contrario, pretendió excluir del tratado al momento de manifestar su consentimiento en obligarse a cumplir con el mismo.

Por supuesto, este comentario fue controversial y no fue bien recibido por algunos Estados que manifestaron expresamente su inconformidad, tales como Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos.

Ejemplo de la aplicación de esta doctrina por parte del CCPR fue el caso Kennedy v. Trinidad y Tobago (caso 845/1999), cuando tuvo que evaluar la validez de una reserva que el Estado había formulado para impedir que el Comité examinara las peticiones individuales de presos condenados a muerte, precisamente el caso del Sr. Rawle Kennedy. El CCPR concluyó que la reserva era incompatible con el objeto y fin del PIDCP, por lo que nada le impedía examinar la comunicación individual conforme al Protocolo Facultativo.

Además de aquella ocasión, han sido raras las ocasiones en que el CCPR ha tenido que evaluar la validez de las reservas al PIDCP, y en algunos casos ha aceptado la reserva formulada por el Estado por considerar que esta no era incompatible con el objeto y fin del PIDCP. Como ejemplo está la serie de casos contra Francia presentados por miembros de la minoría lingüística bretona, a saber, T. K. c. Francia (caso 220/1987), M. K. c. Francia (222/1987), S. G. c. Francia (347/1988), G.. B. c. Francia (348/1989), R. L. M. c. Francia (caso 363/1989) y C. L. D. c. Francia (439/1990); así como el caso Cabal y Pasini c. Australia (caso 1020/2001).

Podemos afirmar que el CCPR ha sido un órgano pionero, con una visión progresista que ha puesto la protección de los intereses de la persona humana por encima de los principios de reciprocidad y soberanía tradicionalmente aceptados en el Derecho Internacional. No obstante, como ya hemos mencionado, su postura no ha sido bien recibida por algunos Estados parte<sup>107</sup>, así como por la propia C.D.I. .

#### ii) **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.**

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha adoptado dos Recomendaciones Generales en relación con las reservas. En la Recomendación General número 4 manifestó su preocupación respecto al significativo número de reservas que aparentan ser incompatibles con el objeto y fin de la Convención, y sugirió que los Estados Parte reconsideraran dichas reservas con miras a retirarlas.<sup>108</sup>

En su Recomendación General número 20, el Comité CEDAW recomendó a los Estados cuestionar la validez y efectos jurídicos de las reservas a la Convención y a reconsiderarlas con miras a reforzar la implementación de todos los Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, recomendó que consideraran incluir un procedimiento relativo a las reservas en la Convención, comparable con el de otros Tratados sobre Derechos Humanos.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Particularmente Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América, Al respecto, véase A/51/40, párr. 367, 481 y el anexo VI.

<sup>108</sup> ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 4, A/42/38*, Sexto período de sesiones, 1987.

<sup>109</sup> ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No.20, A/47/38(SUPP)*, Décimo primero período de sesiones, 1992.

De hecho, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en 1993, se estableció que el Comité CEDAW debía seguir examinando las reservas a la Convención, al tiempo que se exhortó a los Estados a retirar todas las reservas que fueran contrarias al objeto y fin de la Convención o incompatibles con el derecho internacional convencional.<sup>110</sup>

En el año siguiente, en su Recomendación General número 21, el Comité CEDAW se refirió específicamente a las reservas al artículo 16 de la Convención, relativo a la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, pues alarmado por el número de Estados que habían formulado reservas a la totalidad o a parte de este artículo, sostuvo que los Estados Partes debían avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas, particularmente al artículo 16. La relevancia de este artículo, de acuerdo con el Comité, consiste en que su observancia puede contradecir una visión comúnmente percibida de la familia con base, entre otras cosas, en creencias culturales o religiosas, o en las instituciones económicas o políticas del país. En tal sentido, muchos de los países que formularon reservas a dicho artículo mantienen una creencia en la estructura patriarcal de la familia, que sitúa a la mujer en una situación desfavorable en la familia.<sup>111</sup>

Posteriormente, en 1998, el Comité CEDAW aprobó la Declaración relativa a las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En ella sostuvo que los Estados que formulan reservas están garantizando la perpetuación de la desigualdad ente el hombre y la mujer a nivel nacional, y que particularmente las reservas formuladas a los artículos 2 y 16:

“perpetúan el mito de la inferioridad de la mujer y refuerzan la desigualdad en la vida de millones de mujeres en todo el mundo, que siguen siendo tratadas, en público y en privado, como si fueran inferiores al hombre

---

<sup>110</sup> ONU, “Conferencia Mundial de Derechos Humanos”, “Declaración y programa de acción de Viena”, *Resultados sobre derechos humanos*, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párr. 39, <http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml>.

<sup>111</sup> ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No.21*, A/49/38(SUPP), Décimo tercer período de sesiones, 1994.



y continúan siendo víctimas de mayores violaciones a sus derechos en todas las esferas de la vida.”<sup>112</sup>

En esta Declaración, el Comité CEDAW retomó las consideraciones del Relator Especial nombrado por la Comisión de Derecho Internacional para informar sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, Alain Pellet, sobre las opciones que tiene un Estado que ha formulado reservas:

- a) Tras examinar de buena fe las conclusiones, reafirmar su reserva;
- b) Retirar su reserva;
- c) Regularizar su situación reemplazando la reserva no permisible por una reserva permisible;
- d) Renunciar a ser parte en el Tratado.

Finaliza la declaración afirmando que aquellos Estados que eliminen o modifiquen sus reservas estarían demostrando su determinación para eliminar los obstáculos para lograr la igualdad sustancial entre el hombre y la mujer, lo que representaría una contribución importante a lograr el objeto y fin de la Convención y de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Posteriormente, se incluyó un párrafo respecto a las reservas en las Directrices para la presentación de los informes que se refieren concretamente a la Convención al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En este se indica a los Estados Partes que deben incluir en su documento básico común, información general sobre las reservas y declaraciones que hubieren formulado, y en el documento referido concretamente a la Convención, deben presentar información específica respecto de las reservas y declaraciones relativas a las reservas, y en su caso a las observaciones finales del Comité. Además, los Estados deben brindar una explicación sobre cualquier reserva o declaración que hayan formulado a la convención, así como su decisión de mantenerlas. Y en caso de haber formulado alguna reserva general, deberán informar sobre la interpretación y consecuencias de dichas reservas.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Declaración relativa a las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/53/38/Rev.1, Nueva York, 21 de agosto de 1998, párr.15.

<sup>113</sup> *Ibidem*, párr. 25.

Aunque el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer no admite reservas, la Convención está sujeta a un gran número de ellas. Muchas de estas reservas son incompatibles con el objeto y el fin de la Convención, por lo que están prohibidas por el artículo 28.2. Es de esperarse que algunas peticiones individuales se referirán a disposiciones de la CEDAW a las cuales el Estado en cuestión ha interpuesto alguna reserva. En tal caso, el Comité CEDAW deberá determinar si la petición es inadmisibile o si puede continuar considerándola bajo la premisa de que dicha reserva es contraria al objeto y fin de la CEDAW. En dado caso, la Convención estaría vigente para el Estado Parte sin el beneficio de la reserva.<sup>114</sup>

No obstante, el Comité CEDAW no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los efectos jurídicos de las reservas en el contexto de alguna comunicación individual, por lo que aún está por resolverse si el Comité considera que en el análisis de las peticiones individuales le corresponde determinar la admisibilidad de una reserva.<sup>115</sup>

### iii) **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.**

En una opinión preliminar de 2003, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD) sostuvo que, en principio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial sigue el régimen de Viena respecto a las reservas, desde el punto de vista normativo, manteniendo el requisito de la compatibilidad con el objeto y fin de la Convención como criterio de admisibilidad de las reservas.

Sin embargo, a diferencia de la postura del Comité de Derechos Humanos en su Comentario General no. 24, esta nota del CERD señala que la cuestión de las reservas es esencialmente un asunto para los Estados, subrayando, entre otras cosas, que aunque los Tratados de Derechos Humanos son distintos de los tratados tradicionales recíprocos, siguen siendo Tratados, con las consecuencias que resultan del Derecho de los Tratados,

---

<sup>114</sup> Benninger-Budel, Carin, "Part. V. Individual Complaints under the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", *Seeking remedies for torture victims*, 2da. Edición, Geneva, OMCT Handbook Series, 2014. Pág. 312.

<sup>115</sup> En el caso *Constance Ragan Salgado v. Reino Unido* (CEDAW/C/37/D/11/2006), de 2007, se alegó la violación de una disposición de la Convención a la que el Estado Parte había formulado una reserva, sin embargo, el Comité no se refirió a los efectos jurídicos de la misma, pues determinó la petición como inadmisibile por otros motivos (*ratione temporis*).

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

y que las reservas son una parte integral del consentimiento del Estado para ser Parte en el mismo.<sup>116</sup>

En aquella opinión, el Comité CERD reconoció que dentro del mandato del órgano de control se encuentra la posibilidad de posicionarse respecto a la compatibilidad de una reserva, hacer los comentarios pertinentes, e incluso incluir en las observaciones finales sugerencias y recomendaciones para que el Estado modifique o retire su reserva. Así, el Comité puede promover, como lo ha hecho, la implementación integral de la CERD. La explicación o justificación de esta postura por parte del Comité CERD es que consideran que este método de diálogo tendrá mejores resultados que iniciar una batalla legal con el Estado que haya formulado la reserva, e insistir en que esta no tiene efectos legales.

Puede decirse que la postura del Comité de Derechos Humanos es de confrontar a los Estados que han formulado reservas incompatibles con el PIDCP, mientras que la del Comité CERD contrasta precisamente por tratar de evitar la confrontación y entablar un diálogo con los Estados, dejándoles a ellos la última palabra.<sup>117</sup>

Aunque el Comité CERD no ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la admisibilidad de las reservas en casos de peticiones individuales, sí ha realizado comentarios y recomendaciones a los Estados en las observaciones finales a sus informes.

A manera de ejemplo, en las observaciones finales de 2014 a los informes séptimo a noveno de los Estados Unidos de América, el Comité CERD manifestó su preocupación por la falta de avance en retirar o disminuir el alcance de la reserva formulada al artículo 2, así como respecto aquella formulada al artículo 4 de la CERD, en relación con la prohibición del discurso de odio racista. Siguiendo la práctica desarrollada por el propio Comité, este se limitó a manifestar su preocupación y recomendar el retiro de dichas reservas.<sup>118</sup>

Aunque puede parecer poco tiempo para pronunciarse al respecto, hasta la fecha Estados Unidos no ha manifestado tener la intención de reducir el alcance o retirar las

---

<sup>116</sup> ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Opinión Preliminar del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre el asunto de las Reservas a Tratados sobre Derechos Humanos, CERD/C/62/Misc, 20/Rev.3, 13 de Marzo de 2003.

<sup>117</sup> ONU, Comisión de Derecho Internacional, "Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 55° período de sesiones", *cit.*, párr. 334.

<sup>118</sup> ONU, Comité Contra la Discriminación Racial, Observaciones finales a los informes periódicos combinados séptimo a noveno de los Estados Unidos de América, CERD/C/USA/CO/7-9, 25 de septiembre de 2014, párr. 5 y 9.

reservas en atención a la recomendación del Comité CERD. De hecho, algunos abogados defensores de Derechos Humanos de aquel país apoyarían la postura de Estados Unidos de mantener la reserva al artículo cuarto por ser incompatible con la primera enmienda de su constitución.<sup>119</sup>

La postura no confrontacional del CERD resulta particularmente relevante para nuestra investigación. Si bien no nos abocaremos en este momento a proponer un método para medir la efectividad de las resoluciones de los órganos de control; baste por ahora decir que entendiendo lo efectivo como aquello que logra el efecto esperado, el permitir que los Estados tomen la última decisión respecto a las reservas que ya se han considerado como contrarias al objeto y fin del tratado, condiciona la efectividad de la determinación del órgano de control a la voluntad del Estado.

Lo mismo puede afirmarse sobre lo establecido en la Declaración relativa a las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1998. Si después de determinar que cierta reserva resulta incompatible con el objeto y el fin del tratado, se le dan opciones al Estado sobre lo que puede hacer respecto de dicha reserva, la efectividad de la determinación de invalidez dependerá entonces de la voluntad del Estado que la formuló.

#### **iv) Comité sobre Derechos del Niño**

El Comité sobre Derechos del Niño (CRC) solicitó desde su primer periodo de sesiones que la Secretaría General elaborara una nota sobre las reservas a la Convención. En 1992, durante el segundo periodo de sesiones del Comité, se presentó la nota solicitada y en ella se indicaba que el derecho internacional no ofrecía directrices claras respecto de los tipos de reserva que debían considerarse incompatibles con el objeto y fin de un tratado en materia de derechos humanos, teniendo los otros Estados Partes la responsabilidad fundamental de evaluar su compatibilidad, pudiendo expresarla mediante objeciones a las reservas. En la misma nota se hizo referencia a un *aide-memoire* del Secretario General de 1976 donde se afirmaba que como depositario de los tratados no tenía competencia para juzgar los efectos jurídicos de las reservas. Aun así, el Comité sobre Derechos del Niño reconoció que era importante abordar el tema al examinar los informes de los Estados

---

<sup>119</sup> Cassel, Doug, "The United States and Human Rights Treaties: can we meet our commitments?", *Human Rights Magazine, Human Rights at Home*, vol. 41, núm. 2, 2015.

Partes y les pidió que proporcionaran información respecto a la forma en que se recogían y aplicaban en sus legislaciones nacionales las reservas y declaraciones que habían formulado.<sup>120</sup>

En 2005, el Comité emitió su Observación General No. 5, llamada “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”. En ella hizo referencia al examen de las reservas, invitando a los Estados Partes a que indiquen si consideran necesario mantener las reservas que hayan hecho o si tienen intención de retirarlas. Manifestó que solo será posible alcanzar el objetivo del Comité de lograr que se respeten plena e incondicionalmente los derechos humanos de los niños, si los Estados retiran sus reservas. Por lo tanto, recomendó a los Estados invariablemente que se examinen y retiren las reservas, y que aquellos que tras examinarlas decidan mantenerlas, expliquen plenamente dicha decisión en su siguiente informe periódico.<sup>121</sup>

En esta misma observación general, el Comité manifestó su preocupación respecto de aquellas reservas que señalan que el respeto de la Convención está limitado por la Constitución o la legislación vigentes del Estado, en evidente contravención del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 51 párrafo 2 de la Convención sobre Derechos del Niño.<sup>122</sup>

En sus orientaciones generales sobre la elaboración de informes periódicos, el Comité solicitó que los Estados atendieran el espíritu de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que les alentó a examinar la posibilidad de reexaminar cualquier reserva que hubieran hecho con miras a retirarlas.<sup>123</sup> Asimismo, en las orientaciones respecto a los informes iniciales presentados en virtud de los Protocolos Facultativos, el Comité pidió información sobre la intención de los Estados Partes de retirar las reservas existentes.

---

<sup>120</sup> ONU, Instrumentos Internacionales de Derechos humanos, “La práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos respecto de las reservas a los tratados internacionales en la materia”, HRI/MC/2005/5, 13 de junio de 2005, párr.12.

<sup>121</sup> ONU, Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No.5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003, párr. 13.

<sup>122</sup> *Ibidem.* párr. 15.

<sup>123</sup> ONU, Comité sobre Derechos del Niño, *Guía para la presentación de informes periódicos*, CRC/C/58, 20 de noviembre de 1996, párr. 11.

El Comité sobre Derechos del Niño estableció más claramente su postura en el día del debate general destinado a conmemorar el décimo aniversario de la Convención, donde hizo suyas las conclusiones en las que se afirmaba que el Comité tenía una función decisiva que desempeñar en la evaluación de la validez y las consecuencias de las reservas formuladas por los Estados Partes y seguiría planteándoles sistemáticamente esta cuestión. Asimismo, manifestó que seguiría fomentando la revisión de las reservas de los Estados Partes y su retirada, con el propósito de conseguir el nivel más alto posible de aplicación de la Convención; reveló que consideraría la posibilidad de adoptar una observación general sobre el tema de las reservas y que examinaría con los Estados Partes si estas eran compatibles con el objeto y el propósito de la Convención, aclarando toda situación en que se determinara una incompatibilidad, pudiendo las reservas ser nulas, ante lo cual propondría medidas específicas para remediarlo.<sup>124</sup>

Aunque el Comité no ha elaborado una observación general sobre las reservas, mediante el examen de los informes de los Estados Partes ya ha criticado aquellas reservas que afectan a todas las disposiciones de la Convención o a un gran número de ellas, pues se basan en consideraciones poco claras o generales, como las costumbres o los valores del Estado Parte, que podrían inducir a la discriminación por motivos religiosos e impedir la aplicación de principios fundamentales como la no discriminación, el interés superior de la niñez o los derechos de la familia.<sup>125</sup>

Podemos afirmar que la postura del Comité sobre Derechos del Niño es menos condescendiente que la de los Comités CERD y CEDAW, pero menos confrontacional que la del CCPR. Si bien, siguiendo al CCPR reconoce su propia competencia para determinar la validez de las reservas según su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, también ha manifestado que de detectar la incompatibilidad propondrá medidas a los Estados para solucionarlo, adoptando así una postura más conciliadora con los Estados.

**v) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

En 2009, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, preparó un estudio temático con el propósito de mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En

---

<sup>124</sup> ONU, Comité sobre Derechos del Niño, *Informe de la vigésimo segunda sesión*, CRC/C/90, 07 de diciembre de 1999, párr. 291.

<sup>125</sup> ONU, Instrumentos Internacionales de Derechos humanos, HRI/MC/2005/5, *op. cit.*, párr.15.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

dicho estudio, se advirtió a los Estados que consideraran la posibilidad de formular reservas o declaraciones interpretativas a propósito de la Convención, deben tener en cuenta que los órganos de supervisión de tratados han expresado de manera sistemática la opinión de que las reservas reducen el alcance de la protección que brindan los tratados, por lo que dichos órganos constantemente han tratado de restringir el alcance de las reservas formuladas y de alentar su retiro por los Estados Partes, mediante sus respectivos mecanismos. Por lo tanto, se concluye que es de esperar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también trataría la cuestión de las reservas y las declaraciones formuladas por los Estados partes en la Convención durante el examen periódico de los informes de los Estados Partes, previsto en el artículo 35 de la Convención.<sup>126</sup>

Eso fue lo que sucedió a partir de la revisión del informe inicial de Canadá, en mayo de 2017. En sus observaciones finales, el Comité determinó que la reserva que Canadá formuló al artículo 12, párrafo 4, es incompatible con el objeto y fin de la Convención, por lo que recomendó al Estado retirarla y emprender un proceso para adecuar a la Convención las leyes federales, provinciales y territoriales que permiten privar de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, atendiendo los criterios de su Observación General no. 1 sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley.<sup>127</sup>

**vi) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

En 1993, durante el octavo periodo de sesiones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, tanto el entonces Presidente como varios miembros formularon observaciones respecto a las reservas, sin embargo, la postura del Presidente era que estas no representaban un problema importante puesto que se formulaban muy pocas y generalmente no tenían carácter polémico.

Cinco años después, durante el examen del proyecto de observación general sobre la aplicación interna del Pacto, se pone sobre la mesa la cuestión de si se prohibiría a los Estados formular reservas basadas en su legislación religiosa interna en virtud del principio

---

<sup>126</sup> ONU, Consejo de Derechos Humanos, "Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párr. 20.

<sup>127</sup> ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Canadá*, CRPD/C/CAN/CO/1, 8 de mayo de 2017, párr. 7 y 8.

establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, consistente en que no es justificable el incumplimiento del derecho internacional invocando el derecho interno. Al respecto, el Presidente consideró que las reservas generales eran inaceptables por su falta de precisión, pero que posiblemente las reservas concretas fueran aceptables. No obstante, en la observación general adoptada, ni, hasta la fecha, en ninguna otra declaración oficial o directrices del Comité se ha abordado el tema de las reservas.<sup>128</sup>

**vii) Comité contra la Tortura.**

Por su parte, el Comité contra la Tortura tampoco ha adoptado una postura oficial con respecto a las reservas, sin embargo, ha manifestado su preocupación al respecto en el contexto del examen de los informes de los Estados Partes y en sus observaciones finales.

Ejemplo de lo anterior, son las observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de los Estados Unidos de América de 2014. En ellas manifestó su preocupación por la declaración del Estado Parte según la cual en el derecho estadounidense los actos de tortura están prohibidos por varias leyes y pueden enjuiciarse de muchas maneras, lamentando que aún no se haya introducido el delito específico de tortura en la legislación federal. Asimismo, el Comité lamentó que el Estado parte se atuviera a una interpretación restrictiva de las disposiciones de la Convención y no tuviera intención de retirarlas.

A nuestro parecer, el Comité se manifestó de forma ambigua respecto de la compatibilidad de las reservas presentadas por Estados Unidos de América a los artículos 1 y 16 de la Convención, pues sostuvo lo siguiente:

“Al tiempo que toma nota de las explicaciones de la delegación al respecto, especialmente en relación con los artículos 1 y 16 de la Convención, el Comité recuerda que, con arreglo al derecho internacional, no son admisibles las reservas que son contrarias al objeto y fin de un tratado (arts. 1 y 2, párrs. 1 y 4).”<sup>129</sup>

Corolario de lo anterior, sin afirmar directamente que las reservas formuladas por el Estado parte fueran incompatibles con el objeto y fin del tratado, el Comité señaló que el

---

<sup>128</sup> ONU, Instrumentos Internacionales de Derechos humanos, HRI/MC/2005/5, *op. cit.*, párr. 19 y 20.

<sup>129</sup> ONU, Comité contra la Tortura, Observaciones Finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de los Estados Unidos de América, CAT/C/USA/CO/3-5, 19 de diciembre de 2014, párr. 9.



Estado parte debía seguir considerando la posibilidad de retirar sus declaraciones interpretativas y reservas a la Convención.

El Comité contra la Tortura aún no ha tenido la oportunidad de analizar la compatibilidad de las reservas en el marco de las peticiones individuales, donde podría ser más clara cuál es su posición respecto a los efectos jurídicos que tendría la determinación de incompatibilidad.

**d. El *soft law* como la principal herramienta de los órganos de control del Sistema Universal.**

Independientemente de si la postura de los órganos de vigilancia es confrontacional como la del CCPR, de diálogo como la del CERD y CEDAW, o mixta como la del CRC, sus resoluciones revisten el carácter de *soft law*.

La definición de *soft law* se utiliza para identificar textos que por un lado no son jurídicamente vinculantes en el sentido tradicional, pero por otro lado tampoco están completamente privados de efectos jurídicos.<sup>130</sup>

*Prima facie*, esta característica pareciera ser un problema en sí misma, pues al no ser una obligación jurídica para los Estados, podríamos afirmar *a priori* que dicha característica los hace “menos protectores” que los instrumentos jurídicamente obligatorios, tales como las sentencias de los tribunales de los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos. Para poder hacer un análisis en dicho sentido, nos referiremos al trabajo de Anne Peters e Isabella Pagotto,<sup>131</sup> quienes realizan una clasificación entre los distintos tipos de instrumentos de *soft law* así como de los efectos normativos que estos llegan a tener, a pesar de no ser jurídicamente obligatorios.

Un primer tipo de textos de *soft law* son aquellos emitidos por órganos o cuerpos especiales dentro de las Organizaciones internacionales. Un segundo tipo son las Declaraciones, Resoluciones y Planes de Acción adoptados por los Gobiernos en conferencias globales o cumbres.

Respecto al concepto de *soft law*, existen dos posturas fundamentalmente contrarias: la perspectiva binaria y la idea de la normatividad gradual o continua. La postura

---

<sup>130</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011; Toro Huerta, Mauricio Iván del., “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006.

<sup>131</sup> Peters, Anne/ Pagotto, Isabella, “*Soft law as a new mode of governance: A legal perspective*”, *NEWGOV: New Modes of Governance, unpublished report*, University of Basel, 2006.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

binaria lleva a la negación del concepto de *soft law* por razones de lógica jurídica; mientras que la idea de normatividad continua sostiene que la normatividad puede ser gradual, por lo que el *soft law* es conceptualmente posible.

Para la postura binaria la esencia del derecho es su normatividad, (de manera que la obligatoriedad y la validez jurídica se consideran sinónimos) y que la normatividad no puede ser graduada. Bajo esta perspectiva el concepto de *soft law* ha sido considerado “lógicamente imposible” y una “contradicción lógica”, una paradoja o contradicción conceptual.

Esta postura es criticada por las autoras pues afirman que prohibir el término *soft law* no impedirá que los gobiernos y otros actores políticos sigan recurriendo a instrumentos no tradicionales. El análisis legal debe apoyarse de la observación empírica de que se están adoptando abundantes actos que prima facie no encuadran en las categorías tradicionales puramente legales o puramente políticas. La doctrina jurídica debe, como derecho, capturar la realidad para no volverse insignificante, sin embargo, la perspectiva binaria no toma esto en consideración, es sobre-simplificada y se aleja de la realidad.

Por su parte, la perspectiva opuesta de la gradualidad de la norma, sostiene que el derecho puede tener un impacto y efectos jurídicos diversos, tanto directos como indirectos. La gradualidad normativa implica que el derecho puede ser más duro o más suave, y que existe una continuidad entre el derecho fuerte y el derecho dúctil.

Peters y Pagotto afirman que no logran identificar parámetros de distinción entre normas de derecho fuerte y aquellas de derecho dúctil; y afirman que los juristas debemos admitir que resultan imperceptibles delimitaciones precisas entre estos dos tipos de normas. De tal manera, las autoras sostienen que el *soft law* se encuentra en la penumbra del derecho.

De acuerdo con la jurisprudencia internacional, incluso cuando las normas de derecho dúctil no tienen carácter vinculante, en ocasiones cuentan con valor normativo, mismo que dependerá del tipo de resolución y de las condiciones en las que esta haya sido adoptada, así como de su contenido. El valor normativo consiste en efectos jurídicos específicos que pueden desempeñar distintas funciones.

Algunos instrumentos del *soft law* realizan una función pre-jurídica, cuando se adoptan con miras a la elaboración y preparación de futuros tratados internacionales o normas de derecho comunitario. Esta función pre-jurídica conlleva dos efectos jurídicos distintos: primero, la internacionalización de la materia sobre la que trata el instrumento,

retirándola del dominio reservado para los Estados; y segundo, una función “promotora” cuando estos indican un aumento en la *opinio iuris* en el sentido del contenido del instrumento, de manera tal que el *soft law* contribuye al desarrollo del *hard law*, fungiendo como una especie de marcapasos de la legalización.

Las normas de *soft law* también pueden cumplir con la función de complementar al *hard law*, donde el efecto jurídico de estos instrumentos es que sirven como apoyo e interpretación de tratados internacionales o normas de derecho comunitario.

Asimismo, el *soft law* puede resultar en algunas ocasiones la única alternativa a la anarquía. Una solución suave puede ayudar a superar estancamientos en las relaciones interestatales, donde han fracasado los esfuerzos por llegar a una solución más firme. Los Estados poderosos pueden preferir soluciones suaves porque les permite mantener su libertad al tiempo que muestran una actitud de cooperación; mientras que los Estados más débiles pueden preferirlos porque les preocupa que políticamente no podrán lograr otra cosa.

En cuanto a las consideraciones prácticas para recurrir al *soft law*, las autoras señalan como una primera razón la creciente complejidad de los problemas globales así como la incertidumbre científica sobre su causalidad. Las soluciones jurídicas más efectivas no pueden identificarse fácilmente, pero al mismo tiempo la sociedad civil exige que por lo menos se haga algo al respecto. En este caso una respuesta suave resulta particularmente útil pues mantiene la libertad de actuación de las élites políticas.

Como una segunda razón identifican que los Estados son cuidadosos para comprometerse legalmente. Bajo esa perspectiva, el surgimiento del derecho dúctil puede interpretarse como una señal de respeto por el derecho fuerte, que los Estados y otros actores ven con cuidado. Estos pueden recurrir al *soft law* cuando exista preocupación respecto a la posibilidad de incumplimiento, ya sea por oposición política dentro de su territorio, falta de capacidad de cumplimiento, incertidumbre respecto a si el cumplimiento es medible o no, así como desacuerdo con aspectos de la norma propuesta.

Y como una tercera y última razón práctica, está el hecho de que suscribir acuerdos “suaves” es más rápido y sencillo que suscribir tratados. Asimismo, son más flexibles y fáciles de revisar, precisamente por su limitada vinculatoriedad.

Peters y Pagotto también identifican algunas consideraciones normativas para recurrir al *soft law*. La primera de ellas es que resulta útil en casos donde un actor no cuente con competencias para emitir o suscribir instrumentos de *hard law*; la segunda, es que

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

puede utilizarse para legitimar decisiones importantes tomadas fuera del sistema gubernamental formal, que pudieran criticarse por no ser democráticas; la tercera es que las normas de *soft law* resulta menos “costoso” para la soberanía, pues implican una pérdida de autoridad menor que los instrumentos de *hard law*; finalmente, el *soft law* permite la participación de actores no estatales que no tienen la capacidad de participar en la formación del *hard law*, de manera que supletoriamente les involucra en el proceso de “legislación” internacional.

Respecto a las consecuencias del incumplimiento de normas de *soft law*, no podemos hablar de ilegalidad en el sentido tradicional, sino solo de una ilegalidad “suave”. Incluso, cada vez más normas internacionales de carácter vinculante establecen mecanismos de control “suaves”.

Autores como Falkner, Shelton y Joerges, abordan el tema del cumplimiento de los instrumentos internacionales tanto de *hard law* como de *soft law*.<sup>132</sup> El resultado de sus investigaciones al respecto, es que el cumplimiento de las disposiciones de estas normas depende de factores que son independientes de la suavidad o dureza de la norma. Estos son los fines de la norma, su contenido, los costos económicos de su cumplimiento o incumplimiento, la relación entre las partes, preocupaciones sobre su reputación, así como intereses y valores compartidos. El hecho de que estos factores afecten de igual forma al *hard law* que al *soft law*, implica que el *soft law* puede ser tan efectivo o inefectivo como el *hard law*.

En el caso del control de las reservas, los instrumentos de *soft law* que contienen determinaciones de su invalidez por parte de los órganos de control de los tratados, vinculan al cumplimiento de normas de *hard law*. Nos referimos, por supuesto, a aquellas normas que los Estados que formularon las reservas pretendían evadir, pero por determinación de los órganos de control se ven vinculados a cumplir. Por supuesto, al tener naturaleza recomendatoria, podemos decir que su incumplimiento revestiría la ilegalidad suave de la cual hablan Peters y Pagotto.

---

<sup>132</sup> Falkner, Gerda/Treib, Oliver/ Hartlapp, Miriam/Leiber, Simone, *Complying with Europe, EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, Cambridge, 2005; Shelton, Dinah, “International Law and Relative Normativity”, en Evans, Malcolm, *International Law*, Oxford 2003, pp. 145-171; Zürn, Michael/Joerges, Christian (eds.), “Law and Governance in Postnational Europe”, *Compliance beyond the Nation-State*, Cambridge, 2005.

A nuestro parecer, es debatible si al tratarse de la interpretación de una norma de *hard law*, no debería considerarse la determinación de la incompatibilidad de una reserva conforme al objeto y fin del tratado también como *hard law*. Si bien, tampoco consideramos que sea necesario que se le considere como tal para que la determinación sea relevante y deba cumplirse por parte de los Estados.

Así, a pesar de la practicidad del *soft law*, para quienes reconocen el papel fundamental que desempeñan los órganos de control al evaluar la validez de las reservas, sigue resultando insuficiente el trabajo de los órganos convencionales del Sistema Universal, por lo que resultan sumamente relevantes las sentencias de los tribunales regionales donde no solo interpretan las reservas sino que determinan su validez a través de instrumentos vinculantes.<sup>133</sup>

### **C. Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.**

Por otro lado, a la fecha se encuentran funcionando tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos: el sistema europeo, el interamericano y el africano.

Aunque cada uno de ellos tiene particularidades que los distinguen entre sí, los tres se caracterizan por desarrollarse en una organización regional –el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Unión Africana, respectivamente- y porque son sistemas de protección de naturaleza jurisdiccional.

No debe perderse de vista que tanto en el sistema africano como en el interamericano, además de los órganos jurisdiccionales, prevalecen como órganos de carácter resolutivo la CIDH y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Cuyas resoluciones siguen la misma suerte de los dictámenes emitidos por los órganos de control convencional del Sistema Universal. Para efectos de nuestro estudio, en el caso de los sistemas regionales nos limitaremos a analizar la postura de los órganos jurisdiccionales.

Sobra decir que las sentencias que emiten los Tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos son de cumplimiento obligatorio para los Estados que han reconocido su competencia y que son parte de los Tratados que cada uno monitorea.

#### **a. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

En materia de evaluación de la validez de las reservas el Tribunal Europeo ha resuelto dos casos emblemáticos: *Belilos v. Switzerland* y *Loizidou v. Turkey*. Sin embargo,

---

<sup>133</sup> Akstinienė, Aistė, “Reservations to human rights treaties...”, *op. cit.*, p. 466.

a pesar de que en ambos casos determinó la incompatibilidad de las reservas con el Convenio Europeo, no profundizó mucho en sus motivos para hacerlo.

El asunto *Belilos v. Switzerland* consistía en una multa de 200 francos suizos impuesta por la policía municipal, por la supuesta participación en una demostración ilegal. El solicitante argumentó ante el Tribunal que la falta de un recurso de apelación para una decisión administrativa era contraria al artículo 6(1) del Convenio Europeo, que garantizaba el derecho al debido proceso.<sup>134</sup> El gobierno suizo se basó en la declaración interpretativa que formuló con el propósito de limitar las obligaciones de Suiza bajo el artículo 6(1) para asegurar una revisión de la legalidad de la decisión del tribunal de jurisdicción original.<sup>135</sup>

Desestimando la declaración interpretativa con base en su invalidez, el Tribunal sostuvo que Suiza seguía obligado por el Convenio Europeo.<sup>136</sup>

A partir de este asunto, el gobierno suizo consideró que nulificar su ratificación del Convenio sería claramente desproporcionado, sin embargo, conforme avanzaba el juicio, se debatió una propuesta en el parlamento suizo para denunciar el Convenio Europeo y esta fue rechazada por un margen reducido.<sup>137</sup>

Aunque no haya prosperado dicha iniciativa en el parlamento suizo, el hecho de que denunciar el Convenio haya sido motivo de debate, demuestra que los Estados no reciben bien la imposición de la postura anti-voluntarista de los órganos de control de los Tratados, incluso cuando han reconocido expresamente su competencia.

Por otro lado, en el asunto *Loizidou v. Turkey*, la solicitante, una grecochiprota, denunció que tenía una propiedad en el norte de Chipre y que autoridades turcas le habían impedido regresar a ella. Durante una marcha por los derechos de los refugiados grecochiprotas para regresar a sus hogares, fue detenida por miembros de la policía turcochiprota. La solicitante argumentó que su arresto y detención, así como el impedirle acceder a su propiedad, era una violación del Convenio Europeo.<sup>138</sup> Turquía se basó en las declaraciones interpretativas que formuló al Convenio, restringiendo la competencia de la jurisdicción del Tribunal Europeo a eventos que ocurrieran en el territorio nacional turco y

---

<sup>134</sup> T.E.D.H., caso *Belilos v. Switzerland*, cit.

<sup>135</sup> *Ibidem*, párr. 484.

<sup>136</sup> *Ibidem*, párr. 487.

<sup>137</sup> Cameron, Ian/Frank Horn, "Reservations to the European Convention: The *Belilos* Case", *German Yearbook of International Law*, 1990, vol. 33, p. 115.

<sup>138</sup> T.E.D.H., caso *Loizidou v. Turkey*, 1995, Serie A, No. 310, párr. 127.

no en el norte de Chipre.<sup>139</sup> Tal como en el caso *Belilos v. Switzerland*, el Tribunal interpretó esta declaración como una “reserva disfrazada”,<sup>140</sup> y sostuvo que era incompatible con el objeto y fin del Convenio Europeo como un instrumento de protección de los derechos humanos, ya que debilitaban seriamente el papel del Tribunal en el desempeño de sus deberes.<sup>141</sup> El Tribunal procedió sin considerar las declaraciones relativas a la ratificación del Convenio Europeo por parte de Turquía.<sup>142</sup>

En ninguno de los dos casos el Tribunal proporcionó una explicación respecto a por qué decidió desestimar de lleno las reservas consideradas como inválidas por ser incompatibles con el objeto y el fin del tratado. Sin embargo, enfatizó en el carácter especial del Convenio Europeo como un instrumento de orden público.<sup>143</sup> Ambos precedentes han servido para que el Tribunal Europeo mantenga esta práctica hasta casos más recientes.<sup>144</sup>

#### **b. Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Por su parte, la CrIDH analizó el tema de las reservas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde 1982, cuando a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció respecto del momento en el que la Convención Americana debe entrar en vigor para aquellos Estados que han formulado reservas a la misma. La pregunta concreta era si la Convención entraba en vigor desde la fecha del depósito del instrumento de ratificación o adhesión, o bien, al cumplirse el término previsto en el artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>145</sup> El término al que se refería la CIDH es el establecido en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena, que señala que los Estados cuentan con 12 meses para objetar las reservas formuladas por el resto de los Estados Partes, y en caso de guardar silencio se asumirá que las han aceptado tácitamente.

Al respecto, la Corte resolvió que al encontrarse permitidas las reservas por el artículo 75 de la Convención Americana, estas se registrarían por el párrafo 1 del artículo 20

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, párr. 17.

<sup>140</sup> *Ibidem*, párr. 132.

<sup>141</sup> *Ibidem*, párr. 134.

<sup>142</sup> *Ibidem*, párr. 141.

<sup>143</sup> *Ibidem*, párr. 138.

<sup>144</sup> T.E.D.H., caso *Ilie Ilascu et al. v. Moldova and Russia*, 48787/99, sentencia del 08 de julio de 2004; y caso *Sargsyan v. Azerbaijan*, 40167/06, sentencia del 14 de diciembre de 2011.

<sup>145</sup> Corte IDH, “El Efecto de las Reservas...”, cit. párr. 8.

de la Convención de Viena, por lo que no estarían sujetas a la aceptación de los Estados Partes y el plazo señalado en el artículo 5 no resultaría aplicable a la Convención Americana.<sup>146</sup>

Esta resolución resulta relevante ya que implica que en el Sistema Interamericano el control de las reservas mediante la aceptación y objeción de los Estados Partes no tiene cabida, de manera que si no fuera por el control ejercido por la propia CrIDH mediante el ejercicio de su facultad consultiva o contenciosa, no sería posible evaluar la compatibilidad de las reservas formuladas a la Convención Americana con el objeto y fin de la misma. Dicho de otra forma, los Estados podrían formular reservas contrarias al objeto y fin de la Convención Americana sin que hubiera alguna consecuencia. No obstante, hasta ese momento la Corte no se había pronunciado respecto a su facultad o competencia para interpretar o evaluar la compatibilidad de las reservas formuladas por los Estados a la Convención Americana.

Al año siguiente, en la Opinión Consultiva 3/83 llamada “Restricciones a la Pena de Muerte”, la Comisión Interamericana solicitó que la Corte respondiera si era posible que un Gobierno, sobre la base de una reserva hecha al artículo 4.4 de la Convención Americana, legislara para imponer la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción cuando se efectuó la ratificación.<sup>147</sup>

Dicho cuestionamiento provocó que la Corte analizara el tema de las reservas a la Convención Americana, pero ahora desde la óptica de su interpretación conforme al objeto y fin de la propia Convención. Concretamente, resolvió que:

“Las reservas tienen el efecto de excluir o modificar las disposiciones del tratado y quedan integradas a él en cuanto a las relaciones entre el Estado que las formuló y aquellos respecto de los cuales son efectivas. Por ello, dejando nuevamente de lado la cuestión del valor recíproco de las reservas, que no es plenamente aplicable en el ámbito de los derechos humanos, es preciso concluir que la interpretación cabal del tratado implica la de las reservas, la que debe someterse tanto a las reglas propias del derecho internacional general como a aquellas específicas que se encuentran en la misma Convención.”<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, párr. 35.

<sup>147</sup> Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva, OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, Serie A, No. 3, párr. 8.

<sup>148</sup> *Ibidem*, párr. 62.



Con este pronunciamiento, la CrIDH, como intérprete de la Convención Americana, asumía que parte de su labor interpretativa implicaba la interpretación de las reservas formuladas por los Estados Partes.

En ejercicio de su competencia contenciosa, la CrIDH se ha pronunciado respecto a las reservas en distintas ocasiones. En los casos Benjamin y Constantine, ambos contra Trinidad y Tobago, el Estado pretendía hacer valer una “reserva” al artículo 62 de la Convención Americana, respecto a la aceptación de la competencia de la Corte. Al respecto, la Corte hizo referencia al poder que tiene de determinar el alcance de su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), y que parte de esa competencia era darle a la declaración del Estado una interpretación conforme al derecho internacional.<sup>149</sup>

Tras analizar la declaración realizada por Trinidad y Tobago respecto del reconocimiento de la competencia de la Corte, esta determinó que aceptarla implicaría que el Estado tendría como primer parámetro de referencia a su Constitución, dejando de lado y recurriendo solo subsidiariamente a la Convención Americana, lo que fragmentaría el orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la Convención.<sup>150</sup> En su razonamiento, la Corte hizo referencia al artículo 29 de la Convención, así como al caso Yvcher Bronstein donde se pronunció respecto a la necesidad de interpretar la Convención conforme al efecto útil de las disposiciones del tratado y a la necesidad de interpretar los derechos en el sentido de brindar la protección más amplia y menos restrictiva posible. Como corolario, el tribunal decidió desestimar el argumento del Estado por considerar que la “reserva” o declaración del Estado era incompatible con el objeto y fin de la Convención y procedió con el análisis del fondo del asunto.<sup>151</sup>

Algunos años más tarde, en el caso Boyce y otros v. Barbados, el Estado pretendía escudarse en una reserva formulada al artículo 4.4 de la Convención Americana, que prohíbe la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos o comunes conexos con los políticos. La reserva se basaba en que la legislación de Barbados permitía la pena de muerte por homicidio y traición, y que en ocasiones la traición podría considerarse como un

---

<sup>149</sup> Corte IDH, *Caso Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, (Excepciones Preliminares)*, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C, No. 81, párr. 69 y 70; Corte IDH, *Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago*, párr. 69 y 70.

<sup>150</sup> *Ibidem*, párr. 84.

<sup>151</sup> *Ibidem*, párr. 89.

delito político. Como en el caso particular, la Corte debía resolver no respecto de la pena de muerte aplicada al delito de traición, sino al del homicidio, de una interpretación textual de la reserva determinó que esta no era aplicable por lo que el Estado no podía escudarse en la misma.<sup>152</sup> No obstante, no entró en la interpretación de la compatibilidad de dicha reserva conforme al objeto y fin del tratado.

Ya se ha mencionado en el capítulo anterior que uno de los casos donde la CrIDH analizó la compatibilidad de una reserva conforme al objeto y fin de un tratado fue en el emblemático caso Radilla Pacheco v. México. Concretamente, el Estado mexicano había formulado una reserva al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, con base en que su legislación interna permitía que la jurisdicción militar conociera de casos de Desaparición Forzada si en estos veían involucrados miembros de las fuerzas armadas durante el desempeño de sus funciones. La CrIDH analizó dicha reserva a la luz del objeto y el fin de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y determinó que esta negaba el reconocimiento del juez natural, mismo que se encontraba estrechamente relacionado con el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 y considerados como inderogables a la luz del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De tal suerte, el tribunal consideró que la reserva formulada por México debía ser considerada inválida, y que la aplicación de la jurisdicción militar en dicho caso era contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual, México estaba obligado.<sup>153</sup> Habiendo determinado la nulidad de la reserva, la Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la obligación contenida en el artículo IX.

Más recientemente, en el caso Furlan y Familiares, el Estado argentino pretendía hacer extensiva la reserva que había formulado al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a otras disposiciones del tratado, concretamente al artículo 25. Ante dicha postura, la Corte reiteró que a la luz del artículo 29 de la Convención, no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquel dispuesto en la reserva

---

<sup>152</sup> Corte IDH, Caso Boyce y otros Vs. Barbados, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, No. 169, Párr. 17.

<sup>153</sup> Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C, No. 209, Párr. 307 – 314.

misma, por lo que concluyó, de manera similar al caso Boyce, que de la interpretación textual y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado, la aplicación de la reserva realizada al artículo 21 no era extensiva al artículo 25.<sup>154</sup> En este caso, la Corte tampoco se pronunció respecto de la compatibilidad de la reserva conforme al objeto y fin de la convención.

### **c. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**

A diferencia del Convenio Europeo y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos no contempla disposición alguna respecto de las reservas. Al ser omisa al respecto, de manera supletoria debe atenderse lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, que serán admisibles aquellas reservas que no vayan en contra del objeto y el fin del tratado. Asimismo, resultaría aplicable el régimen de aceptación y objeción de reservas por el resto de los Estados Partes, pero como hemos mencionado en el capítulo anterior, este régimen pareciera resultar insuficiente cuando nos referimos a tratados en materia de Derechos Humanos.

Además de la Carta Africana, otro instrumento importante del Sistema Africano es el Protocolo de Maputo sobre los Derechos de la Mujer en África, mismo que tampoco incluye disposición alguna referente a las reservas, lo que ha llamado la atención de algunos juristas de aquella región, quienes han manifestado su preocupación al respecto. Jamil Ddamulira considera que el motivo del silencio al respecto es tal vez un arma de doble filo, diseñada para fomentar la participación de los Estados y armonizar posibles diferencias culturales y jurídicas entre los Estados Partes que no vayan en contra del objeto y fin del tratado.<sup>155</sup>

La doctrina ha sugerido que el Sistema Africano debe tomar en consideración los criterios del Comité CEDAW y el Comité de Derechos Humanos de la ONU al momento de

---

<sup>154</sup> Corte IDH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246, Párr. 35 – 44.

<sup>155</sup> Ddamulira Mujuzi, Jamil, “The Protocol to the African Charter on Human and People’s Rights on the Rights of Women in Africa: South Africa’s reservations and interpretative declarations”, *Law, Democracy and Development*, vol. 12, No. 2, 2008, p. 47.

interpretar la validez de las reservas conforme al objeto y fin de los tratados respecto a los cuales tiene competencia.<sup>156</sup>

Si bien la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos no ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de su facultad para interpretar la compatibilidad de las reservas conforme al objeto y fin de los tratados africanos, la Comisión Africana se pronunció al respecto en 2005 en las Observaciones Finales y Recomendaciones respecto del Primer Informe Periódico de la República de Sudáfrica. En ellas, recomendó al Estado sudafricano que considerara retirar la reserva formulada al artículo 6(d) del Protocolo de Maputo. No obstante, como hemos mencionado, las resoluciones de la Comisión Africana cuenta con las mismas características de aquellas emitidas por los mecanismos convencionales del Sistema Universal, es decir, es una resolución de *soft law* cuyo contenido es meramente recomendatorio.

Además, nos atrevemos a sostener que cuando un caso amerite que la Corte Africana se pronuncie respecto a la compatibilidad de alguna reserva, esta seguirá, con base en una práctica de diálogo jurisprudencial, por la misma línea que han adoptado sus homólogos en el ámbito europeo y el americano.

Una vez que hemos profundizado en la práctica de los órganos de control de evaluar la compatibilidad de las reservas conforme al objeto y fin de los tratados que vigilan, corresponde referirnos a las consecuencias de la determinación de incompatibilidad y, por ende, inadmisibilidad o invalidez de las mismas.

#### **D. Posibles consecuencias de las reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados.**

Roslyn Molony ha clasificado las posibles consecuencias jurídicas ante la formulación de reservas que resultan incompatibles con el objeto y fin de los tratados: la doctrina “quirúrgica”, que implica la aceptación de la ratificación del Estado, excepto en relación con aquellas partes del tratado que la reserva objeta; la doctrina de “reacción”, que implica un rechazo total de la ratificación del Estado; y la doctrina de la “separabilidad”, que contempla la aceptación de la ratificación del Estado, incluyendo, la reserva incompatible.

---

<sup>156</sup> Ssenyonjo, Manisuli, “Economic, Social and Cultural Rights in International Law”, *Hart Publishing*, Portland, Oregon, 2009, p. 254-256; Abass, Ademola, *Protecting Human Security in Africa*, Oxford University Press, New York, 2010, p.187–191.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Para esta autora, la doctrina de la separabilidad, en muchos casos, fortalecería el régimen internacional de los derechos humanos, protegiendo su universalidad e integridad.<sup>157</sup>

#### La Doctrina Quirúrgica

Considerando que el efecto práctico de la doctrina “quirúrgica” sería darle al Estado el beneficio de su reserva, sin importar que la misma sea incompatible con el objeto y fin del tratado, puede afirmarse que la implementación de esta doctrina implicaría darle fuerza y efectos jurídicos completos a la reserva, contradiciendo así el propósito del artículo 19 de la CVT. Claramente, este sería un resultado inaceptable y no ha sido comúnmente defendido por los doctrinarios ni aceptado por órganos internacionales.

#### La Doctrina de la Reacción

Por otro lado, quienes se adhieren a la doctrina de la “reacción”, basan su postura en el principio del consentimiento de los Estados, que ha sido descrito como la “mayor limitación de los tratados multilaterales como fuente del derecho internacional”.<sup>158</sup> De acuerdo con este principio un Estado no puede estar obligado por el derecho internacional sin su consentimiento. Tomando en cuenta que las reservas representan condiciones para el consentimiento de los Estados de obligarse por un tratado, determinar su invalidez pero mantener al Estado obligado por el tratado contravendría el referido principio.<sup>159</sup>

Como ya hemos referido, uno de los propósitos de los tratados multilaterales sobre derechos humanos es obtener el mayor número de ratificaciones posibles. La doctrina de la reacción interfiere con este propósito de alcanzar la universalidad.<sup>160</sup>

#### La Doctrina de la Separabilidad

Separar una reserva incompatible del instrumento de ratificación de un Estado, tendría el efecto de dejar al Estado parte del tratado sin el beneficio de su reserva. Cuando esta no sea esencial para el consentimiento del Estado de obligarse por el tratado, esta postura resultaría más compatible con el propósito de universalidad de los tratados sobre derechos humanos, pues el Estado sigue siendo parte, dejando intacto el principio del consentimiento de los Estados.

---

<sup>157</sup> Moloney, *op. cit.*, p.4.

<sup>158</sup> Logan Piper, Catherine, “Reservations to Multilateral Treaties: The Goal of Universality” *Iowa Law Review*, 1985, p.295, 296.

<sup>159</sup> Curtis, Bradley/ Goldsmith, Jack, “Treaties, Human Rights and Conditional Consent” *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, p. 437.

<sup>160</sup> Moloney, *op. cit.*, p. 5.

Los beneficios de la doctrina de la separabilidad son entonces tanto para los Estados involucrados como para el régimen internacional de los derechos humanos. Por un lado, mantener a los Estados dentro del régimen del tratado fortalece de manera importante la protección internacional de los derechos humanos. Resulta relevante recordar que algunos Estados no democráticos suelen ratificar tratados internacionales solo como estrategia para calmar la presión de organizaciones nacionales e internacionales, sin ninguna intención de cumplir con las obligaciones del tratado,<sup>161</sup> lo que podríamos calificar como una “conducta estatal fraudulenta”. La importancia de mantener a esos Estados como parte del tratado resulta evidente cuando estos transitan hacia la democracia. El ejemplo más claro es el de Chile, que bajo el régimen de Pinochet, ratificó la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes formulando algunas reservas significativas. El Comité contra la Tortura desafió la reserva de Chile al artículo 2 por ser incompatible con el objeto y fin del tratado.<sup>162</sup>

Cuando la Casa de los Lores del Reino Unido tomó la decisión de extraditar a Pinochet, lo hizo con base en que Chile era parte de la Convención sobre Tortura entre 1988 y 1990. Si se hubiera adoptado una postura “de reacción”, nulificando el instrumento de ratificación de Chile y excluyéndolo así del tratado, la extradición probablemente hubiera sido negada. Para Goodman, en relación con los Estados no democráticos, la doctrina de la separabilidad representa una oportunidad importante para mantener a un Estado como parte de un tratado sobre derechos humanos, a pesar de una reserva inválida.<sup>163</sup>

No obstante los argumentos a favor de la “separabilidad”, prevalece el problema del consentimiento del Estado, mismo que parece favorecer al principio “de reacción”. Ante esto, Elena Baylis alega que el consentimiento del Estado debe revestir una forma distinta en el caso de los tratados sobre derechos humanos, ya que la intención detrás de dichos instrumentos es crear normas de derecho consuetudinario que sean vinculantes para todos los Estados, no solo los Estados parte del tratado.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> Goodman, Ryan, “Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent”, *American Journal of International Law*, 2002, p. 551.

<sup>162</sup> ONU, Informe del Comité Contra la Tortura, 21 Junio 1990, 45ª sesión, suplemento No. 44, UN Doc A/45/44.

<sup>163</sup> Goodman, *op. cit.* p. 54.

<sup>164</sup> Elena Baylis, “General Comment 24: Confronting the Problem of Reservations to Human Rights Treaties”, *Berkeley Journal of International Law*, 1999, p- 327.

Moloney sostiene que en atención al principio de la voluntad de los Estados, la doctrina de la “separabilidad” solo debe aplicarse a las reservas que no son esenciales para el consentimiento del Estado.<sup>165</sup>

Sin embargo, determinar si una reserva es esencial para que un Estado otorgue su consentimiento en obligarse por el tratado, resulta problemático, pues tan solo el Estado puede determinar el rol que cada reserva desempeña para la manifestación de su consentimiento. La propia CDI se ha enfocado en esta problemática como justificación para rechazar la opción de la separabilidad.<sup>166</sup>

El TEDH desarrolló un enfoque alternativo para determinar qué tan esencial es el papel de una reserva para el consentimiento del Estado en el ya referido caso *Loizidou v. Turquía*. En dicho caso, Turquía insistió en señalar manifestaciones que realizó al momento de formular la reserva como prueba de que las reservas eran un elemento esencial del consentimiento de Turquía para obligarse por el Convenio Europeo, por lo que no podía ser separada de su instrumento de ratificación. Sin embargo, la Corte se rehusó a determinar si la reserva era esencial de acuerdo con lo manifestado por Turquía. En su lugar, se enfocó en que Turquía debía haber estado consciente de que su reserva no era permisible en atención a la práctica consistente de otros Estados. Las objeciones realizadas por otros Estados parte al momento de formular la reserva, permitía concluir que el Estado debía estar consciente de la invalidez de la reserva. Dicho de otra forma, cuando un Estado debió haber tenido conocimiento de que su reserva era inválida, esta se considerará como no esencial para la manifestación del consentimiento del Estado, por lo que será sujeta a la separabilidad. Resulta importante mencionar que el Estado que se encontrara en esta posición, siempre tendría la opción de retirarse del tratado, para posteriormente reformular su instrumento de ratificación, ya sea enmendando o reescribiendo la reserva impugnada.

En suma, implementar el criterio utilizado por el TEDH en el caso *Loizidou vs. Turquía* fortalecería la integridad y la universalidad de los tratados multilaterales sobre derechos humanos, sin comprometer la soberanía de los Estados.

#### **E. Comentarios de cierre del Capítulo II.**

---

<sup>165</sup> Moloney, *op. cit.*, p. 12.

<sup>166</sup> ONU, Comisión de Derecho Internacional, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo durante su 49ª sesión*, 12 Mayo – 18 Julio 1997, 52ª sesión, Suplemento No 10, UN Doc A/52/10.

La validación de las reservas conforme al objeto y fin de los tratados en materia de derechos humanos por parte de los órganos de control convencional, surge a partir de una necesidad insatisfecha por las disposiciones del régimen de Viena en materia de Derecho de los Tratados.

Los órganos convencionales del Sistema Universal han adoptado distintas posturas respecto a los efectos que tiene la determinación de la incompatibilidad de una reserva conforme al objeto y al fin del tratado, pero independientemente de cuál sea su manera de abordarlo, dichas determinaciones se encuentran siempre en resoluciones de carácter *soft law*.

A partir del análisis realizado por Peters y Pagotto se concluye que existen distintas razones por las cuales el *soft law* puede resultar más conveniente que el *hard law* y que el hecho de que un instrumento sea de un tipo u otro, no determina que sea más respetado por los Estados, pues el cumplimiento de sus obligaciones internacionales parece depender de otros factores.

Con lo anterior, en atención a nuestro planteamiento inicial, podemos concluir que el hecho de que los órganos convencionales del Sistema Universal realicen sus funciones a través de instrumentos de *soft law*, no implica en sí mismo que resulte en una protección menor a los derechos humanos, que las de sus contrapartes en los sistemas regionales, cuyas resoluciones sí son obligatorias (o *hard law*) para los Estados, sino por el contrario, puede que incluso sean mejor recibidas por estos.

Los casos en los que resulta más relevante la determinación de las reservas incompatibles a los tratados en el Sistema Universal, parecen ser aquellos respecto del reconocimiento de la competencia de los comités para conocer de peticiones individuales, pues en las observaciones finales a los informes no pareciera haber más que hacer, sino tan solo recomendar a los Estados partes que revisen y consideren retirar las reservas que ya se han considerado incompatibles con los tratados.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas de las determinaciones de incompatibilidad de las reservas por parte de los órganos de control, aunque enfrentando algunas críticas válidas, la doctrina de la separabilidad parece ser la más apropiada para conciliar el principio del consentimiento del Estado con el efecto útil de los tratados sobre derechos humanos.

Una vez que conocemos la práctica de los órganos de control de los tratados, tanto del sistema universal como de los sistemas regionales, en el siguiente apartado



procederemos a analizarla en el contexto de la gobernanza global, recurriendo al concepto de autoridad pública internacional y un enfoque de derecho público.



### **Capítulo III – La validación de las reservas como acto de autoridad por parte de los órganos de control: una manifestación de la gobernanza global.**

En el presente capítulo nos detendremos a analizar el impacto de la gobernanza global en el tema que nos ocupa: las reservas a tratados sobre derechos humanos. En general, la gobernanza global ha venido transformando la forma en que se conducen los asuntos públicos, y ha tenido un impacto directo en la toma de decisiones e implementación de políticas que en ocasiones llegan a afectar no solo a los Estados u organizaciones internacionales, sino incluso a los mismos individuos.

La gobernanza global representa una alternativa útil ante posturas tradicionales y voluntaristas, que consideran que la base de todas las obligaciones internacionales de los Estados, es su consentimiento.

No obstante, voces críticas afirman que el problema con ella es que se enfoca tanto en la efectividad de los procesos, que pierde de vista la necesidad de legitimarlos. Es una tendencia funcionalista que despierta numerosas inquietudes en la opinión pública mundial respecto a la legitimidad de las acciones de algunos de los actores de la gobernanza, particularmente las organizaciones internacionales, pues su actividad suele tener un impacto en la esfera jurídica de los Estados.

Armin Von Bogdandy ha propuesto que aquellas actividades de gobernanza por parte de organismos internacionales, deben considerarse como actos de autoridad pública internacional, si estas impactan a individuos, asociaciones privadas, empresas, Estados, u otras instituciones públicas.

En ese tenor, la evaluación de la compatibilidad de las reservas conforme al objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos, por parte de los órganos de control de los mismos, debiera considerarse como un ejercicio de autoridad pública internacional, pues puede llegar a generar obligaciones para los Estados, así como tener un impacto en la garantía de los derechos de los individuos.

Pero antes de entrar a este análisis conviene preguntarnos ¿qué debemos entender por gobernanza global?

#### **A. Concepto de gobernanza global.**

El concepto de gobernanza global fue acuñado desde principios de los noventa por la Comisión sobre Gobernanza Global<sup>167</sup>, de la manera siguiente:

[L]a suma de las diversas maneras en las que los individuos e instituciones, públicas y privadas, atienden los asuntos que tienen en común. Es un proceso continuo a través del cual, pueden acomodarse intereses diversos y conflictivos y adoptarse alguna acción cooperativa. Incluye instituciones formales y regímenes con poder para imponer obediencia, así como acuerdos informales que las personas e instituciones han acordado. [...] A nivel mundial, la gobernanza ha sido vista primordialmente como relaciones intergubernamentales, pero ahora debe ser entendida como un concepto que engloba a las organizaciones no gubernamentales, movimientos ciudadanos, corporaciones multinacionales y el mercado mundial de capitales.<sup>168</sup>

Como en la mayoría de los casos, este concepto se basa en las aportaciones previas de distintos doctrinarios. Destaca la enunciada por James Rosenau y Ernst Czempiel de “gobernanza sin gobierno”. Con ello se referían a la existencia de un sinnúmero de formas de autoridad y de procesos formales que por sí mismos podrían ejercer la gobernanza, entendiendo como tal la posibilidad de configurar y conducir algunos aspectos de la vida global. Todo ello sin necesidad de guardar alguna relación con el gobierno formal.<sup>169</sup> Para estos autores todas estas formas de autoridad y mecanismos podían ser encontrados en

---

<sup>167</sup> La Comisión sobre Gobernanza Global fue una organización internacional que se estableció en 1992, tras la Guerra Fría, para proponer nuevas formas de cooperación para la comunidad internacional, con miras a una nueva agenda de seguridad global. Sus metas eran asegurar la paz, el desarrollo sustentable, y la democracia universal. La Comisión se fundó, con el apoyo del entonces Secretario General de Naciones Unidas, Boutros Boutros-Ghali, tras dos reuniones organizadas por el Canciller Alemán Willy Brandt, llevadas a cabo en 1990 y 1991, respectivamente. Se dice que la principal aportación de esta Comisión al Derecho Internacional fue el informe titulado “*Our Global Neighborhood First*”, publicado por primera vez en 1995. Unterhalter, Jessica. *Commission on Global Governance*.

<sup>168</sup> Oxford, “Our Global Neighborhood”, *Commission on Global Governance*, Oxford University Press, 1995.

<sup>169</sup> Rosenau, James/Czempiel, Ernst (comps.), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

todos los ámbitos y niveles de la política mundial, interactuando entre sí y con frecuencia obteniendo resultados contradictorios y tendencias compensatorias.

Por su parte, para Marcela López Vallejo, la gobernanza puede conceptualizarse como la forma en la que se ejerce el poder y la autoridad en el proceso político, enfocando la atención a las relaciones internacionales-internas.<sup>170</sup>

Cabe puntualizar que la gobernanza global no se refiere a una especie de gobierno mundial centralizado, sino a una tendencia evolutiva hacia un sistema normativo multidimensional de redes y procesos políticos y jurídicos transnacionales, que requieren que amplíemos la forma en la que entendemos las relaciones internacionales.<sup>171</sup>

Más adelante en este mismo capítulo realizaremos un análisis para identificar la actuación de los órganos de control de los tratados con las distintas características de los actos de autoridad pública que caracterizan la gobernanza. Por lo pronto, y habiendo presentado ya un par de conceptos que se han formulado en torno al término, explicaremos un poco más a profundidad de dónde surge la gobernanza global.

#### **a. Antecedentes de la gobernanza global.**

Podemos decir que la gobernanza global surge ante la necesidad de actualizar la manera en la que funciona y está regulado el mundo a partir de la generalización de la globalización. Por lo regular utilizamos este término para referirnos a procesos de distinta naturaleza que conducen a una creciente pérdida para los Estados de su anterior capacidad de control, incluso si dichos procesos ocurren al interior de su territorio.<sup>172</sup>

De tal suerte, el fenómeno de “desnacionalización” de actividades políticas, económicas y sociales causado por los procesos de globalización, así como la resultante disminución de la capacidad de control estatal requiere que los Estados creen y participen en mecanismos de cooperación formales e informales, no solo con otros Estados y organizaciones internacionales, sino también con otros actores no estatales cada vez más influyentes, como las ONGs, organizaciones empresariales, sindicatos y empresas

---

<sup>170</sup> López-Vallejo Olvera, Marcela, “¿Qué es la gobernanza global?” en López-Vallejo Olvera (et. al.), *Gobernanza global en un mundo interconectado*, México, UABC/ AMEI/ UPAEP, 2013, p. 22.

<sup>171</sup> Nowrot, Karsten, “Global Governance and International Law”, *Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht*, vol. 33, 2004, p.12.

<sup>172</sup> Nowrot, K., *op. cit.*, p. 13.

transnacionales, para poder proveer un esquema normativo que regule efectivamente los distintos procesos que cada vez pueden controlar menos por sí mismos.<sup>173</sup>

Ante la ausencia de un gobierno mundial, sin entrar en la discusión de si la existencia de una figura semejante es factible o no, los procesos de globalización requieren que los Estados contribuyan, toleren y participen activamente en el surgimiento de lo que se conoce como gobernanza global.

Es menester señalar que hablar de gobernanza global, implica hasta cierto punto la adopción de una postura anti-voluntarista respecto a los Estados. Pues como bien señala Karsten Nowrot, el derecho internacional público es cada vez más independiente de la voluntad e intereses de los Estados.<sup>174</sup> El concepto de gobernanza global tiene el mérito de brindar una visión alternativa y progresista ante las teorías “realistas” (Estado-centristas y voluntaristas), y ha abierto nuestros ojos hacia fenómenos que las perspectivas tradicionales subestiman. Sus normas sustantivas cada vez se enfocan más en la realización de intereses comunes y la promoción de bienes públicos mundiales, un proceso que por distintas razones ha sido llamado la “constitucionalización” del Derecho Internacional.

Es aquí donde convergen los grandes temas que abordamos en el presente trabajo de investigación, ya que precisamente en este contexto de realización de bienes públicos mundiales, es que reside la importancia del derecho internacional público en el marco normativo de la gobernanza global. Las normas sustantivas del derecho internacional público proveen los valores subyacentes, las metas que deben perseguir los varios y diversos procesos de la gobernanza global. Al proveer estas pautas sustantivas, el derecho internacional público asegura que la gobernanza global sirva para el propósito de contribuir, entre otros, a la promoción de los Derechos Humanos.<sup>175</sup>

#### **b. Características de la gobernanza global.**

Procederemos a enumerar algunas de las características de la gobernanza global, de manera que a continuación nos permita aterrizarlo al tema que nos ocupa.

En primer lugar, la gobernanza global se caracteriza por un aumento en la diversidad de los procesos de elaboración de instrumentos normativos relevantes sean o no

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 16.

jurídicamente vinculantes en el sentido tradicional. Mientras que en el pasado las normas legales se encontraban más o menos claramente divididas entre el derecho doméstico creado por los Estados, y el derecho internacional público también creado a partir de la actividad normativa de los Estados, la gobernanza global ha resultado en lo que se ha llamado un pluralismo legal emergente más allá del nivel Estatal<sup>176</sup>, así como el, aún controversial, desarrollo de un sistema de unidad funcional entre el derecho internacional y el derecho interno. Así mismo, como ya hemos estudiado en el capítulo anterior, la antigua distinción entre el llamado *hard law* y los instrumentos normativos no vinculantes resulta cada vez más vaga.

En segundo lugar, la gobernanza global se caracteriza por un aumento en la variedad de procesos de *law-enforcement*. Tradicionalmente, en aquellos casos en que era necesario imponer el cumplimiento de las obligaciones internacionales, se recurría a la confrontación entre Estados. Mientras que actualmente podemos identificar tendencias alternativas con respecto al *law-enforcement* en el derecho internacional.

Este punto guarda particular importancia si consideramos que los mecanismos de confrontación entre Estados rara vez son utilizados en materia de Derechos Humanos. Como muestra tenemos que los mecanismos de denuncias interestatales ante los comités de vigilancia de los tratados de Naciones Unidas no hayan sido utilizados en ninguna ocasión hasta el momento.

Asimismo, los regímenes de los tratados (y otros instrumentos normativos) demuestran una creciente confianza en mecanismos no confrontacionales sino de cooperación, pues se considera que estos son más efectivos en promover el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Ejemplos de estos mecanismos son los requerimientos de notificaciones e informes; los sistemas de monitoreo; así como de asistencia técnica y formación de capacidades. Todos ellos pueden encontrarse en varias áreas del derecho internacional, tales como el derecho internacional de los derechos humanos, que nos ocupa en el presente análisis, el derecho internacional ambiental, y derecho internacional económico.

Una tercera característica que se ha identificado en la gobernanza global es el importante papel que desempeñan los actores no estatales y sub-estatales en el desarrollo e implementación de los distintos instrumentos normativos.

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 6.

Como ejemplo, en los trabajos preparativos de las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, adoptadas en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se percibió un esfuerzo conjunto por parte de los Estados y organizaciones internacionales, así como ONGs, organizaciones empresariales, sindicatos, empresas transnacionales y académicos.<sup>177</sup>

En nuestro análisis los actores principales son los órganos de control de los tratados. No podríamos clasificarlos como no-estatales ya que aunque se conforman por expertos independientes que no representan a los intereses de sus gobiernos, sí son propuestos por los Estados y su composición depende de la representación geográfica en el órgano, así como de la pertenencia del Estado al tratado de origen. No obstante, no podemos dejar de lado la importancia que se da a la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de las funciones de los órganos de control de los tratados.

En el caso de los comités de vigilancia de Naciones Unidas, durante el proceso de revisión de informes periódicos de los Estados, los Comités reciben también informes paralelos, o informes “sombra”, elaborados por organizaciones de la sociedad civil internacionales y locales del Estado que está siendo examinado. Asimismo, las organizaciones de la sociedad civil pueden solicitar audiencias ante los Comités de la ONU donde les presentan información relevante sobre las materias de especialización de estos órganos.

Una cuarta característica es que, en la gobernanza global, se recurre cada vez de manera más frecuente a la informalidad, pues muchas instituciones, procedimientos e instrumentos escapan el alcance de los conceptos jurídicos previamente establecidos por el derecho internacional público vigente.<sup>178</sup>

La gobernanza global está fuertemente influenciada por las conceptualizaciones liberales de las relaciones internacionales, pero por lo mismo, reviste las dificultades normativas típicas de muchas teorías liberales sobre las relaciones internacionales. Por

---

<sup>177</sup> ONU, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

<sup>178</sup> Von Bogdandy, A., *et al.*, “Developing the publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 09, núm. 11, 2008, pp. 1375 – 1400, p. 1378.

ende, la gobernanza global ha sido entendida como un proceso esencialmente tecnocrático que persigue un dogma sobre eficiencia que rara vez es cuestionado.<sup>179</sup>

Como resultado, la percepción respecto a numerosas instituciones de la gobernanza global es que son, hasta cierto punto, ilegítimas.

Ante esto, afirman Von Bogdandy, Dann y Goldmann, puede plantearse una respuesta desde el derecho público. Para empezar, debe cuestionarse si las actividades respectivas equivalen a un ejercicio unilateral de autoridad pública.

El derecho público, al menos en la tradición liberal y democrática, tiene una doble función: la primera es que no debe ejercerse ningún tipo de autoridad pública que no tenga como base el derecho público (función constitutiva); la segunda es que la autoridad pública sea controlada y limitada por los estándares sustantivos y procesales que establece el derecho público (función limitativa).<sup>180</sup>

Esta segunda función es la que resulta útil para transformar las preocupaciones sobre la legitimidad de las actividades de gobernanza en argumentos sustanciosos de legalidad. Lo anterior, requeriría un concepto de autoridad pública útil, pues el de gobernanza global resulta insuficiente. Un poco más adelante en este capítulo nos detendremos a analizar el concepto de autoridad pública, pero para redondear esta conceptualización de la gobernanza global, exploraremos cuál ha sido su impacto en el derecho internacional.

#### **B. El impacto de la gobernanza global en el derecho internacional.**

Esta nueva forma de orden mundial que de unas décadas a la fecha hemos venido entendiendo como gobernanza global, cuestionan algunos de los conceptos clásicos del derecho internacional. Puede decirse que bajo el impacto de la gobernanza global, el derecho internacional atraviesa por profundos cambios y se transforma entonces en algo nuevo, algo que solo remotamente se asemeja a la estructura normativa que hasta ahora hemos considerado como el orden legal mundial.

Se han identificado al menos tres conceptos que deben ser reformulados bajo el impacto de la gobernanza global: las fuentes del derecho internacional, los requisitos para el reconocimiento de la subjetividad jurídica internacional y la soberanía estatal.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, pág. 1379.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pág. 1380.

<sup>181</sup> Nowrot, K., *op. cit.*, p. 16.



Respecto a las fuentes del derecho internacional, se afirma que la lista enunciativa del artículo 38 del estatuto de la CIJ resulta algo anticuada y debe ser reemplazada. Esto en atención a que la ya referida diversificación de los procesos de elaboración de normas, la cada vez más vaga distinción entre el *hard law* y los instrumentos tradicionalmente catalogados como no-vinculantes (*soft law*), y la importancia de los actores no estatales en estos procesos, no se reflejan adecuadamente en esta disposición.

Esto no solo implica que deba ser reemplazada por otra disposición que incluya más fuentes de derecho internacional, sino una re-conceptualización de las fuentes clásicas que ya se enumeran en ella. Por ejemplo, en el caso de la costumbre internacional, que se limita a la práctica constante y reiterada por parte de los Estados, se deja fuera a los poderosos actores no estatales que cada vez participan más en la gobernanza global.

Respecto a los requisitos para el reconocimiento de la subjetividad jurídica, el sistema internacional debe regular las relaciones entre todos los actores no estatales que tengan poder de facto, con el propósito de obligarles a actuar conforme al Estado de Derecho. La finalidad de hacerlo así es sujetar a los influyentes actores no estatales que ostentan poder de facto a cumplir obligaciones internacionales en relación con la protección de los derechos humanos, los derechos laborales y el medio ambiente. Este nuevo concepto de subjetividad jurídica, está más acorde a la evolutiva imagen de una comunidad legal internacional que tiene como objetivo central la civilización de las relaciones internacionales y la promoción de los bienes públicos mundiales en beneficio de todos.

Finalmente, en cuanto al concepto de soberanía, no se trata de sugerir que los Estados ya no son importantes en el nuevo y evolutivo sistema internacional, pero bajo el efecto de la globalización, los Estados están cada vez más siendo incorporados en un esquema multinivel de gobernanza, y su participación en estos procesos regulatorios cada vez menos puede caracterizarse como *primus inter pares*. Por lo tanto, describir el entendimiento modificado de soberanía estatal, resultaría de la siguiente forma: “es así que para todos, menos unos cuantos países aislados, la soberanía ya no consiste en la libertad de los Estados de actuar independientemente, en su interés auto-percibido; sino en pertenecer de razonablemente buena manera a los regímenes que conforman la sustancia de la vida internacional”.<sup>182</sup>

---

<sup>182</sup> Chayes, Abram/Handler Chayes, Antonia, *The New Sovereignty – Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge/London, 1995, p. 27.

Esta transformación del sistema jurídico internacional, que está sucediendo bajo el impacto de la gobernanza global, de ninguna manera puede considerarse como un proceso constante y lineal. Los Estados más poderosos, pero también algunos otros países, tratan de resistirse a algunos de los desarrollos anteriormente mencionados y parcialmente tratan de mantenerse al margen de la gobernanza. En otras palabras, no puede negarse que a lo largo de esta transformación suceden retrocesos ocasionales causados por acciones que podrían ser llamadas “movimientos de liberación de soberanía estatal”. Pero a pesar de que los países más grandes y poderosos en ocasiones se salgan con la suya, incluso ellos no pueden lograr sus principales objetivos en materia de seguridad, bienestar económico y calidad de vida para sus ciudadanos, sin la ayuda y cooperación de muchos otros actores del sistema, incluyendo por supuesto los actores no estatales.<sup>183</sup>

En el primer capítulo hemos abordado el tema de la humanización del derecho internacional, y de las transformaciones que este proceso ha traído consigo para los conceptos básicos del derecho internacional público en general. Ahora abordamos el mismo punto pero ahora desde una perspectiva más amplia y general: la de la gobernanza global. Con esto, lo que queremos decir es que la humanización del derecho internacional, concebida como esa tendencia transformadora que va impactando poco a poco el derecho internacional general con miras a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos de manera universal, es precisamente una de las manifestaciones de la gobernanza global.<sup>184</sup>

Es momento de aproximarnos al concepto de autoridad pública y determinar si la actuación de los órganos de control respecto de las reservas a los tratados puede considerarse como un acto de tal naturaleza.

### **C. El concepto de autoridad pública y la necesidad de su regulación desde el derecho público.**

Aunque resulta incuestionable el mérito de la gobernanza global respecto de ampliar el horizonte de los fenómenos relevantes que influyen en la política pública, esto no permite la identificación de aquellos actos que resultan críticos, pues constituyen un ejercicio unilateral de la autoridad.

---

<sup>183</sup> Nowrot, *op. cit.*, p. 20.

<sup>184</sup> López Libreros, José Manuel/Luna Serrano, Ana, “La gobernanza de la humanización del Derecho Internacional”, en Revuelta Vaquero, Benjamín/ Sereno Marín César Arturo (coords.), *Remodelando la esfera jurídica: Constitución, medio ambiente y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p.270.

ESTESIS ESTESIS ESTESIS ESTESIS ESTESIS

Esto se debe a que la gobernanza global disminuye la diferencia entre los fenómenos públicos y los privados; así como entre los formales e informales. Más aún, la gobernanza global se entiende como una estructura o proceso constante, más que un conjunto de actos específicos, con actores y efectos susceptibles de ser identificados claramente. Estos factores dificultan y hasta imposibilitan distinguir, desde una perspectiva de gobernanza global, los actos autoritarios, de los no autoritarios, para atribuir los primeros a los actores responsables de los mismos. Dicha distinción es necesaria para las antes referidas funciones constitutiva y limitativa del derecho público. Solo los actos de autoridad deben ser constituidos y limitados por el derecho público, y la función limitativa del derecho público depende de actores que son identificables, ante quienes imponer las limitaciones correspondientes.

Mientras que el concepto de gobernanza global tiene un enfoque principalmente funcional, el interés de quienes plantean este enfoque es esencialmente normativo. Con esto en mente, proponen la utilización del concepto de ejercicio de la autoridad pública, que resaltará los asuntos que el concepto de gobernanza global disimula.

Lo anterior no implica descartar el concepto de gobernanza global por completo, pues representa un horizonte amplio que no debe abandonarse. De hecho, las investigaciones sobre gobernanza global han demostrado convincentemente, por ejemplo, que los efectos jurídicos no solo emanan de instrumentos jurídicos vinculantes, o de sujetos legales o estatales.<sup>185</sup>

Por “autoridad” podemos entender la capacidad legal de “determinar” a otros y de reducir su libertad, es decir, determinar su situación legal o *de facto*. Su ejercicio es la realización de dicha capacidad, y a menudo ocurre al establecer estándares no obligatorios que se siguen, entre otras razones, porque los beneficios de seguirlos supera las desventajas de ignorarlos, o porque están equipados con mecanismos de implementación que imponen algún tipo de sanción.

Este entendimiento amplio del concepto de autoridad reside en la visión empírica de que los actos condicionantes no obligatorios pueden restringir la libertad individual y la autodeterminación pública, tanto como los actos obligatorios. La libertad de no obedecer un acto condicional es muy a menudo meramente ficticia.

---

<sup>185</sup> Von Bogdandy, *et. al.*, “Developing the publicness...”, *cit.*, p. 138.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Como “autoridad pública internacional” podemos entender cualquier autoridad que se ejerza con base en una competencia instituida por un acto internacional común de autoridades públicas, principalmente Estados, para lograr un objetivo superior, que estos definen y están autorizados para definir como de interés público. La “publicidad” de un ejercicio de autoridad así como su carácter internacional depende entonces de su sustento legal.

En suma, esta postura consiste en enfocarse en el ejercicio de la autoridad pública internacional para atraer la atención hacia aquellas actividades que requieren justificación normativa. Dicho de otra forma, cualquier ejercicio de autoridad pública internacional requiere de un marco normativo de derecho público. Todo ejercicio de autoridad pública debe ser legítimo.

Esta propuesta consiste en construir un entendimiento jurídico acerca de, y desarrollar un marco normativo para, el ejercicio de la autoridad pública internacional. Esto incluye la cuestión de cómo identificar el derecho aplicable para poder trazar la línea entre un ejercicio de autoridad legal o ilegal, así como la cuestión de cómo desarrollar la normatividad aplicable a la luz de las preocupaciones sobre su legitimidad.

Los ya referidos Von Bogdandy, Dann y Goldmann consideran que para dicha tarea, es necesario que se realice desde un enfoque jurídico interno, o desde el derecho. En contraste, tendríamos enfoques externos, que investigan los fenómenos jurídicos con varios intereses normativos o prácticos, como su papel y efectos en la sociedad, o sus antecedentes históricos o su dimensión filosófica.

Sin duda los análisis del derecho internacional realizados desde estas perspectivas externas al derecho, resultan muy valiosas también al analizar el ejercicio de la autoridad pública, pues desplazan el foco de atención de los instrumentos formales a los informales, así como hacia las instituciones, y traen consigo poderosos mecanismos de gobernanza que van más allá de las fuentes enlistadas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ, así como actores sin subjetividad jurídica internacional que por su relevancia política no deben ser ignorados por el jurista internacional.

Sin embargo, los enfoques o perspectivas externas por sí solas no bastan para estructurar la autoridad pública internacional. Por el contrario, las dos funciones fundamentales del derecho público presuponen un enfoque interno de derecho: el derecho público constituye y limita la autoridad pública, y eso implica juicios referentes a su legalidad.

Aunque muchas actividades de instituciones internacionales operan con base en y a través de reglas, comúnmente es solo un marco normativo rudimentario el que regula estas actividades. La ausencia de pautas normativas trae como consecuencia la difícil situación de que las instituciones internacionales ejercen autoridad pública de una forma aparentemente ilegítima, aunque legal, por la falta de pautas normativas adecuadas.

Reconstruir y aumentar el marco regulatorio de la autoridad pública no es un fin en sí mismo, pero permite canalizar las inquietudes de legitimidad hacia argumentos legales y, eventualmente, normas viables.

Finalmente, al abordar este tema cabe referirse a la “constitucionalización” del orden mundial. Este enfoque puede utilizarse para una interpretación general del derecho internacional; o bien, para desarrollar un marco legal que permita controlar las actividades de gobernanza de las organizaciones internacionales. En este último sentido se encuentra la postura aquí abordada, pues se sugiere que el estudio del derecho de las instituciones públicas internacionales, esté influenciado por el derecho de las instituciones públicas internas de los Estados. La teoría de la autoridad pública internacional asegura que con esto no pretenden que se realice una analogía simple entre el derecho internacional y el derecho interno, pues las instituciones de cada uno son muy diferentes entre sí.

Para responder adecuadamente al reto de la gobernanza global, el derecho internacional de las instituciones, o “derecho internacional institucional” debe abarcar no solo las actividades de las organizaciones internacionales en sentido estricto, sino también aquella de los sujetos con un estatus legal, como los regímenes de Tratados.

En cuanto a la materia, este derecho internacional institucional debe reconstruir el ejercicio de la autoridad pública internacional, haciendo análisis comparativos con la doctrina administrativa; desarrollar un marco constitucional y proponer estándares para la crítica de los procedimientos, instrumentos y rendición de cuentas de las instituciones internacionales que ejercen autoridad pública; y reflexionar sistemáticamente respecto de la interrelación entre los distintos órganos jurídicos típicos de la gobernanza contemporánea, en particular aquellas entre instituciones internacionales y domésticas. Debido a que esta combinación incluye elementos del pensamiento constitucionalista, administrativo e institucionalista, enfocado en el fenómeno de autoridad pública, a esta combinación se ha sugerido llamarle “el enfoque de derecho público”.<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 1395.

Desde nuestra perspectiva, este enfoque de derecho público, debe tener en consideración las nuevas características de la sociedad internacional que hemos venido refiriendo a lo largo del presente trabajo y particularmente en el presente capítulo. En atención a ello, creemos pertinente que la regulación que surja de la implementación de este enfoque, tenga un carácter multinivel.

**a. Articulación de la protección multinivel en atención a principios: lo “público” y la “subsidiariedad”.**

En el pasado, lo “público” del Derecho Internacional Público se justificaba por el hecho de que los principales actores eran los Estados, no por que las instituciones ejercieran autoridad pública. En tal sentido, muchos consideran el derecho internacional como un orden horizontal de co-existencia basado en el consentimiento de los Estados.

La transición hacia el Derecho Público Internacional descansa en la convicción de que el paradigma de derecho privado, por su enfoque en los intereses propios y las estructuras horizontales resulta insuficiente. De manera contrastante, el Derecho Público Internacional, interpreta el derecho internacional en relación con intereses comunes y confronta la problemática sobre legitimidad.

La demanda de una dimensión “pública” expresa la convicción de que las interacciones sociales son – y deben ser – reguladas por reglas que emergen de discursos comunes sobre intereses públicos. No solo la ambiciosa aspiración política de paz y justicia, sino también la promoción de intereses públicos globales más específicos, difícilmente puede alcanzarse en un régimen basado únicamente en un orden privado y espontáneo.<sup>187</sup>

Este acercamiento que busca la promoción de intereses públicos globales, resulta compatible con la idea de un orden público internacional humanizado, tal como ha sido expuesto por Cançado Trindade:

Estamos ante un *ordre public* internacional humanizado en que el interés público o el interés general coincide plenamente con la prevalencia de los derechos humanos, lo que implica el reconocimiento de que los derechos humanos constituyen el fundamento básico, ellos propios, del ordenamiento jurídico. Podemos aquí visualizar un verdadero derecho al

---

<sup>187</sup> Von Bogdandy, A./Goldmann, M./ Venzke, I., “From public international to international public law: translating world public opinion into international public authority”, *MPIL Research Paper Series*, 2016, pp. 1-37.

Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana.<sup>188</sup>

De hecho, la noción de Estado de Derecho a nivel internacional ha sido retomada por la Asamblea General de la ONU, formando parte de su agenda desde 2006 . Ante lo cual, el juez Cançado Trindade sostiene que el hecho de que el tema esté siendo discutido en los más altos niveles de la ONU, es un indicador de una nueva conciencia sobre la necesidad apremiante de asegurar la preservación y el fortalecimiento del rule of law a niveles nacional e internacional.

Sergio García Ramírez nos recuerda que si bien el Estado de Derecho implica que el poder se subordine a la ley y el gobernante a la norma, al hablar de legalidad, no debemos limitarnos a interpretarlo como una norma que reúna las características de una ley, sino que dicho ordenamiento debe apegarse, en el plano sustancial, a los estándares de una sociedad democrática.<sup>189</sup>

En este mismo orden de ideas, consideramos que en esta estructura multinivel, los órganos de control de los tratados son la autoridad competente que mejor puede evaluar la validez sustantiva de las reservas a los tratados sobre derechos humanos, con el propósito de salvaguardar el efecto útil de los mismos, de interés común para los Estados.

El trabajo de los órganos de control de los tratados sobre derechos humanos, por lo general, ha sido percibido como enriquecedor y favorable para los derechos, y en un sentido más amplio, la democracia, pues buscan igual beneficio para todas las personas o grupos de personas. No obstante, también han sido objeto de críticas que alegan que no solo son menos democráticamente legítimos que los órganos legislativos y judiciales del Estado, sino que también representan un riesgo para dichas instituciones.<sup>190</sup>

Se han identificado cuatro tipos de críticas hacia la legitimidad democrática de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos:

**viii) Control democrático exclusivo**

---

<sup>188</sup> Cançado Trindade, A. A., *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Porrúa, 2014.

<sup>189</sup> García Ramírez, S., *La jurisdicción internacional, Derechos Humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003.

<sup>190</sup> Bellamy, Richard, "The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 25, no.4, 1 Noviembre 2014, pp.1019–1042, <https://doi.org/10.1093/ejil/chu069>.

La primera crítica surge a partir de la preocupación de que estos acuerdos debiliten la democracia nacional, pues implica que los ciudadanos estén sujetos a una autoridad que no les responde directamente a ellos.

**ix) Déficit democrático global**

La segunda crítica sostiene que estos acuerdos internacionales padecen un déficit democrático, pues en gran parte están controladas por élites que no rinden cuentas ante otros actores. Como resultado, hay una ausencia de control democrático.

**x) Cesión constitucional**

La tercera crítica argumenta que la cesión de poderes del Estado a los órganos de control de los tratados, tiende a carecer de autorización democrática desde un inicio, y que las autoridades del poder ejecutivo han abusado de su poder al utilizar un tratado para modificar las competencias de las estructuras constitucionales, así como los procesos democráticos y legales del Estado.

**xi) Discreción judicial**

La cuarta y última crítica, alega que los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden abonar al poder discrecional de los jueces. Esta crítica parte de dos preocupaciones, la primera de ellas es que los términos de los tratados sobre derechos humanos son abstractos y amplios, de manera que tanto los jueces nacionales como los tribunales internacionales, pueden elegir cuándo y de qué maneras aplicarlos en casos particulares de forma potencialmente arbitrarias. Por otro lado, los jueces nacionales pueden verse obligados por determinaciones de los tribunales internacionales, realizados a otra jurisdicción que involucra circunstancias muy distintas.

En general, de acuerdo con los críticos, las constituciones nacionales y los tribunales que las protegen, tiene un nivel superior de autorización democrática y rendición de cuentas que los convenios internacionales. Sin embargo, estos críticos pierden de vista que los tratados internacionales pueden ser vistos como productos de la soberanía popular y estatal, que son necesarios y justificables bajo el control conjunto de pueblos soberanos y democráticos como parte de una constitución política internacional.<sup>191</sup>

Además, este último planteamiento puede complementarse con el principio de subsidiariedad.

---

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 1023.



Al respecto, Paolo Carozza señala que existe una tensión inherente, en el derecho internacional de los derechos humanos, entre afirmar una visión universal de la dignidad humana, y respetar la diversidad y libertad de las culturas humanas. Ante esta problemática, las nociones clásicas de soberanía no pueden abordar adecuadamente el tema. En cambio, el principio de subsidiariedad, nos brinda una herramienta conceptual para mediar la polaridad entre el pluralismo y el bien común en un mundo globalizado.<sup>192</sup>

Un entendimiento de los derechos humanos orientado hacia la subsidiariedad, no parte del cuestionamiento de si la soberanía estatal debe resistir o dar paso a la armonización y a la intervención internacional, sino de si los derechos humanos pueden protegerse efectivamente a nivel local, y de lo contrario, qué asistencia necesitan los Estados para poder desempeñar ese papel protector. El objetivo es una integración de los valores de autonomía y auto-suficiencia de los Estados y sus instituciones, dejando a las organizaciones e instrumentos internacionales la responsabilidad de intervenir sin interferir, de apoyar sin usurpar.

Así, la subsidiariedad puede explicar la necesidad de un sistema de reservas a los tratados sobre derechos humanos, brindando un andamiaje normativo para limitarlas y controlarlas. Mientras que en la discusión entre soberanía contra derechos humanos, o se permiten libremente las reservas, o se niega su posibilidad.<sup>193</sup>

La subsidiariedad valora la libertad e integridad de la cultura local, sin reducir el particularismo a la mera devolución y descentralización de la autoridad; afirma la internacionalización y la intervención sin la necesidad de proponer una forma centralizada de autoridad global.<sup>194</sup>

En palabras de Pablo González Domínguez “el principio de subsidiariedad permite sostener que la protección de los derechos humanos debe estar en el centro de toda acción gubernamental a nivel nacional e internacional, y al mismo tiempo reconocer la existencia

---

<sup>192</sup> Carozza, Paolo G., “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”, *Scholarly Works*, 2003, p.564.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 78.

de legítimos espacios de libertad de los Estados para definir el alcance de los derechos humanos de fuente internacional en sus ordenamientos jurídicos nacionales.”<sup>195</sup>

Este entendimiento de los derechos humanos justifica que los gobiernos tengan un papel importante en decidir los límites de esos derechos atendiendo a las necesidades del bien común en una sociedad específica, pues las autoridades locales están mejor ubicadas para realizar este tipo de determinaciones. Es en este sentido que la subsidiariedad permite entender que los Estados gocen de libertad para decidir la mejor manera de limitar o expandir los derechos humanos para garantizar el bien común, dentro de los límites establecidos por el propio tratado que los reconoce.<sup>196</sup>

En este sistema de protección multinivel, los instrumentos internacionales aportan orden y sentido a los sistemas jurídicos nacionales, enriqueciéndolos y otorgándoles un “criterio de optimización” que les robustece y perfecciona.<sup>197</sup> Los conflictos de normas que surjan en atención al carácter multinivel de la protección de derechos humanos deben ser solucionados por el “juez natural”, y en este caso son los jueces de los Estados.<sup>198</sup>

En esta tarea, los operadores jurídicos no deben perder de vista que la norma debe ser aplicada para el mayor beneficio de la persona.<sup>199</sup>

Resulta pertinente señalar que, si bien, en atención a la democracia, se ha reconocido a las autoridades de los Estados como las mejor calificadas para determinar los límites a los derechos en atención a las particularidades de cada Estado, estas deben de proceder con suma cautela al desempeñar este importante papel. Particularmente, deben evitar la tentación de someter la normatividad que afecta la esfera de derechos fundamentales de las personas, por ejemplo, a ejercicios de participación ciudadana, ya

---

<sup>195</sup> González Domínguez, Pablo, “Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen 17, 2017, p. 720.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 738.

<sup>197</sup> López Libreros, José Manuel, “Aproximación a los tratados en materia de derechos humanos”, *De Jure*, cuarta época, Año 18, núm. 6, mayo de 2018, p. 152.

<sup>198</sup> Rachovitsa, Adamantia, “Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review*, 2016, pp. 77-101.

<sup>199</sup> López Libreros, J., *op. cit.*, p. 754.

que no puede asegurarse que la voluntad de la mayoría corresponda con el mayor beneficio para las personas en el caso concreto.<sup>200</sup>

En suma, aunque en teoría los Estados deben ser capaces de proteger los derechos humanos de las personas, cuando por algún motivo esta protección no funciona, son los órganos de control quienes subsidiariamente y a manera de coordinación, deberán conocer de los casos concretos de violaciones a los derechos, y para hacerlo, en ocasiones será menester determinar algunas obligaciones a las autoridades de los Estados.

Por tanto, una vez que nos hemos familiarizado con la propuesta teórica de regular desde un enfoque de derecho público y multinivel, los actos de autoridad pública internacional que se presentan a partir de la gobernanza global, cabe regresar a una de las preguntas centrales ¿Por qué la actividad de los órganos de control debe ser considerada como un acto de autoridad pública? Trataremos de responder a esa pregunta a partir de los conceptos de “autoridad” y “autoridad pública internacional” antes referidos.

**b. Los órganos de control de los tratados: sujetos responsables de actos de autoridad pública internacional.**

En primer lugar, si referimos que por “autoridad” podemos entender la capacidad legal de determinar la situación legal o *de facto* de otros y de reducir su libertad; debemos referir en torno a los órganos de control convencional que el resultado de su actividad regular, como la revisión de informes periódicos o análisis de peticiones individuales, es precisamente la determinación de la situación legal de los Estados. Si bien, de la revisión de informes solo se derivan extrañamientos y recomendaciones orientadas a que el Estado cumpla cabalmente con sus obligaciones convencionales, del análisis de peticiones individuales, tanto por los órganos jurisdiccionales como por los cuasi jurisdiccionales, resulta la posible determinación de responsabilidad internacional del Estado, es decir, la determinación de la situación legal de otro sujeto, y por ende, la reducción de su libertad.

Al respecto, conviene recordar que también referimos, que la restricción de la libertad individual y la autodeterminación pública, en este caso, de los Estados, puede provenir tanto de un acto no obligatorio como de uno obligatorio.

---

<sup>200</sup> Luna Serrano, Ana / Sánchez Agustín, Itzel Azucena, “El derecho a la vida sometido a referéndum en Irlanda: sus implicaciones conforme al derecho internacional de los derechos humanos”, en Revuelta Vaquero, Benjamín (coord.), *Participación ciudadana y políticas públicas*, Novum, México, 2016, p. 139.

En segundo lugar, ya puntualizamos que por “autoridad pública internacional” debe entenderse cualquier autoridad ejercida con base en una competencia instituida por un acto internacional común de autoridades públicas, principalmente Estados, para lograr un objetivo superior, que estos definen y están autorizados para definir como de interés público.

En el caso de los órganos de control de los tratados, podemos afirmar que, tanto en el aspecto subjetivo como en el material (en el caso particular de evaluar la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados), cumplen con estas características.

El sustento legal para dicha práctica lo brinda, como ya hemos mencionado con anterioridad, la propia Guía de la Práctica. Específicamente en la directriz 3.2.1, que a la letra dice:

3.2.1 Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez sustantiva de una reserva

1. Un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, podrá evaluar la validez sustantiva de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.

2. La evaluación hecha por tal órgano en el ejercicio de esta competencia no tendrá más efectos jurídicos que los del acto que la contiene.

Si bien, consideramos un avance importante que se haya legitimado la competencia de los órganos de control para evaluar la validez sustantiva de las reservas a los tratados, la regulación de estos actos sigue dejando mucho que desear, por lo que a continuación procederemos a analizar las directrices específicas de la Guía de la Práctica.

#### **D. Problemas irresueltos de la Guía de la Práctica.**

Como hemos mencionado desde el capítulo I, si bien la Guía de la Práctica ha establecido, y por lo tanto, legitimado la evaluación de la validez de las reservas por parte de los órganos de solución de controversias y de vigilancia de los tratados, esta actividad no se encuentra regulada. Asimismo, como ya hemos estudiado en el capítulo II, cada órgano tiene un acercamiento distinto a la evaluación de la validez de las reservas.

El tema de la evaluación de la validez sustantiva de las reservas se aborda de manera general en la directriz 3.2 y se delimita en las directrices 3.2.1 a 3.2.5.

La directriz general 3.2, establece lo siguiente:

Podrán evaluar la validez sustantiva de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional, dentro de sus respectivas competencias:

los Estados contratantes o las organizaciones contratantes;  
los órganos de solución de controversias, y  
los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado.

Conviene referirse al comentario elaborado por la propia CDI en el informe de presentación de la Guía de la Práctica. En él, la CDI reconoce que la principal controversia doctrinal en torno al tema se debía a una conjugación particular de factores, siendo el primero de ellos que la cuestión se plantea únicamente en relación con los tratados de derechos humanos.<sup>201</sup>

El motivo al que atribuyen que solo se de en materia de Derechos Humanos es que los tratados modernos de la materia crean de forma casi sistemática mecanismos de control de las normas que enuncian, con competencias diversas, cuyas resoluciones pueden tener carácter vinculante o recomendatorio.

La CDI reconoce que este novedoso fenómeno no fue tenido en cuenta por los redactores de la Convención de Viena, y refiere que los órganos de derechos humanos han adoptado una concepción particularmente amplia en relación con sus competencias en este ámbito, ya que no solo se declaran competentes para evaluar la compatibilidad de las reservas conforme al objeto y fin del tratado que les origina, sino que incluso “han considerado al parecer que poseían, a esos efectos, una competencia de decisión aunque no se les haya atribuido y aplicando la doctrina de la “divisibilidad”, han declarado que los Estados autores de reservas cuya invalidez habían constatado estaban vinculados por el tratado, incluidas la disposición o disposiciones a que se referían sus reservas.”<sup>202</sup>

Ante esta problemática, que hemos venido atendiendo a lo largo de este trabajo, la CDI hace tres importantes puntualizaciones:

Los órganos de derechos humanos tienen competencia para pronunciarse respecto de la validez sustantiva de una reserva, en el ejercicio de sus competencias. La razón, es que no podrían desempeñar las funciones que se les han atribuido si no pudieran determinar el alcance de sus competencias.

Para efectos de pronunciarse respecto de la posible incompatibilidad de una reserva conforme al objeto y fin de los tratados, no poseen ni más ni menos facultades que en otra esfera. Esto quiere decir que si carecen de facultades de decisión, no las adquieren

---

<sup>201</sup> ONU, A/66/10/Add.1, *op.cit.*, pág. 406.

<sup>202</sup> *Idem.*

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

tampoco en esta materia, y especifica “el Comité de Derechos Humanos y los demás órganos universales de derechos humanos que carecen de facultades de decisión no las adquieren tampoco en materia de reservas; los tribunales regionales que pueden dictar fallos con autoridad de cosa juzgada sí las tienen, aunque dentro de ciertos límites.”<sup>203</sup>

Aunque casi todos los órganos de derechos humanos o arreglo de controversias puedan evaluar la validez sustantiva de la reserva impugnada, su evaluación no puede reemplazar el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado.

Consideramos que en estas tres puntualizaciones, la CDI demuestra abiertamente una postura conservadora y voluntarista, que rechaza la postura confrontacional adoptada por el Comité de Derechos Humanos, y resalta la autonomía de la voluntad Estatal, en contra de la corriente de humanización del derecho internacional.

Ante esto, pareciera que las únicas opciones que son aceptables, desde la óptica de la CDI, para el control de la validez de las reservas por parte de los órganos de vigilancia son: que sean realizadas por los órganos jurisdiccionales de los sistemas regionales, o bien, mediante la postura “conciliadora” que han adoptado algunos de los órganos convencionales del sistema universal de protección de los derechos humanos.

En este mismo comentario a la directriz general 3.2, la CDI presenta la posibilidad de que incluso los tribunales nacionales tengan competencia para evaluar la compatibilidad de la reserva conforme al objeto y fin del tratado. Nos hace preguntarnos ¿qué sucedería si un tribunal nacional determina que la reserva que formuló el Estado es compatible con el objeto y el fin del tratado, pero el órgano de control del instrumento determina que no lo es? Conforme a la postura manifiestamente voluntarista que presenta la CDI pareciera que no se podría hacer más al respecto, salvo que el órgano que determinara dicha incompatibilidad fuera un órgano jurisdiccional.

En el caso de los órganos de control jurisdiccionales se dice que son los intérpretes naturales de los tratados que vigilan, no obstante, con esta postura pareciera que se le está negando dicho reconocimiento a los órganos de control cuasi jurisdiccional, por la única razón de que sus resoluciones son de carácter recomendatorio (*soft law*).

Consideramos que esta conservadora postura de la CDI pierde de vista el funcionamiento moderno del derecho internacional, donde como hemos ya mencionado, la multiplicidad de actores y tipos de fuentes e instrumentos internacionales, hacen que la

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 407.

distinción entre el *soft law* y el *hard law* no sea aquella que tradicionalmente les distinguía, de una forma por demás simplificada, entre aquellos instrumentos obligatorios y los no obligatorios.

En cuanto a la directriz 3.2.1, referida en el epígrafe anterior, podemos afirmar que se encarga de dilucidar que si bien los órganos de control de los tratados pueden evaluar la validez de las reservas, esta evaluación debe realizarse en el ejercicio de sus competencias y no tendrán otro efecto que el del acto que la contenga. Hemos venido señalando que esta directriz resulta omisa en cuanto a los posibles escenarios que surjan en torno a la determinación de nulidad de las reservas. El comentario de la CDI reconoce que la omisión fue deliberada y remite al lector a la parte cuatro de la Guía de la Práctica. Por lo que posteriormente nos abocaremos al análisis de dicho apartado.

La directriz 3.2.2 establece que los Estados o las organizaciones internacionales, cuando confieran a algún órgano la competencia para vigilar la aplicación de un tratado, deberían especificar, cuando proceda, la naturaleza y los límites de las competencias de esos órganos en materia de evaluación de la validez sustantiva de las reservas.

En el comentario de la CDI a esta directriz, manifestó que en atención a las dificultades de una empresa de tal naturaleza, renunció a recomendar expresamente a los Estados y organizaciones internacionales, que en los tratados internacionales que concierten en el futuro, donde prevean la creación de un órgano de control, incluyan cláusulas expresas que confieran a ese órgano la competencia para evaluar la validez sustantiva de las reservas y especifiquen el efecto jurídico de esa evaluación, si bien, según la CDI, esto sería algo ciertamente deseable cuando fuera posible.<sup>204</sup>

En cuanto a la directriz 3.2.3 esta establece que los Estados y las organizaciones internacionales que hayan formulado reservas a un tratado por el que se establezca un órgano de vigilancia de su aplicación, deberán tener en cuenta la evaluación que este haga de la validez sustantiva de las reservas.

En el comentario que formuló la CDI a esta directriz, se señalan dos cosas que los órganos de control no pueden hacer en torno a la evaluación de las reservas:

1. Obligar a los Estados y organizaciones internacionales que han formulado una reserva a aceptar su evaluación, pues no poseen una potestad general de decisión.

---

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 413.

2. Subrogarse, en todos los casos, como autor de la reserva en cuanto a las consecuencias que hayan de deducirse de la falta de validez de una reserva.

Esto quiere decir que las decisiones de los órganos de control respecto de las consecuencias de la invalidez de las reservas no puede sustituir la voluntad de los Estados parte. Este punto también lo analizaremos al estudiar el apartado referente a los efectos jurídicos de las reservas.

La directriz 3.2.4 establece que cuando un tratado cree un órgano para vigilar su aplicación, la competencia de dicho órgano se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados y organizaciones contratantes para evaluar la validez sustantiva de reservas a un tratado, y se la de los órganos de solución de controversias competentes para interpretar o aplicar el tratado.

En el comentario correspondiente a esta directriz, la CDI manifiesta que consideró útil precisar que las competencias de los distintos órganos con capacidad para evaluar la validez sustantiva de las reservas, no es excluyente, sino complementaria o acumulativa.

Finalmente, la directriz 3.2.5 establece que cuando un órgano de solución de controversias sea competente para adoptar decisiones que obliguen a las partes en una controversia, y la evaluación de la validez sustantiva de una reserva sea necesaria para que pueda ejercer esa competencia, esta evaluación será jurídicamente vinculante para las partes como elemento de la decisión.

En el comentario a esta directriz, la CDI manifiesta haber considerado necesario distinguir los órganos de control cuasi jurisdiccionales de aquellos de solución de controversias, investidos de potestad de decisión. Conforme a este criterio, refieren que si bien los tribunales regionales son en sentido amplio órganos de control convencional, entran en la categoría de órganos de solución de controversias, porque la naturaleza de sus decisiones es de cosa juzgada.

La cuarta parte de la Guía de la Práctica, como hemos venido señalando, se dedica a los efectos jurídicos de las reservas y las declaraciones interpretativas. Según el comentario de la CDI, este apartado pretende determinar los efectos jurídicos que una reserva o declaración interpretativa pueda llegar a tener, en relación con las reacciones de los demás Estados u organizaciones contratantes. Los efectos jurídicos de las reservas o declaraciones interpretativas dependen, por una parte de su validez formal y sustantiva, y por otra, de las reacciones de los demás Estados u organizaciones internacionales interesados.



La directriz 4.5.1 establece que una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y sustantiva enunciadas en la Guía de la Práctica, es nula de pleno derecho y, por lo tanto, carece de todo efecto jurídico.

Esta disposición representa un avance en el régimen de Viena, ya que por primera vez claramente se determina la consecuencia de una reserva inválida y no permitida, respondiendo a una de las cuestiones no resueltas más significativas de la Convención de Viena.<sup>205</sup> A nuestro parecer resulta insuficiente, pero sin duda sienta una base para continuar con el diálogo sobre la regulación de este tema.

Por otro lado, la directriz 4.5.3 se refiere a la condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado. Lo referiremos textualmente a continuación:

1. La condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado depende de la intención manifestada por el Estado o la organización internacional que ha formulado la reserva sobre si se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva o si considera que no queda obligado por el tratado.

2. A menos que el autor de la reserva inválida haya manifestado la intención contraria o que tal intención se determine de otra forma, será considerado como Estado contratante u organización contratante sin el beneficio de la reserva.

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, el autor de una reserva inválida podrá manifestar en todo momento su intención de no obligarse por el tratado sin el beneficio de la reserva.

4. Si un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado expresa la opinión de que una reserva no es válida, y si el Estado o la organización internacional autor de la reserva no se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva, ese Estado o esa organización debería manifestar tal intención dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que el órgano de vigilancia se haya pronunciado.

---

<sup>205</sup> Ziemele, Ineta / Liede, Lasma, *op.cit.*, p.1151.

De acuerdo con el comentario de la CDI al texto de esta directriz, nos encontramos ante una disposición completamente respetuosa de la autonomía de la voluntad de los Estados.

Si bien, en el segundo párrafo se establece una presunción positiva respecto a la voluntad del Estado de formar parte del tratado, aún sin el beneficio de la reserva, esta presunción está sujeta a que este no manifieste la intención contraria.

En el tercer párrafo se debilita aún más esta presunción positiva, pues permite que los Estados manifiesten en cualquier momento su intención de no obligarse por los tratados, si consideran que la reserva es de tal importancia que de ella depende su voluntad de formar parte del tratado.

Finalmente, respecto al tema central de nuestra investigación, cuando un órgano de control determine la invalidez sustantiva de una reserva, los Estados contarán con 12 meses para manifestar su deseo de no quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva.

Más aún, en el párrafo 51 del comentario a la directriz 4.5.3, la CDI puntualiza que esta debe interpretarse a la luz de la directriz 3.2.1, que como ya mencionamos, señala que la evaluación de la validez de las reservas que realicen los órganos de control no tendrá otros efectos jurídicos sino los del acto que la contenga. En ese sentido, si la determinación de invalidez proviene del trabajo de un órgano cuasi jurisdiccional, los Estados ni siquiera están obligados a hacer la notificación a la que se refiere el párrafo 4 de la directriz 4.5.3, ya que al tener carácter recominatorio, según el criterio de la CDI, pueden hacer caso omiso de la recomendación. Por otro lado, si la determinación de invalidez proviene de un órgano jurisdiccional, los Estados sí deberán efectuar la declaración prevista en el párrafo 4, sin dilación, y no después de ese periodo de 12 meses a partir de que el órgano se haya pronunciado.

Lo anterior puede considerarse como un esfuerzo por parte de la CDI de llegar a una solución intermedia donde se diera lugar a la naturaleza y exigencias propias de los tratados de derechos humanos, a saber, su enfoque normativo, de orden público, con vocación legislativa y superando la lógica de la reciprocidad, pero sin mencionarlas, para

así evitar ofender a las visiones más ortodoxas, preocupadas aún por el principio del consentimiento de los Estados.<sup>206</sup>

Aunque, quienes ostentan una postura más progresista y humanista, esta determinación resulta por demás preocupante, pues en el caso de que un Estado decidiera condicionar su permanencia en el tratado al beneficio de la reserva, podríamos encontrarnos ante una manifiesta violación al principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, así como al carácter de cosa juzgada de las sentencias de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos.

En el párrafo 55 del comentario a la directriz 4.5.3, la CDI establece que ésta deberá ir desarrollándose con la práctica, sin que se pueda excluir que circunstancias diversas exijan soluciones distintas. No obstante, aunque se deje esta puerta abierta dentro del comentario a la directriz, resulta grave que en el texto de la disposición, así como en su interpretación, se deje esta posibilidad a los Estados de decidir dejar de reconocer los derechos de las personas.

#### **E. Comentarios de cierre del capítulo III**

Son innegables las transformaciones que han sufrido las distintas instituciones y fuentes del Derecho Internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX. Ante esto, la Gobernanza Global ha significado un avance en relación con la postura tradicional voluntarista del Derecho Internacional que identificaba al Estado como el centro del ordenamiento, y a su consentimiento como el origen de todas sus obligaciones. No obstante, resulta necesario proveer a la gobernanza de un marco normativo efectivo que permita dejar atrás los cuestionamientos sobre la legitimidad del ejercicio de la autoridad pública internacional.

Los órganos de vigilancia de los Tratados sobre Derechos Humanos, ejercen la autoridad pública internacional cuando a través de su actuación, interfieren en la esfera de derechos y obligaciones del Estado, sin su consentimiento de por medio.

Es posible entonces que, con base en una teoría de Derecho Público, la regulación de la gobernanza de la humanización verse sobre el ejercicio de la autoridad pública internacional. Al hacerlo, no debe perderse de vista que la autoridad pública debe atender

---

<sup>206</sup> Marín Aís, José Rafael, "Reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, El caso de los Estados islámicos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 29, Junio 2015.

principios comunes que conforman el orden público y el Estado de Derecho a nivel internacional, así como el principio de subsidiariedad que atiende al carácter multinivel de la protección de los derechos humanos.

La Guía de la Práctica, como intento de regulación de estos actos de autoridad pública, ha perdido de vista precisamente estos principios comunes de *ordre public* internacional, por lo que resulta insuficiente y poco adecuada para los tratados en materia de derechos humanos.



## Conclusiones y propuesta

### A. Conclusiones

A partir de la investigación precedente, hemos arribado a las siguientes conclusiones. Del capítulo primero se desprende que:

1. El derecho internacional general ha venido enfrentando el fenómeno de la fragmentación, a partir del cual, surgen tensiones entre el derecho internacional general y *lex specialis*, como en el presente caso, el derecho internacional de los derechos humanos.
2. Asimismo, el desarrollo de esta rama especializada del derecho internacional ha tenido un impacto transformador en conceptos clásicos del derecho internacional, tales como el de soberanía estatal, no intervención, y reciprocidad. La razón es que el núcleo de las obligaciones y de los derechos se refieren a la relación entre los Estados y las personas, no así solo a las relaciones entre Estados. Así, esta inaplicabilidad del principio de reciprocidad, es el principal motivo que nos permite sostener que el régimen general de aceptación y objeción de reservas no es adecuado, justificando entonces el control judicial (o cuasi-judicial) de la validez de las reservas.
3. El sistema bilateral y flexible de aceptación y objeción de las reservas entre los Estados parte del tratado que establece el régimen de Viena, combinado con la falta de incentivos para que los Estados formulen objeciones a las reservas de otros Estados parte, ha permitido que Estados realicen reservas muy amplias a instrumentos de derechos humanos, que atentan contra la integridad de los mismos. Esto ha erosionado la base de la protección internacional de los derechos humanos. Ante esta realidad, cobra crucial importancia la práctica de los órganos de supervisión y vigilancia de los más importantes tratados de derechos humanos.
4. Sin embargo, la falta de regulación sobre la evaluación de validez de las reservas por parte de los órganos de vigilancia permite que se den distintas interpretaciones sobre cuáles son sus verdaderos efectos, lo cual, puede representar un obstáculo para la plena vigencia de los Derechos Humanos.
5. Finalmente, a pesar de la tendencia hacia la humanización del derecho internacional general, su funcionamiento sigue dependiendo en gran medida de los intereses políticos de sus principales actores: los Estados.

Del segundo capítulo podemos concluir lo siguiente:

6. Los órganos de control convencional han adoptado posturas diversas en torno a la evaluación de la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados. El CCPR ha adoptado una postura confrontacional frente a los Estados, mientras que los comités CEDAW y CERD han optado por un enfoque no confrontacional que no ha demostrado haber influido en el actuar de los Estados. Por lo tanto, sostenemos que entendiendo lo efectivo como aquello que logra el efecto esperado, el permitir que los Estados tomen la última decisión respecto a las reservas que ya se han considerado como contrarias al objeto y fin del tratado, condiciona la efectividad de la determinación del órgano de control a la voluntad del Estado.
7. Independientemente de la postura que hayan adoptado los órganos de control del sistema universal respecto a los efectos que tiene la determinación de la incompatibilidad de una reserva conforme al objeto y al fin del tratado, dichas determinaciones se encuentran siempre en resoluciones de carácter *soft law*. A partir del análisis realizado por Peters y Pagotto se concluye que existen distintas razones por las cuales el *soft law* puede resultar más conveniente que el *hard law* y que el hecho de que un instrumento sea de un tipo u otro, no determina que sea más respetado por los Estados, pues el cumplimiento de sus obligaciones internacionales parece depender de otros factores.
8. Con lo anterior, en atención a nuestro planteamiento inicial, podemos concluir que el hecho de que los órganos convencionales del Sistema Universal realicen sus funciones a través de instrumentos de *soft law*, no implica en sí mismo que resulte en una protección menor a los derechos humanos, que las de sus contrapartes en los sistemas regionales, cuyas resoluciones sí son obligatorias (o *hard law*) para los Estados, sino por el contrario, puede que incluso sean mejor recibidas por estos.
9. Por otro lado, en cuanto a las consecuencias jurídicas de las determinaciones de incompatibilidad de las reservas por parte de los órganos de control, aunque enfrentando algunas críticas válidas, la doctrina de la separabilidad parece ser la más apropiada para conciliar el principio

del consentimiento del Estado con el efecto útil de los tratados sobre derechos humanos.

Del capítulo tercero se desprenden estas conclusiones:

10. El concepto de gobernanza global representa una alternativa progresista ante las teorías “realistas” (Estado-centristas y voluntaristas) del derecho internacional, y ha abierto nuestros ojos hacia fenómenos que las perspectivas tradicionales subestiman. Sus normas sustantivas cada vez se enfocan más en la realización de intereses comunes y la promoción de bienes públicos mundiales, un proceso que por distintas razones ha sido llamado la “constitucionalización” del Derecho Internacional.
11. El sistema jurídico internacional se está transformando bajo el impacto de la gobernanza global, pero está lejos de ser un proceso constante y lineal. Los Estados más poderosos, pero también algunos otros países, tratan de resistirse a algunos de los desarrollos anteriormente mencionados y parcialmente tratan de mantenerse al margen de la gobernanza. La humanización del derecho internacional, concebida como esa tendencia transformadora que va impactando poco a poco el derecho internacional general con miras a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos de manera universal, es precisamente una de las manifestaciones de la gobernanza global.
12. Aunque muchas actividades de instituciones internacionales operan con base en y a través de reglas, comúnmente es solo un marco normativo rudimentario el que regula estas actividades. La ausencia de pautas normativas trae como consecuencia que las instituciones internacionales ejerzan autoridad pública de una forma aparentemente ilegítima, aunque legal, por la falta de pautas normativas adecuadas. Si bien, reconstruir y aumentar el marco regulatorio de la autoridad pública no es un fin en sí mismo, permite canalizar las inquietudes de legitimidad hacia argumentos legales y, eventualmente, normas viables.

En cuanto a las preguntas específicas que nos formulamos al inicio de la investigación, hemos obtenido las siguientes respuestas:

¿Las declaraciones de invalidez de las reservas por parte de los órganos de vigilancia de los tratados cumplen con el objetivo de impedir que dichas reservas sigan surtiendo efectos jurídicos?

Debemos partir por reconocer que no todas las determinaciones de incompatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados tienen como propósito que las reservas dejen de surtir efectos, al menos *ipso facto*. Como analizamos en el capítulo segundo, algunos órganos de control convencional han adoptado posturas conciliadoras, donde no pretenden determinar la responsabilidad internacional de los Estados por el incumplimiento de las disposiciones fundamentales de los tratados que han sido objeto de reservas inadmisibles.

Ahora bien, de acuerdo con la Guía de la Práctica, la respuesta a esta pregunta dependería, en un primer momento, de la naturaleza jurídica del órgano de control que haya determinado la incompatibilidad de la reserva, ya que solo podríamos considerar la posibilidad de que dicha determinación fuera vinculante si se trata de un órgano jurisdiccional.

Además, incluso tratándose de un órgano jurisdiccional, la Guía de la Práctica da la posibilidad a los Estados de manifestar su inconformidad con la determinación de inadmisibilidad, y decidir dejar de formar parte del tratado en cuestión.

Para tratar de dar una respuesta más directa a la pregunta, responderíamos que esta sería afirmativa solo si se trata de determinaciones de órganos jurisdiccionales, pero los Estados pueden combatir dicha determinación.

Ante esta flexibilidad que pondera la voluntad del Estado por encima de la protección internacional de los derechos, nuestra postura, como hemos venido sosteniendo, difiere de la adoptada por la CDI.

¿Cuál ha sido la respuesta de los Estados autores de reservas a tratados de derechos humanos que han sido declaradas como inválidas? ¿Es necesario regular la respuesta que deben tener los Estados ante las declaraciones de invalidez de las reservas que formulan? De ser así ¿Cómo deberían responder los Estados que se encuentren en dicha situación?

Algunos Estados, como Turquía en el caso Loizidou, han tratado de combatir la decisión de los órganos de control, aunque sin mucho éxito. Otros, como es el caso de México, han adoptado, aunque con cierto retraso, las disposiciones de los órganos convencionales, retirando las reservas incompatibles. Por lo que podemos afirmar que, a la



TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

fecha, no existe un consenso o práctica reiterada entre los distintos Estados. Respecto a cómo deberían de responder los Estados, no podemos más que referir el principio de buena fe contenido en la Convención de Viena.

No obstante, a partir del estudio realizado, más que regular la respuesta de los Estados ante las determinaciones de incompatibilidad de las reservas que formularon, con el objeto y fin de los tratados, consideramos necesario regular la actividad de los órganos de control de los tratados, para de esa forma dotarlos de legitimidad.

¿Sigue surtiendo efectos jurídicos una reserva que ha sido declarada inválida por un órgano de vigilancia de los tratados o un tribunal internacional?

De inicio, si la determinación de invalidez la realizó un organismo no jurisdiccional, de acuerdo con la Guía de la Práctica, esta seguiría surtiendo efectos, independientemente de la determinación de su incompatibilidad. Mientras que en el caso de los órganos jurisdiccionales, una vez que se determina la incompatibilidad, los Estados deben modificar o retirar la reserva, o bien, renunciar a formar parte en el tratado. En ambos escenarios podemos afirmar que la reserva sigue en vigor, o surtiendo efectos jurídicos, a pesar de la determinación de su inadmisibilidad por parte de un órgano de control.

Esto resulta fundamental para la comprobación de nuestra hipótesis, como detallaremos más adelante.

¿Es suficiente la Guía de la Práctica para regular la evaluación de reservas por parte de tribunales y órganos de vigilancia de los tratados? De lo contrario ¿De qué manera debe regularse la evaluación de la admisibilidad de las reservas por parte de los órganos de vigilancia de los tratados?

Consideramos que la Guía de la Práctica no le ha hecho justicia a la actividad que han venido desempeñando los órganos de control de los tratados al determinar la admisibilidad o compatibilidad de las reservas conforme al objeto y fin de los instrumentos que vigilan. Siguiendo las teorías clásicas del derecho internacional y el principio de consentimiento, se ha ponderado la voluntad del Estado por encima de todo.

Como referimos en el capítulo tercero, la Guía de la Práctica determina que es deseable que los Estados delimiten las facultades que tendrán los órganos de control en relación con la evaluación de la admisibilidad de las reservas.

Considerando que, en un marco de gobernanza global, los órganos de control de los tratados están realizando actos de autoridad pública internacional, cuya legitimidad ha sido cuestionada por los Estados, consideramos necesario continuar el debate orientado a

la regulación de la evaluación de la admisibilidad o compatibilidad de las reservas conforme al objeto y fin de los tratados, por parte de estos órganos de control.

### **B. Propuesta.**

Ante la necesidad de regular la actividad de los órganos de control en torno a las reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados, proponemos los siguientes lineamientos generales:

1. Se debe partir por identificar a la actividad de los órganos de control como actos de autoridad pública internacional, tomando en consideración la propuesta, aún en desarrollo, del derecho internacional institucional desde un enfoque de derecho público.
2. Este enfoque debe tener en cuenta las nuevas características de la sociedad internacional, y en atención a ello, tener un carácter multinivel.
3. En ese mismo tenor, para resolver los conflictos que surjan a partir de la protección multinivel de los derechos, debe fortalecerse el principio de subsidiariedad. Consideramos que el principio de subsidiariedad puede satisfacer las inquietudes que surjan en torno a la legitimidad democrática de los órganos de control de los tratados.
4. En todo momento, debe primar el principio del mayor beneficio para la persona.

Finalmente, en atención a nuestra hipótesis: “El *effet utile* de los tratados internacionales sobre derechos humanos dependerá del retiro de las reservas contrarias a su objeto y fin.” Sostenemos que esta se confirma.

La confirmación de la hipótesis atiende a la actual determinación de la CDI, contenida en la Guía de la Práctica, que le da al Estado la carga o responsabilidad de modificar o retirar la reserva que formuló y que se determinó como inadmisibile, o bien, retirarse del tratado. Lo anterior, aunado a la ausencia de un consenso en la práctica de los Estados que pudiera contradecir la postura de la CDI.

Con esto no queremos decir que la implementación o los efectos jurídicos de los tratados sobre derechos humanos dependan exclusivamente de las reservas que se formulen los Estados, tal como reconocimos desde la introducción a este documento, sabemos que el cumplimiento o implementación de los instrumentos internacionales, en general, es multifactorial. Lo que sí es posible afirmar, es que las reservas que resultan

contrarias al objeto y fin de los tratados, al afectar a disposiciones fundamentales de estos instrumentos, impiden que estos alcancen su efecto útil.

Tampoco pretendemos proponer que la solución a esta problemática sea que todos los Estados que han formulado reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados, las retiren, para así dar una mejor garantía a los derechos humanos. Lo que este trabajo pretende es llamar la atención hacia la necesidad de legitimar el mecanismo de control de la compatibilidad de las reservas por parte de los mecanismos convencionales.

La Guía de la Práctica sin duda representa el esfuerzo más importante por atender las lagunas del Régimen de Viena, pero como hemos visto, ha dejado asuntos irresueltos. Por fortuna, ha dejado también la puerta abierta para nuevas interpretaciones y discusiones en torno a las mismas.

Nuestro trabajo, por ejemplo, ha puesto sobre la mesa del debate la necesidad de contextualizar esta problemática en una realidad cambiante, no solo del derecho internacional, sino de las relaciones internacionales en general. Hemos identificado la actividad de los órganos de control convencional como actos de autoridad pública internacional, justificando así la necesidad de su regulación y proporcionando algunos lineamientos iniciales sobre las características que puede tener dicha regulación.

Así, esperamos que el resultado obtenido en esta investigación sirva como referencia para quienes se aventuren en la elaboración de una propuesta específica sobre el contenido de la regulación de la actividad de los órganos de control en relación con la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados.

## Fuentes consultadas

- Abass, Ademola, *Protecting Human Security in Africa*, Oxford University Press, New York, 2010, Pág. 187 – 191.
- Aguilar Navarro, M., “La cooperación internacional y la teoría del control”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1959.
- Akstiniene, A., “Reservations to Human Rights Treaties: Problematic Aspects Related to Gender Issues”, *Jurisprudencija*: 20(2), 2013, p. 451 – 468.
- Allot, Philip. “The concept of international law”, *European Journal of International Law*, 10 (1999), 31-50.
- Baratta, R. “Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded?”, *European Journal of International Law*, 11(2), 2000.
- Becerra Ramírez, M., El control de la aplicación del Derecho internacional en el marco del Estado de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, p. 43.
- Bellamy, Richard, “The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, Volume 25, Issue 4, 1 Noviembre 2014, pp. 1019–1042, <https://doi.org/10.1093/ejil/chu069>, p. 1020.
- Benavides Casals María Angélica, *Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Revista *Ius et Praxis*, Año 13 – No. 1, 2007, pp. 167 – 204.
- Benninger-Budel, Carin, “Part. V. Individual Complaints under the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, *Seeking remedies for torture victims*, OMCT Handbook Series, 2nd edition, Geneva, 2014. Pág. 312.
- Biscop, Sven, “The EU global strategy: Realpolitik with European characteristics”, *Egmont Security Policy Brief* Brussels: Egmont - Royal Institute for International Relations, no. 75, 2016.
- Cameron, Ian y Frank Horn, “Reservations to the European Convention: The Belilos Case”, *German Yearbook of International Law*, 1990, volumen 33, pág. 115.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, *La humanización del derecho internacional contemporáneo*. 1ª Ed., México, Porrúa, 2014.
- Carozza, Paolo G. “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *Scholarly Works*, 2003.

- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "Derechos Humanos y Derecho Internacional", *Isegoría*, No. 22, 2000.
- Cassel, Doug, "The United States and Human Rights Treaties: Can We Meet Our Commitments?", *Human Rights Magazine*, Human Rights at Home, vol. 41, No. 2, 2015.
- Chayes, Abram/Handler Chayes, Antonia, *The New Sovereignty – Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge/London, 1995, p. 27.
- Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Ddamulira Mujuzi, Jamil, "The Protocol to the African Charter on Human and people's Rights on the Rights of Women in Africa: South Africa's reservations and interpretative declarations". *Law, Democracy and Development*, vol. 12, No. 2, 2008, p. 47.
- De la Torre Torres, Rosa María y Jara Guerrero, Salvador, "La dinámica constitucional: un sistema caótico", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol., pp. 261-282.
- Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18ª Ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- Fernández Liesa, Carlos R. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2014.
- Ferrajoli, Luigi. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell y Vázquez, (comps.), *Estado constitucional y globalización*.
- Green-Martínez, Sebastián A., "El derecho internacional actual ¿un derecho primitivo? Una reflexión a 50 años de "The Concept of Law", Universidades, *Unión de Universidades de América Latina y el Caribe, UDUAL*, núm. 51, 2011, pp. 17-28, p.19.
- García Ramírez, Sergio. "La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y justicia penal", México, D.F., Editorial Porrúa, 2003.
- González Domínguez, Pablo, "Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, 2017, p.720.
- Hart, H.L.A., *The concept of law*. Oxford, Oxford University Press, 1961.

- Isler Soto, Carlos, “¿Es el derecho un sistema de mandatos? La crítica de Hart a la teoría imperativista del derecho”, *Revista de derecho Universidad católica del norte*, vol.17, n.1, 2010, pp.147-162.
- Lesser, Anthony y Hart, H. L. A., *on International Law*, *Kritikos, An International and Interdisciplinary Journal of Postmodern Cultural Sound*, vol. 11, 2014, pp.1-25.
- Liede, Lasma y Ziemele, I., “Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6”, *The European Journal of International Law*, Oxford University Press, vol. 24, no. 4, 2013.
- López Hurtado, Carlos “¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del derecho internacional? Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001.
- López Libreros, José Manuel/Luna Serrano, Ana, “La gobernanza de la humanización del Derecho Internacional”, en Revuelta Vaquero, Benjamín/ Sereno Marín César Arturo (coords.), *Remodelando la esfera jurídica: Constitución, medio ambiente y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p.270.
- López Libreros, José Manuel, “Aproximación a los tratados en materia de derechos humanos”, *De Jure*, cuarta época, Año 18, núm. 6, mayo de 2018, p. 152.
- López-Vallejo Olvera, Marcela, “¿Qué es la gobernanza global?” en López-Vallejo Olvera (et. al.), *Gobernanza global en un mundo interconectado*, México, UABC/AMEI/UPAEP, 2013. P. 22.
- Luna Serrano, Ana / Sánchez Agustín, Itzel Azucena, “El derecho a la vida sometido a referéndum en Irlanda: sus implicaciones conforme al derecho internacional de los derechos humanos”, en Revuelta Vaquero, Benjamín (coord.), *Participación ciudadana y políticas públicas*, Novum, México, 2016. P. 139.
- Marín Aís, José Rafael, “Reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El caso de los Estados islámicos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 29, Junio 2015.
- Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, Guevara B., José A.(Comps), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Universidad Iberoamericana, Fontamara, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, 2004.

- McCall-Smith, K. "Mind the Gaps: The ILC Guide to Practice on Reservations to Human Rights Treaties", *International Community Law Review*, vol. 16, 2014.
- Nowrot, Karsten, "Global Governance and International Law", *Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht*, vol. 33, 2004, p.12.
- O'Donnell, Luis. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, 2ª edición, México, D.F., 2012.
- Ortiz Ahlf, Loretta, *Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Martin, Claudia/Rodríguez-Pinzón, Diego & Guevara B., José A. (comps), Derecho Internacional de los Derechos Humanos, México, Fontamara, 2006, pp. 23-47. .
- Păsătoiu, Florin, "From obsolete normative to Realpolitik in the EU and Russia foreign policy relations", *Romanian journal of european affairs*, 2014, vol. 14, núm. 4. pp. 5-25.
- Pauwelyn, Joost, "Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law", *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Payandeh, Mehrdad, "The concept of international law in the jurisprudence of H.L.A. Hart", *European Journal of International Law*, vol. 21, No. 4, 2010, p. 978.
- Pellet, Alain, "Reservations to treaties and the integrity of human rights", en S. Sheeran y Sir R. Nigel (coord.), *Routledge Handbook of International Human Right Law*, Routledge, 2013.
- Peters, Anne/Pagotto, Isabella, "Soft law as a new mode of governance: A legal perspective", *NEWGOV: New Modes of Governance, unpublished report*, University of Basel, 2006.
- Rachovitsa, Adamantia, "Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties", *Human Rights Law Review*, vol.16, 2016.
- Rosenau, James/Czempiel, E. (comps.), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- Simma, Bruno, "How distinctive are treaties representing collective interests? The case of human rights treaties" En V. Gowlland, *Multilateral Treaty-Making: The current status of challenges to and reforms needed in the international legislative process*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 2004, pp. 69-73.

- Ssenyonjo, Manisuli, "Economic, Social and Cultural Rights in International Law", *Hart Publishing*, Portland, Oregon, 2009, pp. 254-256.
- Valencia Villa, A. "Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos", en Martín, Claudia/Rodríguez-Pinzón, Diego/ Guevara B., José A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2006, págs. 119-149.
- Villán Durán, C. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2006.
- Unterhalter, Jessica. *Commission on Global Governance*. Encyclopaedia Britannica <<https://www.britannica.com/topic/Commission-on-Global-Governance>>
- Velázquez Borges, Sudis María, "Las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 41, No. 115, 2011.
- Von Bogdandy, A. et al., "Developing the publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal*, vol. 09, No. 11, 2008, pp. 1375 – 1400. P. 1378.
- Von Bogdandy, A./ Goldmann, M./ Venzke, I., "From public international to international public law: translating world public opinion into international public authority", *MPIL Research Paper Series*, 2016, pp.1-37.
- Wohlforth, William, "The return of Realpolitik: stability vs. change in the US-led world order", *Valdai Papers #11*, Moscow, 2015.
- Ziemele, Ineta / Liede, Lasma, "Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6", *European Journal of international Law*, vol. 24 núm. 4, 2013.

---

Corte IDH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2.

Corte IDH, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, Serie A, No. 3, párr. 8.

Corte IDH, Opinión consultiva sobre *Asistencia Consular*, 1999.

Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia del 31 de enero de 2001.



- Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, (Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001. .
- Corte IDH, Caso *Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, (*Excepciones Preliminares*), Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C, No. 81, párr. 69 y 70
- Corte IDH, Caso *Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago*. (*Excepciones Preliminares*) Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párr. 69 y 70.
- Corte IDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de junio de 2002.
- Corte IDH, Caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*,(Fondo, Reparaciones y Costas), Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, Sentencia del 1 de marzo de 2005.
- Corte IDH. Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, No. 169, Párr. 17.
- Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C, No. 209, párr. 307 – 314.
- Corte IDH, Caso *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246, Párr. 35 – 44.
- Corte Internacional de Justicia, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción el Delito de Genocidio*, Opinión Consultiva, 28 de mayo de 1951.
- Corte Internacional de Justicia, *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, Georgia contra la Federación de Rusia, voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, fallo del 1 de abril de 2011.
- Corte Internacional de Justicia, *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia Relativa a Kosovo*, voto razonado del Juez A.A.Cançado Trindade, Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010.
- ONU, Asamblea General, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional”, A/CN.4/L.682 (13 de abril de 2006)

- ONU, Comité de Derechos Humanos, comentario general núm. 24, sobre las cuestiones relativas a las reservas formuladas con ocasión de la ratificación o la adhesión al Pacto y sus Protocolos Facultativos, o las declaraciones hechas en relación con el artículo 41 del Pacto, documento CCPR/21/Rev.1/Add.6,4 de noviembre de 1994.
- ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, UNTS, 23 de mayo de 1969, vol. 1155, p.331.
- ONU, Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, A/66/10/Add.1, 2011, disponible en [undocs.org/ A/66/10/Add.1](http://undocs.org/A/66/10/Add.1)
- ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), “Trabajando con el Programa de las Naciones Unidas en el Ámbito de los Derechos Humanos: Un manual para la sociedad civil”, HR/PUB/06/10/Rev.1, 2008.
- ONU, Comisión de Derecho Internacional, “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49° período de sesiones”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/SER.A/1997/Add.I,1997, Vol. II, Segunda Parte, párr. 157.
- ONU, Comisión de Derecho Internacional, *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*, Nueva York, 2011.
- ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación General No. 4*, A/42/38. Sexto período de sesiones, 1987.
- ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No.20*, A/47/38(SUPP), Décimo primero período de sesiones, 1992.
- ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación General No.21*, A/49/38(SUPP), Décimo tercer período de sesiones, 1994.
- ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Declaración relativa a las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/53/38/Rev.1, Nueva York, 21 de agosto de 1998, párr.15.
- ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Opinión Preliminar del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre el asunto de las Reservas a Tratados sobre Derechos Humanos, CERD/C/62/Misc, 20/Rev.3, 13 de Marzo de 2003.

- UNU, Comisión de Derecho Internacional, "Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 55° período de sesiones", Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/SER.A/2003/Add.1, vol. II, Segunda parte, párr. 334.
- UNU, Comité Contra la Discriminación Racial, Observaciones finales a los informes periódicos combinados séptimo a noveno de los Estados Unidos de América, CERD/C/USA/CO/7-9, 25 de septiembre de 2014, párr. 5 y 9.
- UNU, "Conferencia Mundial de Derechos Humanos", "Declaración y programa de acción de Viena", *Resultados sobre derechos humanos*, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párr. 39, <http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml>.
- UNU, Instrumentos Internacionales de Derechos humanos, "La práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos respecto de las reservas a los tratados internacionales en la materia", HRI/MC/2005/5, 13 de junio de 2005, párr.12.
- UNU, Comité sobre Derechos del Niño, *Guía para la presentación de informes periódicos*, CRC/C/58, 20 de noviembre de 1996, párr. 11.
- UNU, Comité sobre Derechos del Niño, *Informe de la vigésimo segunda sesión*, CRC/C/90, 07 de diciembre de 1999, párr. 291.
- UNU, Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No.5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003, párr. 13.
- UNU, Consejo de Derechos Humanos, "Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párr. 20.
- UNU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Canadá, CRPD/C/CAN/CO/1, 8 de mayo de 2017, párr. 7 y 8.
- UNU, Comité contra la Tortura, Observaciones Finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de los Estados Unidos de América, CAT/C/USA/CO/3-5, 19 de diciembre de 2014, párr. 9.
- T.E.D.H., caso *Belilos v. Switzerland*, 1988, Serie A, No. 132, párr. 466, 478, 487.
- T.E.D.H., caso *Loizidou v. Turkey*, 1995, Serie A, No. 310, párr. 127.

T.E.D.H, caso *Ilie Ilascu et al. v. Moldova and Russia*, 48787/99, sentencia del 08 de julio de 2004;

T.E.D.H. caso *Sargsyan v. Azerbaijan*, 40167/06, sentencia del 14 de diciembre de 2011.

T.E.D.H. caso *Irlanda c. el Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, Series A, no.25, pág. 90, párr. 289.



## **ANEXO A: Texto de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63° período de sesiones (2011).**

A continuación se reproduce el texto de las directrices que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión en su 63° período de sesiones, seguido de un anexo acerca del diálogo sobre las reservas.

### **Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados**

#### 1. Definiciones

##### 1.1 Definición de las reservas

Se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización.

El párrafo 1 deberá interpretarse en el sentido de que incluye las reservas que tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o a la organización internacional que formula la reserva.

##### 1.1.1 Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, por la que su autor se propone limitar las obligaciones que el tratado le impone, constituye una reserva.

##### 1.1.2 Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, por la que ese Estado o esa organización se propone cumplir una obligación en virtud del tratado de una manera diferente pero que el autor de la declaración considera equivalente a la impuesta por el tratado, constituye una reserva.

##### 1.1.3 Reservas relativas a la aplicación territorial del tratado

Una declaración unilateral por la que un Estado se propone excluir la aplicación de algunas disposiciones del tratado o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos en un territorio en el que sería aplicable en ausencia de tal declaración constituye una reserva.

#### 1.1.4 Reservas formuladas con ocasión de la ampliación de la aplicación territorial de un tratado

Una declaración unilateral por la que un Estado, al ampliar la aplicación del tratado a un territorio, se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado respecto de ese territorio constituye una reserva.

#### 1.1.5 Reservas formuladas conjuntamente

La formulación conjunta de una reserva por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa reserva.

#### 1.1.6 Reservas formuladas en virtud de cláusulas que autorizan expresamente la exclusión o la modificación de ciertas disposiciones de un tratado

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, de conformidad con una cláusula que autorice expresamente a las partes o a algunas de ellas a excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado respecto de la parte que haya hecho la declaración, constituye una reserva expresamente autorizada por el tratado.

#### 1.2 Definición de las declaraciones interpretativas

Se entiende por “declaración interpretativa” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones.

##### 1.2.1 Declaraciones interpretativas formuladas conjuntamente

La formulación conjunta de una declaración interpretativa por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de la declaración interpretativa.

#### 1.3 Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas

La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa está determinada por los efectos jurídicos que su autor se propone producir.

##### 1.3.1 Método de determinación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas

Para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, procede interpretar la declaración de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, con miras a inferir de ellos la intención de su autor, a la luz del tratado a que se refiere.

##### 1.3.2 Enunciado y denominación

El enunciado o la denominación de una declaración unilateral constituye un indicio de los efectos jurídicos perseguidos.

### 1.3.3 Formulación de una declaración unilateral cuando una reserva está prohibida

Cuando un tratado prohíbe las reservas al conjunto de sus disposiciones o a algunas de ellas, se presumirá que una declaración unilateral formulada al respecto por un Estado o una organización internacional no constituye una reserva. No obstante, tal declaración constituirá una reserva si tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al autor de esa declaración.

### 1.4 Declaraciones interpretativas condicionales

1. Una declaración interpretativa condicional es una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado, por la que ese Estado o esa organización internacional condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación específica del tratado o de algunas de sus disposiciones.

2. Las declaraciones interpretativas condicionales estarán sujetas a las reglas aplicables a las reservas.

### 1.5 Declaraciones unilaterales distintas de las reservas y las declaraciones interpretativas

Las declaraciones unilaterales formuladas en relación con un tratado que no son reservas ni declaraciones interpretativas (incluidas las declaraciones interpretativas condicionales) quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la Práctica.

#### 1.5.1 Declaraciones de no reconocimiento

Una declaración unilateral por la que un Estado indica que su participación en un tratado no entraña el reconocimiento de una entidad a la que no reconoce queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la Práctica, aun cuando tenga por objeto excluir la aplicación del tratado entre el Estado declarante y la entidad no reconocida.

#### 1.5.2 Declaraciones relativas a la aplicación de un tratado en el ámbito interno

Una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional por la que ese Estado o esa organización indica la manera en que aplicará un tratado en el ámbito interno, sin que ello afecte sus derechos y obligaciones con respecto a los demás Estados contratantes u organizaciones contratantes, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la Práctica.

#### 1.5.3 Declaraciones unilaterales hechas en virtud de una cláusula de opción

Una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional de conformidad con una cláusula de un tratado que permite a las partes aceptar una obligación no impuesta por otras disposiciones del tratado, o que les permite elegir entre dos o varias

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

disposiciones del tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la Práctica.

Una restricción o condición incluida en una declaración por la que un Estado o una organización internacional acepta, en virtud de una cláusula del tratado, una obligación no impuesta por otras disposiciones del tratado no constituye una reserva.

## 1.6 Declaraciones unilaterales relativas a los tratados bilaterales

### 1.6.1 “Reservas” a los tratados bilaterales

Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, formulada por un Estado o una organización internacional después de la rúbrica o la firma pero antes de la entrada en vigor de un tratado bilateral, por la que ese Estado o esa organización se propone obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la Práctica.

### 1.6.2 Declaraciones interpretativas de tratados bilaterales

Las directrices 1.2 y 1.4 son aplicables a las declaraciones interpretativas relativas tanto a los tratados multilaterales como a los tratados bilaterales.

### 1.6.3 Efectos jurídicos de la aceptación de la declaración interpretativa de un tratado bilateral por la otra parte

La interpretación resultante de una declaración interpretativa de un tratado bilateral hecha por un Estado o una organización internacional parte en el tratado y aceptada por la otra parte constituye una interpretación auténtica de ese tratado.

## 1.7 Alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas

### 1.7.1 Alternativas a las reservas

A fin de conseguir resultados comparables a los producidos por las reservas, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos alternativos, tales como: la inserción en el tratado de una cláusula que tenga por objeto limitar su alcance o su aplicación; la concertación de un acuerdo por el que dos o más Estados u organizaciones internacionales, en virtud de una disposición expresa de un tratado, se proponen excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en sus relaciones mutuas.

### 1.7.2 Alternativas a las declaraciones interpretativas

A fin de precisar o de aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos distintos de las declaraciones interpretativas, tales como: la inserción en el tratado de disposiciones expresas que tengan por objeto interpretarlo; la concertación de un acuerdo complementario con tal fin, de manera simultánea o con posterioridad a la celebración del tratado.

## 1.8 Alcance de las definiciones



Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en esta parte se entienden sin perjuicio de la validez y los efectos jurídicos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables.

## 2. Procedimiento

### 2.1 Forma y notificación de las reservas

#### 2.1.1 Forma de las reservas

Una reserva habrá de formularse por escrito.

#### 2.1.2 Motivación de las reservas

En lo posible, una reserva debería indicar los motivos por los cuales se formula.

#### 2.1.3 Representación a efectos de la formulación de una reserva en el plano internacional

Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, se considerará que una persona representa a un Estado o a una organización internacional a efectos de formular una reserva:

- a) si esa persona presenta los adecuados plenos poderes para la adopción o la autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o para manifestar el consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o
- b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados y de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona es la representante del Estado o de la organización internacional para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado para formular una reserva en el plano internacional:

- a) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores;
- b) los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en esa conferencia;
- c) los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;
- d) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la formulación de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización.

#### 2.1.4 Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas

El órgano competente y el procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para formular una reserva serán determinados por el derecho interno de cada Estado o por las reglas pertinentes de cada organización internacional.

El hecho de que una reserva haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para la formulación de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa reserva.

#### 2.1.5 Comunicación de las reservas

Una reserva habrá de comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.

Una reserva a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional habrá de comunicarse además a esa organización.

#### 2.1.6 Procedimiento de comunicación de las reservas

1. Salvo que el tratado disponga o que los Estados y las organizaciones contratantes acuerden otra cosa, la comunicación de una reserva a un tratado será transmitida:

i) si no hay depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y a las organizaciones internacionales contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado; o

ii) si hay depositario, a este, quien la notificará lo antes posible a los Estados y a las organizaciones internacionales a que esté destinada.

La comunicación de una reserva se entenderá que ha quedado hecha respecto de un Estado o de una organización internacional solo cuando haya sido recibida por ese Estado o esa organización.

La comunicación de una reserva a un tratado que se efectúe por un medio que no sea una nota diplomática o una notificación al depositario, en particular por correo electrónico o por telefax, deberá ser confirmada en un plazo apropiado mediante tal nota o notificación. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido formulada en la fecha de la notificación inicial.

#### 2.1.7 Funciones del depositario

El depositario examinará si la reserva a un tratado formulada por un Estado o una organización internacional está en la forma adecuada y debida y, cuando proceda, señalará la cuestión a la atención del Estado o la organización internacional de que se trate.

De surgir alguna discrepancia entre un Estado o una organización internacional y el depositario acerca del desempeño de esta función, el depositario señalará la cuestión a la atención:

a) de los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes; o

b) cuando proceda, del órgano competente de la organización internacional interesada.

## 2.2 Confirmación de las reservas

### 2.2.1 Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado

La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido formulada en la fecha de su confirmación.

### 2.2.2 Caso de inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste mediante esa firma su consentimiento en obligarse por el tratado.

### 2.2.3 Reservas en el momento de la firma expresamente autorizadas por el tratado

Cuando el tratado establezca expresamente que un Estado o una organización internacional están facultados para formular una reserva en el momento de la firma de un tratado, tal reserva no tendrá que ser confirmada formalmente por el Estado o la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado.

### 2.2.4 Forma de la confirmación formal de las reservas

La confirmación formal de una reserva habrá de hacerse por escrito.

## 2.3 Formulación tardía de las reservas

Un Estado o una organización internacional no podrá formular una reserva a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que el tratado disponga otra cosa o que ninguno de los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes se oponga a la formulación tardía de esa reserva.

### 2.3.1 Aceptación de la formulación tardía de una reserva

Salvo que el tratado disponga otra cosa o que la práctica bien establecida seguida por el depositario sea diferente, solo se considerará que la formulación tardía de una reserva ha sido aceptada si ningún Estado contratante u organización contratante se ha opuesto a esa formulación dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido notificación de la reserva.

### 2.3.2 Plazo de formulación de una objeción a una reserva formulada tardíamente

Una objeción a una reserva formulada tardíamente deberá formularse en los doce meses siguientes a la aceptación, de conformidad con la directriz 2.3.1, de la formulación tardía de la reserva.

### 2.3.3 Limitación a la posibilidad de excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas

Un Estado contratante o una organización contratante en un tratado no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado mediante:

- a) la interpretación de una reserva formulada anteriormente; o
- b) una declaración unilateral hecha ulteriormente en virtud de una cláusula de opción.

### 2.3.4 Ampliación del alcance de una reserva

La modificación de una reserva existente que tenga por objeto ampliar su alcance se regirá por las reglas aplicables a la formulación tardía de una reserva. Si la modificación es objeto de oposición, la reserva inicial permanecerá inalterada.

## 2.4 Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas

### 2.4.1 Forma de las declaraciones interpretativas

Una declaración interpretativa debería formularse preferiblemente por escrito.

### 2.4.2 Representación a efectos de la formulación de declaraciones interpretativas

Una declaración interpretativa deberá ser formulada por una persona a la que se considera que representa a un Estado o una organización internacional para la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento de un Estado o una organización internacional en obligarse por un tratado.

### 2.4.3 Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de declaraciones interpretativas

El órgano competente y el procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para formular una declaración interpretativa serán determinados por el derecho interno de cada Estado o por las reglas pertinentes de cada organización internacional.

El hecho de que una declaración interpretativa haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para la formulación de declaraciones interpretativas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa declaración.

### 2.4.4 Momento en que se puede formular una declaración interpretativa

Sin perjuicio de lo dispuesto en las directrices 1.4 y 2.4.7, una declaración interpretativa podrá ser formulada en cualquier momento.

## 2.4.5 Comunicación de las declaraciones interpretativas

La comunicación de una declaración interpretativa formulada por escrito debería seguir el procedimiento establecido en las directrices 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7.

## 2.4.6 Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado

Una declaración interpretativa formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste su consentimiento en obligarse por el tratado.

## 2.4.7 Formulación tardía de una declaración interpretativa

Cuando un tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede formularse en momentos determinados, un Estado o una organización internacional no podrán formular en otro momento una declaración interpretativa relativa a ese tratado, a menos que ninguno de los demás Estados u organizaciones contratantes se oponga a la formulación tardía de esa declaración.

## 2.4.8 Modificación de una declaración interpretativa

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una declaración interpretativa podrá ser modificada en cualquier momento.

## 2.5 Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas

### 2.5.1 Retiro de las reservas

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado.

### 2.5.2 Forma del retiro

El retiro de una reserva habrá de formularse por escrito.

### 2.5.3 Examen periódico de la utilidad de las reservas

Los Estados o las organizaciones internacionales que hayan formulado una o varias reservas a un tratado deberían proceder a un examen periódico de estas y considerar el retiro de las reservas que ya no respondan a la finalidad para la que fueron formuladas.

En tal examen, los Estados y las organizaciones internacionales deberían prestar especial atención al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales y, cuando proceda, considerar la utilidad del mantenimiento de las reservas, particularmente en relación con su derecho interno y con la evolución de este desde que se formularon dichas reservas.

### 2.5.4 Representación a efectos del retiro de una reserva en el plano internacional

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, una persona será considerada representante de un Estado o de una organización internacional para retirar una reserva formulada en nombre de un Estado o de una organización internacional:

- a) si presenta los adecuados plenos poderes a los efectos del retiro; o
- b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados o de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona representa a un Estado o una organización internacional para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, son considerados representantes de un Estado para retirar una reserva en el plano internacional en nombre de ese Estado:

- a) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores;
- b) los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o ante uno de sus órganos, para el retiro de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;
- c) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para el retiro de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización.

#### 2.5.5 Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas al retiro de reservas

El órgano competente y el procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para retirar una reserva serán determinados por el derecho interno de cada Estado o por las reglas pertinentes de cada organización internacional.

El hecho de que una reserva haya sido retirada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para el retiro de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de ese retiro.

#### 2.5.6 Comunicación del retiro de una reserva

El procedimiento de comunicación del retiro de una reserva se regirá por las reglas aplicables respecto de la comunicación de las reservas enunciadas en las directrices 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7.

#### 2.5.7 Efectos del retiro de una reserva

El retiro de una reserva entraña la aplicación, en su integridad, de las disposiciones a que se refería la reserva en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y todas las demás partes, con independencia de que estas hayan aceptado la reserva o hayan formulado una objeción al respecto.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

El retiro de una reserva entraña la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y un Estado o una organización internacional que hubiere hecho una objeción a la reserva y se hubiere opuesto a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el autor de la reserva a causa de dicha reserva.

#### 2.5.8 Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva

Salvo que el tratado disponga o que se acuerde otra cosa, el retiro de una reserva solo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la correspondiente notificación.

#### 2.5.9 Casos en que el autor de una reserva puede fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de la reserva

El retiro de una reserva surtirá efecto en la fecha fijada por su autor cuando:

- a) esa fecha sea posterior a la fecha en que los demás Estados contratantes u organizaciones contratantes hayan recibido la correspondiente notificación; o
- b) el retiro no confiera más derechos a su autor respecto de los demás Estados contratantes u organizaciones contratantes.

#### 2.5.10 Retiro parcial de las reservas

El retiro parcial de una reserva limita los efectos jurídicos de la reserva y asegura una aplicación más completa de las disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto, en las relaciones entre el Estado o la organización internacional autor del retiro y las demás partes en el tratado.

El retiro parcial de una reserva está sujeto a las mismas reglas de forma y de procedimiento que el retiro total y surte efecto en las mismas condiciones.

#### 2.5.11 Efectos del retiro parcial de una reserva

El retiro parcial de una reserva modifica los efectos jurídicos de la reserva en la medida determinada por la nueva formulación de la reserva. Una objeción formulada a esa reserva sigue surtiendo efecto mientras su autor no la retire, en la medida en que la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada.

No se podrá formular ninguna objeción nueva a la reserva resultante del retiro parcial, a menos que ese retiro parcial tenga un efecto discriminatorio.

#### 2.5.12 Retiro de las declaraciones interpretativas

Una declaración interpretativa podrá ser retirada en cualquier momento, siguiendo el mismo procedimiento aplicable a su formulación, por las autoridades que sean consideradas representantes del Estado o de la organización internacional para este fin.

### 2.6 Formulación de objeciones

### 2.6.1 Definición de las objeciones a las reservas

Se entiende por “objeción” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que el Estado o la organización se propone impedir que la reserva produzca los efectos jurídicos deseados u oponerse de otro modo a la reserva.

### 2.6.2 Derecho a formular objeciones

Un Estado o una organización internacional podrá formular una objeción a una reserva con independencia de la validez de la reserva.

### 2.6.3 Autor de una objeción

Podrán formular una objeción a una reserva:

- i) todo Estado contratante o toda organización internacional contratante; y
- ii) todo Estado o toda organización internacional facultados para llegar a ser partes en el tratado, en cuyo caso tal declaración no surtirá ningún efecto jurídico hasta que el Estado o la organización internacional hayan manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado.

### 2.6.4 Objeciones formuladas conjuntamente

La formulación conjunta de una objeción por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa objeción.

### 2.6.5 Forma de las objeciones

Una objeción habrá de formularse por escrito.

### 2.6.6 Derecho a oponerse a la entrada en vigor del tratado con respecto al autor de la reserva

Un Estado o una organización internacional que formule una objeción a una reserva podrá oponerse a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el autor de la reserva.

### 2.6.7 Manifestación de la intención de impedir la entrada en vigor del tratado

Cuando un Estado o una organización internacional que formule una objeción a una reserva quiera impedir la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización internacional autor de la reserva, deberá manifestar inequívocamente esa intención antes que de otro modo el tratado entre en vigor entre ellos.

### 2.6.8 Procedimiento de formulación de las objeciones

Las directrices 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7 se aplican mutatis mutandis a las objeciones.

### 2.6.9 Motivación de las objeciones



En lo posible, una objeción debería indicar los motivos por los cuales se formula.

#### 2.6.10 Inexigibilidad de la confirmación de una objeción formulada antes de la confirmación formal de la reserva

Una objeción a una reserva formulada por un Estado o una organización internacional antes de la confirmación de la reserva a tenor de la directriz 2.2.1 no tendrá que ser a su vez confirmada.

#### 2.6.11 Confirmación de una objeción formulada antes de la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado

Una objeción formulada antes de la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado no tendrá que ser confirmada formalmente por el Estado o la organización internacional autor de la objeción en el momento de manifestar su consentimiento en obligarse si ese Estado o esa organización fuere signatario del tratado en el momento de formular la objeción; la objeción habrá de ser confirmada si el Estado o la organización internacional no hubiere firmado el tratado.

#### 2.6.12 Plazo de formulación de las objeciones

Salvo que el tratado disponga otra cosa, un Estado o una organización internacional podrá formular una objeción a una reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o hasta la fecha en que ese Estado o esa organización internacional haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior.

#### 2.6.13 Objeciones formuladas tardíamente

Una objeción a una reserva formulada después de la expiración del plazo establecido en la directriz 2.6.12 no producirá todos los efectos jurídicos de una objeción formulada dentro de ese plazo.

### 2.7 Retiro y modificación de las objeciones a las reservas

#### 2.7.1 Retiro de las objeciones a las reservas

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento.

#### 2.7.2 Forma del retiro de las objeciones a las reservas

El retiro de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito.

#### 2.7.3 Formulación y comunicación del retiro de las objeciones a las reservas

Las directrices 2.5.4, 2.5.5 y 2.5.6 se aplican mutatis mutandis al retiro de las objeciones a las reservas.

#### 2.7.4 Efectos del retiro de una objeción en la reserva

Se presumirá que un Estado o una organización internacional que retire una objeción formulada anteriormente contra una reserva ha aceptado esa reserva.

#### 2.7.5 Fecha en que surte efecto el retiro de una objeción

Salvo que el tratado disponga o que se acuerde otra cosa, el retiro de una objeción a una reserva solo surtirá efecto cuando el Estado o la organización internacional que hubiere formulado la reserva haya recibido notificación de ese retiro.

#### 2.7.6 Casos en que el autor de una objeción puede fijar la fecha en que surte efecto el retiro de la objeción

El retiro de una objeción a una reserva surtirá efecto en la fecha fijada por su autor cuando esa fecha sea posterior a la fecha en que el Estado o la organización internacional autor de la reserva haya recibido notificación de ese retiro.

#### 2.7.7 Retiro parcial de una objeción

Salvo que el tratado disponga otra cosa, un Estado o una organización internacional podrá retirar parcialmente una objeción a una reserva.

El retiro parcial de una objeción está sujeto a las mismas reglas de forma y de procedimiento que un retiro total y surte efecto en las mismas condiciones.

#### 2.7.8 Efectos del retiro parcial de una objeción

El retiro parcial modifica los efectos jurídicos de la objeción en las relaciones convencionales entre el autor de la objeción y el de la reserva en la medida determinada por la nueva formulación de la objeción.

#### 2.7.9 Ampliación del alcance de una objeción a una reserva

Un Estado o una organización internacional que haya formulado una objeción a una reserva podrá ampliar el alcance de esa objeción durante el plazo señalado en la directriz 2.6.12.

Tal ampliación del alcance de la objeción no afectará a la existencia de relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el autor de la objeción.

### 2.8 Formulación de aceptaciones de las reservas

#### 2.8.1 Formas de aceptación de las reservas

La aceptación de una reserva puede resultar de una declaración unilateral en ese sentido o del silencio observado por un Estado contratante o por una organización contratante en los plazos previstos en la directriz 2.6.12.

#### 2.8.2 Aceptación tácita de las reservas

Salvo que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional si estos no han formulado ninguna objeción a la reserva dentro del plazo fijado en la directriz 2.6.12.

#### 2.8.3 Aceptación expresa de las reservas

Un Estado o una organización internacional podrán en cualquier momento aceptar expresamente una reserva formulada por otro Estado u otra organización internacional.

#### 2.8.4 Forma de la aceptación expresa de las reservas

La aceptación expresa de una reserva habrá de formularse por escrito.

#### 2.8.5 Procedimiento de formulación de la aceptación expresa de las reservas

Las directrices 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7 se aplican mutatis mutandis a las aceptaciones expresas.

#### 2.8.6 Inexigibilidad de la confirmación de una aceptación formulada antes de la confirmación formal de la reserva

La aceptación expresa de una reserva por un Estado o una organización internacional antes de la confirmación de la reserva a tenor de la directriz 2.2.1 no tendrá que ser a su vez confirmada.

#### 2.8.7 Aceptación unánime de las reservas

Cuando una reserva necesite la aceptación unánime de todos los Estados u organizaciones internacionales que sean partes en el tratado o que estén facultados para llegar a serlo, o de algunos de ellos, tal aceptación, una vez obtenida, será definitiva.

#### 2.8.8 Aceptación de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional

Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

#### 2.8.9 Órgano competente para aceptar una reserva a un instrumento constitutivo

Sin perjuicio de las reglas de la organización, la competencia para aceptar una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional corresponde al órgano competente para resolver:

- a) sobre la admisión de un miembro en la organización; o
- b) sobre las enmiendas al instrumento constitutivo; o
- c) sobre la interpretación de ese instrumento.

#### 2.8.10 Modalidades de la aceptación de una reserva a un instrumento constitutivo

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Sin perjuicio de las reglas de la organización, la aceptación del órgano competente de la organización no podrá ser tácita. No obstante, la admisión del Estado o de la organización internacional autor de la reserva constituirá la aceptación de esta.

A los efectos de la aceptación de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional, no se exigirá la aceptación individual de la reserva por los Estados o las organizaciones internacionales miembros de la organización.

2.8.11 Aceptación de una reserva a un instrumento constitutivo que aún no ha entrado en vigor

En los casos a que se refiere la directriz 2.8.8 y cuando el instrumento constitutivo aún no haya entrado en vigor, se considerará que una reserva ha sido aceptada si ninguno de los Estados u organizaciones internacionales signatarios ha formulado una objeción a esta reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva. Tal aceptación unánime, una vez obtenida, será definitiva.

2.8.12 Reacción de un miembro de una organización internacional a una reserva al instrumento constitutivo

La directriz 2.8.10 no excluye que los Estados o las organizaciones internacionales miembros de una organización internacional tomen posición sobre la validez o la oportunidad de una reserva al instrumento constitutivo de la organización. Tal posicionamiento carece en sí mismo de efectos jurídicos.

2.8.13 Carácter definitivo de la aceptación de una reserva

La aceptación de una reserva no podrá ser retirada ni modificada.

2.9 Formulación de reacciones a las declaraciones interpretativas

2.9.1 Aprobación de una declaración interpretativa

Se entiende por “aprobación” de una declaración interpretativa una declaración unilateral, hecha por un Estado o una organización internacional como reacción a una declaración interpretativa relativa a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que su autor manifiesta su acuerdo con la interpretación formulada en esa declaración.

2.9.2 Oposición a una declaración interpretativa

Se entiende por “oposición” a una declaración interpretativa una declaración unilateral, hecha por un Estado o una organización internacional como reacción a una declaración interpretativa relativa a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que su autor manifiesta su desacuerdo con la interpretación formulada en la declaración interpretativa, incluso formulando una interpretación alternativa.

2.9.3 Recalificación de una declaración interpretativa

Se entiende por “recalificación” de una declaración interpretativa una declaración unilateral, hecha por un Estado o una organización internacional como reacción a una declaración

interpretativa relativa a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que su autor se propone tratar esta última declaración como una reserva.

Un Estado o una organización internacional que tenga el propósito de tratar una declaración interpretativa como una reserva debería tener en cuenta las directrices 1.3 a 1.3.3.

#### 2.9.4 Derecho a formular una aprobación, una oposición o una recalificación

La aprobación y la recalificación de una declaración interpretativa, o la oposición a ella, podrán ser formuladas en cualquier momento por todo Estado contratante y toda organización contratante, así como por todo Estado y toda organización internacional facultados para llegar a ser parte en el tratado.

#### 2.9.5 Forma de la aprobación, la oposición y la recalificación

La aprobación y la recalificación de una declaración interpretativa, o la oposición a ella, deberían formularse preferiblemente por escrito.

#### 2.9.6 Motivación de la aprobación, la oposición y la recalificación

En lo posible, la aprobación y la recalificación de una declaración interpretativa, o la oposición a ella, deberían ser motivadas.

#### 2.9.7 Formulación y comunicación de la aprobación, la oposición y la recalificación

Las directrices 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7 se aplican mutatis mutandis a la aprobación y la recalificación de una declaración interpretativa, y a la oposición a ella.

#### 2.9.8 Falta de presunción de aprobación o de oposición

La aprobación de una declaración interpretativa o la oposición a ella no se presumen.

No obstante lo dispuesto en las directrices 2.9.1 y 2.9.2, la aprobación de una declaración interpretativa o la oposición a ella podrán inferirse, en casos excepcionales, del comportamiento de los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

#### 2.9.9 El silencio respecto de una declaración interpretativa

La aprobación de una declaración interpretativa no podrá inferirse del mero silencio de un Estado o una organización internacional.

### 3. Validez sustantiva de las reservas y declaraciones interpretativas

#### 3.1 Validez sustantiva de una reserva

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

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

### 3.1.1 Reservas prohibidas por el tratado

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

- a) prohíbe cualquier reserva;
- b) prohíbe las reservas a determinadas disposiciones a las que se refiere la reserva en cuestión; o
- c) prohíbe ciertas categorías de reservas entre las que figura la reserva en cuestión.

### 3.1.2 Definición de determinadas reservas

A los efectos de la directriz 3.1, se entiende por “determinadas reservas” las reservas expresamente previstas en el tratado a ciertas disposiciones del tratado o al tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos.

### 3.1.3 Validez sustantiva de las reservas no prohibidas por el tratado

Cuando el tratado prohíba la formulación de ciertas reservas una reserva que no esté prohibida por el tratado podrá ser formulada por un Estado o una organización internacional únicamente si no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

### 3.1.4 Validez sustantiva de determinadas reservas

Cuando el tratado prevea la formulación de determinadas reservas sin especificar su contenido, una reserva podrá ser formulada por un Estado o una organización internacional únicamente si no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

### 3.1.5 Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado

Una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si afecta a un elemento esencial del tratado, necesario para su estructura general, de tal manera que comprometa la razón de ser del tratado.

#### 3.1.5.1 Determinación del objeto y el fin del tratado

El objeto y el fin del tratado deben determinarse de buena fe, teniendo en cuenta los términos del tratado en el contexto de estos, en particular el título y el preámbulo del tratado. También se podrá recurrir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, así como, cuando proceda, a la práctica ulterior de las partes.

#### 3.1.5.2 Reservas vagas o generales

Una reserva habrá de redactarse en términos que permitan percibir su sentido, a fin de determinar, en particular, su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

#### 3.1.5.3 Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria

El hecho de que una disposición convencional refleje una norma de derecho internacional consuetudinario no impide por sí mismo la formulación de una reserva a esa disposición.

#### 3.1.5.4 Reservas a disposiciones relativas a derechos que no puedan derogarse en ninguna circunstancia

Un Estado o una organización internacional no podrá formular una reserva a una disposición convencional relativa a derechos que no puedan derogarse en ninguna circunstancia, a menos que esa reserva sea compatible con los derechos y obligaciones esenciales que dimanen del tratado. En la apreciación de esa compatibilidad, habrá que tener en cuenta la importancia que las partes hayan atribuido a los derechos en cuestión al conferirles un carácter inderogable.

#### 3.1.5.5 Reservas relativas al derecho interno

Una reserva por la que un Estado o una organización internacional se proponga excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado o del tratado en su conjunto para preservar la integridad de determinadas normas del derecho interno de ese Estado o de determinadas reglas de esa organización que estén en vigor en el momento de la formulación de la reserva podrá formularse únicamente en la medida en que no afecte a un elemento esencial del tratado ni a su estructura general.

#### 3.1.5.6 Reservas a los tratados que contienen numerosos derechos y obligaciones interdependientes.

Para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado que contiene numerosos derechos y obligaciones interdependientes, habrá que tener en cuenta esta interdependencia, así como la importancia que tiene la disposición objeto de la reserva en la estructura general del tratado y el grado de menoscabo que le causa la reserva.

#### 3.1.5.7 Reservas a las cláusulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado

Una reserva a una disposición convencional relativa a la solución de controversias o a la vigilancia de la aplicación del tratado no es, en sí misma, incompatible con el objeto y el fin del tratado, a menos que:

- i) la reserva tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de una disposición del tratado que sea esencial para la razón de ser de este; o
- ii) la reserva tenga como efecto excluir a su autor de un mecanismo de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado con respecto a una disposición convencional que haya aceptado anteriormente, si el objeto mismo del tratado es la aplicación de tal mecanismo.

## 3.2 Evaluación de la validez sustantiva de las reservas

Podrán evaluar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional, dentro de sus respectivas competencias:

- a) los Estados contratantes o las organizaciones contratantes;
- b) los órganos de solución de controversias, y
- c) los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado.

### 3.2.1 Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez sustantiva de una reserva

Un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, podrá evaluar la validez sustantiva de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.

La evaluación hecha por tal órgano en el ejercicio de esta competencia no tendrá más efectos jurídicos que los del acto que la contiene.

### 3.2.2 Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez sustantiva de las reservas

Los Estados o las organizaciones internacionales, cuando confieran a unos órganos la competencia para vigilar la aplicación de un tratado, deberían especificar, cuando proceda, la naturaleza y los límites de las competencias de esos órganos en materia de evaluación de la validez sustantiva de las reservas.

### 3.2.3 Toma en consideración de la evaluación de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados.

Los Estados y las organizaciones internacionales que hayan formulado reservas a un tratado por el que se establezca un órgano de vigilancia de su aplicación deberán tener en cuenta la evaluación que este haga de la validez sustantiva de las reservas.

### 3.2.4 Organismos competentes para evaluar la validez sustantiva de las reservas en caso de creación de un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado.

Cuando un tratado cree un órgano de vigilancia de su aplicación, la competencia de ese órgano se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes para evaluar la validez sustantiva de reservas a un tratado, y de la de los órganos de solución de controversias competentes para interpretar o aplicar el tratado.

### 3.2.5 Competencia de los órganos de solución de controversias para evaluar la validez sustantiva de las reservas

Cuando un órgano de solución de controversias sea competente para adoptar decisiones que obliguen a las partes en una controversia, y la evaluación de la validez sustantiva de una reserva sea necesaria para que pueda ejercer esa competencia, esta evaluación será jurídicamente vinculante para las partes como elemento de la decisión.



### 3.3 Consecuencias de la falta de validez sustantiva de una reserva

#### 3.3.1 Irrelevancia de la distinción entre las causas de invalidez

Una reserva formulada a pesar de una prohibición resultante de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, sin que proceda hacer una distinción entre las consecuencias de esas causas de invalidez.

#### 3.3.2 Invalidez sustantiva de las reservas y responsabilidad internacional

La formulación de una reserva sustantivamente inválida produce sus consecuencias a tenor del derecho de los tratados y no genera la responsabilidad internacional del Estado o de la organización internacional que la ha formulado.

#### 3.3.3 Falta de efecto de la aceptación individual de una reserva en la validez sustantiva de la reserva

La aceptación de una reserva sustantivamente inválida por un Estado contratante o por una organización contratante no tendrá por efecto subsanar la invalidez de la reserva.

### 3.4 Validez sustantiva de las reacciones a las reservas

#### 3.4.1 Validez sustantiva de la aceptación de una reserva

La aceptación de una reserva no está sujeta a ninguna condición de validez sustantiva.

#### 3.4.2 Validez sustantiva de una objeción a una reserva

Una objeción a una reserva por la que un Estado o una organización internacional se proponga excluir en sus relaciones con el autor de la reserva la aplicación de disposiciones del tratado a las que no se refiera la reserva solo será válida si:

- 1) las disposiciones así excluidas tienen un vínculo suficiente con las disposiciones a las que se refiera la reserva; y
- 2) la objeción no frustra el objeto y el fin del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el autor de la objeción.

### 3.5 Validez sustantiva de una declaración interpretativa

Un Estado o una organización internacional podrá formular una declaración interpretativa a menos que la declaración interpretativa esté prohibida por el tratado.

#### 3.5.1 Validez sustantiva de una declaración interpretativa que es en realidad una reserva

Si una declaración unilateral parece ser una declaración interpretativa pero es en realidad una reserva, su validez sustantiva deberá evaluarse de conformidad con las disposiciones de las directrices 3.1 a 3.1.5.7.

### 3.6 Validez sustantiva de las reacciones a una declaración interpretativa

La aprobación o la recalificación de una declaración interpretativa, o la oposición a ella, no están sujetas a ninguna condición de validez sustantiva.

#### 4. Efectos jurídicos de las reservas y las declaraciones interpretativas

##### 4.1 Establecimiento<sup>207</sup> de una reserva con respecto a otro Estado u otra organización internacional

Una reserva formulada por un Estado o una organización internacional quedará establecida con respecto a un Estado contratante o una organización contratante si es sustantivamente válida, si se ha formulado respetando la forma y el procedimiento previstos a tal efecto y si ese Estado contratante o esa organización contratante la ha aceptado.

###### 4.1.1 Establecimiento de una reserva expresamente autorizada por un tratado

Una reserva expresamente autorizada por un tratado no exigirá la aceptación ulterior de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.

Una reserva expresamente autorizada por un tratado quedará establecida con respecto a los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes si se ha formulado respetando la forma y el procedimiento previstos a tal efecto.

###### 4.1.2 Establecimiento de una reserva a un tratado que tiene que ser aplicado en su integridad

Cuando del número reducido de Estados negociadores y organizaciones negociadoras y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva a ese tratado quedará establecida con respecto a los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes si es sustantivamente válida, si se ha formulado respetando la forma y el procedimiento previstos a tal efecto y si todos los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes la han aceptado.

---

<sup>207</sup> En las versiones oficiales del artículo 21, párrafo 1, de las Convenciones de Viena se utilizan los siguientes términos:

“1. *A reservation established with regard to another party in accordance with articles 19, 20 and 23*” (versión inglesa);

“1. *Un réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23*” (versión francesa); y

“1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23” (versión española).

En la presente Guía de la Práctica se ha optado por utilizar en la versión española los términos “reserva establecida” y “establecimiento de una reserva” a fin de homogeneizar los términos empleados en las versiones española, francesa e inglesa. No obstante, el empleo de estos términos se realiza en el entendimiento de que los mismos equivalen a la expresión “una reserva que sea efectiva” en el sentido y con el significado que a dicha expresión le corresponde en virtud de las Convenciones de Viena.

#### 4.1.3 Establecimiento de una reserva a un instrumento constitutivo de una organización internacional

Cuando el tratado sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, una reserva a ese tratado quedará establecida con respecto a los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes si es sustantivamente válida, si se ha formulado respetando la forma y el procedimiento previstos a tal efecto y si ha sido aceptada de conformidad con las directrices 2.8.8 a 2.8.11.

#### 4.2 Efectos de una reserva establecida

##### 4.2.1 Condición del autor de una reserva establecida

En cuanto una reserva quede establecida de conformidad con las directrices 4.1 a 4.1.3, su autor llegará a ser Estado contratante u organización contratante en el tratado.

##### 4.2.2 Efectos del establecimiento de la reserva en la entrada en vigor del tratado

Cuando el tratado no haya entrado aún en vigor, el autor de la reserva será incluido en el número de Estados contratantes y organizaciones contratantes necesario para la entrada en vigor del tratado en cuanto la reserva quede establecida.

No obstante, el autor de la reserva podrá ser incluido, en una fecha anterior al establecimiento de la reserva, en el número de Estados contratantes y organizaciones contratantes necesario para la entrada en vigor del tratado, si ningún Estado contratante o ninguna organización contratante se opone a ello.

##### 4.2.3 Efectos del establecimiento de una reserva en la condición de su autor como parte en el tratado

El establecimiento de una reserva constituirá a su autor en parte en el tratado en relación con los Estados contratantes y las organizaciones contratantes con respecto a los cuales quede establecida la reserva, si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor.

##### 4.2.4 Efectos de una reserva establecida en las relaciones convencionales

Una reserva que quede establecida con respecto a otra parte excluirá o modificará en lo que respecta al Estado o la organización internacional autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte los efectos jurídicos de las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en la medida determinada por la reserva.

En la medida en que una reserva establecida excluya los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, el autor de la reserva no tendrá derechos ni obligaciones en virtud de esas disposiciones en sus relaciones con las demás partes con respecto a las cuales quede establecida la reserva. Del mismo modo, esas otras partes no tendrán derechos ni obligaciones en virtud de esas disposiciones en sus relaciones con el autor de la reserva.

En la medida en que una reserva establecida modifique los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, el autor de la reserva tendrá los derechos y las obligaciones

previstos en esas disposiciones, tal como hayan sido modificadas por la reserva, en sus relaciones con las demás partes con respecto a las cuales quede establecida la reserva.

Esas otras partes tendrán los derechos y las obligaciones previstos en esas disposiciones, tal como hayan sido modificadas por la reserva, en sus relaciones con el autor de la reserva.

#### 4.2.5 Aplicación no recíproca de las obligaciones a que se refiere la reserva

En la medida en que las obligaciones previstas en las disposiciones a que se refiera la reserva no sean de aplicación recíproca en razón de la naturaleza de la obligación o del objeto y del fin del tratado, el contenido de las obligaciones de las partes en el tratado que no sean el autor de la reserva no se verá afectado. Del mismo modo, el contenido de las obligaciones de esas partes no se verá afectado cuando la aplicación recíproca no sea posible en razón del contenido de la reserva.

#### 4.2.6 Interpretación de las reservas

Una reserva deberá interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta la intención de su autor según se infiera primordialmente del texto de la reserva y del objeto y del fin del tratado y las circunstancias en que la reserva se haya formulado.

#### 4.3 Efectos de una objeción a una reserva válida

A menos que la reserva haya quedado establecida con respecto al Estado o la organización autor de la objeción, la formulación de una objeción a una reserva válida impedirá que la reserva surta los efectos previstos con relación a ese Estado o esa organización.

##### 4.3.1 Efectos de una objeción en la entrada en vigor del tratado entre su autor y el autor de la reserva

La objeción hecha por un Estado contratante o por una organización contratante a una reserva válida no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado o la organización internacional que haya formulado la objeción y el Estado o la organización autor de la reserva, salvo en el supuesto previsto en la directriz 4.3.5.

##### 4.3.2 Efectos de una objeción a una reserva formulada tardíamente

Si un Estado contratante o una organización contratante en un tratado se oponen a una reserva cuya formulación tardía ha sido aceptada por unanimidad de conformidad con la directriz 2.3.1, el tratado entrará o permanecerá en vigor respecto del Estado o de la organización internacional que haya formulado la reserva sin que la reserva quede establecida.

##### 4.3.3 Entrada en vigor del tratado entre el autor de una reserva y el autor de una objeción

El tratado entrará en vigor entre el autor de una reserva válida y el Estado contratante o la organización contratante que ha formulado una objeción en cuanto el autor de la reserva válida haya llegado a ser Estado contratante u organización contratante de conformidad con la directriz 4.2.1 y el tratado haya entrado en vigor.

#### 4.3.4 No entrada en vigor del tratado con relación al autor de una reserva cuando la aceptación unánime es necesaria

Si el establecimiento de una reserva requiere la aceptación de la reserva por todos los Estados contratantes y todas las organizaciones contratantes, la objeción hecha a una reserva válida por un Estado contratante o por una organización contratante impedirá la entrada en vigor del tratado con relación al Estado o la organización internacional autor de la reserva.

#### 4.3.5 No entrada en vigor del tratado entre el autor de una reserva y el autor de una objeción de efecto máximo

La objeción hecha por un Estado contratante o por una organización contratante a una reserva válida impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado o la organización que haya formulado la objeción y el Estado o la organización autor de la reserva, si el Estado o la organización que haya formulado la objeción manifiesta inequívocamente esa intención de conformidad con la directriz 2.6.7.

#### 4.3.6 Efectos de una objeción en las relaciones convencionales

Cuando un Estado o una organización internacional que haya formulado una objeción a una reserva válida no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera la reserva no se aplicarán entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que haya formulado la objeción, en la medida determinada por la reserva.

En la medida en que una reserva válida tenga por objeto excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, cuando un Estado contratante o una organización contratante que haya hecho una objeción a la reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el autor de la reserva, el Estado o la organización que haya formulado la objeción y el autor de la reserva no estarán obligados, en sus relaciones convencionales, por las disposiciones a que se refiera la reserva.

En la medida en que una reserva válida tenga por objeto modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, cuando un Estado contratante o una organización contratante que haya hecho una objeción a la reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el autor de la reserva, el Estado o la organización que haya formulado la objeción y el autor de la reserva no estarán obligados, en sus relaciones convencionales, por las disposiciones del tratado en la forma en que se pretendía modificarlas por medio de la reserva.

Todas las disposiciones del tratado, excepto aquellas a que se refiera la reserva, seguirán siendo aplicables entre el Estado o la organización autor de la reserva y el Estado o la organización que haya formulado la objeción.

#### 4.3.7 Efectos de una objeción en las disposiciones del tratado distintas de aquellas a que se refiere la reserva

Una disposición del tratado a la que no se refiera la reserva, pero que tenga un vínculo suficiente con las disposiciones sobre las que verse esta, no será aplicable en las relaciones

convencionales entre el autor de la reserva y el autor de una objeción formulada de conformidad con la directriz 3.4.2.

El Estado o la organización internacional autor de la reserva, dentro de los doce meses siguientes a la notificación de una objeción que tenga los efectos mencionados en el párrafo 1, podrá oponerse a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización que haya formulado la objeción. En defecto de tal oposición, el tratado se aplicará entre el autor de la reserva y el autor de la objeción en la medida determinada por la reserva y la objeción.

#### 4.3.8 Derecho del autor de una reserva válida a no cumplir el tratado sin el beneficio de su reserva

El autor de una reserva válida no estará obligado a cumplir las disposiciones del tratado sin el beneficio de su reserva.

#### 4.4 Efectos de una reserva en los derechos y obligaciones independientes del tratado

##### 4.4.1 Falta de efecto en los derechos y obligaciones dimanantes de otros tratados

Una reserva, la aceptación de una reserva o una objeción a una reserva no modificarán ni excluirán los derechos y obligaciones de sus autores dimanantes de otros tratados en que sean partes.

##### 4.4.2 Falta de efecto en los derechos y obligaciones dimanantes de una norma de derecho internacional consuetudinario

Una reserva a una disposición convencional que refleje una norma de derecho internacional consuetudinario no afectará de por sí a los derechos y obligaciones dimanantes de esa norma, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales obligados por esa norma.

##### 4.4.3 Falta de efecto en una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)

Una reserva a una disposición convencional que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*) no afectará al carácter obligatorio de esa norma, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales.

Una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general.

#### 4.5 Consecuencias de una reserva inválida

##### 4.5.1 Nulidad de una reserva inválida

Una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y sustantiva enunciadas en las partes 2 y 3 de la Guía de la Práctica es nula de pleno derecho y, por lo tanto, carece de todo efecto jurídico.

##### 4.5.2 Reacciones a una reserva considerada inválida

La nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o la aceptación por un Estado contratante o una organización contratante.

No obstante, un Estado o una organización internacional que considere que la reserva es inválida debería formular lo antes posible una objeción motivada al respecto.

#### 4.5.3 Condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado

La condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado depende de la intención manifestada por el Estado o la organización internacional que ha formulado la reserva sobre si se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva o si considera que no queda obligado por el tratado.

A menos que el autor de la reserva inválida haya manifestado la intención contraria o que tal intención se determine de otra forma, será considerado como Estado contratante u organización contratante sin el beneficio de la reserva.

No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, el autor de una reserva inválida podrá manifestar en todo momento su intención de no obligarse por el tratado sin el beneficio de la reserva.

Si un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado expresa la opinión de que una reserva no es válida, y si el Estado o la organización internacional autor de la reserva no se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva, ese Estado o esa organización debería manifestar tal intención dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que el órgano de vigilancia se haya pronunciado.

#### 4.6 Falta de efecto de una reserva en las relaciones entre las demás partes en el tratado

Una reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones inter se.

#### 4.7 Efectos de las declaraciones interpretativas

##### 4.7.1 Aclaración de los términos del tratado por una declaración interpretativa

Una declaración interpretativa no modifica las obligaciones resultantes del tratado. Solo puede precisar o aclarar el sentido o el alcance que su autor atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones y constituir, cuando proceda, un elemento que se ha de tener en cuenta en la interpretación del tratado de conformidad con la regla general de interpretación de los tratados.

En la interpretación del tratado también se tendrán en cuenta, cuando proceda, las reacciones de aprobación u oposición a la declaración interpretativa de otros Estados contratantes y organizaciones contratantes.

##### 4.7.2 Efectos de la modificación o el retiro de una declaración interpretativa

La modificación de una declaración interpretativa o su retiro no podrán producir los efectos previstos en la directriz 4.7.1 en la medida en que otros Estados contratantes u organizaciones contratantes se hayan basado en la declaración inicial.

#### 4.7.3 Efectos de una declaración interpretativa aprobada por todos los Estados contratantes y organizaciones contratantes

Una declaración interpretativa que haya sido aprobada por todos los Estados contratantes y organizaciones contratantes podrá constituir un acuerdo acerca de la interpretación del tratado.

### 5. Reservas, aceptaciones de las reservas, objeciones a las reservas y declaraciones interpretativas en caso de sucesión de Estados

#### 5.1 Reservas en caso de sucesión de Estados

##### 5.1.1 Caso de un Estado de reciente independencia

1. Cuando un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral, se entenderá que mantiene toda reserva a ese tratado que, en la fecha de sucesión de Estados, era aplicable al territorio a que se refiera la sucesión de Estados, a menos que, al hacer la notificación de sucesión, manifieste la intención contraria o formule una reserva concerniente a la misma materia que aquella reserva.

Al hacer una notificación de sucesión por la que haga constar su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral, un Estado de reciente independencia podrá formular una reserva, a menos que esta sea una de aquellas cuya formulación quedaría excluida en virtud de lo dispuesto en los apartados a), b) o c) de la directriz 3.1.

Cuando un Estado de reciente independencia formule una reserva de conformidad con el párrafo 2, se aplicarán respecto de esa reserva las reglas pertinentes enunciadas en la parte 2 de la Guía de la Práctica (Procedimiento).

A los efectos de la presente parte de la Guía de la Práctica, se entiende por “Estado de reciente independencia” un Estado sucesor cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor.

##### 5.1.2 Caso de unificación o de separación de Estados

Sin perjuicio de lo dispuesto en la directriz 5.1.3, se entenderá que un Estado sucesor parte en un tratado en virtud de una unificación o una separación de Estados mantiene cualquier reserva relativa a ese tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, era aplicable respecto del territorio a que se refiera la sucesión de Estados, a menos que notifique su intención de no mantener una o varias reservas del Estado predecesor en el momento de la sucesión.

Un Estado sucesor parte en un tratado en virtud de una unificación o una separación de Estados no podrá formular una nueva reserva ni ampliar el alcance de una reserva que haya sido mantenida.



TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Cuando un Estado sucesor surgido de una unificación o una separación de Estados haga una notificación por la que haga constar su calidad de Estado contratante en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor para el Estado predecesor pero respecto del cual el Estado predecesor era Estado contratante, se entenderá que ese Estado mantiene cualquier reserva relativa a ese tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, era aplicable respecto del territorio a que se refiera la sucesión de Estados, a menos que, al hacer la notificación de sucesión, manifieste la intención contraria o formule una reserva concerniente a la misma materia que aquella reserva. Ese Estado sucesor podrá formular una nueva reserva al tratado.

Un Estado sucesor podrá formular una reserva de conformidad con el párrafo 3 únicamente si esta reserva no es una de aquellas cuya formulación quedaría excluida en virtud de lo dispuesto en los apartados a), b) o c) de la directriz 3.1. Se aplicarán respecto de esa reserva las reglas pertinentes enunciadas en la parte 2 de la Guía de la Práctica (Procedimiento).

#### 5.1.3 No pertinencia de determinadas reservas en caso de unificación de Estados

Cuando, a raíz de una unificación de dos o más Estados, un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estaba en vigor respecto de cualquiera de esos Estados continúe en vigor respecto del Estado sucesor, no se mantendrán las reservas formuladas por uno de esos Estados que, en la fecha de la sucesión de Estados, era un Estado contratante respecto del cual el tratado no estaba en vigor.

#### 5.1.4 Principio de mantenimiento del alcance territorial de las reservas del Estado predecesor

Sin perjuicio de lo dispuesto en la directriz 5.1.5, una reserva que se entienda que ha sido mantenida en virtud de la directriz 5.1.1, párrafo 1, o de la directriz 5.1.2, párrafos 1 o 3, conservará el alcance territorial que tenía en la fecha de la sucesión de Estados, a menos que el Estado sucesor manifieste la intención contraria.

#### 5.1.5 Aplicación territorial de las reservas en caso de unificación de Estados

Cuando, a raíz de una unificación de dos o más Estados, un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estaba en vigor respecto de uno solo de los Estados que formen el Estado sucesor pase a ser aplicable respecto de una parte del territorio de ese Estado a la que antes no era aplicable, cualquier reserva que se entienda que ha sido mantenida por el Estado sucesor se aplicará respecto de ese territorio, a menos que:

- a) el Estado sucesor manifieste la intención contraria al notificar la ampliación de la aplicación territorial del tratado; o
- b) de la naturaleza o el objeto de la reserva se desprenda que esta no puede hacerse extensiva más allá del territorio respecto del cual era aplicable en la fecha de la sucesión de Estados.

Cuando, a raíz de una unificación de dos o más Estados, un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estaba en vigor respecto de dos o más de los Estados que hayan dado lugar a la unificación pase a ser aplicable respecto de una parte del territorio del

Estado sucesor a la que no era aplicable en la fecha de la sucesión de Estados, ninguna reserva se hará extensiva a ese territorio, a menos que:

- a) una reserva idéntica haya sido formulada por cada uno de esos Estados respecto de los cuales el tratado estaba en vigor en la fecha de la sucesión de Estados;
- b) el Estado sucesor manifieste una intención diferente al notificar la ampliación de la aplicación territorial del tratado; o
- c) de las circunstancias que rodean la sucesión de ese Estado en el tratado se desprenda de otro modo la intención contraria.

Una notificación que tenga por objeto ampliar el alcance territorial de las reservas, de conformidad con el apartado b) del párrafo 2, quedará sin efecto en la medida en que tal ampliación diera lugar a la aplicación de reservas contradictorias al mismo territorio.

Las disposiciones de los párrafos 1 a 3 se aplicarán mutatis mutandis a las reservas que se entienda que han sido mantenidas por un Estado sucesor que, a raíz de una unificación de Estados, sea Estado contratante en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor con relación a ninguno de los Estados que hayan dado lugar a la unificación, pero en el que uno o, cuando proceda, varios de esos Estados eran en esa fecha Estados contratantes, cuando ese tratado pase a ser aplicable respecto de una parte del territorio del Estado sucesor en la que no era aplicable en la fecha de la sucesión de Estados.

#### 5.1.6 Aplicación territorial de las reservas del Estado sucesor en caso de sucesión respecto de una parte de territorio

Cuando, a raíz de una sucesión de Estados respecto de una parte del territorio de un Estado, un tratado en el que el Estado sucesor sea Estado contratante se aplique a ese territorio, cualquier reserva a dicho tratado formulada con anterioridad por ese Estado se aplicará también a ese territorio a partir de la fecha de la sucesión de Estados, a menos que:

- a) el Estado sucesor manifieste la intención contraria; o
- b) de la reserva se desprenda que su aplicación está limitada al territorio del Estado sucesor dentro de sus fronteras anteriores a la fecha de la sucesión de Estados o a una parte de ese territorio.

#### 5.1.7 Efectos en el tiempo del no mantenimiento por un Estado sucesor de una reserva formulada por el Estado predecesor

El no mantenimiento, de conformidad con las directrices 5.1.1 o 5.1.2, por el Estado sucesor de una reserva formulada por el Estado predecesor solo surtirá efecto, respecto de otro Estado contratante o de una organización contratante, cuando ese Estado o esa organización haya recibido la correspondiente notificación.

#### 5.1.8 Formulación tardía de una reserva por un Estado sucesor

Se considerará tardía toda reserva formulada:

- a) por un Estado de reciente independencia después de su notificación de sucesión en el tratado;

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- b) por un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia después de la notificación por la que haga constar su calidad de Estado contratante en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor para el Estado predecesor pero respecto del cual el Estado predecesor era Estado contratante; o
  - c) por un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia respecto de un tratado que, a raíz de la sucesión de Estados, continúe en vigor para ese Estado.

## 5.2 Objeciones a las reservas en caso de sucesión de Estados

### 5.2.1 Mantenimiento por el Estado sucesor de objeciones formuladas por el Estado predecesor

Sin perjuicio de lo dispuesto en la directriz 5.2.2, se entenderá que un Estado sucesor mantiene cualquier objeción formulada por el Estado predecesor en relación con una reserva formulada por un Estado contratante o una organización contratante, a menos que notifique la intención contraria en el momento de la sucesión.

### 5.2.2 No pertinencia de determinadas objeciones en caso de unificación de Estados

Cuando, a raíz de una unificación de dos o más Estados, un tratado que, en la fecha de sucesión de Estados, estaba en vigor respecto de cualquiera de estos Estados continúe en vigor respecto del Estado surgido de la unificación, no se mantendrán las objeciones a una reserva formuladas por uno de esos Estados respecto del cual el tratado no estaba en vigor en la fecha de la sucesión de Estados.

Cuando, a raíz de una unificación de dos o más Estados, el Estado sucesor sea Estado contratante en un tratado respecto del cual haya mantenido reservas de conformidad con las directrices 5.1.1 o 5.1.2, no se mantendrán las objeciones a una reserva de otro Estado contratante o de una organización contratante en ese tratado que sea idéntica o equivalente a una reserva que el propio Estado sucesor haya mantenido.

### 5.2.3 Mantenimiento de objeciones hechas a reservas del Estado predecesor

Cuando una reserva formulada por el Estado predecesor se entienda que ha sido mantenida por el Estado sucesor de conformidad con las directrices 5.1.1 o 5.1.2, cualquier objeción a esa reserva formulada por otro Estado contratante o por una organización contratante se entenderá que ha sido mantenida respecto del Estado sucesor.

### 5.2.4 Reservas del Estado predecesor que no han suscitado objeción

Cuando una reserva formulada por el Estado predecesor se entienda que ha sido mantenida por el Estado sucesor de conformidad con las directrices 5.1.1 o 5.1.2, un Estado o una organización internacional que no haya formulado ninguna objeción a la reserva respecto del Estado predecesor no podrá formularla respecto del Estado sucesor, a menos que:

- a) el plazo de formulación de la objeción no haya expirado todavía en la fecha de la sucesión de Estados y la objeción se formule dentro de ese plazo; o

- b) la extensión territorial de la reserva cambie radicalmente las condiciones de aplicación de la reserva.

#### 5.2.5 Derecho de un Estado sucesor de formular objeciones a reservas

Al hacer una notificación de sucesión por la que haga constar su calidad de Estado contratante, un Estado de reciente independencia, de conformidad con las directrices pertinentes, podrá formular una objeción a reservas formuladas por un Estado contratante o una organización contratante, aun cuando el Estado predecesor no hubiere formulado objeciones.

El derecho a que se refiere en el párrafo 1 se reconocerá asimismo a un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia al hacer una notificación por la que haga constar su calidad de Estado contratante en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor para el Estado predecesor pero respecto del cual el Estado predecesor era Estado contratante.

No obstante, el derecho reconocido en los párrafos 1 y 2 quedará excluido en el caso de tratados a los que se apliquen las directrices 2.8.7 y 4.1.2.

#### 5.2.6 Objeciones de un Estado sucesor que no es un Estado de reciente independencia respecto del cual un tratado continúa en vigor

Un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia respecto del cual un tratado continúe en vigor a raíz de una sucesión de Estados no podrá formular una objeción a una reserva a la que el Estado predecesor no se hubiere opuesto, a menos que el plazo para la formulación de una objeción no haya expirado todavía en la fecha de sucesión de Estados y la objeción se formule dentro de ese plazo.

#### 5.3 Aceptación de las reservas en caso de sucesión de Estados

##### 5.3.1 Mantenimiento por un Estado de reciente independencia de las aceptaciones expresas formuladas por el Estado predecesor

Cuando un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de Estado contratante en un tratado, se entenderá que mantiene toda aceptación expresa por el Estado predecesor de una reserva formulada por un Estado contratante o una organización contratante, a menos que manifieste la intención contraria dentro de los doce meses siguientes a la fecha de la notificación de sucesión.

##### 5.3.2 Mantenimiento por un Estado sucesor que no es un Estado de reciente independencia de las aceptaciones expresas formuladas por el Estado predecesor

1. Se entenderá que un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia, respecto del cual un tratado continúe en vigor a raíz de una sucesión de Estados, mantiene toda aceptación expresa por el Estado predecesor de una reserva formulada por un Estado contratante o una organización contratante.

2. Cuando un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de Estado contratante en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor para el Estado

predecesor pero respecto del cual el Estado predecesor era Estado contratante, se entenderá que mantiene toda aceptación expresa por el Estado predecesor de una reserva formulada por un Estado contratante o una organización contratante, a menos que manifieste la intención contraria dentro de los doce meses siguientes a la fecha de la notificación de sucesión.

#### 5.3.3 Efectos en el tiempo del no mantenimiento por un Estado sucesor de una aceptación expresa formulada por el Estado predecesor

El no mantenimiento, de conformidad con la directriz 5.3.1 o la directriz 5.3.2, párrafo 2, por el Estado sucesor de una aceptación expresa por el Estado predecesor de una reserva formulada por un Estado contratante o una organización contratante solo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la correspondiente notificación.

#### 5.4 Efectos jurídicos de las reservas, aceptaciones y objeciones en caso de sucesión de Estados

Las reservas, aceptaciones y objeciones que se entienda que han sido mantenidas en aplicación de las directrices de la presente parte de la Guía de la Práctica continuarán produciendo efectos jurídicos de conformidad con las disposiciones de la parte 4 de la Guía.

La parte 4 de la Guía de la Práctica será igualmente aplicable, mutatis mutandis, a las nuevas reservas, aceptaciones y objeciones que formule un Estado sucesor de conformidad con las disposiciones de la presente parte de la Guía.

#### 5.5 Declaraciones interpretativas en caso de sucesión de Estados

Un Estado sucesor debería aclarar su posición respecto de las declaraciones interpretativas formuladas por el Estado predecesor. A falta de tal aclaración, se entenderá que un Estado sucesor mantiene las declaraciones interpretativas del Estado predecesor.

El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de los casos en que el Estado sucesor haya manifestado, por su comportamiento, su intención de mantener o rechazar una declaración interpretativa formulada por el Estado predecesor.

**ANEXO B: Pronunciamientos de los órganos de vigilancia en relación con la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.**

<b>Comité de Derechos Humanos.</b>	Comentario General número 24	<p>En este Comentario, el Comité afirma que el PIDCP y su Primer Protocolo Facultativo se rigen por el derecho internacional, siendo el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados orientativo al respecto.</p> <p>Identifica aquellas reservas que considera contrarias al objeto y fin del pacto y expresa particular preocupación acerca de las reservas formuladas en términos generales, que privarían de efecto a todos los derechos reconocidos en el PIDCP.</p>
	Rawles Kennedy v. Trinidad y Tobago (caso 845/1999)	<p>Ejemplo de la aplicación de esta doctrina por parte del CCPR, cuando tuvo que evaluar la validez de una reserva que el Estado había formulado para impedir que el Comité examinara las peticiones individuales de presos condenados a muerte.</p> <p>El CCPR concluyó que la reserva era incompatible con el objeto y fin del PIDCP, por lo que nada le impedía examinar la comunicación individual conforme al Protocolo Facultativo.</p>
	Recomendación General número 20	<p>El Comité CEDAW recomendó a los Estados:</p> <p>Cuestionar la validez y efectos jurídicos de las reservas a la Convención y a reconsiderarlas con miras a reforzar la implementación de todos los Tratados de Derechos Humanos; y</p>

		Que consideraran incluir un procedimiento relativo a las reservas en la Convención, comparable con el de otros Tratados sobre Derechos Humanos <sup>208</sup>
	Recomendación General número 21	El Comité CEDAW se refirió específicamente a las reservas al artículo 16 de la Convención, relativo a la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, pues alarmado por el número de Estados que habían formulado reservas a la totalidad o a parte de este artículo, sostuvo que los Estados Partes debían avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas, particularmente al artículo 16. <sup>209</sup>
	Declaración relativa a las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	En ella sostuvo que los Estados que formulan reservas están garantizando la perpetuación de la desigualdad ente el hombre y la mujer a nivel nacional, y que particularmente las reservas formuladas a los artículos 2 y 16. <sup>210</sup>
<b>Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.</b>	Opinión preliminar de 2003	El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD) sostuvo que, en principio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial sigue el régimen de Viena respecto a las reservas, desde el punto de vista

<sup>208</sup> ONU – Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación General No.20. A/47/38(SUPP)*. Décimo primero período de sesiones, 1992.

<sup>209</sup> ONU – Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación General No.21. A/49/38(SUPP)*. Décimo tercer período de sesiones, 1994.

<sup>210</sup> ONU – Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Declaración relativa a las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *A/53/38/Rev.1*. Nueva York, 21 de agosto de 1998, párr.15.

		normativo, manteniendo el requisito de la compatibilidad con el objeto y fin de la Convención como criterio de admisibilidad de las reservas.
	Comentario General no. 24	Esta nota del CERD señala que la cuestión de las reservas es esencialmente un asunto para los Estados, subrayando, entre otras cosas, que aunque los Tratados de Derechos Humanos son distintos de los tratados tradicionales recíprocos, siguen siendo Tratados, con las consecuencias que resultan del Derecho de los Tratados, y que las reservas son una parte integral del consentimiento del Estado para ser Parte en el mismo. <sup>211</sup>
	Observaciones finales de 2014 a los informes séptimo a noveno de los Estados Unidos de América.	El Comité CERD manifestó su preocupación por la falta de avance en retirar o disminuir el alcance de la reserva formulada al artículo 2, así como respecto aquella formulada al artículo 4 de la CERD, en relación con la prohibición del discurso de odio racista. Siguiendo la práctica desarrollada por el propio Comité, este se limitó a manifestar su preocupación y recomendar el retiro de dichas reservas. <sup>212</sup>
<b>Comité sobre Derechos del Niño</b>	Observación General No. 5, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”.	En ella hizo referencia al examen de las reservas, invitando a los Estados Partes a que indiquen si consideran necesario mantener las reservas que hayan hecho o si tienen intención de retirarlas.

<sup>211</sup>ONU – Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Opinión Preliminar del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre el asunto de las Reservas a Tratados sobre Derechos Humanos, CERD/C/62/Misc. 20/Rev.3, 13 de Marzo de 2003

<sup>212</sup>ONU – Comité Contra la Discriminación Racial – *Observaciones finales a los informes periódicos combinados séptimo a noveno de los Estados Unidos de América*, CERD/C/USA/CO/7-9, 25 de septiembre de 2014, párr. 5 y 9.



		<p>Manifestó que solo será posible alcanzar el objetivo del Comité de lograr que se respeten plena e incondicionalmente los derechos humanos de los niños, si los Estados retiran sus reservas.</p> <p>Recomendó a los Estados invariablemente que se examinen y retiren las reservas, y que aquellos que tras examinarlas decidan mantenerlas, expliquen plenamente dicha decisión en su siguiente informe periódico.<sup>213</sup></p>
<p><b>Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.</b></p>	<p>Estudio temático con el propósito de mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (OACNUDH).</p>	<p>En dicho estudio, deben tener en cuenta que los órganos de supervisión de tratados han expresado de manera sistemática la opinión de que las reservas reducen el alcance de la protección que brindan los tratados.</p> <p>Es de esperar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también trataría la cuestión de las reservas y las declaraciones formuladas por los Estados partes en la Convención durante el examen periódico de los informes de los Estados Partes, previsto en el artículo 35 de la Convención.<sup>214</sup></p>

<sup>213</sup> ONU – Comité sobre los Derechos del Niño - Observación General No.5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003. Párr. 13.

<sup>214</sup> ONU – Consejo de Derechos Humanos - Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párr. 20.

	Revisión del informe inicial de Canadá, en mayo de 2017.	El Comité determinó que la reserva que Canadá formuló al artículo 12, párrafo 4, es incompatible con el objeto y fin de la Convención, por lo que recomendó al Estado retirarla y emprender un proceso para adecuar a la Convención las leyes federales, provinciales y territoriales que permiten privar de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, atendiendo los criterios de su Observación General no. 1 sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley. <sup>215</sup>
<b>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.</b>	En ninguna declaración oficial o directrices del Comité se ha abordado el tema de las reservas. <sup>216</sup>	
<b>Comité contra la Tortura.</b>	Observaciones Finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de los Estados Unidos de América.	El Comité se manifestó de forma ambigua respecto de la compatibilidad de las reservas presentadas por Estados Unidos de América a los artículos 1 y 16 de la Convención, pues sostuvo lo siguiente:

<sup>215</sup> ONU – Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – *Observaciones finales sobre el informe inicial de Canadá*, CRPD/C/CAN/CO/1, 8 de mayo de 2017, párr. 7 y 8.

<sup>216</sup> En 1993, durante el octavo periodo de sesiones del CDESCR tanto el Presidente como varios miembros formularon observaciones respecto a las reservas, sin embargo, la postura del Presidente era que estas no representaban un problema importante puesto que se formulaban muy pocas y generalmente no tenían carácter polémico.

Cinco años después, durante el examen del proyecto de observación general sobre la aplicación interna del Pacto, se pone sobre la mesa la cuestión de si se prohibiría a los Estados formular reservas basadas en su legislación religiosa interna en virtud del principio establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

		“Al tiempo que toma nota de las explicaciones de la delegación al respecto, especialmente en relación con los artículos 1 y 16 de la Convención, el Comité recuerda que, con arreglo al derecho internacional, no son admisibles las reservas que son contrarias al objeto y fin de un tratado (arts. 1 y 2, párrs. 1 y 4).” <sup>217</sup>
<b>Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</b>	Belilos v. Switzerland <sup>218</sup>	El Tribunal sostuvo que Suiza seguía obligado por el Convenio Europeo.
	Loizidou v. Turkey, <sup>219</sup>	El Tribunal interpretó esta declaración como una “reserva disfrazada”, <sup>220</sup> y sostuvo que era incompatible con el objeto y fin del Convenio Europeo como un instrumento de protección de los derechos humanos, ya que debilitaban seriamente el papel del Tribunal en el desempeño de sus deberes. <sup>221</sup>

<sup>217</sup> ONU- Comité contra la Tortura - *Observaciones Finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de los Estados Unidos de América*, CAT/C/USA/CO/3-5, 19 de diciembre de 2014, párr. 9.

<sup>218</sup> Consistía en una multa de 200 francos suizos impuesta por la policía municipal, por la supuesta participación en una demostración ilegal.

El gobierno suizo se basó en la declaración interpretativa que formuló con el propósito de limitar las obligaciones de Suiza bajo el artículo 6(1) para asegurar una revisión de la legalidad de la decisión del tribunal de jurisdicción original

<sup>219</sup> La solicitante, una grecochiprota, denunció que tenía una propiedad en el norte de Chipre y que autoridades turcas le habían impedido regresar a ella. Durante una marcha por los derechos de los refugiados grecochiprotas para regresar a sus hogares, fue detenida por miembros de la policía turcochiprota. La solicitante argumentó que su arresto y detención, así como el impedirle acceder a su propiedad, era una violación del Convenio Europeo.

<sup>220</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Loizidou v. Turkey*, Serie A, No. 310, 1995, párr. 132.

<sup>221</sup> *Ibidem*, párr. 134.

		El Tribunal procedió sin considerar las declaraciones relativas a la ratificación del Convenio Europeo por parte de Turquía.
<b>Corte Interamericana de Derechos Humanos.</b>	Reservas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde 1982	La Corte resolvió que al encontrarse permitidas las reservas por el artículo 75 de la Convención Americana, estas se regirían por el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena, por lo que no estarían sujetas a la aceptación de los Estados Partes y el plazo señalado en el artículo 5 no resultaría aplicable a la Convención Americana. <sup>222</sup>
	“Restricciones a la Pena de Muerte” Opinión Consultiva 3/83 <sup>223</sup>	Concretamente, resolvió que: “Las reservas tienen el efecto de excluir o modificar las disposiciones del tratado y quedan integradas a él en cuanto a las relaciones entre el Estado que las formuló y aquellos respecto de los cuales son efectivas. Por ello, dejando nuevamente de lado la cuestión del valor recíproco de las reservas, que no es plenamente aplicable en el ámbito de los derechos humanos, es preciso concluir que la interpretación cabal del tratado implica la de las reservas, la que debe someterse tanto a las reglas propias del derecho internacional general

<sup>222</sup> Corte IDH - El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 35.

<sup>223</sup> La Comisión Interamericana solicitó que la Corte respondiera si era posible que un Gobierno, sobre la base de una reserva hecha al artículo 4.4 de la Convención Americana, legislara para imponer la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción cuando se efectuó la ratificación.

		como a aquellas específicas que se encuentran en la misma Convención.” <sup>224</sup>
	Caso Radilla Pacheco v. México	La Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la obligación contenida en el artículo IX.
	Caso Furlan y Familiares.	La Corte reiteró que a la luz del artículo 29 de la Convención, no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquel dispuesto en la reserva misma, por lo que concluyó, de manera similar al caso Boyce, que de la interpretación textual y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado, la aplicación de la reserva realizada al artículo 21 no era extensiva al artículo 25. <sup>225</sup>
Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	Observaciones Finales y Recomendaciones respecto del Primer Informe Periódico de la República de Sudáfrica 2005, Comisión Africana.	Recomendó al Estado sudafricano que considerara retirar la reserva formulada al artículo 6(d) del Protocolo de Maputo.

<sup>224</sup> Corte IDH - Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 62

<sup>225</sup> Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, Párr. 35 – 44.