

SOBERANÍA ESTATAL Y DERECHOS HUMANOS: ¿IRRECONCILIABLES? UN ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y LOS EFECTOS DE LAS RESERVAS A LA CEDAW*

JULIETA LEVIN**

Resumen: El presente trabajo se aboca inicialmente al estudio del objeto y fin del tratado como límite a la facultad de formular reservas que tienen los Estados en virtud de su soberanía. A partir de este análisis, la investigación se enfoca en las reservas a disposiciones sustantivas de la CEDAW, formuladas por los Estados con base en contradicciones con sus derechos internos y su compatibilidad o no con el objeto y fin de la Convención. En especial, se analiza la validez de las reservas generales y las reservas a los artículos 2 y 16. Por último, el trabajo estudia cuáles son los efectos de las reservas inválidas.

La hipótesis del trabajo sugiere que las reservas a las normas sustantivas de la CEDAW fundadas en el derecho interno de los Estados son inválidas por ser incompatibles con su objeto y fin pero que los Estados reservantes se encuentran obligados por la Convención, siendo que el consentimiento a obligarse por esta prevalece sobre la voluntad de formular reservas cuando estas sean inválidas. La conclusión a la que arriba el trabajo es que se corrobora parcialmente esta hipótesis, en tanto surge que no necesariamente todas las reservas basadas en los derechos internos de los Estados son inválidas.

Palabras clave: reservas — consentimiento del estado — derechos humanos — cedaw — divisibilidad

Abstract: The present paper begins with a study of the object and purpose of a treaty as a limit to the State's ability to formulate reservations due to its sovereignty. From this analysis, the paper moves on to the study of the reservations to CEDAW's substantive rules made by States based on contradictions with their local law and their compatibility with its object and purpose. Especially, the

* Recepción del original: 19/08/2020. Aceptación: 24/11/2020.

** Estudiante de Derecho, UBA.

analysis focus on the validity of the general reservations and reservations to articles 2 and 16. Finally, the paper studies the effects of the invalid reservations.

The hypothesis of this paper suggests that the reservations to CEDAW’s substantive rules based in the States local law are invalid because of their incompatibility with the object and purpose of the treaty but that the reserving States are obliged by the Convention because their consent to be obliged by it prevails over the will of formulating reservations, when these are invalid. The paper arrives to the conclusion that the hypothesis is partially corroborated as the reservations based in local law are not always necessarily invalid.

Keywords: reservations — state consent — human rights — cedaw — severability

I. INTRODUCCIÓN

El asunto relativo a las reservas a los tratados de derechos humanos es un tema controvertido en el derecho internacional general y, en particular, en el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH). La controversia radica en la tensión entre el objetivo de universalidad que tienen los tratados multilaterales —y en especial los de derechos humanos— y la preservación de la integridad de estos, atendiendo a la naturaleza especial de los tratados de esta materia. A su vez, desde el DIDH se ha sostenido que el régimen de reservas del derecho internacional general, contenido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, Convención de Viena), no es del todo aplicable a los tratados de derechos humanos.

Uno de los tratados de derechos humanos que más reservas ha recibido es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), respecto del cual, al día de hoy, 56 Estados mantienen reservas. La mayoría de las reservas a normas sustantivas de la Convención han sido fundamentadas en base a su incompatibilidad con el derecho interno del Estado.

El presente trabajo pretende abordar el tema de las reservas a la CEDAW, con el objetivo de responder dos interrogantes principales: ¿son compatibles con el objeto y fin del tratado las reservas formuladas por los Estados a las obligaciones sustantivas que establece la Convención, fundadas en

sus derechos internos? y ¿se puede considerar que el Estado que formuló una reserva inválida se encuentra obligado por la Convención?

La hipótesis que sigue este trabajo es que las reservas a las normas sustantivas de la CEDAW fundadas en el derecho interno de los Estados no son válidas por ser incompatibles con su objeto y fin, pero que de todas formas los Estados reservantes se encuentran obligados por la Convención, siendo que el consentimiento a obligarse por esta prevalece sobre la voluntad de formular reservas cuando estas sean inválidas.

Con el propósito de responder a estas preguntas, se realizará en primer lugar un análisis del objeto y fin del tratado como límite a la posibilidad de formular reservas a la luz del artículo 28(2) de la CEDAW y el artículo 19(c) de la Convención de Viena. Luego, serán examinadas las reservas formuladas por los Estados con base en sus derechos internos a obligaciones sustantivas de la CEDAW para dilucidar si son compatibles o no con el objeto y fin del tratado. En especial, serán estudiadas las reservas generales y las reservas a los artículos 2 y 16 de la Convención. Por último, se considerarán los efectos de las reservas inválidas, evaluando si los Estados reservantes están obligados por la CEDAW.

II. EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO COMO LÍMITE A LA FORMULACIÓN DE RESERVAS

Las disposiciones sobre reservas en la CEDAW están en su artículo 28, que en el segundo párrafo establece que “no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención”.¹ De este modo, utiliza la aproximación de la Convención de Viena,² que en su artículo 19 permite las reservas a menos que estén prohibidas por el tratado, que el tratado habilite sólo determinadas reservas entre las que no figure la reserva de que se trate o que la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado.³ El criterio del objeto y fin fue tomado por

1. CEDAW, 18-12-1979, art. 28.

2. RIDDLE, “Making CEDAW universal: a critique of CEDAW’s Reservation Regime under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process”, p. 613; FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, p. 565.

3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23-05-1969, art. 19.

la Convención de Viena de la Opinión Consultiva de 1951 de la Corte Internacional de Justicia respecto a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, Opinión Consultiva de 1951).⁴

A pesar de que la Convención de Viena entró en vigor después de la conclusión de la CEDAW y que la primera establece su irretroactividad en el artículo 4, las normas de la Convención de Viena son aplicables a la CEDAW por fuente consuetudinaria. Las disposiciones sobre reservas en la Convención de Viena en su momento configuraron desarrollo progresivo del derecho internacional, pero la práctica de los Estados evidencia que estamos actualmente ante la presencia de una norma consuetudinaria⁵ y que las disposiciones de la Convención de Viena cristalizaron el derecho consuetudinario.⁶ En la actualidad se considera que el derecho de los tratados está plasmado en la Convención de Viena, por lo cual aquellas normas que configuraron desarrollo progresivo del derecho internacional al momento de la celebración de la Convención —como las relativas a las reservas— actualmente son estimadas como costumbre internacional.⁷

Desde el DIDH, se ha cuestionado la aplicación del régimen de reservas de la Convención de Viena a los tratados de derechos humanos, en tanto estos comprenden obligaciones de los Estados respecto de sus propios ciudadanos/as, sin ventajas y desventajas directas para los Estados, a diferencia de otros tratados multilaterales donde los Estados tienen obligaciones recíprocas. En consecuencia, al no recibir nada concreto a cambio, un Estado no tiene incentivos de acomodarse al sistema de valores de otros Estados sacrificando sus propios intereses. Además, la reciprocidad juega un rol importante en la limitación de las reservas y al no existir tal reciprocidad en los tratados de derechos humanos, los Estados han formulado numerosas reservas a éstos y, en particular, a la CEDAW.⁸

4. CIJ, “Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio”.

5. Ejemplos de esta práctica en EDWARDS, “Reservations to treaties”, pp. 365-366.

6. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 324-325.

7. AUST, “Vienna Convention on the Law of Treaties”, párr. 14-18.

8. PARISI & SEVCENKO “Treaty Reservations and the Economics of Article 21(1) of the Vienna Convention”, pp. 20-21; RIDDLE, “Making CEDAW universal: a critique of CEDAW’s Reservation Regime under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process”, pp. 624.

Por el contrario, doctrinarios/as como Alain Pellet –Relator Especial sobre el tema “Las reservas a los tratados” de la CDI– sostienen que el régimen sobre reservas de la Convención de Viena es aplicable a todos los tratados y que las especificidades de ciertos tratados no son un argumento válido contra su aplicabilidad. Los tratados de derechos humanos, a pesar de estar diseñados para proteger individuos, siguen siendo tratados multilaterales. A su vez, no hay que perder de vista que la base del régimen de la Convención de Viena es la Opinión Consultiva de 1951 respecto de un tratado de derechos humanos, la Convención de Genocidio. Es indiscutible que los instrumentos de derechos humanos no son gobernados por la reciprocidad, pero esta especificidad no se encuentra solo en estos tratados.⁹

Más allá de esta discusión entre doctrinarios/as del DIDH y del derecho internacional general que este trabajo no pretende resolver, la cuestión de las reservas ha generado otra discusión en ambas perspectivas: ¿integridad o universalidad? Hay quienes sostienen que las reservas son un “mal” porque dañan la integridad del tratado y menoscaban sus obligaciones, mientras otros/as ven a las reservas como la forma de facilitar una adhesión más amplia y, en consecuencia, la universalidad.¹⁰ El debate se acentúa respecto de los tratados de derechos humanos, lo cual se refleja en el voto de la mayoría y el voto de la minoría en la Opinión Consultiva de 1951: la mayoría sostuvo que la intención de los Estados era que la mayor cantidad de estos sea parte de la Convención y, para ello, las reservas estaban habilitadas, mientras que la minoría mantuvo que lo principal en la Convención es la aceptación de obligaciones comunes que apuntan a un alto objetivo para toda la humanidad, y que es preferible sacrificar la universalidad que permitir que un Estado sea parte contra el deseo de otros Estados que aceptaron todas las obligaciones de la Convención.¹¹

En este punto, el concepto de objeto y fin del tratado se ha ido imponiendo progresivamente desde la Opinión Consultiva de 1951 y en la actualidad es un punto de equilibrio entre el mantenimiento de los aspectos esenciales del tratado y el objetivo de que la mayor cantidad de Estados

9. MÜLLER & PELLET, “Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil”, pp. 523.

10. MÜLLER & PELLET, “Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil”, pp. 522.

11. MÜLLER & PELLET, “Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil”, pp. 522-523.

sea parte del tratado.¹² Es evidente que la Convención de Viena no garantiza una integridad absoluta de los tratados al introducir la posibilidad de formular reservas, sino que se limita a preservar la "integridad esencial" del tratado con el límite del artículo 19(c). Esta flexibilidad motiva a la finalidad de universalidad que tienen los tratados multilaterales.¹³

Ahora bien, ¿qué es el objeto y fin del tratado? Se ha dicho que el objeto y fin del tratado es un enigma¹⁴ pero que, de todos modos, el artículo 19(c) constituye un criterio fundamental para la permisibilidad de las reservas y para un sistema flexible. Asimismo, el criterio del objeto y fin limita la libertad soberana de los Estados para formular reservas a un tratado.¹⁵

La expresión se utiliza reiteradas veces en la Convención de Viena,¹⁶ pero esta no la define ni da pistas sobre su significado ni tampoco lo hacen los trabajos preparatorios, los debates sobre esta disposición o la jurisprudencia.¹⁷ Una parte de la doctrina ha sostenido que el objeto y el fin son dos conceptos distintos, por lo cual, cuando determinamos que una reserva es incompatible con el objeto y fin del tratado, estaríamos diciendo que la modificación o exclusión pretendida por la reserva está en conflicto con el "telos" de un tratado, o con su contenido normativo.¹⁸ Pero esta distinción no logra resolver el problema en tanto ni el objeto ni el fin permanecen inmutables en el tiempo.

La Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) ha sostenido que el objeto y fin sólo se puede deducir del examen del tratado en su conjunto y que tiene que ver con la "razón de ser" del tratado. En ese sentido, la directriz 3.1.5 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados (en adelante, Guía de la CDI) 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 es-

12. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 222.

13. MÜLLER & PELLET, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil", pp. 524.

14. MÜLLER & PELLET, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil", pp. 526.

15. MÜLLER & PELLET, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil", pp. 526.

16. En los artículos 18, 19(c), 20(2), 31, 33, 41, 58(1) y 60.

17. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 224-226.

18. LINDERFALK, "On the meaning of the 'Object...'", pp. 433-434.

estructura general, de tal manera que comprometa la razón de ser del tratado.¹⁹

Para determinar el objeto y el fin del tratado, la directriz 3.1.5.1 da pautas similares a la regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena: determinación de buena fe y teniendo en cuenta los términos del tratado en el contexto de éstos, con la posibilidad de recurrir a los trabajos preparatorios, a las circunstancias de su celebración y a la práctica ulterior de las partes.²⁰

En este orden de ideas, el objeto y fin de la CEDAW es poner fin a la discriminación contra las mujeres y lograr la igualdad formal y sustantiva entre varones y mujeres.²¹ Al ser este el objeto y fin, pareciera que la mayoría de las reservas a disposiciones sustantivas son incompatibles. Sin embargo, la intención fue la de permitir reservas a disposiciones menores que no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, en miras de lograr una amplia participación.²² Este último objetivo fue alcanzado: la CEDAW cuenta con 189 Estados parte, siendo el segundo tratado de derechos humanos con más ratificaciones después de la Convención sobre los Derechos del Niño.²³ De todas formas, la cantidad de reservas a normas sustantivas de la Convención es preocupante y podría considerarse que socavan su efectividad y comprometen su integridad esencial.²⁴

Otra complejidad que presentan los tratados de derechos humanos es que contienen derechos y obligaciones interdependientes. La directriz 3.1.5.6 de la Guía de la CDI establece que, para determinar la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin en estos casos, hay que tener en cuenta la interdependencia, la importancia de la disposición objeto de la reserva en la estructura general del tratado y el grado de menoscabo que le causa la reserva. La CDI sostiene que en estos casos es difícil determinar en qué momento esa interdependencia, que es la razón de ser del tratado, es puesta en entredicho por una reserva. La Comisión también destaca que, a pesar de la interdependencia, algunos derechos son más esenciales que

19. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 229.

20. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 230.

21. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/53/38/Rev.1, párr. 10.

22. SCHABAS, "Reservations to the Convention on the...", pp. 110-111.

23. UNTC, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General.

24. RIDDLE, "Making CEDAW universal: a critique of...", pp. 622.

otros y ocupan distintos lugares en la estructura del tratado y que, aunque se trate de derechos esenciales, no se puede invalidar una reserva formulada con respecto a ciertos aspectos limitados concernientes a la forma de hacer efectivo el derecho de que se trate.²⁵

III. LAS RESERVAS A LA CEDAW Y SU (IN)COMPATIBILIDAD CON EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO

Al día de hoy, de los 189 Estados parte de la CEDAW, 56 mantienen reservas.²⁶ Cabe señalar que 18 de estos solo formularon reservas al artículo 29(1) sobre resolución de controversias, reserva habilitada explícitamente por el artículo 29(2).²⁷ El presente trabajo busca evaluar la compatibilidad de las reservas formuladas a disposiciones sustantivas de la Convención, dejando de lado las reservas al artículo 29(1) que, al estar expresamente permitidas, no presentan en principio ningún conflicto. En especial, serán analizadas las reservas generales y las reservas a los artículos 2 y 16. La razón por la cual el foco estará puesto en estos dos artículos radica en que son los que más reservas recibieron y, a su vez, contienen normas de gran relevancia en la interdependencia de los derechos y obligaciones de la Convención por los motivos que serán explicados en el presente apartado.

Actualmente, las normas con el mayor número de reservas son las contenidas en los artículos 2, 9(2), 15 y 16,²⁸ aunque también persisten reservas a los artículos 5, 7(b), 11 y 13,²⁹ ya sea respecto a la totalidad

25. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 242-244.

26. Para contabilizar las reservas en este trabajo, se consideró como tales no sólo a las declaraciones que los Estados denominan como reservas, sino también a las que se adecúan a la definición de reserva del artículo 2(1)(d) de la Convención de Viena que establece que "se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

27. UNTC, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*.

28. Se han formulado 16, 15, 10 y 27 reservas respectivamente, ya sea al artículo entero o uno de sus subpárrafos.

29. Se han formulado 4, 2, 7 y 3 reservas respectivamente, ya sea al artículo entero o uno de sus subpárrafos.

del artículo o a subpárrafos particulares.³⁰ En su mayoría, estas reservas están arraigadas en aproximaciones culturales y religiosas sobre el rol de la mujer, frecuentemente reflejadas en leyes internas sobre nacionalidad, derechos económicos y de propiedad, elección de residencia y roles familiares.³¹

En primer lugar, es dable destacar que la evaluación sobre la compatibilidad o no de las reservas con el objeto y fin del tratado debe hacerse analizando cada caso en particular. Ello se justifica con un ejemplo: las reservas al artículo 11, que trata las obligaciones de los Estados parte para eliminar la discriminación en el empleo. Entre las reservas a este artículo está la reserva de Irlanda por la cual se reserva el derecho a aplicar su legislación sobre seguridad social que es más favorable para las mujeres que para los varones y en ese sentido, no contraría los requisitos del artículo; pero también hay una reserva de Micronesia que avisa que no está en posición de aprobar la legislación que establece el artículo ni de aprobar una licencia por maternidad, siendo contraria a las previsiones del artículo 11.³² La evaluación individual de cada una de las reservas excede a este trabajo.

En cuanto a las reservas generales, estas son las que sujetan la Convención a su compatibilidad con la constitución o leyes internas, o con la Sharía islámica. Es el caso de las reservas de Brunéi Darussalam, Liechtenstein, Malasia, Omán, Pakistán, Arabia Saudita y Túnez. El problema en esta ocasión no es la remisión al derecho interno del Estado autor de la reserva en sí, sino el carácter vago y general de la reserva, así como el alcance ilimitado y la naturaleza indefinida de la remisión.

La definición de reserva del artículo 2(1)(d) de la Convención de Viena establece que la reserva tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de **ciertas disposiciones** del tratado en su aplicación, de lo que se desprende que no se puede admitir que las reservas puedan tener como resultado impedir que el tratado en su conjunto produzca sus efectos. A su vez, este tipo de reservas no permiten evaluar el cumplimiento de las condiciones de su validez sustantiva. En estos casos, es la imposibilidad de apreciar la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del tratado, y no la certeza de su incompatibilidad, lo que hace aplicable el artículo

30. UNTC, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General.

31. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 567-568.

32. UNTC, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General.

19(c) de la Convención de Viena o el artículo 28 de la CEDAW. En ese sentido, la directriz 3.1.5.2 de la Guía de la CDI propone que una reserva debe redactarse en términos que permitan percibir su sentido para determinar su compatibilidad con el objeto y fin del tratado.³³

Por otro lado, y sin perjuicio de la necesidad de evaluar cada reserva individualmente, las reservas a los artículos 2 y 16 presentan problemas respecto a la compatibilidad con el objeto y fin de la CEDAW. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité) estima que los artículos 2 y 16 contienen disposiciones básicas de la Convención y que las reservas a éstos perpetúan el mito de la inferioridad de la mujer y refuerzan la desigualdad en la vida de las mujeres.³⁴ Respecto del artículo 16 sostuvo que las reservas formuladas por motivos nacionales, tradicionales, religiosos o culturales, son incompatibles con la Convención y por lo tanto, no son permisibles.³⁵ De todos modos, cabe señalar que las recomendaciones y declaraciones del Comité no son vinculantes. A pesar de que este, en el ejercicio de sus competencias, puede pronunciarse sobre la validez de las reservas e insistir a los Estados que sean retiradas y que estos deben tener en cuenta esa evaluación, no están obligados por estas.³⁶

Existe un alto grado de consenso en que el artículo 2 es central en la Convención.³⁷ Este establece una serie de obligaciones generales que los Estados deben adoptar para eliminar la discriminación contra la mujer y en consecuencia fue descrito por el Comité como la "esencia" de la Convención y de importancia fundamental para su objeto y fin. En la Recomendación General No. 28, el Comité sostuvo que el artículo 2 es crucial para la plena aplicación de la Convención y que las obligaciones de este artículo están relacionadas con las demás disposiciones sustantivas de la Convención. En ese sentido, considera que el artículo 2 encarna la esencia de la Convención y por lo tanto las reservas a este artículo o a sus subpárrafos

33. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 231-234.

34. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 586.

35. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/53/38/Rev.1, párr. 17.

36. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 253.

37. RIDDLE, "Making CEDAW universal: a critique of CEDAW's reservation regime under article 28 and the effectiveness of the reporting process", pp. 628; LINDERFALK, "On the meaning of the 'Object and Purpose' Criterion, in the Context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 19", pp. 447.

son, en principio, incompatibles con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, inadmisibles.³⁸

El artículo 2 ha recibido varias reservas. La mayoría refieren a inconsistencias entre las obligaciones que establece la norma y cuestiones religiosas o tradicionales, o buscan preservar determinadas normas internas, sin detallar cuáles son las inconsistencias.³⁹ Otros Estados hicieron reservas a previsiones específicas del artículo 2 que tienen un impacto importante y por lo tanto, probablemente sean incompatibles con el objeto y fin del tratado.⁴⁰ Por último, algunos Estados formularon reservas al artículo por la inconsistencia con las normas referidas a la sucesión del trono, de títulos hereditarios o posiciones tradicionales de liderazgo.⁴¹ El Comité afirmó que las reservas al artículo 2 son incompatibles con el objeto y fin del tratado, o que, por lo menos lo son cuando la reserva no detalla la inconsistencia entre la situación doméstica y la Convención.⁴²

Por su parte, el artículo 16 es el artículo que más reservas ha recibido en la Convención, ya sea respecto del artículo entero o de determinados subpárrafos. Este artículo establece obligaciones vinculadas a la igualdad entre mujeres y varones en el matrimonio y la familia. La asignación de roles familiares fue definida históricamente en base a estereotipos de género y al control patriarcal de los sistemas familiares. La familia es la unidad básica de la sociedad y el matrimonio permanece como norma para la mayoría de mujeres, por lo cual el impacto en la desigualdad entre varones y mujeres en la construcción del matrimonio es profundo y amplio. La desigualdad en la casa tiene consecuencias para las mujeres en su educación, su estatus económico, su salud, su habilidad de evitar o escapar de la violencia y su habilidad para cuidar de sí mismas y de las personas que tienen a cargo.⁴³

38. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, párr. 41.

39. Este es el caso de las reservas formuladas por Argelia, Bahréin, Bangladesh, Egipto, Libia, Marruecos, Singapur y Siria.

40. Este es el caso de las reservas formuladas por Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, Iraq y Nigeria.

41. Este es el caso de las reservas formuladas por Lesoto, Marruecos, Micronesia, Nueva Zelanda y Qatar.

42. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 98.

43. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 411.

Muchas de las reservas al artículo 16 se basaron en contradicciones con la ley religiosa,⁴⁴ con el derecho de familia interno⁴⁵ o con otras tradiciones locales.⁴⁶ Algunos Estados formularon reservas sobre la base de que estas cuestiones están reservadas a sus comunidades.⁴⁷ Otros han hecho reservas a provisiones específicas por motivos determinados,⁴⁸ por ejemplo, al subpárrafo (e) por considerar que puede ser interpretado como obligación para legalizar el aborto⁴⁹ o a los subpárrafos (d) y (f) por cuestiones de la custodia y adopción de niños/as.⁵⁰ Asimismo, hubo Estados que simplemente formularon las reservas, sin dar motivos.⁵¹

El Comité, en su Recomendación General 21, establece que los Estados deben desalentar toda noción de desigualdad entre el hombre y la mujer que sea afirmada por las leyes, el derecho religioso o privado, o por las costumbres, y avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas en particular al artículo 16.⁵² Ello en miras de que la incompatibilidad de las reservas al artículo 16 con el objeto y fin del tratado es más que una formalidad: la igualdad en la familia es esencial para el goce de las mujeres de sus derechos humanos.⁵³

Es importante destacar que la posibilidad que brinda el artículo 28 de formular reservas permite argumentar que las reservas específicas a artículos determinados pueden ser compatibles con el objeto y fin de la Convención. Parte del objeto y fin de la Convención es su universalidad, por lo cual se permite que los Estados formulen reservas a determinadas normas menores, aceptando la gran mayoría de las obligaciones que establece el instrumento. Sin embargo, por lo menos los artículos 2 y 16 contienen normas de fundamental importancia en la interdependencia de las normas de la Convención y no normas "menores" a las cuales se podría formular

44. Este es el caso de las reservas formuladas por Bangladesh, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Libia, Malasia, Mauritania, Omán, Qatar y Siria.

45. Este es el caso de las reservas formuladas por Argelia y Suiza.

46. Este es el caso de las reservas formuladas por Micronesia y Nigeria.

47. Este es el caso de las reservas formuladas por India, Israel y Singapur.

48. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 441.

49. Este es el caso de las reservas formuladas por Malta y Mónaco.

50. Este es el caso de las reservas formuladas por Irlanda y por Reino Unido.

51. Este es el caso de las reservas formuladas por Jordania, Líbano, Maldivas y República de Corea.

52. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/49/38, párr. 44.

53. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 442.

reservas. A su vez, las reservas a los artículos 7, 9, 11 y 15 son mínimamente sospechosas.⁵⁴

Las reservas en base a consideraciones de derecho interno, ya sea la constitución o la Sharía, son válidas siempre que no afecten un elemento esencial del tratado o su estructura general. Se podría decir, siguiendo el artículo 27 de la Convención de Viena, que una parte no puede invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado y que las normas internas son meros hechos en el derecho internacional. No obstante, la realidad demuestra que a menudo los Estados formulan reservas justamente porque el tratado les impone obligaciones incompatibles con su derecho interno que, en principio, no quiere o no puede modificar. El problema surge cuando el Estado que formula la reserva se refugia en el derecho interno para no aceptar ninguna obligación internacional, dado que el fin del tratado es modificar la práctica de los Estados parte en el tratado.⁵⁵

Por último, cabe mencionar que ha habido Estados que objetaron las reservas formuladas a estos artículos –sobre todo a los artículos 2, 5, 9, 15 y 16–, alegando que son incompatibles con el objeto y fin del tratado.⁵⁶ Empero, la cantidad de Estados que decidió objetar reservas es limitada y la práctica es inconsistente, en tanto no todos los Estados que realizaron objeciones lo hicieron respecto a todas las reservas similares. Esto podría deberse a sensibilidades diplomáticas, pero también a dificultades prácticas y a restricciones en los recursos, tomando en consideración el poco tiempo que los Estados tienen para objetar. A su vez, el efecto limitado que tienen las objeciones en la práctica desalienta a la introducción de estas.⁵⁷

En este punto, surge hacer mención del rol de la aceptación u objeción de los Estados respecto de las reservas. En la doctrina, hay quienes sostienen que la aceptación de los demás Estados es un requisito para la validez de la reserva. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que la permisibilidad o no de las reservas es independiente a las reacciones de los demás Estados.⁵⁸ Esta última postura adoptó la CDI en su Guía en las

54. SCHABAS, "Reservations to the Convention on the...", pp. 86.

55. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 241-242.

56. Estos son Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Latvia, México, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia.

57. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 575.

58. BYDOON, "Reservations on the Convention on the...", pp. 55.

directrices 4.5.1 y 4.5.2 donde estableció que la nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o aceptación por un Estado contratante, sino que una reserva que no cumple con las condiciones de validez formal y sustantiva es nula de pleno derecho y, en consecuencia, carece de efectos jurídicos. Esa línea se refleja también en la directriz 3.3.3 que dispone que la aceptación de un Estado de una reserva inválida, no subsana la invalidez de la misma. Sin perjuicio de ello, la CDI sostuvo que un Estado que considere que una reserva es inválida debería formular lo antes posible una objeción motivada al respecto, en tanto lo anterior no modifica el objetivo buscado por el autor de una objeción que es excluir los efectos de una reserva inválida.⁵⁹ Además, las objeciones de los Estados ejercen presión en los Estados que formulen reservas y sirven como una guía para evaluar la permisibilidad de una reserva.⁶⁰

IV. EFECTOS DE LAS RESERVAS INVÁLIDAS Y EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO

Una de las deudas de la Convención de Viena es la falta de tratamiento de los efectos de las reservas inválidas.⁶¹ Un debate recurrente en el DIDH se basa en el resultado de las reservas inválidas. En respuesta, han surgido tres opciones: que el Estado se mantenga obligado por el tratado excepto por las disposiciones a las que formuló reservas (doctrina "quirúrgica");⁶² la invalidez de la reserva anula el instrumento de ratificación y el Estado no es más parte del tratado (doctrina del "contragolpe");⁶³ o la doctrina de la divisibilidad⁶⁴ que defiende que una reserva inválida puede ser separada del instrumento de ratificación y el Estado se mantiene obligado por el tratado, incluyendo a las disposiciones a las que formuló reservas inválidas.⁶⁵

59. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 321-323.

60. DE PAUW, "Women's rights: from bad to worse?...", pp. 62.

61. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 320-321.

62. Traducción propia. En inglés se utiliza la expresión "surgical doctrine".

63. Traducción propia. En inglés se utiliza la expresión "backlash doctrine".

64. Traducción propia. En inglés se utiliza la expresión "severability doctrine".

65. GOODMAN, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and...", pp. 531; MOLONEY, "Incompatible Reservations to Human Rights Treaties...", pp. 158.

La "solución quirúrgica" se denomina así porque implica extirpar las disposiciones "infectadas" o en disputa. El efecto práctico de esta solución es otorgarle al Estado el beneficio de la reserva a pesar de ser incompatible con el objeto y fin. De todas formas, esta solución no tiene mucho apoyo y no fue receptada en organizaciones o tribunales internacionales. Por su parte, la "solución del contragolpe" recibe ese nombre porque la invalidez de la reserva tira para atrás e invalida el instrumento por el cual el Estado prestó su consentimiento. Quienes proponen esta solución lo hacen en base al consentimiento del Estado y que un Estado no puede quedar obligado sin consentimiento.

La doctrina de la divisibilidad, en cambio, separa a la reserva inválida del instrumento donde el Estado presta el consentimiento, dejando al Estado como parte sin el beneficio de la reserva. Esta aproximación fortalece el régimen del derecho internacional de los derechos humanos, protegiendo su universalidad y su integridad,⁶⁶ pero contradice el principio –derivado de la soberanía– de que un Estado no puede estar obligado por un tratado que no consintió.⁶⁷

Esta doctrina encuentra sustento en la práctica de algunos Estados, sobre todo los Estados nórdicos, aunque también otros europeos como Austria, República Checa y los Países Bajos.⁶⁸ A su vez, las decisiones de órganos de derechos humanos y de tribunales regionales adoptaron esta postura.⁶⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentó un precedente al respecto en sus sentencias en los casos *Belilos c/ Suiza*, *Weber c/ Suiza* y *Loizidou c/ Turquía*. En el caso *Belilos*, el Tribunal al concluir que la reserva de Suiza carecía de validez señaló que "no cabe duda de que Suiza está y se considera obligada por el Convenio, con independencia de la validez de la declaración".⁷⁰ En el caso *Weber*, el Tribunal consideró que Suiza había violado el artículo 6(1) al cual había formulado una reserva y, sin decirlo explícitamente, consideró que seguía obligada por el Convenio a pesar de la nulidad de la reserva.⁷¹ En la sentencia sobre las excepciones preliminares en *Loizidou*, respecto a las condiciones

66. MOLONEY, "Incompatible Reservations to Human Rights Treaties...", pp. 156.

67. MCCALL-SMITH, "Severing Reservations", pp. 615.

68. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 325

69. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 324-325.

70. TEDH, "*Belilos c/ Suiza*", párr. 60.

71. TEDH, "*Weber c/ Suiza*", párr. 36-38.

impuestas por Turquía sobre la jurisdicción del Tribunal, el TEDH sostuvo que separa las cláusulas impugnadas por Turquía para garantizar los derechos y libertades garantizados en el Convenio.⁷²

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia sobre las excepciones preliminares en el caso *Hilarie c/ Trinidad y Tobago*, determinó que Trinidad y Tobago no podía prevalerse de su declaración por la que limitaba la aceptación de la jurisdicción de la Corte en tanto esta es incompatible con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y seguía obligado por su aceptación a esa jurisdicción obligatoria.⁷³ Tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltan, para fundamentar su postura, la importancia de la naturaleza de los tratados en cuestión.

El Comité de Derechos Humanos adoptó la misma perspectiva en su Observación General No. 24 al establecer que la consecuencia de una reserva no permitida no es que el Pacto no va a producir efectos para el Estado reservante, sino que esa reserva generalmente va a ser separable del consentimiento en el sentido de que el Pacto va a ser operativo para el Estado reservante sin el beneficio de la reserva.⁷⁴

La Guía de la CDI adoptó una aproximación más cautelosa respecto de la doctrina de la divisibilidad, siguiendo un punto intermedio entre considerar que el Estado deja de ser parte cuando su reserva es inválida y mantener al Estado como parte sin el beneficio de la reserva. Esto lo logra basándose en la intención del Estado al ratificar el tratado, lo cual ya había sido propuesto por parte de la doctrina.⁷⁵ En la directriz 4.5.3 la CDI dispuso que la condición del autor de una reserva inválida respecto al tratado depende de la intención manifestada por el Estado reservante 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. Se presume que será considerado como Estado contratante sin el beneficio de la reserva, a menos que el autor de la reserva inválida haya manifestado la intención contraria o que tal intención se determine de otra forma. En cualquier caso, el autor

72. TEDH, “*Loizidou c/ Turquía*”, párr. 89-98.

73. Corte IDH, “*Hilaire Vs. Trinidad y Tobago (excepciones preliminares)*”, párr. 98.

74. Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6, párr. 18.

75. EDWARDS, “Reservations to treaties”, pp. 374-375; SCHABAS, “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child”, pp. 108.

de la reserva inválida podrá manifestar su intención de no obligarse por el tratado sin el beneficio de la reserva. Por último, agrega que si un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado expresa la opinión de que la reserva no es válida y el Estado reservante no se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva, ese Estado debería manifestar tal intención dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que el órgano de vigilancia se haya pronunciado.⁷⁶ No obstante, aunque la propuesta de la CDI es un avance para llenar este vacío del derecho de los tratados, hay que esperar a ver si la práctica de los Estados sigue esta dirección o no. Actualmente, no hay una práctica consistente de los Estados respecto al tratamiento de las reservas inválidas.⁷⁷

Siguiendo la directriz de la CDI, decidir la divisibilidad en el caso individual sería entonces una cuestión de construcción del instrumento de ratificación. De todas formas, puede ser difícil responder a la cuestión de si ser parte del tratado es más importante para el Estado que preservar los derechos que pensó en proteger con la reserva.⁷⁸ Es difícil imaginar que una entidad distinta del Estado pueda determinar las intenciones de este al momento que formuló la reserva.⁷⁹ En ese sentido, la presunción juega un rol central. Excede a este trabajo la evaluación de la intención de los Estados que formularon reservas a la CEDAW, pero en base a esta presunción y a la doctrina de la divisibilidad, podría sostenerse que en la mayoría de los casos prevalece la voluntad de convertirse en parte de un tratado sobre la voluntad de hacer una reserva⁸⁰ y que el paquete de reservas que un Estado introduce refleja el ideal de relación que quiere tener, no lo esencial para quedar obligado.⁸¹

V. CONCLUSIÓN

De lo desarrollado a lo largo del trabajo se desprende que la hipótesis inicial queda parcialmente corroborada: no todas las reservas formuladas a normas sustantivas de la CEDAW basadas en los derechos internos de los

76. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 324.

77. CALL-SMITH, "Severing Reservations", pp. 624.

78. EDWARDS, "Reservations to treaties", pp. 375.

79. DE PAUW, "Women's rights: from bad to worse?...", pp. 56.

80. DE PAUW, "Women's rights: from bad to worse?...", pp. 56.

81. GOODMAN, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent", pp. 537.

Estados son necesariamente inválidas. Como surge del apartado 3, la fundamentación en el derecho interno no invalida automáticamente la reserva y la validez de cada reserva debe ser evaluada individualmente. Sin embargo, existe una fuerte presunción de que las reservas a ciertas disposiciones, en especial a los artículos 2 y 16, son incompatibles con el objeto y fin del tratado por el rol esencial que juegan en la interdependencia de las normas de la Convención. Asimismo, en el caso de las reservas generales fundadas en el derecho interno, su incompatibilidad con el objeto y fin del tratado radica en la imposibilidad de apreciar la compatibilidad.

Por otro lado, siguiendo la propuesta de la CDI que recoge en parte la doctrina de la divisibilidad adoptada por los tribunales regionales y organismos de derechos humanos, se podría deducir que el Estado que formuló una reserva inválida queda obligado por la Convención. La única excepción a esta aproximación sería que de la intención del Estado se desprenda claramente que sujetaba su consentimiento para obligarse por el tratado a la reserva formulada. Por las dificultades prácticas para determinar esta intención, y con una perspectiva a favor de los derechos humanos, se presume que el consentimiento del Estado de obligarse por el tratado prevalece sobre la intención de formular reservas. De esta forma, podría concluirse que, bajo la propuesta de la CDI, la soberanía estatal y los tratados de derechos humanos quedan reconciliados.

BIBLIOGRAFÍA

- AUST, Anthony, "Vienna Convention on the Law of Treaties" en WOLFRUM, Rüdiger, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 10, Oxford University Press, 2006, Oxford.
- BYDOON, Maysa, "Reservations on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) Based on Islam and its Practical Application in Jordan: Legal Perspectives" en *Arab Law Quarterly*, Vol. 25, n.º 1, 2011, pp. 51-69.
- Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, Documento A/66/10/ADD.1: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su sexagésimo tercer período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011) (Adición), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, Tercera parte, 2011.

- Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6, Observación General n.º 24 sobre 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, 04/11/1994.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/49/38, Recomendación general n.º 21. La igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, 1994, 13º período de sesiones.
- , A/53/38/Rev.1, Capítulo I. Asuntos que se señalan a la atención de los Estados partes. A. 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, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1998, Períodos de sesiones 18º y 19º.
- , CEDAW/C/GC/28, Proyecto de Recomendación General n.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 16/12/2010.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18/12/1979, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 03/09/1981, UNTS 20378:1249.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Hilaire Vs. Trinidad y Tobago (excepciones preliminares)", 01/09/2001.
- Corte Internacional de Justicia, "Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Opinión Consultiva", 28/05/1951.
- DE PAUW, Marijke, "Women's rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention" en *Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, n.º 77, 2013, pp. 51-65.
- EDWARDS, Richard W., "Reservations to treaties" en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 10, 1989, pp. 362-405.
- FREEMAN, Marsha A., CHINKIN, Christine & RUDOLF, Beate, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford University Press, 2012, Oxford.
- GOODMAN, Ryan, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent" en *American Journal of International Law*, Vol. 96, n.º 3, 2002, pp. 531-560.

- LINDERFALK, Ulf, "On the meaning of the 'Object and Purpose' Criterion, in the Context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 19" en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 72, 2003, pp. 429-448.
- MCCALL-SMITH, Kasey L., "Severing Reservations" en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, n.º 3, 2014, pp. 599-634.
- MOLONEY, Roslyn, "Incompatible Reservations to Human Rights Treaties: Severability and the Problem of State Consent" en *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, n.º 1, 2004, pp. 155-168.
- MÜLLER, Daniel & PELLET, Alain, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil", en FASTENRATH, Ulrich, GEIGER, Rudolf, ERASMUS KHAN, Daniel y otros/as (eds.) *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, pp. 521-551.
- PARISI, Francesco & SEVCENKO, Catherine, "Treaty Reservations and the Economics of Article 21(1) of the Vienna Convention" en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, n.º 1, 2003, pp. 1-26.
- RIDDLE, Jennifer, "Making CEDAW universal: a critique of CEDAW's reservation regime under article 28 and the effectiveness of the reporting process", en *George Washington International Law Review*, Vol. 34, n.º 3, 2002, pp. 605-638.
- SCHABAS, William A., "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child", en *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 3, 1997, pp. 79-112.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Belilos c/ Suiza", 29/04/1988.
- , "Weber c/ Suiza", 22/05/1990.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Loizidou c/ Turquía (excepciones preliminares)", 23/03/1995.
- United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, base de datos, URL https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=, consultado el 28/07/2020.
- VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus-Nijhoff, 2009, Boston / Leiden.