

4. SOBERANÍA Y DERECHOS HUMANOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: LA TENSIÓN ENTRE LAS RESERVAS PERMITIDAS Y LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS PARTES

Prof. Dr. DANIEL IGNACIO GARCÍA SAN JOSÉ

Departamento de Derecho Administrativo y de Derecho Internacional Público.
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.
Avda. del Cid s/n 41004 Sevilla. España
dgarci@fder.us.es

Introducción

La Convención sobre los derechos del niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de septiembre de 1990 tras el depósito del 20º instrumento de ratificación es un tratado que no ha sido uniformemente aceptado por los 191 Estados Partes en el mismo. La falta de integridad normativa de la CDN puede explicarse en el artículo 51.1 de la misma que establece: «El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por el Estado en el momento de la ratificación o de la adhesión.»

El régimen de reservas recogido en la CDN —el régimen general de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986¹— permite que la integridad de las normas mínimas de derechos que la Comunidad Internacional ha querido reconocer a los niños y niñas del mundo cualquiera que sea el lugar del mundo en que se encuentren, se vea impedida por la preeminencia de ciertos particularismos nacionales². En efecto, el párrafo segundo del mencionado artículo 51 de la CDN parece salvaguardar la

¹ Artículo 19 c) común a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados concluidos entre Estados y Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986. Lamentablemente, la mención que la Convención de 1969 hace a la particularidad de las disposiciones relativas a la protección de la persona humana —referida a las normas contenidas en tratados de Derecho Humanitario— en relación con la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación (artículo 60.5), no se ha reproducido en lo referente al régimen de reservas a los tratados.

² VILLÁN DURÁN, C.: *Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos*, en Revista Española de Derecho Internacional, vol. XLVI (1994) 2, pág. 526.

uniformidad de ese estándar mínimo en materia de derechos humanos, restringiendo la discrecionalidad de los Estados en la formulación de reservas a la CDN al señalar: «No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención.»

Sin embargo, la actitud de los Estados Partes en la CDN pone de manifiesto que no existe una práctica uniforme en la aceptación y objeción de las reservas formuladas por los Estados Partes. El examen de las reservas formuladas por los Estados Partes en la CDN³, muestra que muchas de ellas no serían válidas al parecer manifiestamente contrarias al objeto y propósito de esta Convención, bien por afectar a su núcleo duro⁴, bien por cuestionar su naturaleza jurídica vinculante para los Estados Partes⁵, o bien por la excesiva generalidad o vaguedad en su formulación⁶.

Esta es, sin duda, una de las grandes debilidades de la CDN, común a los tratados de vocación universal: la posibilidad de que un Estado ratifique un tratado internacional al tiempo que rechaza, mediante el juego de las reservas, el asimilar su objeto y fin, o ataca su esencia al negarse a modificar su ordenamiento jurídico interno o su constitución para adecuarse al mismo.

A pesar de ser un tratado de derechos humanos, en el que su objeto es beneficiar a las personas —los niños y niñas— bajo la jurisdicción de los Estados Partes en el mismo, y en el que los Estados Partes no tienen intereses propios sino, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención⁷, sesenta y seis de los ciento noventa y un Estados Partes en la CDN han formulado reserva o declaraciones interpretativas referidas a veintinueve de los cuarenta artículos sustantivos de la CDN. Siendo preocupante el ele-

³ El texto de las reservas y de las declaraciones interpretativas formuladas por los Estados Partes en la CDN puede consultarse en internet en la dirección: www.unhchr.ch/html/menu3/b/k2crc.htm

⁴ SCHABAS, W. A.: *Reservations to the Convention on the Rights of the Child*, en *Human Rights Quarterly*, 1996, Vol. 18, pág. 480. Tal sería el caso, por ejemplo, de la reserva formulada por Bahamas, así como la declaración interpretativa de Bélgica, al artículo 2 de la CDN que establece el principio de no discriminación.

⁵ SCHABAS, W. A.: *op. cit.*, pág. 478. Como ejemplo, puede citarse el caso de la República de Irán que «se reserva el derecho de no aplicar cualquier disposición o artículo de la CDN que resulte incompatible con las leyes islámicas y la legislación interna en vigor».

⁶ SCHABAS, W. A.: *op. cit.*, pág. 478. Se trata de las reservas formuladas por países islámicos como Bangladesh, Djibouti, Indonesia, Kuwait, Pakistán y Turquía, en unos términos tan vagos que resulta simplemente imposible establecer las obligaciones asumidas en el marco de la CDN.

⁷ Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 28 de mayo de 1951 sobre la *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, *CJ, Recueil*, 1951, págs. 23-24.

vado número de reservas formuladas a la CDN, más grave sería, aún, la naturaleza de algunas de estas reservas⁸. En el caso de la CDN el problema se centra en las reservas que son manifiestamente contrarias al objeto y propósito de la Convención. Las presentes páginas se centran sobre esta cuestión desde una triple aproximación: en primer lugar, partiendo de la inadecuación del régimen de Viena sobre reservas a los tratados relativos a derechos humanos; en segundo lugar, mostrando cuál ha sido la experiencia de los órganos de control creados en otros tratados de derechos humanos que han declarado no válidas determinadas reservas formuladas por los Estados Partes en los mismos; y por último, en tercer lugar, señalando la base jurídica que la propia CDN ofrece para que el Comité de Derechos del Niño realice un control objetivo de las reservas, señalando entre ellas aquéllas que no sean aceptables y extrayendo las consecuencias jurídicas que se desprendan de la invalidez de su formulación.

4.1. La Convención sobre los Derechos del Niño y el régimen de Viena sobre las reservas

El artículo 19 c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 —disposición similar al recogido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados concluidos entre Estados y Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986—, y el artículo 51.2 de la CDN tienen en común el imponer una restricción a la facultad de los Estados de formular reservas a los tratados en los que desean ser Partes: cuando un tratado admita las reservas y guarde silencio sobre el tipo de reservas admisibles, los Estados podrán formular cualquier reserva que no sea incompatible con el objeto y fin de éste. En este punto, la Convención de Viena recoge el criterio seguido por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre la *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, aunque también su deficiencia, pues, como ha señalado el profesor CARRILLO SALCEDO: «la regulación de las reservas a los tratados en su artículo 19, actúa en favor del subjetivismo y discrecionalidad de los Estados ya que si el tratado nada hubiera dispuesto en materia de reservas, serán los Estados los que apreciarán, discrecional y subjetivamente, la compatibilidad de las eventuales reservas con el objeto y fin de tratado de que se trate»⁹.

⁸ COHEN-JONATHAN, G.: *Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'Homme*, *Revue Générale de Droit International Public*, 1996-4, pág. 917.

⁹ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 72.

El régimen de Viena no resolvió de modo definitivo la cuestión relativa a cuándo una reserva es incompatible con el objeto y fin de un tratado, sino que optó, en la práctica, por una aproximación casuística: en cada tratado, una reserva será compatible con el objeto y fin de éste cuando los Estados Partes en el mismo así lo determinen. Ahora bien, gracias al juego de las reservas y las objeciones a éstas previsto en el artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, basta que un solo Estado Parte acepte una reserva considerada por los demás Estados Partes como incompatible con el objeto y fin del tratado, o incluso, sin aceptarla, no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado reservatario, para que tal reserva sea eficaz y despliegue sus efectos.

Así pues, el régimen de Viena no impone sobre los Estados Partes en un tratado la obligación de objetar una reserva contraria al objeto y fin del mismo, siendo la regla prevista la de su discrecionalidad, expresada a un doble nivel: en primer lugar, en cuanto a la valoración unilateral y subjetiva de la compatibilidad o incompatibilidad de la reserva formulada por un Estado que desea devenir Parte en la Convención. En segundo lugar, en el supuesto de que un Estado estime la incompatibilidad de dicha reserva con el objeto y fin de la Convención, la discrecionalidad se manifiesta en la libertad con que cuenta para decidir —de conformidad con el régimen previsto en Viena— si acepta o rechaza dicha reserva.

En algún tratado de derechos humanos, como el *Convenio de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, se ha intentado poner remedio a esta deficiencia al combinar la subjetividad de los Estados con un criterio objetivo. Así, su artículo 20.2 establece que se entenderá que una reserva es contraria al objeto y fin del Convenio si al menos dos tercios de los Estados Partes en el Convenio formulan objeciones contra la misma. Esta solución no ha sido retenida en la CDN. La práctica de los Estados Partes en la CDN pone de manifiesto que gran número de reservas aparentemente contrarias al objeto y fin de esta Convención no han sido objetadas por otros Estados Partes¹⁰. Las razones que pueden explicar esta preocu-

¹⁰ Por ejemplo, sólo siete Estados objetaron reservas formuladas por países islámicos contrarias al objeto y fin de la Convención. A este dato debe añadirse otro señalado por Lückner Babel: los Estados Partes en la CDN que objetan las reservas formuladas por otros Estados Partes no lo hacen tanto por preservar la integridad de la Convención como la del Derecho Internacional, especialmente, tratándose de las reservas demasiado vagas o genéricas. Véase, por ejemplo, la objeción de Italia a la reserva formulada por Irán: «esta reserva, en razón de su campo ilimitado y su carácter indefinido es inaceptable en Derecho Internacional.» LÜCKER BABEL, M.-F.: «Les réserves à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international», *European Journal of International Law*, 1997, pág. 669.

pante situación¹¹ son varias: en primer lugar se encontraría el propio régimen de Viena, claramente más favorable a la aceptación de una reserva que a su objeción, dado que esta última debe ser expresa y realizada dentro del plazo de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que el Estado reservatario haya manifestado su consentimiento en obligarse por el Tratado. Quizás la situación de la CDN, como la de tantos otros tratados de derechos humanos, fuera hoy muy distinta si la regla establecida en Viena fuera la contraria: la aceptación de una reserva requiriendo la aceptación expresa de los demás Estados, entendiéndose su silencio al respecto durante doce meses como una objeción tácita a la misma.

La desidia de los Estados Partes en la CDN a la hora de reaccionar contra las reservas contrarias al objeto y fin de la Convención quizás pueda atribuirse, en segundo lugar, al hecho de que éstos no hayan asumido plenamente las consecuencias de la decisión que tomaron en su día de ser Estados Partes en la misma. En concreto, pueden no ser conscientes de que en los tratados de derechos humanos, como es el caso de la CDN, no basta con que cada Estado esté dispuesto a cumplir las obligaciones asumidas en orden al respeto y protección de los derechos y libertades de las personas bajo su jurisdicción, sino que, además, debe velar por que los demás Estados cumplan igualmente con este deber¹².

Los Estados Partes en la CDN pueden compartir la opinión de que el régimen de Viena, siendo también aplicable a la misma, permitiría que fuera cada Estado el que asumiera las consecuencias que se derivasen de sus actos, tanto si se encuentra en el grupo de los reservatarios como si, por el contrario, está en el de los objetantes. Se trata de una tesis subjetiva de las reservas¹³.

¹¹ No parece casual que en la Declaración de Viena de 1993, además del llamamiento genérico a los Estados para que retirasen todas las reservas contrarias al objeto y fin de los tratados de derechos humanos o al Derecho Internacional, se hiciera una petición específica en este sentido a los Estados Partes en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño (Doc. A/CONF.157/23 de 12 de julio de 1993. Parte II, parás. 39 y 46, respectivamente).

¹² Como se ha indicado antes (vid. nota a pie número 7), la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre la *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*: «en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención.»

¹³ Esta tesis subjetiva es el primero de los dos fundamentos sobre los que se basó el Comité de Derechos Humanos para asumir la función de un control objetivo de la validez de las reservas formuladas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Señaló que «los Estados no han considerado con frecuencia interesante o necesario desde el punto de

Una tercera explicación a esta situación puede aportarse sobre la base de la doctrina¹⁴ y de la práctica más reciente de los órganos de control creados por tratados de derechos humanos¹⁵. Desde esta tercera aproximación a la cuestión, la ausencia de reacciones de los Estados Partes en la CDN frente a las reservas aparentemente contrarias al objeto y fin de la Convención —a través de su objeción— no significaría una falta de interés o despreocupación, sino, por el contrario, la creencia de que corresponde al órgano de control creado en la CDN —el Comité de Derechos del Niño— el controlar la compatibilidad de tales reservas y su inadmisibilidad. A diferencia de la explicación anterior, desde esta tercera, lo prioritario no es sólo lograr el mayor número de Estados Partes en el Tratado en cuestión sino, también, salvaguardar la integridad normativa de dicho Tratado. Por ello, aun cuando se permite la formulación de reservas, son los órganos creados para supervisar las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el mismo los competentes para determinar su validez¹⁶. Se trataría, a diferencia de la anterior, de una tesis objetiva basada en la presunción de que los Estados han consentido en delegar en un órgano imparcial el control de la validez de las reservas.

La opción entre la tesis subjetiva y objetiva tiene profundas consecuencias jurídicas. Así, desde la perspectiva de la tesis subjetiva, el que una reserva no haya sido objetada la convierte en conforme al objeto y fin de la CDN; en segundo lugar, los Estados Partes en la CDN son los únicos competentes para apreciar el carácter lícito o ilícito de las reservas formuladas; en tercer lugar, por último, las reservas que son efectivas son, automáticamente, lícitas y no corresponde al Comité de Derechos del Niño el pronunciarse sobre su legalidad y en todo caso,

vista jurídico oponerse a las reservas. No cabe deducir del hecho de que los Estados no formulen una propuesta que una reserva sea compatible o incompatible con el objeto y fin del Pacto. Se han formulado objeciones ocasionalmente, unos Estados sí, pero otros no, y no siempre se han especificado los motivos; cuando se hace una objeción, no se suele especificar una consecuencia jurídica y, en ocasiones, incluso se indica que la Parte que hace la objeción no considera que el Pacto no esté en vigor entre las Partes interesadas. En pocas palabras, la situación es tan poco clara que no cabe suponer que, por el hecho de no hacer objeciones, un Estado considere que una determinada reserva sea aceptable. Comentario General n.º 24/52 de 1 de noviembre de 1994, CCPR C/21/Rev. 1/Add. 6, par. 17.

¹⁴ LÜCKER BABEL, M.-F.: *op. cit.*, pág. 669. COHEN-JONATHAN, G.: *op. cit.*, págs. 942-943.

¹⁵ *Vid. infra* nota a pie número 18.

¹⁶ Véase en este sentido el artículo 43.1 de la CDN que establece el mandato al Comité de Derechos del Niño de «examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes en la presente Convención». Para SCHABAS este mandato implica la tarea de determinar la extensión de tales obligaciones, valorando su alcance y validez. *op. cit.*, pág. 488.

extraer consecuencia alguna de un eventual pronunciamiento a este respecto¹⁷.

Desde la perspectiva de la tesis objetiva, por el contrario, la ausencia de una objeción expresa a la misma no significa necesariamente su licitud por vía de su efectividad; en segundo lugar, la competencia para apreciar el carácter lícito o ilícito de las reservas formuladas estaría atribuida al Comité de Derechos del Niño. Finalmente, para los defensores de la tesis objetiva corresponde al Comité de Derechos del Niño apreciar la licitud de una reserva y, al hacerlo, extraer las consecuencias que se deriven de tal decisión para el Estado reservatario. Entienden que la efectividad de una reserva —derivada de su aceptación por otro Estado— no prejuzga su validez —en función de su compatibilidad con el objeto y fin de la CDN—. De este modo, aun cuando cada Estado Parte en la CDN es competente —de conformidad con el régimen de Viena— para aceptar o rechazar una reserva formulada por otro Estado (plano de la efectividad que se corresponde con el objetivo de lograr que sean Parte en la CDN el mayor número de Estados posible), el Comité de Derechos del Niño estaría autorizado por la propia CDN a determinar la conformidad de una reserva con el objeto y fin de la Convención y, en caso de considerarla inaceptable, extraer —dentro de su ámbito competencial— las consecuencias que se derivan para el Estado que formuló tal reserva (plano de la validez que se conecta, a su vez, con el objetivo de la salvaguardia de la integridad normativa de la CDN).

Nosotros creemos más acertada la tesis objetiva sobre la base, de una parte, de la experiencia de otros órganos de control establecidos en los tratados de derechos humanos, que se han ocupado de las reservas contrarias al objeto y fin del tratado, y de otra parte, con apoyo en el propio texto de la CDN, que habilitaría, en nuestra opinión, al Comité de Derechos del Niño a realizar un control objetivo de la legalidad de las reservas formuladas a la CDN.

4.2. Hacia un control objetivo de la legalidad de las reservas formuladas a los tratados de derechos humanos

Desde hace ya algunos años, los órganos de control establecidos en los tratados de protección de derechos humanos de carácter regional vienen pronunciándose sobre la validez de las reservas formuladas por estos

¹⁷ Curiosamente, el proceder del Comité de Derechos del Niño ha sido conforme con esta visión y, por ello, criticado dado que no ha declarado nunca inaceptable ninguna de las reservas formuladas a la CDN, limitándose a lamentar la existencia de la misma o a expresar sus dudas sobre su validez. Ver LÜCKER BABEL, M.-F.: *op. cit.*, pág. 675.

Estados, a pesar de no tener expresamente reconocida tal atribución en los respectivos tratados¹⁸. Sin embargo, no ha sido hasta recientemente que un órgano de control creado en un tratado de protección de derechos humanos de carácter universal —el Comité de Derechos Humanos— se ha pronunciado sobre la validez de las reservas formuladas por algunos Estados¹⁹. Esta nueva actitud del Comité de Derechos Humanos ha sido calificada de «cambio revolucionario»²⁰. No debe olvidarse que, a diferencia de los órganos de control establecidos en el Convenio Europeo y en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos no tiene naturaleza jurisdiccional. Debe tenerse igualmente presente que el Comité de Derechos Humanos tradicionalmente adoptó una postura prudente y dubitativa respecto a las reservas formuladas por los Estados Partes en el Pacto²¹.

El fundamento para esta iniciativa lo encontró el Comité de Derechos Humanos, de un lado, en que la constatación de la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin de un tratado es una tarea inadecuada para los Estados Partes en un tratado de derechos humanos²². De otro lado, en la convicción de que, necesariamente, había de ser el Comité el que decidiera si una determinada reserva es compatible con el objeto y

¹⁸ En el ámbito regional europeo, la Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció en el *asunto Temeltash*, Opinión de 5 de mayo de 1982, R. D. n.º 31, pág. 120 y ss. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, lo ha hecho en los casos: *Belilos c. Suiza*, sentencia de 29 de abril de 1988, Serie A, vol. 132. *Weber c. Suiza*, sentencia de 22 de mayo de 1990, serie A, vol. 177. *Chorherr c. Austria*, sentencia de 25 de agosto de 1992, serie A, vol. 266-B, *Loizidou c. Turquía (objeciones preliminares)*, sentencia de 23 de marzo de 1995, serie A, vol. 310. En el ámbito regional interamericano, la Corte Interamericana se pronunció en su Opinión Consultiva n.º 2, de 1982 sobre los *Efectos de las reservas a la entrada en vigor de la Convención Americana (arts. 74 y 75)*.

¹⁹ Comentario General 24/52 de 1 de noviembre de 1994, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6. Y sobre la base del mismo, una decisión de 31 de diciembre de 1999, por la que declaraba contraria al objeto y fin del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la reserva formulada por Trinidad y Tobago en orden a excluir la competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer de comunicaciones individuales tratándose de condenados a la pena capital. *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tobago*, communication N.º 845/1999, CCPR/C/67/D/845/1999.

²⁰ COHEN JONATHAN, G.: *op. cit.*, pág. 939.

²¹ *Ibidem*, pág. 920. Es interesante señalar estos datos porque al igual que el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos del Niño es un órgano de control de naturaleza no jurisdiccional que hasta ahora ha adoptado una postura prudente con relación a las reservas formuladas a la CDN.

²² «Las disposiciones de la Convención (de Viena) relativas a la función de las objeciones de los Estados en relación con las reservas no son adecuadas para abordar el problema de las reservas a los tratados de derechos humanos» pues estos tratados, y concretamente el Pacto, «no son una red de intercambios de obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas. No ha lugar al principio de reciprocidad entre los Estados.» Comentario General, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, par. 17.

fin del Pacto por tratarse de una tarea ineludible en el desempeño de sus funciones²³.

En la resolución 48/31 de 9 de diciembre de 1993, la Asamblea General de Naciones Unidas hizo suya la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa de trabajo el tema titulado «*el derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados*» y desde 1994 —año del Comentario General 24/52 del Comité de Derechos Humanos— la Comisión de Derecho Internacional viene ocupándose de las reservas a los tratados de derechos humanos, para lo cual nombró relator especial sobre el tema al profesor PELLET²⁴. En su segundo informe de 1996, el profesor PELLET consideró que los órganos de control creados por los tratados de derechos humanos eran competentes en materia de admisibilidad de reservas no por el hecho de la naturaleza «objetiva» de este tipo de tratados, sino en virtud del principio, bien establecido en el Derecho internacional, de las competencias implícitas en sus propios poderes para el cumplimiento de las funciones encomendadas por el Tratado respectivo²⁵.

La opinión del relator especial no es compartida por algunos autores que defienden el carácter objetivo de las obligaciones jurídicas que se derivan de los tratados de derechos humanos, más allá de un mero intercambio recíproco de intereses entre los Estados, al crear un orden público en el que esos Estados asumen ciertos compromisos hacia los individuos que se hallen bajo su jurisdicción²⁶.

El profesor PELLET incluyó en un anexo a su segundo informe un proyecto de resolución de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados de derechos humanos. Sobre la base del texto de proyecto de resolución propuesto por el relator especial, la Comisión de

²³ «A fin de conocer el alcance de su deber de examinar el cumplimiento del Pacto por un Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 ó una comunicación presentada con arreglo al Primer Protocolo Facultativo, el Comité ha de adoptar necesariamente una opinión sobre la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Pacto y con el derecho internacional en general. Dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos, debe establecerse objetivamente la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Pacto en relación con un principio jurídico, y el Comité está en condiciones especialmente adecuadas para realizar esta tarea.» Comentario General 24/52, par. 18.

²⁴ Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, suplemento N.º 10 (A749/10), párr. 382.

²⁵ Naciones Unidas, doc. A/CN.4/477/Add.1, par. 204 a 206.

²⁶ BONET PÉREZ, J.: *Las reservas a los tratados internacionales*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 140. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *op. cit.*, págs. 66 y ss. FROWEIN, J.: *Reservations and the International Ordre Public*, en *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pág. 411. SUDRE, F.: *Droit International et Européen des Droits de L'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pág. 119.

Derecho Internacional adoptó unas *conclusiones preliminares concernientes a las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados relativos a los derechos humanos*²⁷. En éstas, la Comisión de Derecho Internacional parte de la premisa de que el régimen de Viena sobre reservas a los tratados (arts. 19 a 23), por su flexibilidad, es el más idóneo para todos los tratados, incluidos los tratados de derechos humanos (conclusiones 2.^a y 3.^a). Sin embargo, entiende que el establecimiento de órganos de control por numerosos tratados de derechos humanos suscita cuestiones legales que no se previeron en la época en que se redactaron las Convenciones de Viena sobre Derecho de Tratados de 1969 y 1986 (conclusión 4.^a).

Así, procede a distinguir entre los órganos de control establecidos en contextos regionales, de los que respeta la práctica y reglas desarrolladas (conclusión 12.^a), y los órganos de control establecidos en un contexto universal. De estos últimos afirma que, al ocuparse de la validez de las reservas formuladas por los Estados Partes, no pueden exceder el ámbito de competencias que les han sido conferidas, y, en concreto, que en el supuesto de que declaren inadmisibles una reserva, es el Estado reservatario el que tiene la responsabilidad de pasar a la acción, por ejemplo, modificando su reserva, retirándola o decidiendo dejar de ser Estado Parte en el Tratado (conclusión 10.^a). Con ello desautoriza, sin hacer una mención expresa, al Comité de Derechos Humanos que en su Comentario General n.º 24/52 se había declarado competente para considerar el consentimiento del Estado en ser Parte en el Pacto con independencia de las reservas formuladas²⁸.

4.3. El Comité de Derechos del Niño y las reservas aparentemente contrarias al objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño

Quizás deba criticarse la labor del Comité de Derechos del Niño por considerarla demasiado cauta con respecto a las posibilidades que le ofrecía el artículo 43.1 de la CDN²⁹. Además, la prudente neutralidad que ha caracterizado al Comité de Derechos del Niño al referirse a las reservas

²⁷ Documentos Oficiales de la Asamblea General, 52ª sesión, suplemento n.º 10 (A/52/10), par. 157.

²⁸ De este modo, si el Comité de Derechos Humanos declaraba inadmisibles alguna de las reservas formuladas al Pacto, éste sería aplicable a dicho Estado teniéndose por no puesta su reserva. Comentario General n.º 24/52 de 1 de noviembre de 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, par. 18.

²⁹ SCHABAS, W. A.: *op. cit.*, pág. 488.

a la CDN, no emitiendo un juicio definitivo al respecto, sino lamentando su existencia o expresando sus dudas acerca de la legalidad de determinadas reservas³⁰, puede merecer hoy una valoración negativa por su inevitable comparación con la actitud del Comité de Derechos Humanos. Como ha expresado la profesora LÜCKER BABEL, la actuación del Comité de Derechos del Niño con respecto a la cuestión de las reservas a la CDN se ha caracterizado por desarrollar un control global sobre la Convención —no examinando la cuestión de las reservas por separado, sino integrada en el análisis general de la CDN; de perfil informativo —solicitando a los Estados información sobre las reservas formuladas y sobre la justificación de éstas en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, y no conflictual, sino conciliadora con los Estados Partes³¹.

Con independencia del juicio de valor que se haga a la actuación del Comité de Derechos del Niño sobre la cuestión de las reservas a la CDN, resulta evidente que no ha sido suficiente para que los Estados no formularan reservas contrarias al objeto y fin de la Convención o, que de conformidad con el artículo 51.3, aquellos Estados que las hubieran formulado decidieran retirarlas o modificarlas para hacerlas compatibles con la CDN. ¿Qué solución puede encontrar el Comité de Derechos del Niño a la lamentable situación de las reservas contrarias al objeto y fin de la CDN? ¿Debe asumir la competencia para determinar su ilegalidad siguiendo los pasos que en 1994 dio el Comité de Derechos Humanos con su Comentario General n.º 24/52?

Sobre la base jurídica de los artículos 43.1 y 45. d) de la CDN encontramos razones para reconocerle al Comité de Derechos del Niño la asunción de esta competencia. La práctica internacional de los órganos de control previstos en los tratados de protección de los derechos humanos va en esta dirección, aunque queda por resolver la cuestión de los límites de la competencia del Comité de Derechos del Niño: ¿hasta dónde podría llegar en la determinación de las consecuencias jurídicas para un Estado Parte en la CDN de una reserva inválida? ¿Puede asumir la tesis sostenida por el Comité de Derechos Humanos, en el sentido de que la consecuencia normal de una reserva inaceptable no es la de que la CDN deje de estar en vigor para el Estado Parte que la ha formulado? ¿Será posible considerar esa reserva independientemente de su aceptación, en el sentido de que la CDN será aplicable a ese Estado sin que tal reserva se tenga en cuenta³²? ¿Deberá, por el contrario, adecuarse a la tesis defendida

³⁰ LÜCKER BABEL, M.-F.: *op. cit.*, pág. 677.

³¹ *Ibidem*, págs. 674-675.

³² Comentario General n.º 24/52 de 1 de noviembre de 1994, CCPR C/21/Rev. 1/Add. 6, par. 18.

por el relator especial, profesor PELLET, y asumida por la Comisión de Derecho Internacional en sus conclusiones preliminares, según la cual, los órganos de control creados en los tratados de derechos humanos de ámbito universal no están autorizados para separar la reserva del consentimiento del Estado para vincularse por el tratado?³³

Para el régimen de Viena no se planteó la cuestión relativa a cuáles serían los efectos de una reserva ilegal, pues se presuponía legal toda reserva que fuera efectiva. Sin embargo, la práctica demuestra que no pocas reservas efectivas —aceptadas por los Estados Partes— son de dudosa legalidad. Los autores sostienen posturas discrepantes acerca de las consecuencias de una reserva declarada ilegal por el órgano de control creado en un tratado de derechos humanos. Así, el profesor FROWEIN, al examinar las objeciones realizadas por los Estados a las reservas de otros Estados que consideraban ilícitas por entenderlas incompatibles con el tratado en cuestión, entiende que existe una práctica internacional que evidencia la existencia de un amplio consenso entre Estados de muy diferentes tradiciones en considerar desprovistas de efectos a las reservas inválidas³⁴. Sir Hersch LAUTERPACHT, por el contrario, es de la opinión de que habría de determinar la intención del Estado reservatario para comprobar si dicha reserva ha sido una condición esencial de su voluntad de devenir Estado Parte en el tratado, en cuyo caso, el órgano de control no podría rechazar la reserva al tiempo que declarara que el Estado sigue obligado por el Tratado, inclusive la parte del mismo objeto de sus reserva³⁵. Ya hemos señalado que la Comisión de Derecho Internacional ha distinguido en sus «conclusiones preliminares» entre los órganos regionales y los universales en cuanto a las consecuencias de una reserva ilícita. Mientras que los primeros sí serían competentes para declararla como no puesta y al Estado reservatario como Parte en el tratado, los segundos no tendrían tal competencia³⁶. Esta distinción, que no es pacíficamente aceptada por los órganos de control creados en los tratados de derechos humanos de ámbito universal³⁷, ha sido recibida con indife-

rencia por la mayoría de Estados³⁸. La Comisión de Derecho Internacional volverá a examinar esta cuestión, previsiblemente, en el año 2002, cuando el relator especial presente un proyecto de conclusiones definitivas a los distintos puntos tratados en las conclusiones preliminares³⁹. Será entonces cuando podrá contarse con la opinión autorizada de este órgano en relación con la competencia que pretenden atribuirse los órganos de control de carácter universal con respecto a las consecuencias de una reserva ilegal.

El profesor VILLA DURÁN, aun cuando admite que los comités establecidos en los tratados de derechos humanos puedan pronunciarse sobre los efectos de las reservas formuladas por los Estados Partes, en la medida en que éstas inciden en la aplicación del tratado que supervisan, es de la opinión que tales comités no se encontrarían habilitados para solicitarles que retiren las reservas que aparentemente son contrarias al objeto y fin de dicho tratado. Desde su punto de vista, estos Comités habrían de dirigirse a los órganos habilitados en el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas —la Asamblea General y el Consejo Económico y Social— con el fin de que éstos solicitasen de la Corte Internacional de Justicia una Opinión consultiva sobre la compatibilidad o no de una determinada reserva con el objeto y fin de dicho tratado⁴⁰. Como solución alternativa, sugiere iniciar un procedimiento de enmienda a los tratados de derechos humanos ya existentes a fin de habilitar a sus órganos supervisores con la facultad de solicitar directamente a la Corte Interna-

mitidos por carta, del presidente del Comité de Derechos Humanos, del presidente del Comité contra la Tortura y del presidente de la 8.^a y 9.^a reunión de presidentes de órganos creados en virtud de instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Todos ellos discrepan de la distinción que la Comisión de Derecho Internacional realiza —siguiendo el informe del relator especial— entre órganos de control regionales y universales, en relación con las consecuencias que unos y otros pueden extraer de la declaración de ilegalidad de una determinada reserva formulada al respectivo tratado.

³³ A fecha de 27 de julio de 2000 sólo 33 de los 189 Estados miembros de Naciones Unidas o con Estatuto de Observador y 24 de las 65 Organizaciones Internacionales a las que se dirigió la Asamblea General para que respondieran a un cuestionario preparado por el Relator especial para conocer la práctica seguida por los Estados y las organizaciones internacionales en materia de reservas a los tratados, lo habían hecho. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones*. Documentos Oficiales de la Asamblea General 55º período de sesiones, suplemento N.º 10 (A/55/10), pág. 184, nota a pie n.º 132. Además, como el propio profesor PELLET reconoció, las respuestas estaban geográficamente repartidas de manera poco satisfactoria: básicamente, respondieron los Estados Europeos o asimilados (20) y latinoamericanos (8); 5 asiáticos y ningún Estado africano. Párrafo 5 del 5º informe del Relator especial sobre las reservas a los tratados. Doc. A/CN.4/508 de 29 de marzo de 2000.

³⁹ Párrafo 18 del 5º informe del Relator especial sobre las reservas a los tratados. Doc. A/CN.4/608, de 29 de marzo de 2000.

⁴⁰ VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 529.

³³ *Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional concernientes a las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados relativos a los derechos humanos*. Documentos Oficiales de la Asamblea General, 52ª sesión, suplemento n.º 10 (A/52/10), par. 157, conclusiones 9, 10 y 12.

³⁴ FROWEIN, J.: *op. cit.*, pág. 408.

³⁵ Sir Hersh LAUTERPACHT, voto disidente a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1959, en el caso *Suiza contra Estados Unidos (caso Interbandel)*, ICJ, *Rep.* 6, pág. 117.

³⁶ *Vid. supra* nota a pie n.º 33.

³⁷ Véanse los párrafos 10, 11 y 12 del 4º informe del Relator especial sobre las reservas a los tratados (doc. A/CN.4/499) de 24 de marzo de 1999. En los mismos se recogen los comentarios a las conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional, trans-

cional de Justicia una opinión sobre las reservas que consideren incompatibles con el objeto y fin del tratado en relación con el que tienen competencia⁴¹.

El recurso a la Corte Internacional de Justicia es sugestivo aunque, quizás, dado el carácter no vinculante de una Opinión Consultiva de la Corte, no sea la mejor solución. Si se está cuestionando el fundamento de la competencia del órgano de control previsto en un tratado de derechos humanos de carácter universal para deducir las consecuencias jurídicas de una reserva inválida, sobre la base de que no es un órgano jurisdiccional, la Corte en su dimensión consultiva no está en una posición mejor que dicho órgano. Cuestión distinta es que se previera el recurso a la Corte en su faceta contenciosa cuando un Estado estimase que una reserva formulada por otro Estado Parte es contraria al objeto y fin del tratado. Sin embargo, en los pocos tratados en que se prevé esta vía, los Estados pueden formular reserva de exclusión a la jurisdicción de la Corte⁴², y además, de nuevo es preciso recordar la pasividad de los Estados para reaccionar contra las reservas de este tipo formuladas por otros Estados. Resulta difícil creer que la Corte recibiría regularmente demandas en este sentido⁴³. Nos parece que cualquier propuesta de solución *de lege ferenda* debe intentar compatibilizar el régimen de Viena sobre reservas con la asunción de facultades plenas respecto de las reservas por parte del Comité de Derechos del Niño. Como punto de partida entendemos que los dos principios presentes en el régimen de reservas a los tratados —el de la universalidad y el de la integridad— tienen sus correspondientes en los principios de la efectividad y la validez de las reservas, respectivamente. Si el régimen de Viena se ha ocupado de la cuestión de la efectividad de las reservas, dejando a los Estados la aceptación u objeción discrecional de éstas, no ha resuelto el tema de su validez, asumiendo la ficción jurídica de que toda reserva efectiva, por el hecho de serlo, sería válida.

Entendemos que el silencio del régimen de Viena sobre la validez de las reservas no debe interpretarse como una prohibición a cualquier intento de resolver, sobre la base del Derecho, la cuestión de las reservas efectivas que no son válidas. Tres posturas pueden señalarse respecto del

⁴¹ Ibidem.

⁴² SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pág. 47.

⁴³ *Mutatis mutandis* puede aportarse el dato de que aun cuando la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, previó en su artículo IX el recurso a la Corte Internacional de Justicia, no ha sido hasta el 20 de marzo de 1993, que ha podido aplicarse esta disposición por primera vez, con ocasión de la demanda interpuesta por Bosnia-Herzegovina contra Serbia-Montenegro.

modo en que la declaración de invalidez de una reserva por parte de un órgano de control de carácter universal va a afectar a su efectividad. La primera, maximalista, postula que la invalidez equivale a la nulidad y ésta supone la desaparición de la reserva, de manera que el Estado sigue siendo Parte en el tratado incluyendo aquella disposición del mismo que fue objeto de su reserva. La segunda postura, minimalista, defiende, por el contrario, que sea el Estado que formuló la reserva declarada inválida, el único competente para extraer las consecuencias jurídicas de dicha declaración: retirarla, modificarla (si es posible, para salvar su legalidad) o dejarla inalterada en la convicción de que el hecho de que haya sido declarada inválida no afecta a su efectividad.

Una tercera posición, maximalista moderada, que nos parece preferible, sostendría que la reserva declarada ilegal por el Comité de Derechos del Niño se tendría por no puesta y habría de considerar al Estado afectado como Parte en el tratado en su integridad, incluida la disposición que reservó. Sin embargo, no siendo el Comité de Derechos del Niño un órgano de naturaleza jurisdiccional, su declaración carecería *de iure* de fuerza vinculante para el Estado. Tampoco puede afirmarse que carezca de todo valor pues su fuerza moral es innegable por venir de un órgano imparcial, expresamente autorizado en el tratado para controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes. Una declaración del Comité de Derechos de Niño apreciando la invalidez de las reservas formuladas por algunos Estados a la CDN, por considerarlas manifiestamente contrarias a su objeto y fin, puede asumir valor jurídico en función de las reacciones de los demás Estados Partes en la CDN que, por ejemplo, podrían modificar su actitud con respecto al Estado cuya reserva ha sido declarada inadmisibile. En dicho supuesto, el Estado cuya reserva ha sido declarada inválida podría, o bien denunciar la CDN para dejar de ser Parte en ella, o bien retirar o modificar dicha reserva. No podría, en consecuencia, seguir invocando ésta para excluir el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de las disposiciones de la CDN objeto de la misma.

Esta tercera propuesta nos parece, de entre todas, la mejor por varias razones. En primer lugar, considerando que responde a la naturaleza específica de los tratados de derechos humanos; en segundo lugar, porque nos permite creer, esperanzadamente, que no todos los Estados Partes en la CDN, cuyas reservas sean total o parcialmente declaradas ilegales por el Comité de Derechos del Niño, recurrirán a una medida tan drástica como la denuncia de la Convención. Finalmente, esta solución nos parece la más idónea a la luz de una de las principales críticas formuladas a la aplicación del régimen de Viena sobre las reservas a los tratados de derechos humanos: en concreto, el hecho de que se dificulte que una nor-

ma de un tratado multilateral de carácter normativo pueda llegar a cristalizar como costumbre⁴⁴.

Aun cuando en los tratados de protección de los derechos humanos de ámbito universal, como la CDN, la naturaleza del órgano de control no es de carácter jurisdiccional, su intervención, declarando la invalidez de ciertas reservas formuladas por los Estados Partes, puede contribuir, además, a acelerar el efecto cristalizador de las normas contenidas en dichos tratados. Los Estados que son Parte en los mismos pueden reaccionar a favor o en contra de la declaración de invalidez de una determinada reserva y, en consecuencia, expresar su opinión respecto de si determinadas normas contenidas en tales tratados, pueden o no ser objeto de reserva. Si los Estados Partes no reaccionan contra la declaración de incompatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Tratado, pensamos que la norma a la que se refería dicha reserva estaría próxima a cristalizar como una norma consuetudinaria y por lo tanto, no susceptible de ser reservada.

Así pues, en este proceso de interacción costumbre-tratado, aun cuando se discuta la base de la competencia del Comité de Derechos del Niño en función de su carácter no jurisdiccional, resulta relevante destacar el hecho de que se invierten los efectos derivados de la pasividad de los Estados: no bastará su inactividad (su silencio) para que una reserva contraria al objeto y fin del tratado sea válida. Tendrán que declararlo así, expresamente, cuando el órgano de control declare su invalidez. El tener que «jugar las cartas sobre la mesa» puede servir de presión para que muchos Estados que no habían formulado reservas contrarias al objeto y fin de la CDN, pero que, sin embargo, tampoco habían rechazado las formuladas por otros Estados Partes.

Conclusiones

1. Si ya de por sí resulta lamentable que se permita la formulación de reservas a una convención que supone un estándar mínimo de los de-

⁴⁴ Según la teoría de la interacción entre costumbre y tratado (*vid. i.a.* CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional*, tecnos, Madrid, 1992, pág. 116), las disposiciones contenidas en tratados multilaterales de carácter normativo pueden expresar una norma consuetudinaria (efecto declarativo); contribuir a cristalizar una norma consuetudinaria que estaba en formación (efecto cristalizador), o, finalmente, pueden ser el punto de partida de la formación de una norma consuetudinaria (efecto generador). Dado que las reservas dificultan que una práctica se generalice, constituyen un obstáculo a que las normas contenidas en los tratados multilaterales normativos en materia de derechos humanos puedan llegar a convertirse, en un corto espacio de tiempo, en normas consuetudinarias y, por ello, no susceptibles de ser objeto de reservas.

rechos de los niños y niñas de todo el mundo, resulta una burla macabra el que gracias a las reservas la única finalidad que lleve a algunos Estados a ser Partes en la CDN sea evitar que los niños y niñas bajo su jurisdicción puedan beneficiarse de ese estándar mínimo de derechos. El Comité de Derechos del Niño puede y debe seguir la línea abierta por el Comité de Derechos Humanos, desplazando, así, el control de las reservas a la CDN desde el plano subjetivo —a través de las aceptaciones y objeciones de los Estados Partes— a un plano objetivo, representado por su control sobre la legalidad de las reservas formuladas a la CDN.

2. En esta labor de control el Comité de Derechos del Niño debería dejar de realizar una supervisión global de la CDN y analizar separadamente la validez de las reservas. El lenguaje neutral que ha empleado hasta ahora debe dar paso a otro que, sin romper el espíritu conciliador con los Estados Partes, destaque por su firmeza a la hora de distinguir lo que es compatible con el objeto y fin de la CDN, de lo que no lo es. En los informes que debe presentar a la Asamblea General de las Naciones Unidas, en virtud del artículo 45 d) tiene una buena ocasión para materializar esta distinción.

3. Con respecto a la polémica relativa a las consecuencias de una reserva declarada inadmisibles por el Comité de Derechos del Niño, el defender que el Comité adopte una posición innovadora, al igual que hizo en su día el Comité de Derechos Humanos, en el sentido de separar la reserva inválida del consentimiento prestado por el Estado para ser Parte en la CDN, no es incompatible con la relativización del alcance jurídico de tal decisión: el Comité de Derechos del Niño no es un órgano jurisdiccional y sus decisiones no tienen valor jurídico, pero ello no significa que carezcan de cualquier valor o que pueda asimilarse a la objeción de un Estado Parte. El Comité de Derechos del Niño es el órgano imparcial expresamente previsto en la CDN para examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en dicha Convención (art. 43.1). De la reacción de los demás Estados Partes a la declaración por el Comité de Derechos del Niño de invalidez de una determinada reserva dependerá las consecuencias que se deriven para el Estado reservatario. Si los demás Estados Partes en la CDN no reaccionan contra la declaración del Comité de Derechos del Niño, la posición del Estado reservatario se hará más débil y sólo le quedará elegir entre retirar dicha reserva o denunciar el tratado. Aún es pronto para predecir las repercusiones de un intento de control objetivo de la validez de las reservas a la CDN por parte del Comité de Derechos del Niño. En estos momentos de grandes esperanzas, el más pequeño de los actos vale más que la más grandiosa de las intenciones.