

**RESERVAS INCOMPATIBLES CON EL OBJETO Y FIN
DE LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE
TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA
LA MUJER. EL CASO DE LOS ESTADOS ISLÁMICOS**

***INCOMPATIBLE RESERVATIONS WITH THE OBJECT
AND PURPOSE OF THE CONVENTION ON THE
ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION
AGAINST WOMEN. THE CASE OF ISLAMIC STATES***

José Rafael Marín Aís*

“La convicción de que una vez que se hayan eliminado los últimos obstáculos (ignorancia e irracionalidad, alienación y explotación, y sus raíces individuales y sociales) se iniciará por fin una verdadera historia humana, es decir, una cooperación universal armoniosa, es una forma secular de lo que constituye sin duda una necesidad permanente de la humanidad. Pero, si es cierto que no todos los fines humanos últimos son necesariamente compatibles, quizá sólo puede haber opciones no regidas por un principio decisivo, algunas de ellas dolorosas, tanto para el agente como para otros. De esto seguiría que la creación de una estructura social que evitase, como mínimo, alternativas moralmente inadmisibles y fomentase, como máximo, la solidaridad activa en la persecución de objetivos comunes, tal vez fuese lo mejor que pudiesen pretender alcanzar los seres humanos, si no se reprimen así demasiados objetivos humanos igualmente válidos”¹.

Fecha de recepción del original: 24 de febrero de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 10 de junio de 2015.

* Profesor Doctor Sustituto Interino, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada. Máster en Derecho de la Unión Europea (LLM) en el Colegio de Europa, Brujas (Bélgica). Correo electrónico: marinai@ugr.es.

¹ BERLIN, I., *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Ediciones Península, 3ª Edición, Barcelona, 1998, p. 220.

Sumario: I. CUESTIONES PRELIMINARES: LAS RESERVAS DE DUDOSA COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER FRENTE A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. II. OBJECIONES A LAS RESERVAS FORMULADAS POR ESTADOS ISLÁMICOS A LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. III. ELEMENTOS DE JUICIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE LAS RESERVAS FORMULADAS A LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV. EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y SU INDETERMINACIÓN EN CUANTO A LA PRÁCTICA DE LAS RESERVAS CONTRARIAS AL OBJETO Y FIN. V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FORMULACIÓN DE RESERVAS CONTRARIAS AL OBJETO Y FIN DE LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos encuentra en las reservas a los tratados internacionales para su protección un fuerte obstáculo práctico fruto de la relevancia del consentimiento estatal en la formación de las normas y obligaciones internacionales. En el presente estudio son objeto de atención aquellas reservas de carácter general o que afectan a aspectos esenciales de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que numerosos Estados islámicos han formulado subordinando la aplicación de este tratado internacional a la ley islámica. Dichas reservas han suscitado objeciones por parte de terceros Estados y en algunas ocasiones han sido consideradas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer como contrarias al objeto y fin de la Convención. El propósito de este trabajo es ofrecer un análisis de las consecuencias jurídicas que se desprenden de la formulación y mantenimiento de este tipo de reservas a la luz del estado actual del Derecho Internacional general y de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en 2011. Las conclusiones se encaminan a poner de manifiesto posibles límites a la relevancia del consentimiento estatal en la adquisición de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos así como a presentar un examen de los recursos y limitaciones presentes en el Derecho Internacional general para hacer efectiva la universalidad de los derechos humanos, en este caso de la mujer, desde el respeto a la diversidad cultural.

ABSTRACT: Universality, interdependence and indivisibility of human rights receives a strong handicap due to reservations formulated to international treaties facing its protection. This reflects the extraordinary importance that state consent still maintains in the process of creation of international norms and obligations. This study is focused on those reservations of general feature or addressed to essential aspects of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women which have been erected by many Islamic States subordinating to Islamic law the application of this treaty. Such reservations have raised several objections made by third states and even they have been found as being contrary to the object and purpose of the Convention by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. The purpose of this work is to elucidate the legal consequences of the formulation and maintenance of this kind of reservations in light of current International Law and of the Guide to Practice on Reservations to Treaties adopted by the International Law Commission in 2011. Conclusions are oriented at emphasizing possible limits to the preeminence of state consent in the acquisition of international obligations in the field of human rights and also at offering a portrait of the resources and limitations which International Law has in order to increase and achieve the universality of human rights protection, women's rights in this case, from strict observance and respect to cultural diversity.

PALABRAS CLAVE: Universalidad, derechos humanos, reservas contrarias al objeto y fin de un tratado internacional, Estados islámicos, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, diversidad cultural.

KEYWORDS: Universality, human rights, reservations being contrary to the object and purpose of an international treaty, Islamic States, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, cultural diversity.

I. CUESTIONES PRELIMINARES: LAS RESERVAS DE DUDOSA COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER FRENTE A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El presente estudio tiene por objeto aproximarse a las consecuencias jurídicas derivadas de la formulación de reservas contrarias al objeto y fin de los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos. El campo empírico de estudio principal de este trabajo se centra en aquéllas de las reservas formuladas por algunos de los Estados islámicos² a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³ que puedan ser consideradas como contrarias a su objeto y fin. Dichas reservas han suscitado oposición por parte de terceros Estados como se examina en el apartado siguiente. A lo largo del presente estudio, se pretende reflexionar acerca de las

² Dentro de esta categoría y a los efectos del presente trabajo se incluyen tanto Estados con un régimen político teocrático donde la ley religiosa es el Derecho (Arabia Saudí o Irán, por ejemplo, pese a pertenecer a dos facciones diferenciadas del Islam, mayoritariamente suní el primero y mayoritariamente chií el segundo) como Estados confesionales donde el Islam es la religión oficial del Estado y por ende la ley civil recibe una fuerte inspiración de la ley religiosa (Marruecos o Libia, por ejemplo). Irán no es siquiera signatario de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en cualquier caso. Nótese que esta categoría nominal “Estados islámicos” es empleada únicamente a los propósitos propios del presente trabajo y que conceptualmente se ha llegado a señalar que “Estados islámicos” supone una contradicción en términos del mismo modo que hablar de la *Sharia* como ley o Derecho islámico, puesto que para una autoridad política es imposible aplicar la totalidad de los preceptos religiosos de naturaleza jurisprudencial derivada de la interpretación del Corán y la *Sunna*, al menos en la rama suní del Islam, y sobre todo, porque la aplicación a través del poder coercitivo del Estado implica la negación de la naturaleza religiosa de los preceptos y de la creencia y la convicción religiosa como fundamento de su observancia y respeto. Véase al respecto, AN-NA’IM, A. A., “The Position of Islamic States Regarding the Universal Declaration of Human Rights”, en BAEHR, P., FLINTERMAN, C., y SENDERS, M. (eds.), *Innovation and inspiration: Fifty years of the Universal Declaration of Human Rights*, The Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Amsterdam, 1999, p. 179. Por simplificación, este mismo autor termina por acatar el calificativo de “islámicos” como válido para todos aquellos Estados donde existe una mayoría de población musulmana. Subsidiariamente, éste es un criterio también válido para el presente estudio, de modo que bajo esta denominación podríamos encontrar tangencialmente a Estados formalmente laicos como Malí o Turquía, o no estrictamente teocráticos como Indonesia o Jordania, pero con una mayoría de población musulmana.

³ Adoptada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979 A/RES/34/180, y en vigor desde el 3 de septiembre de 1981, United Nations, Treaty Series, Vol. 1249, p. 13. Véase REHOF, L. A., *Guide to the travaux préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 11.

consecuencias jurídicas derivadas de la hipotética falta de validez de tales reservas a la luz del estado actual del Derecho Internacional general, teniendo como elementos normativos de análisis primordial la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la reciente Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en 2011. El punto de partida es la comprensión del papel que han desempeñado muchos de los Estados islámicos en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estos Estados desde la Segunda Guerra Mundial se han ido adhiriendo progresivamente a los tratados de derechos humanos, pero en su práctica jurídica sustentada desde un pretendido relativismo cultural y desde una visión teocéntrica y no antropocéntrica de la noción de derechos humanos han acompañado su ratificación de la formulación de reservas con objeto de subordinar el reconocimiento de derechos individuales a los mandatos de la ley religiosa (*Sharia*)⁴.

Uno de los nexos entre la diversidad cultural y la obligación internacional de respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra en la Convención de la Unesco sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 20 de octubre de 2005⁵, en concreto, entre sus principios rectores con arreglo a su artículo 2.1 se encuentra como única forma de promoción y protección posible de la diversidad cultural aceptable en Derecho Internacional aquella que no atenta contra los derechos humanos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la que lógicamente trae causa la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, como el Preámbulo de esta última indica⁶.

⁴ Un interesante trabajo sobre la relación de los Estados Árabes con las normas internacionales para la protección de los derechos humanos puede verse en GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., “Estados árabes y derechos humanos: la recepción y aplicación de la norma internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV, nº 2, 2012, pp. 105-131. En relación con los instrumentos que los Estados islámicos han creado para intentar explicar desde su fundamento teológico cómo son los derechos humanos en el Islam debe verse LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., “La concepción de los derechos humanos en el Islam. Consecuencias para y sobre el terrorismo yihadista”, en GUTIÉRREZ ESPADA, C. (dir.), y CERVELL HORTAL, M. J. (coord.), *Nosotros y el Islam*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2012, pp. 125-135. Asimismo debe verse ARTZ, D. E., “The Application of International Law of Human Rights in Islamic States”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, nº 2, 1990, pp. 202-230. El presente trabajo no se limita a los países árabes sino que pretende englobar a otros Estados musulmanes no árabes como serían los casos de Irán y Pakistán.

⁵ Este tratado internacional cuenta con 133 Estados parte, amén de la Unión Europea como organización internacional de integración regional, que también es parte. Entre los Estados parte de esta Convención encontramos, por ejemplo, a Marruecos, Siria, Qatar, Kuwait, Irak, Egipto, Malí, Túnez, Jordania, Chad, Bangladesh, Indonesia, Palestina o Níger. En relación a la participación de la Unión Europea, véase la Decisión del Consejo 2006/515/CE, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, D.O.U.E Serie L 201/15, de 25 de julio de 2006; asimismo, VON BOGDANDY, A., “The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity -Elements of a Beautiful Friendship”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 2, 2008, pp. 241-275.

⁶ Véase al respecto, DONDERS, Y., “Do cultural diversity and human rights make a good match?”, *International Social Science Journal*, Vol. 61, nº 199, 2010, pp. 15-35.

En el caso de la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW en adelante), adoptada en 1979,⁷ su artículo 28.2 dispone que será inaceptable toda reserva incompatible con su objeto y propósito⁸.

Hay numerosos Estados que han formulado reservas a su contenido, bien en el momento de su ratificación bien en un momento posterior que son susceptibles de atentar contra el objeto y propósito de la Convención: Argelia, Arabia Saudí, Bahrein, Bangladesh, Brunéi Darussalam, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Irak, Kuwait, Libia, Malasia, Marruecos, Mauritania, Omán, Pakistán, Qatar, República de Maldivas y Siria, son todos Estados que han formulado reservas de carácter parcial o total al contenido de la CEDAW que proyectan la subordinación de las obligaciones de la misma a la ley religiosa islámica o a su traducción en la ley civil de forma más o menos explícita. Desde luego los Estados islámicos no conforman una unidad homogénea⁹ a ningún

⁷ Se trata de un tratado internacional que cuenta con 189 Estados parte (Sudán del Sur ha sido el último en convertirse en Estado parte, desde el pasado 30 de abril de 2015). La CEDAW goza en apariencia de una aceptación prácticamente universal, por lo que bien puede defenderse que muchas de sus disposiciones han pasado a integrar el Derecho Internacional general de naturaleza consuetudinaria. El Estado de Palestina, tras su reciente admisión como Estado observador en la Organización de Naciones Unidas, fue el penúltimo Estado en adherirse a la CEDAW el pasado 2 de abril de 2014. Debe verse la Resolución 67/19 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 29 de noviembre de 2012, *Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas*, A/RES/67/19. La CEDAW es uno de los nueve tratados internacionales principales adoptados en el ámbito universal para la protección de los derechos humanos y cuenta con su mecanismo propio de control: el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Los otros ocho tratados principales son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006; y la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 20 de diciembre de 2006.

⁸ Nótese que la formulación literal de este precepto claramente reviste mayor contundencia que el tenor del artículo 19 apartado c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Véase COOK, R. J., "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 30, 1990, pp. 643-709.

⁹ La organización internacional de cooperación de carácter regional que agrupa a 57 Estados islámicos es la Organización Internacional para la Cooperación Islámica (OIC) que trabaja para defender y salvaguardar la voz e intereses del mundo musulmán y promover la paz y armonía internacionales. En ella la protección internacional de los derechos humanos está cobrando cada vez mayor relevancia como objeto de debate y discusión aunque el factor religioso suele operar como causa de limitación y restricción de los estándares internacionalmente reconocidos en materia de protección de los derechos humanos, en este sentido, véase GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., "The Organization of Islamic Cooperation in contemporary international society", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27, 2014, asimismo CISMAS, I., *Religious Actors and International Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 253 y ss. Se ha dicho que los movimientos fundamentalistas aparecidos en el S.XX han instrumentalizado la religión subvirtiendo los valores originarios de la tradición de la civilización islámica, algo que unido al desconocimiento por parte de Occidente de la genuina tradición islámica ha provocado que no se conozca en Occidente suficientemente que también en el Islam se ha desarrollado una cierta tradición particular relativa a la protección de los derechos humanos en la medida en que valores como libertad, igualdad, tolerancia, pluralismo religioso y solidaridad que sustentan las

efecto pero a los propios fines de este trabajo el tipo de reservas formuladas a la CEDAW por ellos sí que permiten agruparlos debido a su gran similitud.

Resulta *prima facie* difícil determinar cuándo estamos ante una reserva de carácter general y cuándo las reservas únicamente atañen a aspectos específicos de la Convención. Precisamente, el artículo 2 de la Convención que es una de las disposiciones esenciales de carácter transversal de la misma es de las disposiciones que con más frecuencia ha sido objeto de reservas fundamentadas en la tradición religiosa islámica o en la *Sharia*, amén de otras manifestaciones culturales sin raigambre en el Islam: el artículo 2 de la CEDAW impone la obligación de erradicar todas las formas de discriminación entre hombre y mujer mediante la adopción de políticas, medidas legislativas y administrativas que acaben con cualquier práctica o costumbre contraria a su finalidad; además de contener la obligación de implantar en un lugar central del ordenamiento jurídico el principio de igualdad entre hombre y mujer.

Además de la disposición central de la Convención en su artículo 2, las disposiciones contenidas en los artículos 9 (igualdad de derechos entre hombre y mujer en relación con la nacionalidad¹⁰), 15 (igualdad ante la ley e idéntica capacidad jurídica en asuntos civiles), y 16 (matrimonio y familia) constituyen los aspectos que con más frecuencia han sido objeto de reservas culturales justificadas por referencia a la ley islámica.

Reservas que dado su tenor amplio, general y rotundo son candidatas para ser contrarias al objeto y fin de la Convención son, por ejemplo, las formuladas por Arabia Saudí, Brunéi Darussalam, Mauritania¹¹, Malasia u Omán: todas ellas restringen la manifestación del consentimiento en adherirse a la Convención únicamente a aquéllos preceptos y obligaciones que no contradigan a la *Sharia* o Derecho islámico (de forma manifiestamente contraria al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que impide a toda parte en un tratado internacional invocar las

democracias occidentales no son completamente extraños ni ajenos a la genuina tradición islámica, doctrina originaria de la que procede la *Sharia*, véase LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., “La concepción de los derechos humanos en el Islam. Consecuencias para y sobre el terrorismo yihadista”, *op. cit.*, pp. 115-135.

¹⁰ Por ejemplo, Emiratos Árabes Unidos considera que la nacionalidad y su regulación en cuanto a los modos de adquisición es un asunto puramente interno y que de conformidad con su legislación nacional los hijos adquirirán la nacionalidad a través del padre, véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Respuestas a la lista de cuestiones y preguntas relativas al examen del informe periódico inicial de los Emiratos Árabes Unidos, CEDAW/C/ARE/Q/1/Add., 19 de octubre de 2010, p. 4.

¹¹ El 25 de julio de 2014 Mauritania informó al Secretario General de que retiraba parcialmente su reserva de carácter general, manteniéndola invariable con respecto a los artículos 13 a) y 16 de la Convención. Debe verse:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#76
La retirada parcial fue acogida en principio con beneplácito por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer aunque éste intentó disuadir al Estado parte de sustituir su reserva de carácter general por reservas relativas a aspectos específicos de la CEDAW que considera potencialmente lesivas de su objeto y fin, véanse las Observaciones finales del Comité sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Mauritania, 24 de julio de 2014, CEDAW/C/MRT/CO/2-3, apartados 8 y 9.

peculiaridades de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones adquiridas frente a terceros por vía convencional)¹².

La tradición religiosa islámica es invocada con frecuencia, por ejemplo, por Egipto¹³ o Emiratos Árabes Unidos, para exceptuar en el ámbito del artículo 16 de la Convención la igualdad de marido y mujer con respecto al divorcio. Sirva de ejemplo la reserva efectuada por Egipto al contenido del artículo 16 asegurando que la *Sharia* garantiza derechos equivalentes, no idénticos ni simétricos, entre los esposos, como garantía de un justo equilibrio¹⁴.

Los Estados, no obstante, se esmeran por aparentar que su conducta y ordenamiento internos son conformes, empero, a la letra y espíritu de la Convención: en el caso concreto del Reino de Marruecos, éste en el momento de ratificar la Convención efectuó una declaración interpretativa de carácter general a su artículo 2 aceptando su contenido salvo que entrara en conflicto con las disposiciones tradicionales de la *Sharia*. Dicha declaración interpretativa es percibida por Países Bajos como una reserva contraria al objeto y fin del tratado. Bien es cierto que en 2011 Marruecos ha retirado algunas de las reservas que tenía en relación a la igualdad de derechos entre esposos y esposas en el matrimonio, sin embargo, dicha declaración interpretativa expresada en términos rotundos y generales persiste¹⁵. En este sentido, Túnez inmerso en un proceso de transición constitucional¹⁶ comunicó al Secretario General de Naciones Unidas la retirada de sus reservas a la Convención (que no mencionan expresamente a la tradición islámica) así como el mantenimiento de una única declaración interpretativa supeditando la aplicación de la misma a su compatibilidad con el Capítulo I de la

¹² DONDERS, Y., “Cultural Pluralism in International Human Rights Law. The Role of Reservations”, en VRDOLJAK, A. F., (ed.), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press, 2013, pp. 215-216.

¹³ Véase en relación con las reservas efectuadas por Egipto, JENEFSKY, A., “Permissibility of Egypt's Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 15, n° 2, 1991, pp. 199-233.

¹⁴ “Reservation to the text of article 16 concerning the equality of men and women in all matters relating to marriage and family relations during the marriage and upon its dissolution, without prejudice to the Islamic Sharia's provisions whereby women are accorded rights equivalent to those of their spouses so as to ensure a just balance between them. This is out of respect for the sacrosanct nature of the firm religious beliefs which govern marital relations in Egypt and which may not be called in question and in view of the fact that one of the most important bases of these relations is an equivalency of rights and duties so as to ensure complementary which guarantees true equality between the spouses. The provisions of the Sharia lay down that the husband shall pay bridal money to the wife and maintain her fully and shall also make a payment to her upon divorce, whereas the wife retains full rights over her property and is not obliged to spend anything on her keep. The Sharia therefore restricts the wife's rights to divorce by making it contingent on a judge's ruling, whereas no such restriction is laid down in the case of the husband”. Disponible en:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#76

¹⁵ Por su parte, Turquía había retirado desde 1999 sus reservas sustantivas a los artículos 15 y 16 de la Convención (relativos a, la igualdad ante la ley y matrimonio y familia, respectivamente). Sigue manteniendo, en cambio, su reserva formulada al artículo 9 apartado 1 (relativo a la igualdad de derechos entre hombre y mujer a la hora de adquirir, cambiar o conservar la nacionalidad) y también a la cláusula compromisoria que otorgaría competencia a la Corte Internacional de Justicia en relación con la Convención recogida en el artículo 29.1.

¹⁶ Véase NAÏR, S., *La esperanza tunecina*, El País, 2 de enero de 2015.

Constitución tunecina¹⁷. No todos los casos evidencian una tendencia a la atenuación o retirada de reservas, también encontramos casos de mantenimiento de la reserva calificada de contraria al objeto y fin así como de involución en el respeto a los derechos recogidos en la Convención alegando la observancia de la *Sharia*¹⁸.

La actitud de este grupo de países queda patente en el escaso grado de ratificación¹⁹ que entre ellos ha tenido el Protocolo Facultativo a la Convención para la Eliminación de

¹⁷ “On 17 April 2014, the Government of the Republic of Tunisia notified the Secretary-General of its decision to withdraw the declaration with regard to article 15(4) of the Convention and the reservations to articles 9(2), 16 (c), (d), (f), (g), (h) and 29(1) of the Convention made upon ratification which read as follows:

1. General declaration: The Tunisian Government declares that it shall not take any organizational or legislative decision in conformity with the requirements of this Convention where such a decision would conflict with the provisions of chapter I of the Tunisian Constitution.

2. Reservation concerning article 9, paragraph 2: The Tunisian Government expresses its reservation with regard to the provisions in article 9, paragraph 2 of the Convention, which must not conflict with the provisions of chapter VI of the Tunisian Nationality Code.

3. Reservation concerning article 16, paragraphs (c), (d), (f), (g) and (h): The Tunisian Government considers itself not bound by article 16, paragraphs (c), (d) and (f) of the Convention and declares that paragraphs (g) and (h) of that article must not conflict with the provisions of the Personal Status Code concerning the granting of family names to children and the acquisition of property through inheritance.

4. Reservation concerning article 29, paragraph 1: The Tunisian Government declares, in conformity with the requirements of article 29, paragraph 2 of the Convention, that it shall not be bound by the provisions of paragraph 1 of that article which specify that any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice at the request of any one of those parties. The Tunisian Government considers that such disputes should be submitted for arbitration or consideration by the International Court of Justice only with the consent of all parties to the dispute.

5. Declaration concerning article 15, paragraph 4: In accordance with the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties, dated 23 May 1969, the Tunisian Government emphasizes that the requirements of article 15, paragraph 4, of the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women, and particularly that part relating to the right of women to choose their residence and domicile, must not be interpreted in a manner which conflicts with the provisions of the Personal Status Code on this subject, as set forth in chapters 23 and 61 of the Code”. Disponible en:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#76

¹⁸ Éste es el caso de Brunéi Darussalam, donde al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: “Preocupa seriamente [...] la interpretación restrictiva de la sharia adoptada por el Estado parte y los efectos perjudiciales en los derechos humanos de la mujeres del Decreto relativo al Código Penal de la Sharia de 2013, recientemente aprobado, que en la tercera fase de aplicación impondrá la pena de muerte por lapidación por varios “delitos”, en particular el adulterio y las relaciones extramatrimoniales (*zina*). Si bien observa que las mismas penas se aplican a las mujeres y los hombres, el Comité está profundamente preocupado por el hecho de que las mujeres se vean afectadas de manera desproporcionada por los castigos correspondientes a los “delitos” relacionados con el sexo y corran un mayor riesgo de ser condenadas por adulterio y relaciones extramatrimoniales debido a las políticas de investigación discriminatorias y las disposiciones sobre la ponderación de las pruebas. En particular, observa con preocupación que las mujeres hacen frente a mayores dificultades para reunir las pruebas necesarias a fin de demostrar la violación, por lo cual el temor de ser acusadas de *zina* probablemente las disuade de denunciar una violación”, véanse sus Observaciones finales sobre los informes periódicos inicial y segundo combinados de Brunéi Darussalam, 14 de noviembre de 2014, CEDAW/C/BRN/CO/1-2, apartado 12. En sus apartados 8 y 9 el Comité deplora el empeño de Brunéi de mantener su reserva general a la Convención que es calificada de inaceptable por contraria al objeto y fin de la Convención y al mismo tiempo se insta enérgicamente al Estado parte a su retirada o alternativamente a limitar el alcance de la misma.

¹⁹ Véase:

Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 6 de octubre de 1999²⁰. Este Protocolo establece una competencia adicional del Comité encargado de su aplicación para llevar a cabo investigaciones en aquellos Estados parte cuando el Comité reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas de los derechos de la mujer. Investigaciones que pueden incluir con el consentimiento del Estado parte visitas sobre su territorio (véanse sus artículos 8-9). La escasa aceptación del Protocolo Facultativo a la CEDAW se comprende con facilidad si se tiene en cuenta que su artículo 17 prohíbe la formulación de reservas, excluyendo de este modo la posibilidad de que los Estados parte seleccionen aquéllas parcelas donde no aceptan el examen de comunicaciones individuales ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

En ningún caso el propósito del presente estudio pretende sostener que la condición de la mujer es aberrante únicamente en Estados árabes e islámicos, desde nuestra concepción occidental de la dignidad humana. Del mismo modo que también hay Estados no islámicos como Singapur, Micronesia, Israel o India que han formulado reservas basadas en la costumbre o la tradición cultural a preceptos de importancia capital recogidos en la Convención²¹. Particularmente, preocupante es el caso de India que afirma en una declaración interpretativa efectuada en el momento de incorporarse a la Convención que su cumplimiento estará subordinado a su política de no injerencia en los asuntos personales propios de cada una de las comunidades que habitan su territorio²². India efectuó su reserva probablemente pensando *inter alia* en su importante comunidad musulmana. En India, como pone de manifiesto el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, vienen creciendo en frecuencia los casos de violación de mujeres y niñas, el número de ataques y muertes relacionadas con

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en

²⁰ HODSON, L., "Women's Rights and the Periphery: CEDAW's Optional Protocol", *European Journal of International Law*, Vol. 25, n° 2, 2014, pp. 561-578.

²¹ DONDERS, Y., "Cultural Pluralism in International Human Rights Law. The Role of Reservations", *op. cit.*, pp. 218-219. Debe tenerse presente también el caso de las reservas formuladas por Israel a importantes preceptos de la Convención para preservar la integridad de las distintas comunidades religiosas: "1. The State of Israel hereby expresses its reservation with regard to article 7 (b) of the Convention concerning the appointment of women to serve as judges of religious courts where this is prohibited by the laws of any of the religious communities in Israel. Otherwise, the said article is fully implemented in Israel, in view of the fact that women take a prominent part in all aspect of public life. 2. The State of Israel hereby expresses its reservation with regard to article 16 of the Convention, to the extent that the laws on personal status which are binding on the various religious communities in Israel do not conform with the provisions of that article.", véase:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en

²² "Declarations and reservations made upon signature and confirmed upon ratification:

i) With regard to articles 5 (a) and 16 (1) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, the Government of the Republic of India declares that it shall abide by and ensure these provisions in conformity with its policy of non-interference in the personal affairs of any Community without its initiative and consent.

ii) With regard to article 16 (2) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, the Government of the Republic of India declares that though in principle it fully supports the principle of compulsory registration of marriages, it is not practical in a vast country like India with its variety of customs, religions and level of literacy".

el sistema de la dote, así como el número de agresiones con ácido a mujeres. Al Comité preocupa especialmente:

“[...] la persistencia de actitudes patriarcales y estereotipos profundamente arraigados en las instituciones y estructuras sociales, culturales, económicas y políticas de la sociedad y en los medios de comunicación de la India que discriminan a la mujer. Preocupa al Comité, asimismo, que persistan en el Estado parte prácticas tradicionales nocivas como el matrimonio infantil, el sistema de la dote, los denominados “asesinatos por motivos de honor”, el aborto selectivo en función del sexo, la inmolación de viudas (*sati*), la consagración de niñas a deidades (*devadasi*) y las acusaciones de brujería contra mujeres. Al Comité le preocupa especialmente que el Estado parte no haya adoptado suficientes medidas constantes y sistemáticas para transformar o erradicar los estereotipos y las prácticas nocivas”²³.

A la situación jurídica de la mujer se añade, por tanto, la extendida creencia *metajurídica* profundamente arraigada en las sociedades occidentales de que el trato que recibe la mujer es ominoso en estos países del mismo modo que lo es su posición jurídica, política, económica y social²⁴. Esta creencia no se debe a la simple casualidad, al ánimo imperialista, a la pretendida superioridad moral occidental o a la mera animadversión hacia una tradición cultural, como por desgracia, ponen de manifiesto casos como el de Malala Yousafzai, una niña de Pakistán tiroteada el 9 de octubre de 2012 cuando volvía de la escuela por hacer campaña desde los once años en defensa del acceso de las niñas a la educación. Afortunadamente, tras su recuperación en Reino Unido, Malala ha podido regresar a la enseñanza secundaria y convertirse en un símbolo del activismo en defensa del derecho a la educación, llegando a intervenir ante la Asamblea General de Naciones Unidas y siendo galardonada con el Premio Nobel de la Paz en 2014²⁵.

Como se ha indicado previamente, no solo en Estados islámicos o en Estados que formulan reservas a la CEDAW la situación de la mujer resulta lamentable, también lo es en India o en Somalia (que no ha ratificado la Convención) y por supuesto, todos los Estados de la Tierra tienen un largo camino por delante en esta materia y cada sociedad debe ser evaluada en su propio contexto²⁶. Una valoración que puede repeler al estado

²³ Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de la India del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 de julio de 2014, CEDAW/C/IND/CO/4-5, apartados 10, 20 y siguientes. Como se anticipaba una de las motivaciones de la reserva de India también está en su numerosa comunidad musulmana: “El Comité también está preocupado por las informaciones acerca de que los jueces a menudo autorizan el matrimonio de niñas menores de edad sobre la base de leyes musulmanas sobre el estatuto de la persona [...]”, véase el apartado 38 de dicho documento.

²⁴ Véase BASSETS, L., *Siembra revolucionaria*, El País, 17 de noviembre de 2013.

²⁵ En el valle del río Swat los talibanes establecieron un “Estado dentro del Estado” pakistaní mediante la ocupación militar, prohibiendo la asistencia a la escuela de las niñas.

²⁶ Sobre la situación jurídico-internacional de la mujer debe verse en mayor detalle, DÍEZ PERALTA, E., “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIII, nº 2, 2011, pp. 87-121; asimismo, RAMÓN CHORNET, C., “La protección internacional de la mujer: un camino sin retorno”, en MARIÑO, F. M. (dir.), ALCOCEBA GALLEGO, A., y QUISPE

de opinión creado en nuestras sociedades actuales deriva de la constatación y afirmación que sostiene que hasta bien entrado el Siglo XIX la tradición islámica garantizaba una mejor posición económica y jurídica a la mujer en el ámbito del matrimonio que la que ésta pudiera alcanzar en cualquier tradición legal occidental²⁷.

Afganistán es evidencia de la afirmación inmediatamente anterior: se convirtió en parte de la CEDAW sin formular reservas, sin embargo, ello no ha impedido por el momento que la violencia contra la mujer siga estando extendida, que se persiga a la mujer por adulterio de forma preventiva tras abandonar el hogar, que se obligue a mujeres víctimas de violación a contraer matrimonio con sus violadores, que las mujeres violadas y fugadas sean sometidas a pruebas de virginidad, o que los autores de los llamados “crímenes de honor” puedan invocar precisamente el honor como circunstancia atenuante de su responsabilidad penal. Pese a no existir una reserva explícita es interesante considerar el papel que la tradición religiosa sigue desempeñando en impedir una correcta aplicación de las obligaciones de este tratado²⁸.

Precisamente, otra de las obligaciones de carácter transversal que contiene la CEDAW que colisiona con determinadas manifestaciones y concepciones de la diversidad cultural es la dirigida a modificar los patrones socioculturales, prácticas consuetudinarias, prejuicios, visiones estereotipadas de las funciones de hombre y mujer, etc.²⁹, que se fundamenten en la superioridad o inferioridad de cualquiera de los

REMÓN, F. (coords.), *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Universidad Carlos III de Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 83-90.

²⁷ En este sentido se pronuncia: MIR-HOSSEINI, Z., “Women in Search of Common Ground: Between Islamic and International Human Rights Law”, en EMON, A. M., ELLIS, M. S., y GLAHN, B. (eds.), *Islamic Law and International Human Rights Law. Searching for Common Ground?*, Oxford University Press, 2012, pp. 293-295.

²⁸ Tal y como pone de manifiesto la siguiente recomendación efectuada por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer a Afganistán de que: “[...]Adopte una política y estrategia integral para eliminar todas las prácticas nocivas para las mujeres y las niñas, que incluya la concienciación de las autoridades religiosas y comunitarias con el fin de impedir la interpretación errónea de la sharia y de los principios islámicos, y además realice una labor de sensibilización de la ciudadanía y los medios de información, en colaboración con las organizaciones de la sociedad civil y de las mujeres[...]”, véanse las Observaciones finales sobre el informe inicial y el segundo informe periódico combinados de Afganistán del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 30 de julio de 2013, CEDAW/C/AFG/CO/1-2.

²⁹ Se ha señalado, desde los enfoques feministas sobre el Derecho Internacional, que las reservas a la CEDAW fundamentadas en los preceptos religiosos ilustran la predominancia de los valores masculinos en las estructuras normativas del Derecho Internacional así como la imposibilidad de que dicho Derecho Internacional sea una herramienta válida para que la comunidad internacional pueda alterar las estructuras patriarcales sobre las que se cimienta la subordinación de la mujer si no son todas sus categorías normativas pasadas por el tamiz de las cuestiones de género: “Modern international law is not only androcentric, but also Euro-centered in its origins, and has assimilated many assumptions about law and the place of law in society from western legal thinking. These include essentially patriarchal legal institutions, the assumption that law is objective, gender neutral and universally applicable, and the societal division into public and private spheres, which relegates many matters of concern to women to the private area regarded as inappropriate for legal regulation”, CHARLESWORTH, H., CHINKIN, C., y WRIGHT, S., “Feminist Approaches to International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 85, nº 4, 1991, pp. 613-645, en p. 644. Del mismo modo, existe una gran variedad de enfoques “disidentes” en la teoría de las Relaciones Internacionales que tienen su sustrato político y epistemológico

sexos, con vistas a lograr la materialización de la responsabilidad común de hombres y mujeres en la educación y desarrollo de los hijos así como el reconocimiento de la función social de la maternidad (artículo 5)³⁰. Piénsese en la práctica de la mutilación genital femenina extendida en abundantes Estados africanos y asiáticos tanto islámicos como no islámicos (Egipto, Djibouti, Guinea o Sierra Leona, por señalar algunos)³¹: en su Recomendación General nº 14 de 1990 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ya instó a los Estados parte en la Convención a adoptar medidas eficaces y apropiadas dirigidas a erradicar esta práctica³². Con posterioridad,

en el feminismo, véase al respecto SALOMÓN, M., “La Teoría de las Relaciones internacionales en los albores del siglo XXI: Diálogo, disidencia, aproximaciones”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 4, 2002, pp. 32-37.

³⁰ El Estado de Níger formuló una reserva a la obligación contenida en el artículo 5 apartado a) de la Convención de modificar patrones sociales y culturales de conducta de hombres y mujeres. Nótese que en Níger se alcanza una de las tasas de natalidad más altas del mundo. Por su parte, Qatar formuló una declaración interpretativa en relación con el contenido del artículo 5 apartado a) señalando que en ningún caso esta disposición podrá ser interpretada como un aliciente para que las mujeres abandonen su función como madres y su rol en la crianza de los hijos de forma contraria a la estructura tradicional de la familia. Véase:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#76

³¹ FAGAN, A., *The Atlas of Human Rights. Mapping violations of freedom around the globe*, Myriad Ed., Brighton, 2010, pp. 82-83.

³² Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General nº 14: *Circuncisión femenina*, Noveno período de sesiones, 1990. España persigue con carácter extraterritorial como delito de lesiones esta práctica en casos de reagrupación familiar cuando la mutilación de la hija menor tuvo lugar en el Estado de origen (Senegal en el caso que se cita a continuación) mientras que el progenitor cuya residencia devenga el derecho a la reagrupación vivía ya a la sazón en territorio español, véase la Sentencia nº 9/2013 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2013 (Roj: SAN 1323/2013). En su Fundamento Jurídico 2º se invocan fundamentos iusinternacionales de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución Española: “En efecto, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, modificada por Ley-Organica 2/2009, de 11 de diciembre, establece que ‘Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas’... Por su parte, y de forma más concreta, la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, señala que ‘El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres’ [...]”. Sobre este asunto puede verse el comentario de GORJÓN BARRANCO, M. C., “Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), n.º 9/2013 de 4 de abril (ROJ SAN 1323/2013)”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, nº 2, 2013, pp. 283-285. Tras la nueva redacción otorgada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (B.O.E. nº 63, 14 de marzo de 2014, Sección I, p. 23.026 y ss.) su artículo 23 apartado 4 letra l) continúa permitiendo la persecución extraterritorial de la mutilación genital siempre y cuando exista el vínculo de la nacionalidad o la residencia habitual del presunto responsable, ello de conformidad con el artículo 38 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011,

sucesivas resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas han reiterado e intensificado el llamamiento para la eliminación universal de todas las formas de violencia contra la mujer, incluyendo la mutilación genital femenina³³. Unidos a ellas deben considerarse los esfuerzos realizados en el ámbito regional africano, en el seno tanto de la Organización para la Unidad Africana (hoy Unión Africana) como de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO)³⁴.

La modificación de patrones culturales entra de lleno en la tensión entre ideas y creencias que señalara el filósofo Ortega y Gasset: “Las ideas se tienen; en las creencias se está”³⁵. De modo que la CEDAW y la labor de su órgano de control, amén de su validez y funciones jurídicas, deben constituir un instrumento educativo.

El antropocentrismo ínsito en la filosofía política occidental que impregna en buena medida a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos encuentra adversarios a la hora de materializar la universalidad y universalización conceptual de los derechos humanos: por ejemplo, el peso de la dimensión comunitaria derivada del confucianismo en China que impone deberes al individuo³⁶, o la explícita subordinación del interés individual a valores superiores a él para el desarrollo armonioso de la vida social mediante la imposición de deberes en la Carta de Banjul, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981³⁷.

Las aventuras bélicas estadounidenses en Afganistán e Irak, ya entrado el Siglo XXI, ciertamente han hecho daño a la causa de la universalidad de los derechos humanos, que sorprendentemente ha pasado a integrar parte del patrimonio ideológico del neoconservadurismo. Desde el 11 de septiembre de 2001 el dilema entre *libertad* y *seguridad* se resuelve conforme avanza el tiempo cada vez más en favor de ésta última

ratificado por España y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, véase su instrumento de ratificación (B.O.E. nº 137, 6 de junio de 2014, Sección I, p. 42.946).

³³ Véanse las siguientes resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas: 48/104 de 23 de febrero de 1994, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, A/RES/48/104; 56/128 de 19 de diciembre de 2001, *Prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña*, A/RES/56/128; 61/143 de 19 de diciembre de 2006, *Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer*, A/RES/61/143; y finalmente, la Resolución 67/146 de 20 de diciembre de 2012, *Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina*, A/RES/67/146.

³⁴ Véanse por ejemplo: en el ámbito de la Unión Africana el Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África, de 11 de julio de 2003, en sus artículos 4 y 5; y en el ámbito de la CEDEAO, la Declaración de Uagadugú de 1999 relativa a la Lucha contra la Mutilación Genital Femenina. En mayor detalle, ONU Mujeres - Centro Virtual de Conocimientos para Eliminar la Violencia contra las Mujeres y las Niñas-, *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos sobre la mutilación genital femenina*, disponible en: <http://www.endvawnow.org/es/articles/645-sources-of-international-human-rights-law-on-female-genital-mutilation.html>

³⁵ ORTEGA Y GASSET, J., *Ideas y creencias (y otros ensayos de Filosofía)*, Alianza Editorial, 2005.

³⁶ CHAN, P. C. W., “Human Rights and Democracy with Chinese Characteristics?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 13, nº 4, 2013, pp. 645-689.

³⁷ Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana reunida en Nairobi, Kenia.

en el mundo occidental. Estados Unidos, paradójicamente, no es un Estado parte en la CEDAW pues sigue siendo meramente signatario. Dicha condición de no Estado parte en este tratado la ostenta compartida con un pequeño grupo conformado por Estados de tan variopinto pelaje como Irán, Palau, la Santa Sede, Somalia, o Sudán. Estados Unidos firmó la CEDAW bajo la presidencia de Jimmy Carter en 1980, pero desde entonces este tratado ha encontrado obstáculos en el Senado estadounidense para la ratificación: durante las administraciones de Ronald Reagan, George H. W. Bush se denegó el apoyo a la incorporación a la CEDAW, y éste fue restablecido bajo la presidencia de Bill Clinton, aunque a día de hoy no han sido superadas las barreras para la ratificación³⁸.

Entre los oponentes y críticos a la universalización de los derechos humanos hay básicamente dos grupos: a) aquellos que refutan los derechos humanos entendidos como producto de la cultura occidental y que piensan que los derechos humanos solo pueden germinar partiendo de unos valores abstractos y generales con el debido respeto a la identidad y prioridades comunitarias de cada comunidad local (un relativismo cultural en el que pueden coincidir algunos grupos tribales indígenas, algunos intelectuales occidentales de tradición marxista, o regímenes autoritarios seculares como China, entre otros); b) aquellos que consideran una profanación de la autoridad divina el establecer normas sobre derechos humanos que no emanen de la ley religiosa (grupos salafistas), así como aquellos que consideran como verdaderos derechos y deberes humanos únicamente los derivados de la *Sharia* (también como fuente del derecho y la justicia penal). Este último caso parece ser el que subyace en la lógica de la Declaración del Cairo de 1990 de los Derechos Humanos en el Islam adoptada en el seno de la Conferencia de Estados Islámicos (predecesora de la actual Organización Internacional para la Cooperación Islámica), una organización internacional integrada actualmente por 57 Estados³⁹. También en dicha línea se circunscribe la Carta Árabe sobre los Derechos Humanos, aprobada por el Consejo de la Liga de los Estados Árabes, el 15 de septiembre de 1994, en su Resolución n° 5437.

La universalidad de los derechos humanos del mismo modo que en buena medida la totalidad de la cultura política occidental, como se ha dicho, no deja de ser un producto cultural de la secularización del Cristianismo; en el mundo no-occidental es difícil encontrar un sistema de valores y de derechos de la persona que estén enteramente desgajados del fenómeno religioso⁴⁰. El gran desafío del Derecho Internacional de los

³⁸ DAY O' CONNOR, S., "Commentary: Women and Islamic Law", en EMON, A. M., ELLIS, M. S., y GLAHN, B. (eds.), *Islamic Law and International Human Rights Law. Searching for Common Ground?*, Oxford University Press, 2012, pp. 306-307.

³⁹ En relación con las ideas apuntadas anteriormente sobre los detractores de la universalidad teórica de los derechos humanos véase, ROY, O., y ANNICCHINO, P., "Human Rights between Religions, Cultures, and Universality", en VRDOLJAK, A. F., (ed.), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press, 2013, pp. 14-20. También es posible hallar un sector conservador de la cristiandad reacio a la idea secularizada de los Derechos Humanos puesto que la misma priva a la religión de su centralidad en la sociedad.

⁴⁰ La universalidad de los derechos humanos es una cuestión que puede ser abordada a la vez desde una perspectiva antropológica, religiosa, iusfilosófica, de filosofía política, etc. Su tratamiento a los efectos de este estudio se circunscribe principalmente a los medios y modos de producción y formación de normas y

Derechos Humanos, más de seis décadas después de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴¹, sigue siendo que sus normas puedan ser aplicables con carácter general sin que sean percibidas como una mera extrapolación de los valores predominantes en el mundo occidental ni como una mera traducción de las aspiraciones o estándares de ninguna cultura en particular⁴². Un presupuesto de la comunicación intercultural según TOURAINE es “el rechazo del monopolio de la cultura por parte de los países occidentales más modernistas”⁴³. Estas cautelas han sido formuladas con rotundidad para prevenir actitudes que puedan ser percibidas como defensa de una supremacía cultural:

“[H]uman rights advocates in one country must avoid even the appearance of dictating what should be the human rights concerns and priorities of people in other countries, because that is likely to lead to resentment and resistance by even the intended beneficiaries of such advocacy”⁴⁴.

obligaciones internacionales y en menor medida al plano de su efectividad. La cuestión de la universalidad de los derechos humanos ha sido también abordada por un iusinternacionalista célebre y aquí recordado: véase CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos: cincuenta años después*, Editorial Trotta, 1999, p. 117.

⁴¹ Arabia Saudí fue el único Estado islámico que se abstuvo en la votación conducente a la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948). Discrepaba del empleo del término “seguridad social” en el artículo 22, ya que según su posición el término “justicia social” habría reflejado mejor los mandatos de la religión islámica. En cambio, Afganistán, Egipto, Irán, Irak, Líbano, Pakistán, Siria, Turquía y Yemen, todos ellos de población mayoritariamente musulmana, votaron a favor de su adopción. Véase, AN-NA’IM, A. A., “The Position of Islamic States Regarding the Universal Declaration of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 184-185. Todos los Estados islámicos en el momento de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, salvo Arabia Saudí, aceptaron finalmente la inclusión en su artículo 18 de la libertad de toda persona de cambiar de religión o creencia.

⁴² Sigue vigente, por tanto, la admonición expresada en 1947 a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas por el Executive Board of the American Anthropological Association, véase, “Statement on Human Rights”, *American Anthropologist New Series*, Vol. 49, n.º. 4, Parte 1, 1947, pp. 539-543. En esta línea antropológica pueden resultar interesantes estas reflexiones formuladas inmediatamente después del inicio de la denominada “War on Terror” subsiguiente al 11-S por ABU-LUGHOD, L., “Do Muslim Women Really Need Saving? Anthropological Reflections on Cultural Relativism and Its Others”, *American Anthropologist*, Vol. 104, n.º 3, 2002, pp. 783-790, en virtud de las cuales el trabajo misionero y el feminismo colonial son paradigmas erróneos, del mismo modo que se esgrime que la idea y retórica de la “salvación” de la mujer esconde la pretendida superioridad occidental que puede hacer más daño que bien a esta causa particular de los derechos humanos de la mujer.

⁴³ TOURAINE, A., *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 224.

⁴⁴ AN-NA’IM, A. A., “The Position of Islamic States Regarding the Universal Declaration of Human Rights”, *op. cit.*, p. 190. Los activistas del mundo desarrollado no deben decidir qué es mejor para las comunidades en desarrollo sino que deben trabajar de forma cooperativa “mano a mano” con sus homólogos locales de los países y comunidades en vías de desarrollo. Pese a ser corrientes con menor impacto mediático y más inadvertidas en Occidente que el denominado terrorismo yihadista se ha llamado la atención sobre la existencia de numerosas corrientes de pensamiento renovadoras presentes en numerosos Estados de población mayoritariamente musulmana que propugnan una relectura de la jurisprudencia tradicional y del pensamiento político islámicos que desde nuestra óptica podría ser calificada de más liberal. Occidente no debe perder de vista que deben ser los propios musulmanes quienes desde estas posiciones puedan reivindicar paulatinamente un diálogo entre civilizaciones a pesar de la manifiesta decepción que la denominada *Primavera Árabe* ha provocado debido a las altas expectativas generadas en el ámbito mediático, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Los nuevos

En este orden de ideas igualmente acertadas son las palabras de la antropóloga legal de origen iraní MIR-HOSSEINI que previenen contra el desdén o falta de suficiente toma en consideración de la importancia del fenómeno religioso en el contexto islámico:

“A number of us, as scholars and activists, had come to the conclusion that, given the close link between religious and political identity in Muslim contexts, there could be no justice and no sustainable change as long as patriarchy was not separated from the Shari’a. We knew that if we wished to abolish patriarchal laws and customs among Muslims, it was not enough, and it is sometimes counterproductive, to dismiss them as anachronistic or attack them on human rights grounds only. To achieve sustainable and deep-rooted change, dialogue and consensus are needed; we knew that we must show the injustices that arise from patriarchal customs and laws based on the classical *fiqh* notion of marriage; and, in this case, we must offer defensible and comprehensible alternatives within a framework that recognizes equality and justice in Islam. It was only then that we could free ourselves from an apparent choice between the devil of those who want to impose patriarchal interpretations of Islam’s sacred texts, and the deep blue sea of those who pursue a neo-colonialist hegemonic global project in the name of human rights and feminism”⁴⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la *Sharia* establece normas legales sobre el estatus de la mujer en clara divergencia con el régimen del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁶, del mismo modo en que no se acomoda a éste la intervención que la *Sharia* efectúa en todas las esferas de la vida pública y privada de conformidad con los preceptos religiosos. El órgano judicial principal del sistema de protección regional europeo de los derechos humanos ha establecido, por tanto, límites jurídicos al multiculturalismo derivados de la necesidad de preservar los valores esenciales de la tradición cultural común a los Estados fundadores del Consejo de Europa⁴⁷. Lógicamente, dichos límites no pueden degenerar en una correlativa tolerancia o fomento de la islamofobia, una tendencia en auge en una Europa sumida en una profunda crisis económica, política y moral, como puso de manifiesto la lamentable

pensadores del Islam: una reflexión personal al hilo de un buen libro”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 25, 2009, pp. 347-353.

⁴⁵ MIR-HOSSEINI, Z., “Women in Search of Common Ground: Between Islamic and International Human Rights Law”, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

⁴⁷ Sentencia de 31 de julio de 2001, *Refah Partisi y otros c. Turquía*, Recursos n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, apartado 72. Debe verse al respecto, CUMPER, P., “Multiculturalism, Human Rights and the Accommodation of Sharia Law”, *Human Rights Law Review*, n° 14, 2014, pp. 31-57. Debe verse también la reciente Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de julio de 2014, *SAS c. Francia*, Recurso n° 43835/11, en ella se dispone que la Ley que prohíbe el uso del velo integral en Francia “*interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public*” no es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, no vulnera ni el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8), ni la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9), ni la prohibición de discriminación (artículo 14). Puede verse, DELGRANGE, X., y EL BERHOUMI, M., “Pour vivre ensemble, vivons dévisagés: le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belge et français”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Año 25, n° 99, 2014, pp. 639-665.

masacre de la isla de Utoya en 2011⁴⁸. Aunque tampoco debe soslayarse que sigue latente el debate acerca de la compatibilidad de la religión musulmana con los derechos humanos y la democracia⁴⁹. Deben sopesarse, por último, los riesgos que tiene hacer política con los derechos humanos cuando esto se traduce en comportamientos selectivos y discriminatorios: riesgos que pueden diezmar esa suerte de “*movilización de la vergüenza*” que persiguen los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos con la condena moral a los Estados autores de su violación⁵⁰.

II. OBJECIONES A LAS RESERVAS FORMULADAS POR ESTADOS ISLÁMICOS A LA CONVENCION PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

Cualquiera que sea el grado de tolerancia a la diversidad cultural que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea capaz de admitir, parece obvio que la formulación de reservas -como las tratadas en el presente estudio- a los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos merma el grado de universalidad e interdependencia de estos. Las reservas permiten que tratados internacionales como la CEDAW con un elevado número de partes contratantes (189 Estados parte) sean nominalmente universales⁵¹, pero a cambio afectan y reducen su integridad.

⁴⁸ RAMONEDA, J., *Islamofobia: el enemigo en casa*, El País, 29 de julio de 2011. Del mismo modo, han sido advertidos los riesgos de una particular *islamofilia* alentada por ciertos círculos oficiales desde la ignorancia del cuerpo doctrinal del Islam, véase ELORZA, A., '*Islamofilia*' y '*lepenización*', El País, 10 de octubre de 2009.

⁴⁹ Sin ánimo de profundizar en este debate deben dejarse apuntadas dos visiones en cierto modo antagónicas: una visión centrada en los impedimentos religiosos del Islam en ELORZA, A., *Los dos mensajes del Islam. Razón y violencia en la tradición islámica*, Ediciones B, Barcelona, 2008; y otra visión que se aproxima a la *Sharia* como elaboración histórica y por tanto sujeta a interpretación, evolución y reforma, en TAMAYO, J. J., *Islam. Cultura, religión y política*, Trotta, Madrid, 2009. Por considerarse un trabajo clásico en la doctrina española, véase MARTÍN MUÑOZ, G., (ed.), *Democracia y Derechos Humanos en el Mundo Árabe*, ICMA, Madrid, 1993.

⁵⁰ Véase BROTÓNS, A. R., “Política de los Derechos Humanos y Política con los Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLI, nº 1, 1989, pp. 107-112.

⁵¹ Nótese el acalorado debate que suscitó la perturbadora tesis que cuestionaba la asunción de que exista una correlación entre la vinculación a tratados de derechos humanos y el comportamiento efectivo de los Estados en lo que respecta a su intención de cumplir las obligaciones internacionalmente asumidas, tesis planteada en HATHAWAY, O. A., “Do Human Rights Treaties Make a Difference?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 111, nº 8, 2002, pp. 1935-2042; dicho artículo fue rebatido por GOODMAN, R., y LINKS, D., “Measuring the Effect of Human Rights Treaties”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1, 2003, pp. 171-183; lo cual generó una mayor precisión de la polémica y controvertida tesis inicial, véase HATHAWAY, O. A., “Testing Conventional Wisdom”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1, 2003, pp. 185-200. El presente trabajo se distancia de estos planteamientos escépticos y parte de la asunción de la creencia de que la vinculación a tratados internacionales de derechos humanos es indiciaria, por lo general, de una buena predisposición a su cumplimiento y respeto, y que además supone una objetivación de las conductas de los sujetos de Derecho Internacional a la par que implica un notable grado de transparencia en cuanto a las prácticas estatales por las que se ven afectados los derechos humanos reconocidos en dichos tratados internacionales.

Numerosas reservas formuladas al articulado de la CEDAW por parte de Estados islámicos han generado abundante respuesta en forma de objeciones realizadas principalmente por los Estados europeos que pertenecen a la Unión Europea, pero también por otros como Canadá, México o Noruega⁵². Las objeciones frente a reservas *culturales* hechas a la Convención sobre la base de fundamentos no islámicos son meramente testimoniales (Suecia ha objetado las reservas hechas por Micronesia o nueva Zelanda)⁵³. A título ilustrativo puede verse la objeción, como acto unilateral, formulada por España ante las reservas del Reino de Arabia Saudí a la Convención:

“El Gobierno del Reino de España ha examinado las reservas hechas por el Gobierno del Reino de Arabia Saudita a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer el 8 de septiembre de 2000, en relación con toda interpretación de la misma que sea incompatible con los preceptos de la Ley Islámica, así como en relación con el artículo 9.2. El Gobierno del Reino de España considera que la reserva general, al referirse de manera genérica a la Ley Islámica, sin precisar su contenido, plantea dudas a los demás Estados Parte sobre la medida en que el Reino de Arabia Saudita se compromete a respetar la Convención. El Gobierno del Reino de España estima dicha reserva del Gobierno del Reino de Arabia Saudita incompatible con el objeto y fin de la citada Convención, ya que se refiere a la totalidad de la misma, y limita seriamente o incluso excluye su aplicación sobre una base poco definida, como es la referencia global a la Ley Islámica. Asimismo, la reserva relativa al artículo 9.2 pretende excluir una de las obligaciones de no discriminación que constituyen el objeto último de la Convención. El Gobierno del Reino de España recuerda que, en virtud del artículo 28.2 de la Convención, no son aceptables las reservas incompatibles con el objeto y fin de la misma.

En consecuencia, el Gobierno del Reino de España objeta las mencionadas reservas hechas por el Gobierno del Reino de Arabia Saudita a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Esta objeción no impide la entrada en vigor de la mencionada Convención entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudita”⁵⁴.

⁵² Véase COULÉE, F., “À propos d’une controverse autour d’une codification en cours: les réactions aux réserves incompatibles avec l’objet et le but des traités de protection des droits de l’homme”, en VV.AA., *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 501-521.

⁵³ DONDEERS, Y., “Cultural Pluralism in International Human Rights Law. The Role of Reservations”, *op. cit.*, pp. 226-227.

⁵⁴ España efectuó el día 22 de febrero de 2001 su objeción a la reserva formulada por Arabia Saudí en el momento de la ratificación de la CEDAW, véase B.O.E. nº 149, 22 de junio de 2001, Sección I, p. 22.203. Esta práctica ha sido continuada por España que ha objetado también por considerarlas contrarias al objeto y fin de la CEDAW las reservas formuladas respectivamente por Corea del Norte, Siria, Emiratos Árabes Unidos, Omán, Brunéi Darussalam y Qatar, véase:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=IV-8&chapter=4&lang=en
Sobre cómo encuadrar estas actuaciones en la política exterior española puede verse, ROLDÁN BARBERO, J., “La política exterior española en materia de derechos humanos”, en RAMÓN CHORNET, C., (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 267-268.

En sus objeciones frente a reservas de carácter general fundamentadas en una vaga referencia a la ley religiosa, Estados como Dinamarca⁵⁵, Finlandia⁵⁶ o Noruega, entre otros, han puesto de manifiesto que las últimas tienen entre otros efectos:

- Generar dudas e incertidumbre en cuanto al abanico de obligaciones asumidas por los Estados reservantes, a título individual o como bloque, debido no solo a la falta de precisión sobre qué aspectos concretos de la Convención son aquellos que se pretende excluir o modificar, sino también y sobre todo debido a que la ley religiosa está sujeta a modificación, interpretación y aplicación selectiva en los diferentes Estados parte que invocan los principios islámicos⁵⁷.
- Diezmar la eficacia de las bases y obligaciones esenciales contenidas en los tratados internacionales para la protección universal de los derechos humanos.

Existen muchos otros ejemplos de objeciones frente a reservas efectuadas sobre la base de la particularidad religiosa islámica para modular el contenido y alcance de provisiones específicas de la Convención. Pese a ser reservas que afectan a provisiones específicas, algunas de ellas a juicio de los Estados que han levantado objeciones son de naturaleza fundamental, nuclear, para la eliminación de la discriminación contra la mujer (en particular, por este motivo, con frecuencia las reservas dirigidas contra los artículos 2, 9, 15 y 16 de la CEDAW, han sido calificadas como contrarias al objeto y fin e inadmisibles). Del mismo modo han sido calificadas en las objeciones como contrarias al objeto y fin de la CEDAW reservas efectuadas frente a disposiciones específicas pero que han sido realizadas con un alcance indeterminado y general, suscitando dudas en cuanto al grado de compromiso asumido por el Estado reservante. Las objeciones tienen un efecto más simbólico que pragmático, pero indudablemente

⁵⁵ En relación con la reserva de Arabia Saudí: “The Government of Denmark finds that the general reservation with reference to the provisions of Islamic law is of unlimited scope and undefined character. Consequently, the Government of Denmark considers the said reservations as being incompatible with the object and purpose of the Convention and accordingly inadmissible and without effect under international law”. Disponible en:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en

⁵⁶ Por ejemplo, las objeciones erigidas por Finlandia frente a las reservas efectuadas por Malasia en el momento de acceder a la Convención: “The reservations made by Malaysia, consisting of a general reference to religious and national law without specifying the contents thereof and without stating unequivocally the provisions the legal effect of which may be excluded or modified, do not clearly define to the other Parties of the Convention the extent to which the reserving State commits itself to the Convention and therefore creates serious doubts about the commitment of the reserving State to fulfill its obligations under the Convention. Reservations of such unspecified nature may contribute to undermining the basis of international human rights treaties”. Véase:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en

⁵⁷ Véase la objeción de Noruega a la reserva efectuada por Libia en el momento de su adhesión a la CEDAW: “A reservation by which a State Party limits its responsibilities under the Convention by invoking religious law (Shariah), which is subject to interpretation, modification, and selective application in different states adhering to Islamic principles, may create doubts about the commitments of the reserving state to the object and purpose of the Convention. It may also undermine the basis of international treaty law. All states have common interest in securing that all parties respect treaties to which they have chosen to become parties”. Disponible en:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en

constituyen un interesante indicio a considerar a la hora de determinar la admisibilidad de las reservas⁵⁸. No excluyen la entrada en vigor del tratado entre el Estado autor de la reserva inadmisibles y el Estado que formula la objeción ante ella, en línea con lo previsto en el artículo 20.4 apartado b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Ahora bien, las relaciones interestatales tienen una reducida importancia en los tratados de derechos humanos. Es interesante hacer notar que algunos Estados nórdicos en algunas de las objeciones erigidas frente a las reservas inadmisibles de forma ingeniosa han estipulado que los Estados reservantes no podrán beneficiarse en modo alguno de dicha reserva contraria al objeto y fin⁵⁹.

III. ELEMENTOS DE JUICIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE LAS RESERVAS FORMULADAS A LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS⁶⁰

En el análisis de la práctica jurídica ligada a la formulación de las reservas no admisibles, debe tenerse presente que los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos constituyen una categoría diferenciada del resto de tratados internacionales debido a su vocación cuasi-legislativa⁶¹: en este caso la necesidad de preservar la integridad del régimen jurídico establecido en los tratados internacionales

⁵⁸ Las nociones de admisibilidad y oponibilidad de las reservas se consideran con arreglo a la doctrina mayoritaria nociones separadas que tienden a confundirse en la práctica. Puede señalarse con carácter general que se habla de *admisibilidad objetiva* y de *oponibilidad subjetiva* de las reservas, distinción que a grandes rasgos se corresponde con los artículos 19 y 20 respectivamente de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La discusión doctrinal y práctica sobre los efectos jurídicos de las reservas inadmisibles, que se ha trasladado a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de reservas a los tratados, ha producido vacilación terminológica a la hora de elegir la categoría de *ilicitud* o de *invalidez* para aludir a sus respectivas consecuencias jurídicas, sobre estas cuestiones en detalle puede verse, RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, pp. 75-82; asimismo, sobre el inacabado debate entre las escuelas de la *permisibilidad o admisibilidad* y aquella de la *oponibilidad u objetabilidad*, véase, MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 121-125.

⁵⁹ DONDEERS, Y., "Cultural Pluralism in International Human Rights Law. The Role of Reservations", *op. cit.*, pp. 224-227.

⁶⁰ Partiendo de elementos generales y comunes en buena medida a los tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos, el presente estudio está orientado en análisis y conclusiones a la problemática específica de la CEDAW. Un estudio detallado y omnicompreensivo de las reservas a los tratados de derechos humanos puede encontrarse en SALADO OSUNA, A., *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003.

⁶¹ Debe verse el Comentario General n° 24 del Comité de Derechos Humanos relativa a 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, adoptada en el Período de Sesiones n° 52, el 4 de noviembre de 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6. Sobre el mismo debe verse el comentario de SALADO OSUNA, A., "Estudio sobre el Comentario General número 24 del Comité de Derechos humanos", *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 14, 1998, pp. 598-633. Una tesis doctoral específicamente centrada en la problemática amplia de las reservas a los tratados de derechos humanos es la defendida por McCALL-SMITH, K. L., *Reservations to human rights treaties*, Universidad de Edimburgo, 2012, disponible en: <https://www.era.lib.ed.ac.uk/handle/1842/6320>

va unida a la vocación de universalidad e interdependencia del régimen internacional de protección de los derechos humanos⁶².

En la determinación del carácter admisible o no de las reservas hay dos elementos de juicio que presentan a priori un valor primordial:

a) La aceptación u objeción a la reserva por parte de terceros Estados parte (*elemento intersubjetivo*)⁶³. El hecho de que una reserva no haya recibido objeción por parte de terceros Estados parte no permite extraer conclusiones definitivas sobre su admisibilidad. Ahora bien la formulación de objeciones a una reserva por terceros Estados parte que coinciden en señalar su carácter no admisible sí constituye un valioso indicio para determinar su incompatibilidad con el objeto y fin del tratado. No obstante, en el caso de las reservas efectuadas al contenido de la CEDAW por los Estados islámicos que alegan la particularidad de la tradición religiosa islámica hay que tener en cuenta que solo una minoría de Estados partes en la Convención provenientes del mundo occidental ha reaccionado con objeciones. Resulta a estos efectos indiferente a qué factor obedezca la ausencia de objeción por parte de los restantes Estados partes: desconocimiento de las reservas, estrategia diplomática para evitar problemas políticos o económicos con los autores de las reservas, pragmatismo o ausencia de fe en los efectos de la objeción...

b) En segundo lugar, la opinión de los órganos instituidos para supervisar la aplicación y cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado internacional (*elemento objetivo*)⁶⁴. En el caso de la CEDAW, se trata del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En este sentido es interesante la Opinión expresada por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Organización de Naciones Unidas en relación con el artículo 28 de la CEDAW: “[...] the functions of the Committee do not appear to include a determination of the incompatibility of reservations, although reservations undoubtedly affect the application of the Convention and the Committee

⁶² Sobre la patente tensión entre la universalidad y la integridad de la norma jurídica que plantean las reservas a los tratados de derechos humanos, debe verse, PELLET, A., “Reservations to Treaties and the Integrity of Human Rights”, en SHEERAN, S., y NIGEL, R., S., *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Routledge, 2013, pp. 323-338.

⁶³ No es trasladable automáticamente a los tratados internacionales de derechos humanos el paradigma de reciprocidad establecido por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Empréstitos Noruegos*, según el cual el/los Estado/s que acepta/n la reserva se beneficia/n de la misma en sus relaciones mutuas. Se exceptúan lógicamente los supuestos de reservas contrarias al objeto y fin del tratado, no mencionados entonces al tratarse de una reserva contenida en la declaración unilateral de Francia aceptando ex artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la jurisdicción de la misma: “The Court considers that the Norwegian Government is entitled, by virtue of the condition of reciprocity, to invoke the reservation contained in the French Declaration of March 1st, 1949”, véase la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 6 de julio de 1957, *Asunto relativo a ciertos empréstitos Noruegos*, Rec. 1957, p. 9, en p. 27.

⁶⁴ “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”, véase el Comentario General n° 24 del Comité de Derechos Humanos, *cit. supra.*, apartado 18.

might have to comment thereon in its reports in this context”⁶⁵. En sus Recomendaciones Generales n° 4 y n° 20 adoptadas en 1987 y en 1992, respectivamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha expresado su preocupación por el amplio número de reservas que ha recibido el tratado internacional y en ambas ha instado a los Estados parte a reconsiderar sus reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención con vistas a su retirada o subsidiariamente a reformularlas en términos más específicos y menos vagos⁶⁶. En la Recomendación General n° 20 efectuada en 1992 el Comité recomendó además a los Estados parte que establecieran un procedimiento para la determinación del carácter de las reservas similar al establecido en el artículo 20.2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, algo a lo que los Estados parte se han negado hasta la fecha presente⁶⁷. Se han señalado también intentos del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de persuadir al ECOSOC o a la propia Asamblea General de Naciones Unidas a solicitar sobre este tema una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia, idea que no se ha visto materializada⁶⁸. Como veremos a lo largo del presente trabajo en numerosos ejemplos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sí que ha lidiado insistentemente con las reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención, calificándolas como tales y recomendando su retirada, sobre todo en el marco de la evaluación del sistema de informes periódicos presentados por los Estados parte, que constituye el principal mecanismo convencional de control de este tratado internacional⁶⁹. Con carácter rotundo en sus recientes Recomendaciones Generales n° 28 y n° 29 el Comité ha expresado que son contrarias al objeto y fin de la Convención y

⁶⁵ Véase, Legal opinion submitted by the Office of Legal Affairs concerning the implementation of article 28 of the Convention (1984), UN Doc. CEDAW/C/2001/II/4, 2001, Annex VI, pp. 33-34. Asimismo, DE PAUW, M., “Women’s rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention”, *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, n° 77, 2013, p. 58.

⁶⁶ Véanse respectivamente: Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n° 4: *Reservas*, Sexto período de sesiones, 1987; así como su Recomendación General n° 20: *Reservas formuladas en relación con la Convención*, 11° período de sesiones, 1992.

⁶⁷ Véase el artículo 20. 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965: “No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención, ni se permitirá ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos en virtud de la presente Convención. Se considerará que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados partes en la Convención formulan objeciones a la misma”.

⁶⁸ DONDERS, Y., “Cultural Pluralism in International Human Rights Law. The Role of Reservations”, *op. cit.*, pp. 228-229.

⁶⁹ Esta afirmación es válida para los Estados que no son parte en el Protocolo Facultativo a la CEDAW, como ocurre con buena parte de los aquí denominados “Estados islámicos” (ahora bien, ciertos “Estados islámicos” como Bangladesh, Malí, Níger o Túnez sí son parte en el Protocolo Facultativo a la CEDAW). Con carácter general sobre la función de evaluación de informes periódicos presentados por Estados parte que llevan a cabo los Comités de expertos independientes integrantes del sistema de órganos de tratados de Naciones Unidas puede verse, TOMUSCHAT, C., *Human Rights Between Idealism and Realism*, Collected Courses of the Academy of European Law, Third Edition, Oxford University Press, 2014, pp. 217-237.

por tanto inválidas las reservas formuladas a la totalidad o parte de lo dispuesto en los artículos 2 y 16 de la misma⁷⁰. Sin embargo, las dudas sobre las consecuencias jurídicas para el Estado reservante, en tales supuestos, no han sido resueltas de forma expresa. La práctica del Comité en el marco de la evaluación de los informes periódicos emitidos por los Estados reservantes no siempre ha sido clara y consistente, en ocasiones el Comité también ha mostrado prudencia en el uso del lenguaje y pese a calificar ciertas reservas como lesivas del objeto y fin de la Convención se ha limitado, sin declarar su invalidez, a instar a los Estados autores de las mismas a su reconsideración, modificación, atenuación, reducción o retirada⁷¹. En el contexto de la presentación y evaluación periódica de informes ante el Comité éste ha aprovechado para entablar un verdadero diálogo con los Estados parte acerca de las reservas contrarias al objeto y fin de la Convención, un diálogo que ha tenido como resultado que algunos Estados reconsideren, atenúen e incluso retiren algunas de sus reservas. En todo caso, los Estados islámicos cuyas reservas son controvertidas en este diálogo con el Comité se han esmerado y empleado a fondo para convencer al Comité de que su tradición religiosa y legislación interna son compatibles con los principios generales y filosofía ínsita en la CEDAW, salvando alguna “pequeña disparidad”⁷².

⁷⁰ Véase Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Recomendación General n° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010; y la Recomendación General n° 29 relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución), CEDAW/C/GC/29, 30 de octubre de 2013.

⁷¹ “The Committee has generally signalled to state parties its concern about cultural reservations, especially the general ones. It has, however, not always been clear and consistent in its qualification of the various reservations in terms of their (in)compatibility with the object and purpose of the treaty. The Committee has moreover been careful in the language it used; even if it finds certain reservations in conflict with the object and purpose of the treaty and therefore impermissible, it does not declare them inadmissible or invalid. It merely requests states parties to reconsider, modify, narrow, or withdraw them, and to do so within a limited timeframe”, véase, DONDERS, Y., “Cultural Pluralism in International Human Rights Law. The Role of Reservations”, *op. cit.*, p. 234.

⁷² *Ibid.*, pp. 231-237. Siria ha anunciado en numerosas ocasiones su intención de retirar sus reservas, acción que nunca ha llevado a cabo. Arabia Saudí ha manifestado reiteradamente que su reserva de carácter general no deja sin efecto las obligaciones internacionales nucleares de la CEDAW: “The Kingdom made this reservation on the basis of its conviction that the Islamic sharia is compatible with the obligations contained in the general principles of the Convention, even if there is a small disparity with regard to some of the implementing provisions. Judgments about whether or not such a disparity exists are made on the basis of the texts of the Islamic sharia and the relevant provisions of the Convention on a case-by-case basis. This demonstrates the extent to which the Government of the Kingdom is seriously committed to fulfilling its obligations under the Convention and ensuring women’s rights. [...] The general reservation made by the Kingdom does not affect the core of the Convention or detract from its legal force before the judicial and executive authorities. It is merely a precautionary measure at a time when human rights concepts are developing rapidly as a result of interpretations following the entry into force of international human rights instruments such as the Convention. [...] In any case, the Government does not believe that the wording of its reservation interferes with its obligations under the Convention. This is clear from the Kingdom’s report, which lays out the sharia and legal provisions relating to women and shows clearly that there is no contradiction between the main provisions that form the basis of the Convention and Islamic sharia principles relating to women’s rights”, véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Responses to the list of issues and questions contained in document number CEDAW/C/SAU/Q/2, A.H. 1428 (A.D. 2007), CEDAW/C/SAU/Q/2/Add.1, 18 de diciembre de 2007, p. 2, apartado 2.

Coexisten, por tanto, ambos elementos de juicio (objeciones y la labor del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer) para la determinación de la admisibilidad de las reservas formuladas a la CEDAW con un valor en principio enigmático y complementario.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y SU INDETERMINACIÓN EN CUANTO A LA PRÁCTICA DE LAS RESERVAS CONTRARIAS AL OBJETO Y FIN

Conviene remontarse al Derecho Internacional de carácter general: el punto de partida para esclarecer si está obligado en virtud de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer un Estado que formula una reserva que recibe objeción por parte de otros Estados contratantes pero no por la totalidad de los Estados parte en dicha convención multilateral debe buscarse en la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en 1951 en el asunto relativo a las *reservas a la Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio*, donde la Corte Internacional de Justicia alude a la necesidad de preservar la *raison d'être* así como la integridad del acuerdo internacional reflejado en una convención multilateral, siendo el acuerdo expresado en virtud de ella un elemento del orden jurídico internacional superior a los intereses particulares de los contratantes. En esta ocasión la Corte Internacional de Justicia señaló que un Estado parte que mantiene una reserva que ha sido objetada por algunos de los restantes Estados parte en la convención multilateral pero no por todos, se considera vinculado por el tratado internacional si su reserva es compatible con el objeto y fin del mismo, pero no puede ser considerado como parte en dicho tratado si su reserva es contraria al objeto y fin del mismo⁷³. Según este primer elemento de juicio, concluiríamos que aquellos Estados que han formulado reservas, de carácter parcial o total, a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, supeditando la eficacia de algunas de sus obligaciones a su previa compatibilidad con la *Sharia* o con la tradición islámica, no son parte en la Convención si sus reservas que han sido objetadas por algunos Estados pero no por la totalidad de Estados parte se consideran contrarias al objeto y propósito de la misma.

Esta conclusión no encaja con la práctica seguida por los Estados reservantes ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ya que si los mismos se han esforzado por convencer al Comité de la conformidad de sus reservas con los propósitos y finalidad de la CEDAW a priori cabe pensar que es debido a que pretenden acatar su contenido esencial como una obligación internacional (o al menos generar la apariencia de que lo acatan efectivamente).

⁷³ Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio*, Rec. 1951, p. 15. Sobre la misma debe verse el “histórico” artículo elaborado por el aquí recordado profesor DÍEZ DE VELASCO, M., “El Sexto Dictamen del Tribunal de Justicia: las reservas a la Convención sobre el genocidio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. IV, n° 1, 1951, pp. 1029-1089. En lengua inglesa, *inter alia*, BISHOP, W.W., “Reservations to the Convention on Genocide”, *American Journal of International Law*, Vol. 45, n° 3, 1951, pp. 579-590.

Este primitivo y desolador esquema de análisis inicial que parte de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951, para ofrecer una respuesta definitiva, debe ser completado a la luz de los posteriores desarrollos de la Comisión de Derecho Internacional⁷⁴, de la jurisprudencia y práctica de algunos mecanismos de protección de los derechos humanos de ámbito universal y del ámbito regional europeo, y también a la luz de los trabajos doctrinales relevantes.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en sus artículos 19 a 23 no despeja los interrogantes sobre las consecuencias jurídicas que se desprenden para el Estado reservante y para los terceros Estados parte de la formulación de una reserva contraria al objeto y fin de un tratado internacional. Tampoco la Convención de Viena de 1986⁷⁵, ni los trabajos preparatorios de las disposiciones de estas dos Convenciones que conciernen a reservas arrojan luz sobre las consecuencias jurídicas resultantes de la invalidez de una reserva⁷⁶. Todo ello hace difícil encontrar una norma consuetudinaria fraguada que elucide los efectos jurídicos de una reserva inadmisibles⁷⁷. Se ha dicho que el régimen de la Convención de Viena únicamente sería enteramente satisfactorio para los tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos en el caso de que sus órganos de vigilancia estuvieran inequívocamente investidos de la competencia para evaluar la validez de las reservas formuladas hacia los mismos; competencia dudosa, como se ha visto, en el caso del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En cualquier caso, los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos se rigen, en defecto de régimen más específico y preciso, por las disposiciones de los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en tanto que Derecho Internacional general⁷⁸.

⁷⁴ La Comisión de Derecho Internacional se viene ocupando de este tema desde 1993, véase PELLET, A., *First report on the law and practice relating to reservations to treaties*, Documento A/CN.4/470, 1995.

⁷⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986. En el caso de la CEDAW al no existir ninguna organización internacional que sea parte, este tratado internacional carece de relevancia, únicamente es traído a colación aquí para constatar que en el mismo tampoco se resolvieron las dudas relativas a las consecuencias jurídicas derivadas de la formulación de reservas inadmisibles.

⁷⁶ PELLET, A., y MÜLLER, D., “Reservations to Treaties: An Objection to a Reservation is Definitely not an Acceptance”, en CANNIZZARO, E., (ed.), *The Law of the Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, p. 54. Debe verse asimismo, RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, op. cit., pp. 116-120. En relación con las reservas, declaraciones interpretativas y objeciones a las reservas hechas a la propia Convención de Viena de 1969 debe verse, DÍAZ BARRADO, C. M., *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados: declaraciones, reservas y objeciones a las reservas, formuladas a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969*, Tecnos, Madrid, 1991.

⁷⁷ BARATTA, R., Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?, *European Journal of International Law*, Vol. 11, nº 2, 2000, pp. 413-425.

⁷⁸ Véase, CLARK, B., “The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women”, *American Journal of International Law*, Vol. 85, nº 2, 1991, pp. 281-321; asimismo, McCALL-SMITH, K. L., *Reservations to human rights treaties*, op. cit., p. 253. El régimen de la Convención de Viena ha sido considerado más apropiado para tratados donde los Estados actúan exclusivamente en su propio interés, no hay envueltos derechos ni obligaciones de terceros Estados, y donde el tratado no contempla un mecanismo autorizado para su interpretación y aplicación, véase al respecto SCHEININ, M., “Reservations by States under the ICCPR and Its Optional Protocols”,

El artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁷⁹ que resulta clave a estos efectos genera importantes dudas en cuanto a las consecuencias jurídicas para el Estado autor de la reserva incompatible con el objeto y fin de un tratado internacional: por un lado, la aplicabilidad de las disposiciones sobre las que recae la reserva al Estado autor de la reserva inadmisibles; por otro lado, plantea interrogantes la condición de parte en el tratado del Estado que formula la reserva contraria al objeto y fin. ¿Podría escindirse la reserva del resto del tratado, quedando el autor de una reserva inválida obligado a respetar la totalidad de sus disposiciones, o, dejaría el Estado reservante al contrario de ser parte en el mismo? Los interrogantes expresados evidencian la tensión existente entre el mantenimiento de la integridad de las obligaciones jurídicas contenidas en un tratado internacional para la protección de los derechos humanos y el principio de la integridad del consentimiento soberano del Estado que formula la reserva⁸⁰. Estos interrogantes serán expresamente abordados en el apartado V del presente trabajo.

Como se ha anticipado *supra* dos son las cuestiones a las que deben darse respuesta, con carácter previo a las consecuencias jurídicas, mediante el examen minucioso y detenido de los desarrollos indicados:

1- ¿Qué elementos nos permiten determinar la existencia de una reserva contraria al objeto y propósito de un tratado de derechos humanos formulada en el momento de su ratificación o adhesión al mismo o en un momento posterior? En el apartado III de este trabajo se apuntaban dos elementos indiciarios a priori, que deben ser complementarios pero no resuelven por completo la cuestión (objeciones y la labor del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer), es por ello que a continuación se contrasta lo señalado con las directrices contenidas en la reciente Guía

en ZIEMELE, I. (ed.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation*, Martinus Nijhoff, 2004, p. 44.

⁷⁹ “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

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

⁸⁰ “The object and purpose of the Convention thus limit both the freedom of making reservations and that of objecting to them. It follows that it is the compatibility of a reservation with the object and purpose of the Convention that must furnish the criterion for the attitude of a State in making the reservation on accession as well as for the appraisal by a State in objecting to the reservation. Such is the rule of conduct which must guide every State in the appraisal which it must make, individually and from its own standpoint, of the admissibility of any reservation. Any other view would lead either to the acceptance of reservations which frustrate the purposes which the General Assembly and the contracting parties had in mind, or to recognition that the parties to the Convention have the power of excluding from it the author of a reservation, even a minor one, which may be quite compatible with those purposes”, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio*, cit. *supra*, p. 24.

de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados adoptada por la Comisión de Derecho Internacional⁸¹.

2- En segundo lugar, ¿quién está capacitado jurídicamente para determinar la admisibilidad de una reserva formulada a un tratado internacional para la protección de los derechos humanos, o al menos quién puede suministrar los indicios necesarios para poder inferir el carácter contrario al objeto y fin de una reserva?⁸² Del mismo modo, la labor del órgano instituido para controlar la aplicación de la CEDAW se antoja insuficiente es por ello que más adelante se estudian y cotejan *ad abundantiam* los criterios proporcionados por la Corte Internacional de Justicia, otros mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos del ámbito universal como el Comité de Derechos Humanos, o del ámbito regional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Opiniones todas ellas útiles para determinar las consecuencias jurídicas de la formulación de reservas potencialmente inadmisibles a las disposiciones esenciales de la CEDAW, como paradigma, que pueda resultar trasladable a otros tratados internacionales para la protección de los derechos humanos.

1. Criterios para determinar la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado contenidos en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados adoptada por la Comisión de Derecho Internacional

En cuanto a la primera cuestión, dado que la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer carece de una regla específica y precisa que permita determinar cuándo estamos ante una reserva contraria a su objeto y fin, debemos prestar atención a los trabajos que ha llevado a cabo la Comisión de Derecho Internacional en esta materia de la que viene ocupándose desde 1993. Su Relator Especial, el Profesor Alain Pellet ha emitido hasta 17 informes con sus respectivos adenda y anexos en este periodo⁸³. Al abordar esta tarea, la Comisión de Derecho Internacional intentando superar y clarificar el régimen de la Convención de Viena

⁸¹ Para resolver este primer estadio debe abordarse una cuestión preliminar que es la determinación del objeto y fin del tratado, véase RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, op. cit., pp. 144-146.

⁸² RIQUELME CORTADO distingue entre la apreciación individual de la admisibilidad de las reservas a través del control interestatal y su apreciación objetiva bien por parte de un órgano jurisdiccional de solución de controversias bien por parte de un órgano de control instituido en el marco de un tratado de derechos humanos. Esta distinción se corresponde en sustancia con la apuntada anteriormente entre el elemento intersubjetivo y el elemento objetivo a la hora de determinar la admisibilidad de las reservas formuladas a un tratado. Véase *Ibid.*, pp. 203-312, para la apreciación intersubjetiva, y pp. 313-368, para la apreciación objetiva de la admisibilidad de una reserva.

⁸³ El propio Relator Especial ha dado cuenta de las dificultades y etapas por las que ha atravesado el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en estas casi dos décadas, véase PELLET, A., “Habemus Guidam! Rapport général”, en *Société Française de Droit International, Journée d'études à Paris-Ouest Nanterre La-Défense. Actualité des réserves aux traités*, Pedone, París, 2014, pp. 9-38. Disponible en: <http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202014%20-%20Habemus%20Guidam.pdf> Este *informe final* como su autor lo describe incluye un anexo final útil a efectos prácticos donde se muestra una tabla de correspondencias entre las directrices de la Guía elaborada por la Comisión de Derecho Internacional y las disposiciones correlativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ha tenido que enfrentarse tanto por un lado a la reticencia de los Gobiernos a aceptar que los mecanismos de control de los tratados de derechos humanos puedan usurpar sus competencias soberanas, al pronunciarse en el sentido de que la consecuencia de la formulación de una reserva inválida es que el reservante continúe vinculado al tratado sin el beneficio de la reserva, como por otro lado, a las propias reticencias de la ortodoxia del Derecho Internacional general a aceptar la especialidad de los tratados de derechos humanos, y a aceptar que su particular naturaleza requiere de unas reglas específicas en materia de reservas formuladas a los mismos. Lógicamente, el temor aparece ante la posible reivindicación de la especial naturaleza de cualquier otro sector del Derecho Internacional con el que pueda existir una fuerte devoción e implicación de sus partidarios por aspirar a tutelar intereses generales de la comunidad internacional (protección internacional del medio ambiente, por ejemplo)⁸⁴. En su 63º período de sesiones, finalmente, la Comisión de Derecho Internacional ha adoptado una Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados⁸⁵ que contiene un conjunto de directrices que pretenden ayudar a los profesionales del Derecho Internacional cuando afrontan problemas relativos a la validez y los efectos de las reservas a los tratados, ante las insuficiencias de los regímenes contenidos en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, con el propósito de “orientar al usuario en la búsqueda de soluciones que se ajusten a las disposiciones en vigor (en los casos en que existan) o a las normas que parezcan más aptas para ser objeto de desarrollo progresivo”⁸⁶. Con el propósito de que la Guía se adaptase a la particularidad de los tratados multilaterales, incluyendo los de derechos humanos, la lógica contractualista que ha caracterizado al Derecho de los tratados fue sustituida por una perspectiva de *orden público*⁸⁷. Las directrices que suministra la Guía de la Comisión de Derecho Internacional de relevancia a los efectos de identificar cuándo estamos en presencia de una reserva incompatible con el objeto y fin de un tratado son las siguientes:

- Directriz 3.1.5, Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado: “Una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si afecta a un elemento esencial del tratado, necesario para su estructura general, de tal manera que comprometa la razón de ser del tratado”. Recuérdese que la compatibilidad de una

⁸⁴ MILANOVIC, M., y SICILIANOS, L-A., “Reservation to Treaties: An Introduction”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, nº 4, 2013, pp. 1055-1059. La problemática de las reservas a los tratados de derechos humanos ha dividido a los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas y ha supuesto una “caja de resonancia de las ambigüedades que en general suscita el régimen jurídico de las reservas establecido en las Convenciones de Viena”, véase al respecto, RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, op. cit., pp. 68-73, en p. 73.

⁸⁵ Comisión de Derecho Internacional, *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*, adoptada en su 63º período de sesiones y enviada a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión de Derecho Internacional de dicho período (A/66/10, apartado 75), su texto en inglés está disponible en: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_8_2011.pdf

⁸⁶ PELLET, A., *Decimoséptimo informe sobre las reservas a los tratados*, Comisión de Derecho Internacional -63º período de sesiones, Ginebra, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011-, A/CN.4/647/Add.1, pp. 18-19.

⁸⁷ ZIEMELE, I., y LIEDE, L., “Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, nº 4, 2013, p. 1144.

reserva con el objeto y fin del tratado se establece en el artículo 19 apartado c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como un criterio fundamental de la validez sustantiva de la reserva.

- Directriz, 3.1.5.1, Determinación del objeto y el fin del tratado: “El objeto y el fin del tratado deben determinarse de buena fe, teniendo en cuenta los términos del tratado en el contexto de estos, en particular el título y el preámbulo del tratado. También se podrá recurrir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, así como, cuando proceda, a la práctica ulterior que sea objeto de un acuerdo entre las partes”. El artículo 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer resulta clave en la identificación del objeto y fin del tratado⁸⁸.

-Directriz 3.1.5.2, Reservas vagas o generales: “Una reserva habrá de redactarse en términos que permitan apreciar su alcance, a fin de determinar, en particular, su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado”. A la luz de esta directriz piénsese como ejemplo paradigmático en el tenor de la reserva formulada por Arabia Saudí a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: “In case of contradiction between any term of the Convention and the norms of islamic law, the Kingdom is not under obligation to observe the contradictory terms of the Convention”⁸⁹. La extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, predecesora del actual Consejo de Derechos Humanos, hizo en 1998 un llamamiento a los Estados parte en los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos para que reformularan sus reservas de la forma más estricta y precisa posible evitando atentar contra su objeto y fin, así como invitándoles a considerar su progresiva retirada⁹⁰.

⁸⁸ “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

⁸⁹ Véase: http://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtmsg_no=iv-8&chapter=4&lang=en

⁹⁰ Véase, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 1998/9, *Status of the International Covenants on Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1998/9, 1998.

- Directriz 3.1.5.5, Reservas relativas al derecho interno: “Una reserva por la que un Estado o una organización internacional se proponga excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado o del tratado en su conjunto para preservar la integridad de determinadas normas del derecho interno de ese Estado o de determinadas reglas de esa organización que estén en vigor en el momento de la formulación de la reserva podrá formularse únicamente en la medida en que no menoscabe un elemento esencial del tratado ni su estructura general”. A estos efectos puede servir de referencia la reserva efectuada por Bangladesh a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en ella se excluye la vinculación al artículo 2 de la Convención, precepto esencial para comprender el alcance de las obligaciones asumidas, por considerarlo contrario a la *Sharia*⁹¹.

- Directriz 3.1.5.6, Reservas a los tratados que contienen numerosos derechos y obligaciones interdependientes: “Para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado que contiene numerosos derechos y obligaciones interdependientes, habrá que tener en cuenta esta interdependencia, así como la importancia que tiene la disposición objeto de la reserva en la estructura general del tratado y el grado de menoscabo que le causa la reserva”. Es ésta una directriz particularmente válida para los tratados de derechos humanos y por ende para la CEDAW⁹². En este tipo de tratados aquellas reservas que frustren la interdependencia entre los derechos reconocidos atentan contra su objeto y fin; para determinarlo es preciso ponderar el grado de menoscabo ocasionado por la reserva a la integridad del tratado así como la importancia de la disposición que constituye el objeto de la reserva en la estructura general del tratado⁹³.

⁹¹ Véase: http://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-8&chapter=4&lang=en

⁹² Esta Directriz evoca claramente al texto y espíritu de la Declaración y Programa Mundial de Acción de Viena de 1993, aunque omite finalmente la referencia explícita a la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, que acompañan a la citada interdependencia: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. La Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 fue adoptada por consenso por los representantes de los 171 Estados que participaron. Véase Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, UN Doc. A/CONF.157/23, apartado 5. Debe tenerse en cuenta que uno de los antecedentes de esta directriz fue adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 59º período de sesiones como directriz 3.1.12 y en ese momento se aludía expresamente a la indivisibilidad e interrelación de las obligaciones contenidas en un tratado general de derechos humanos, véase ZIEMELE, I., y LIEDE, L., “Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6”, *loc. cit.*, pp. 1145-1146. Se trata de un intento de no limitar los supuestos de tratados internacionales de vocación legislativa exclusivamente a los tratados de derechos humanos.

⁹³ Véanse los comentarios a la Directriz 3.1.5.6 de la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados* en: Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), Suplemento núm. 10 (A/66/10 y Add.1), pp. 395-399. Disponibles en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>

2. Las opinión de órganos jurisdiccionales internacionales y de otros mecanismos convencionales de control: especial relevancia de la práctica del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

De forma contraria a la Opinión expresada por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Organización de Naciones Unidas en relación con el artículo 28 de la CEDAW al señalar que el Comité instituido para controlar su aplicación no parece tener entre sus funciones la determinación de la incompatibilidad de las reservas⁹⁴, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados establece la competencia material de los órganos encargados de la vigilancia de los tratados para determinar la validez sustantiva de las reservas formuladas a los mismos:

- Directriz 3.2, Evaluación de la validez sustantiva de las reservas: “Podrán evaluar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional, dentro de sus respectivas competencias:

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

Con respecto al primer punto (*Estados contratantes o las organizaciones contratantes*), se ha dicho que si bien es cierto que una objeción a una reserva no puede por sí misma determinar la invalidez de la reserva, sí que constituye un valioso elemento hermenéutico para la apreciación de su validez por el resto de partes en el tratado, así como para cualquier tribunal internacional o mecanismo competente para la aplicación del tratado⁹⁵. La Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a las *actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Ruanda)* consideró que la reserva de Ruanda al artículo IX (relativo a la solución de controversias) de la Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio de 1948 no es contraria a su objeto y fin. Para ello tuvo en cuenta que en el momento en que Ruanda se adhirió a la Convención la República Democrática del Congo no efectuó objeción alguna a su reserva⁹⁶.

De un modo similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo en cuenta la reacción de terceros Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a las cláusulas limitativas de la competencia territorial del tribunal contenidas en la declaración interpretativa formulada por Turquía para establecer su invalidez⁹⁷.

⁹⁴ Véase *supra* nota 65.

⁹⁵ PELLET, A., y MÜLLER, D., “Reservations to Treaties: An Objection to a Reservation is Definitely not an Acceptance”, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁶ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva Demanda 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, Rec. 2006, pp. 32-33, apartados 67-68.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía (Objeciones Preliminares)*, Recurso nº 15318/89, apartado 95. En relación con este asunto puede verse, MOLONEY, R., “Incompatible Reservations to Human Rights Treaties: Severability and the Problem of State Consent”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, nº 1, 2004, disponible en: <http://www.law.unimelb.edu.au/mjil/issues/issue-archive/volume-5-1>

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos encargado de la supervisión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Comentario General n° 24 ha establecido lo siguiente con respecto al valor jurídico que cabe otorgar a las objeciones de terceros Estados como criterio hermenéutico auxiliar para determinar la validez de las reservas:

“Como se indica anteriormente, es en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados donde se definen las reservas y también donde se prevé la aplicación de la prueba del objeto y fin a falta de otras disposiciones concretas. Pero el Comité considera que las disposiciones de la Convención 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. Esos 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 la reciprocidad entre los Estados, salvo tal vez en el limitado contexto de las reservas formuladas a las declaraciones sobre la competencia del Comité en virtud del artículo 41. Y, dado que la aplicación de las normas clásicas sobre las reservas es tan inadecuada para el Pacto, los Estados no han considerado con frecuencia interesante o necesario desde el punto de vista jurídico oponerse a las reservas. No cabe deducir del hecho de que los Estados no formulen una protesta que una reserva sea compatible o incompatible con el objeto y fin del Pacto. Se han formulado objeciones ocasionalmente, unos Estados sí, pero no otros, 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. El Comité opina que, debido a las características especiales del Pacto en su calidad de tratado de derechos humanos, es debatible qué efecto surten las objeciones entre los Estados inter se. Sin embargo, la objeción a una reserva formulada por los Estados puede ofrecer cierta orientación al Comité para interpretar su compatibilidad con el objeto y fin del Pacto”⁹⁸.

Por supuesto, no existe ningún tipo de vínculo orgánico entre el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ello no obsta desde luego para que este último deba seguir estos

⁹⁸ Comentario General n° 24 del Comité de Derechos Humanos, *cit. supra*, apartado 17. Esta particular naturaleza de los tratados de derechos humanos que escapan a la lógica del mero intercambio recíproco de obligaciones también ha sido puesta de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, *El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*.

criterios interpretativos otorgados por la opinión del Comité de Derechos Humanos como exigencia lógica del imperativo de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos que impone la necesidad de un desarrollo armonioso y coherente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos elaborado en el plano universal y auspiciado y potenciado por la Organización de Naciones Unidas⁹⁹. No debe perderse de vista que el Comité de Derechos Humanos ocupa una posición central en el sistema universal de protección de los derechos humanos desde la que irradia un anclaje jurídico con vocación universalista a los demás mecanismos convencionales de control basados en tratados auspiciados por Naciones Unidas. El proyecto universalista encarnado por el Comité de Derechos Humanos y el resto de órganos universales de tratados de derechos humanos busca un equilibrio que se acomode al pluralismo de tradiciones jurídicas y culturales mediante una representación geográfica equitativa en la elección de sus expertos independientes que refleje las principales tradiciones y sistemas jurídicos. Bien es cierto que a diferencia de lo que sucede en el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, donde hay una abrumadora mayoría de mujeres, en el Comité de Derechos Humanos la mujer no está suficientemente representada entre sus integrantes.

En la construcción de la comunidad jurídica global cimentada sobre valores comunes, con respeto a aquellos particularismos culturales que no mermen la integridad y universalidad de los derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos reivindica dicha posición angular en la construcción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos siendo reticente a citar en sus decisiones jurisprudencia de otros órganos de tratados del ámbito universal así como de tribunales regionales de derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos ha sido calificado como una institución que lleva a cabo una valiosa labor de diálogo y de *diplomacia de los derechos humanos* con los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que implica una destacable contribución al servicio de un proyecto universalista descrito como eminentemente pragmático y realista¹⁰⁰.

Las objeciones de terceros Estados no dejan de ser un elemento *intersubjetivo* que puede ser tenido en cuenta por los mecanismos convencionales de control de los tratados de derechos humanos y por los órganos jurisdiccionales internacionales para

⁹⁹ En relación con la labor del Comité de Derechos Humanos relativa al control de validez de las reservas, debe verse, FLAUSS, J-F., “Le contrôle de la validité des réserves par le Comité des droits de l’homme des Nations Unies”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 45, 2001, pp. 221-237.

¹⁰⁰ HENNEBEL, L., “Libres propos autour du projet universaliste du Comité des Droits de l’Homme des Nations Unies”, en VV.AA., *L’homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Ed. A. Pedone, París, 2014, pp. 387-401. También resulta un material de gran interés práctico para analizar la práctica y enfoque de los órganos de tratados de derechos humanos hacia el tratamiento de las reservas a aquellos el informe resultante de la 17ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, celebrada en Ginebra, los días 23 y 24 de junio de 2005, y de la Cuarta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, que tuvo en lugar en Ginebra, los días 20 a 22 de junio de 2005: *La práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos respecto de las reservas a los tratados internacionales en la materia*, HRI/MC/2005/5. Documento disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI%20FMC%202005%202F5&Lang=en

calibrar el carácter admisible o inadmisible de las reservas, pero precisamente, la propia naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos, que escapan a lógica de la reciprocidad, hace aconsejable la existencia de criterios *objetivos* y de una competencia *objetiva* para la determinación de dicho carácter inadmissible de las reservas así como de sus consecuencias jurídicas. Pese a la labor de la Comisión de Derecho Internacional parece que en este terreno tampoco se ha podido ahuyentar totalmente una cierta fragmentación y dispersión.

Como se ha puesto de manifiesto, la ausencia de reglas explícitas que determinen cuándo estamos en presencia de una reserva contraria al objeto y fin, tanto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 como en algunos tratados internacionales de carácter multilateral para la protección de los derechos humanos, hace que se preste mayor atención progresivamente a la práctica de estos mecanismos cuasi-jurisdiccionales de seguimiento de la aplicación de los tratados de derechos humanos así como a la jurisprudencia de las instancias jurisdiccionales internacionales de ámbito universal o regional. Merecen ser tenidas en cuenta las directrices contenidas a estos efectos en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en 2011¹⁰¹:

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

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

2. Las conclusiones que el órgano formule en el ejercicio de esta competencia tendrán el mismo valor jurídico que el que resulte del ejercicio de su función de vigilancia”¹⁰². Nótese aquí que esta directriz, como señalan los comentarios elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, elude deliberadamente la cuestión de las consecuencias derivadas de la evaluación de la validez sustantiva de una reserva, precisando únicamente que el valor jurídico de los pronunciamientos emanados al

¹⁰¹ *Cit. supra.*

¹⁰² En la nota al pie debido a su menor enjundia reproducimos otras directrices relevantes a estos efectos: “3.2.2 Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez sustantiva de las reservas: Los Estados o las organizaciones internacionales, cuando confieran a unos órganos la competencia para vigilar la aplicación de un tratado, deberían especificar, cuando proceda, la naturaleza y los límites de las competencias de esos órganos en materia de evaluación de la validez sustantiva de las reservas.

3.2.3 Toma en consideración de la evaluación de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados: Los Estados y las organizaciones internacionales que hayan formulado reservas a un tratado por el que se establezca un órgano de vigilancia de su aplicación deberán tener en cuenta la evaluación que este haga de la validez sustantiva de las reservas.

3.2.4 Organismos competentes para evaluar la validez sustantiva de las reservas en caso de que se cree un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado: Cuando un tratado cree un órgano de vigilancia de su aplicación, la competencia de ese órgano se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes para evaluar la validez sustantiva de reservas a un tratado, y de la de los órganos de solución de controversias competentes para interpretar o aplicar el tratado”.

respecto de los órganos de vigilancia instituidos *-inter alia* en el marco de tratados para la protección de los derechos humanos- no podrá exceder a aquél que corresponda a las facultades que les hayan sido conferidas en el marco de la vigilancia de dicho tratado internacional¹⁰³.

- Directriz 3.2.5, Competencia de los órganos de solución de controversias para evaluar la validez sustantiva de las reservas: “Cuando un órgano de solución de controversias sea competente para adoptar decisiones que obliguen a las partes en una controversia, y la evaluación de la validez sustantiva de una reserva sea necesaria para que pueda ejercer esa competencia, esta evaluación será jurídicamente vinculante para las partes como elemento de la decisión”. Esta directriz en el caso concreto de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer solo tendría virtualidad en los remotos supuestos que puedan llegar a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia en virtud de su artículo 29.1. Esta posibilidad de sumisión de controversias surgidas entre los Estados parte en el marco de la CEDAW a la Corte Internacional de Justicia sí se inscribe dentro de la lógica de la reciprocidad, es por ello que el segundo párrafo del artículo 29 contempla expresamente la posibilidad de efectuar reservas a la eventual competencia de la Corte Internacional de Justicia como órgano de solución de controversias interestatales en el marco de la CEDAW. Son abundantes los Estados parte (islámicos y no islámicos) que han excluido a la Corte Internacional de Justicia de toda posibilidad de conocimiento de controversias interestatales en virtud de la reserva permitida por el artículo 29.2 de la Convención¹⁰⁴.

Para concluir con esta segunda cuestión relativa a qué opiniones son jurídicamente relevantes a la hora de determinar si estamos en presencia de una reserva contraria o no al objeto y fin de un tratado internacional destinado a la protección de los derechos humanos debemos conservar las siguientes ideas en síntesis: son valiosos como criterios interpretativos o indiciarios las reacciones de terceros Estados parte en forma de aceptación u objeción, así como las opiniones de instancias jurisdiccionales internacionales y sobre todo de los mecanismos cuasi-jurisdiccionales para el seguimiento y supervisión del cumplimiento de las obligaciones del tratado en cuestión.

En el caso concreto del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer no debe menospreciarse el valor jurídico de

¹⁰³ Véanse los comentarios a la Directriz 3.2.1 de la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados* en: Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), Suplemento núm. 10 (A/66/10 y Add.1), p. 412. Disponibles en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>

¹⁰⁴ Arabia Saudí, Argelia, Argentina, Bahamas, Bahreín, Brasil, Brunéi, China, Corea del Norte, Cuba, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Etiopía, Francia, India, Indonesia, Irak, Israel, Jamaica, Kuwait, Líbano, Mauricio, Micronesia, Mónaco, Marruecos, Myanmar, Níger, Omán, Pakistán, Qatar, Singapur, Siria, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turquía, Venezuela, Vietnam y Yemen, son todos Estados que han formulado la reserva permitida por el artículo 29.2 de la Convención. Aquí también se observa la alta proporción de Estados islámicos que han excluido la posibilidad de que la Corte Internacional de Justicia pueda dirimir controversias en el marco de aplicación de la CEDAW entre sus Estados parte. Véase,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en

recomendación que su opinión tiene -siguiendo las anteriores directrices-, pues las decisiones que adoptan estos órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos obligan de forma mediata al Estado parte, ya que los Estados han otorgado expresamente la competencia a estos órganos para determinar si se han vulnerado o no sus obligaciones convencionales; y en caso de que estos órganos concluyan que así ha sido o que los Estados parte no han adoptado todos los medios a su alcance para impedir su vulneración, los Estados estarán obligados a procurar a todos los individuos sujetos a su jurisdicción todos los remedios legales y judiciales necesarios para hacer efectivo el derecho conculcado por su propia conducta¹⁰⁵. Resultan ilustrativas de lo anterior las recomendaciones que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha efectuado en el asunto *González Carreño* tras concluir que España ha infringido diversas obligaciones sustantivas de la CEDAW en un caso de violencia doméstica donde la madre recurrente y la hija fallecida fueron protegidas de un modo manifiestamente insuficiente¹⁰⁶. Desde luego los mecanismos convencionales instituidos por los tratados de derechos humanos de ámbito universal están dotados de una potestad declarativa en el ejercicio de sus funciones tanto de evaluación de los informes periódicos presentados por los Estados parte como de examen de las comunicaciones individuales (en aquellos casos donde con carácter facultativo han sido habilitados por los Estados parte) en virtud de la cual pueden apreciar cuándo y en qué medida los Estados parte han faltado al respeto de sus obligaciones convencionales. Dicha constatación, al margen de las recomendaciones específicas dirigidas por el mecanismo convencional al Estado infractor en cuestión para enmendar su vulneración, es un hecho probado y no una mera recomendación en la medida en que los Estados parte han aceptado las funciones referidas de los citados mecanismos convencionales.

En consecuencia los pronunciamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la validez sustantiva de las reservas formuladas a la CEDAW son más que simple *soft law* en la medida en que la “jurisprudencia” emanada del Comité conforma un *corpus iuris* sustantivo procedente del intérprete autoritativo de las disposiciones de la CEDAW¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Esto resulta particularmente cierto para el caso de las decisiones de los órganos convencionales de control de los tratados de derechos humanos que ponen fin a los procedimientos iniciados mediante comunicaciones individuales. En relación con esta función puede consultarse, TOMUSCHAT, C., *Human Rights Between Idealism and Realism, op. cit.*, pp. 238-276. Véanse por analogía: “Habida cuenta de que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y de que, de conformidad con el artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto y a garantizar recursos efectivos y que se puedan hacer aplicar en caso de que se haya determinado la existencia de una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a su dictamen”, Comité de Derechos Humanos, Comunicación n° 928/2000, *Sooklal c. Trinidad and Tobago*, 8 de noviembre de 2001, CCPR/C/73/D/928/2000, apartado 7; asimismo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación n° 31/2003, *LR c. Eslovaquia*, 10 de marzo de 2005, CERD/C/66/D/31/2003, apartado 10, punto 10.

¹⁰⁶ Véase el Dictamen del Comité de 16 de julio de 2014, Comunicación n° 47/2012, *González Carreño c. España*, CEDAW/C/58/D/47/2012.

¹⁰⁷ “Interpreting treaty obligations and the fulfilment of those obligations is part and parcel of every monitoring role recognised under the treaty body remits and, therefore, the determinative function should

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de un modo similar al examinado en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha atribuido la competencia para apreciar si en el marco de la Convención una declaración interpretativa que constituye una reserva *de facto* a su contenido es admisible. Por ejemplo, cuando Pakistán se adhirió en 1996 a la Convención efectuó una declaración interpretativa supeditando el efecto de sus disposiciones en su ordenamiento jurídico interno a la Constitución de la República Islámica de Pakistán. El Comité ha instado a Pakistán a retirar su declaración a la mayor brevedad¹⁰⁸.

Un caso paradigmático de reserva formulada en términos tan amplios y generales que es contraria al objeto y fin de la Convención lo encontramos en el caso de Arabia Saudí, que señala que en caso de contradicción entre las disposiciones de la Convención y las normas de la ley islámica, el Estado no está obligado a respetar las disposiciones de la Convención. En este caso el Comité se ha pronunciado señalando el carácter incompatible de la reserva formulada por Arabia Saudí con el objeto y fin de la Convención y la consecuencia jurídica es que este país continúa como parte en el tratado con la obligación de aplicar de manera sistemática e ininterrumpida todas sus obligaciones¹⁰⁹.

extend to each of these whether it be reviewing a periodic report, commencing a procedure of inquiry or assessing an individual communication. Periodic report monitoring and concluding observations, issuing general comments and reviewing individual communications all play to the strengths of the treaty bodies which include their specific knowledge of the treaty obligations and their ability to create human rights dialogues with State Parties. Though the opinions, comments and statements issued by treaty bodies are not binding and generally viewed as forms of soft law, these products are increasingly being referenced in a range of courts and are available to examine by anyone with internet access. Treaty bodies must take advantage of the developments in reservations law, particularly those set forth in the ILC Finalized Guidelines. Exercising the determinative function and further developing their monitoring roles requires that they be very clear about the impermissibility of a reservation rather than resort to vague terms that are inconclusive as to the validity and legal effect of a reservation. More stringent pronouncements using the language of invalidity or impermissibility would better serve the ultimate goal—withdrawal—rather than perpetuate a stagnant reservation as has been the case for many arguably invalid reservations to the core human rights treaties”, vid. McCALL-SMITH, K. L., *Reservations to human rights treaties*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁰⁸ “El Comité está preocupado también porque la jurisdicción de los tribunales más altos establecidos en virtud de la Constitución no abarca todo el territorio del Estado parte, por lo que las mujeres podrían verse privadas de sus derechos constitucionales, así como por la ambigüedad causada por el reconocimiento en la Constitución del Tribunal Federal de la Sharia. Le inquieta igualmente el desconocimiento en el poder judicial de los derechos de la mujer y la legislación nacional pertinente. Está preocupado además por la existencia de sistemas paralelos de justicia (*jirgas* y *panchayats*), a pesar de que se los haya declarado ilegales, y de diversos mecanismos informales de solución de controversias (*Musalihat Anjuman*), que discriminan a la mujer”, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sobre el cuarto informe periódico de Pakistán, aprobadas por el Comité en su 54º período de sesiones (11 de febrero a 1 de marzo de 2013), 27 de marzo de 2013, CEDAW/PAK/CO/4, apartados 9, 10 y 15.

¹⁰⁹ Arabia Saudí ha recibido recomendaciones que le instan a retirar su reserva general a la CEDAW y que le han sido dirigidas por Francia, España, Austria, Finlandia y Brasil en el marco del Examen Periódico Universal que se lleva a cabo en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas; véase, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal relativo a Arabia Saudita, 25º período de sesiones, 26 de diciembre de 2013, A/HRC/25/3, pp. 16-17.

Por tanto, en la visión del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer una reserva contraria al objeto y fin de un tratado es escindible del resto del consentimiento del Estado expresado en quedar vinculado en virtud de un tratado de carácter multilateral, de modo que el Estado es parte en el tratado sin beneficiarse de la reserva afectada de invalidez (el análisis de las consecuencias jurídicas de la formulación de este tipo de reservas se analiza con mayor detalle en el siguiente apartado del presente trabajo). Esta consecuencia jurídica se aprecia en el hecho de que el Estado reservante haya decidido sin el beneficio de la reserva cumplir su obligación de remitir periódicamente informes al Comité y verse “sometido a su examen”. En el caso de Arabia Saudí el Comité ha instado a la retirada definitiva de dicha reserva, máxime teniendo en cuenta que su delegación nacional ha asegurado que no existe contradicción de fondo entre la ley islámica y la Convención¹¹⁰.

La labor del Comité ha sido determinante para que algunos Estados como Marruecos comuniquen al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas la retirada de algunas de estas reservas. Del mismo modo ha exigido explicaciones a Estados como Argelia sobre la repercusión en la situación de la mujer de aquellas reservas que mantienen: a este país el Comité le ha requerido que modifique el Código de Familia de 1984 para llevarlo en línea con las obligaciones generales del artículo 2 de la Convención¹¹¹.

El Comité ha considerado inadmisibles por ser contrarias al objeto y fin de la Convención las reservas formuladas por otros Estados como Bahréin y Bangladesh, solicitando su retirada, por subordinar aspectos esenciales de la Convención a la aplicación de la *Sharia*¹¹².

En el caso de otros Estados como Jordania, sus reservas no han sido encontradas como contrarias al objeto y fin de la Convención, pero el Comité conmina igualmente al Estado a retirarlas: en el caso del artículo 16 de la Convención que prohíbe la discriminación en el ámbito del matrimonio y de las relaciones familiares se ha recomendado intensificar el diálogo con las comunidades religiosas y sus dirigentes a los efectos de contagiar las prácticas de otros Estados pertenecientes a la Organización

¹¹⁰ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Arabia Saudí, 40º período de sesiones 14 de enero a 1 de febrero de 2008, 8 de abril de 2008, CEDAW/C/SAU/CO/2, apartados 8 a 10. Llama la atención que este tradicional aliado de Estados Unidos y potencia calificable como mínimo de regional mantenga la prohibición de que las mujeres conduzcan vehículos, una limitación de su libertad de circulación sobre la que ha manifestado su preocupación el Comité (véanse los apartados 15 y 16 del documento mencionado) y que se inscribe en el marco de la tutela masculina a la que está sometida la mujer (*mehrem*). Prohibición que no deja, además, de tener un impacto en las relaciones comerciales.

¹¹¹ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en relación con los informes periódicos tercero y cuarto combinados presentados por Argelia, 51º período de sesiones 13 de febrero a 2 de marzo de 2012, 23 de marzo de 2012, CEDAW/C/DZA/CO/3-4, apartados 13-14.

¹¹² Véanse las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Bahréin, 42º período de sesiones 20 de octubre a 7 de noviembre de 2008, 14 de noviembre de 2008, CEDAW/C/BHR/CO/2, apartados 16-17; asimismo, las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Bangladesh, 48º período de sesiones 17 de enero a 4 de febrero de 2011, 22 de marzo de 2011, CEDAW/C/BGD/CO/7, apartados 11-12.

de la Conferencia Islámica (actual Organización Internacional para la Cooperación Islámica) que han considerado que este precepto es plenamente compatible con la *Sharia*, y en consecuencia, no han formulado reservas a dicho artículo o las han retirado¹¹³.

Más allá de la formulación o no de reservas explícitas la pervivencia de ciertas tradiciones e instituciones religiosas, su interpretación y su influencia en la legislación implica en numerosas ocasiones que la difusión y aplicación de la Convención en sus ordenamientos internos esté lejos de ser plena. Por ello resulta interesante que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer intente provocar un cierto efecto de *contagio* de aquellas prácticas que considera más beneficiosas desde el punto de vista de los derechos de la mujer en el seno de la Organización Internacional para la Cooperación Islámica¹¹⁴.

¹¹³ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Jordania, 51º período de sesiones 13 de febrero a 2 de marzo de 2012, 23 de marzo de 2012, CEDAW/C/JOR/CO/5, apartados 9-10.

¹¹⁴ Dentro de los Estados miembros de esta organización internacional, merecen la pena ser destacadas las siguientes palabras extraídas del primer informe periódico presentado por Qatar de acuerdo con el artículo 18 de la Convención. Unas palabras ambivalentes que pretenden demostrar que ninguna tradición cultural está exenta de estereotipos culturales que afectan negativamente a la igualdad entre hombres y mujeres: “Los medios de comunicación constituyen una fuerza formidable para cambiar e influir en los comportamientos y en las actitudes de los individuos hacia las diferentes cuestiones que preocupan a la sociedad. El Estado de Qatar procura sacar partido de todos los canales de información para apoyar sus políticas de desarrollo y, en especial, para formar al ciudadano qatarí, con lo que ello conlleva de lucha contra la discriminación femenina, y para concienciar sobre la necesidad de capacitar a la mujer, de modo que pueda ejercer de forma efectiva su función social, y sobre la igualdad entre el hombre y la mujer en materia de derechos y obligaciones. Ciertos medios de comunicación por satélite que emiten desde diferentes Estados del mundo contribuyen a mantener la imagen estereotipada de la mujer a través de programas, canciones, películas y anuncios publicitarios que la presentan como un instrumento de placer y seducción, como un ser superficial y con escasa capacidad intelectual o como una persona interesada exclusivamente por las labores domésticas. Estos mensajes han invadido el Estado de Qatar como ninguno otro ya que, al amparo de su clima aperturista, no hay en el país modo de controlarlos”. Palabras que ponen de manifiesto además un importante conflicto latente entre dos derechos fundamentales, la libertad de expresión e información y la igualdad entre hombre y mujer, además de constituir un elemento interesado de descarga de responsabilidad del Estado de Qatar que pretende achacar sus posibles faltas a los programas de televisión por satélite importados de otros países. Véase Informe periódico inicial de los Estados partes: Qatar, 28 de noviembre de 2011, CEDAW/C/QAT/1, apartado 149. Del mismo modo, el Comité puede encontrar dificultades en conciliar con el espíritu de la Convención aseveraciones como la que el Estado qatarí efectúa en el apartado 143 de su primer informe: “La organización de los roles familiares está tomada de la sharia. El esposo es el cabeza de familia y el responsable de protegerla y mantenerla. El cuidado de los hijos es una responsabilidad compartida entre ambos progenitores. Esta organización de la vida privada no pretende menoscabar la situación de la mujer. Se trata más bien de un modelo organizativo de gestión familiar encaminado a salvaguardar el interés de la familia. En la vida pública, por el contrario, el hombre y la mujer son iguales en derechos y obligaciones públicas y están sometidos, sin discriminación, a las mismas leyes”. Otro Estado miembro de la organización internacional como Yemen que ha ratificado sin reservas la Convención mantiene de igual modo prácticas dudosamente compatibles con la misma: “Al Comité también le preocupa que la mayoría de las mujeres encarceladas hayan sido condenadas por prostitución, adulterio, alcoholismo o comportamiento ilícito o indecente en un entorno público o privado”, véanse las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Yemen, 41º período de sesiones 30 de junio a 18 de julio 2008, 9 de julio de 2008, CEDAW/C/YEM/CO/6, apartado 42.

Por último, en el ámbito del Examen Periódico Universal que tiene lugar en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas es frecuente encontrar que diversos Estados (España, Bélgica, Canadá, Italia, Dinamarca, Austria, Noruega, Finlandia, Brasil, México, Eslovenia, Australia, Francia, Alemania, República Checa, Suecia...) han hecho con carácter reiterado recomendaciones orientadas a remover los obstáculos que impiden la aplicación efectiva de la CEDAW en algunos de los denominados aquí Estados islámicos que se han visto examinados y entre dichos obstáculos es frecuente encontrar el llamamiento a la retirada de las reservas a la CEDAW. Este mecanismo extraconvencional viene a reforzar tanto la labor del órgano de control convencional como el diálogo intersubjetivo, antes examinado, que existe en materia de reservas mediante la formulación de objeciones a aquellas consideradas contrarias al objeto y fin de la CEDAW ¹¹⁵.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FORMULACIÓN DE RESERVAS CONTRARIAS AL OBJETO Y FIN DE LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Una vez se ha determinado cuándo estamos en presencia de una reserva contraria al objeto y fin de un tratado para la protección de los derechos humanos siguiendo las directrices expuestas, inmediatamente atrás, debemos regresar a la cuestión principal: ¿Qué consecuencias jurídicas tiene para el propio Estado reservante el haber realizado una reserva contraria al objeto y propósito de un tratado internacional para la protección de los derechos humanos? Ciertamente, las directrices de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en 2011¹¹⁶ al respecto apenas contribuyen a despejar esta incertidumbre: “La formulación de una reserva sustantivamente inválida produce sus consecuencias a tenor del derecho de los tratados y no genera la responsabilidad internacional del Estado o de la organización internacional que la ha formulado”¹¹⁷, reza la Directriz 3.3.2, por ejemplo. De modo que

¹¹⁵ Como ejemplos pueden verse entre otros: Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal relativo a Argelia, 21º período de sesiones, 5 de julio de 2012, A/HRC/21/13, p. 23; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal relativo a Bangladesh, 24º período de sesiones, 8 de julio de 2013, A/HRC/24/12, p. 27; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal relativo a Brunei Darussalam, 27º período de sesiones, 7 de julio de 2014, A/HRC/27/11, p. 15; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal relativo a Níger, 17º período de sesiones, 25 de marzo de 2011, A/HRC/17/15, p. 18; y finalmente, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal relativo a Omán, 17º período de sesiones, 24 de marzo de 2011, A/HRC/17/7, p. 22.

¹¹⁶ *Cit. supra*.

¹¹⁷ “Es ciertamente revelador que nunca un Estado, al formular una objeción a una reserva prohibida, haya invocado la responsabilidad de su autor: las consecuencias que emanan de la constatación de la falta de validez de una reserva pueden ser diversas, pero nunca son una obligación de reparar y, si el Estado autor de la objeción invitara al Estado autor de la reserva a retirar su reserva o a modificarla en el marco del ‘diálogo sobre las reservas’, ese Estado no actuaría en la esfera del derecho de la responsabilidad, sino en la del derecho de los tratados exclusivamente. No parece dudoso, en efecto, que la formulación de una reserva excluida por cualquiera de los apartados del artículo 19 cae dentro del ámbito del derecho de los tratados y no del derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En

regresamos a la duda de partida: el Estado que formula una reserva contraria al objeto y finalidad esencial de un tratado internacional para la protección de los derechos humanos, ¿queda obligado a respetar la totalidad de obligaciones estipuladas en el mismo en virtud de una ficción jurídica según la cual la reserva sería escindible del resto de su consentimiento soberano?, o por el contrario, ¿la invalidez de la reserva, su nulidad, comportaría la invalidación del consentimiento soberano y por tanto al recaer sobre elementos esenciales del tratado supondría que el Estado reservante perdiese la condición de parte en el tratado? En el caso que nos ocupa, el autor de una reserva sustancialmente inválida por ser contraria al objeto y fin de la CEDAW estaría violando *prima facie* las obligaciones resultantes del artículo 19 apartado c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y del artículo 28.2 de la propia CEDAW.

Veamos brevemente la práctica de los órganos de control ínsitos en los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos tanto de ámbito regional como universal antes de analizar la solución propuesta por la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la Comisión de Derecho Internacional.

En el plano regional europeo primero la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han atribuido la competencia para determinar si las declaraciones interpretativas efectuadas por algunos Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos eran en realidad reservas inaceptables en el marco del mismo. Cuando ambas instancias de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos han llegado a la conclusión de que se trataba de reservas inadmisibles han concluido que los Estados reservantes permanecían enteramente obligados a respetar las obligaciones del Convenio sin el beneficio de la/s reserva/s viciada/s¹¹⁸.

consecuencia, no genera la responsabilidad del Estado autor de la reserva”, en este sentido explica la Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios la intención de la Directriz 3.3.2, véanse los mismos en Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), Suplemento núm. 10 (A/66/10 y Add.1), pp. 420-422. Disponibles en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>

¹¹⁸ SIMMA, B., y HERNÁNDEZ, G. I., “Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Rights Treaty: Where Do We Stand?”, en CANNIZZARO, E., (ed.), *The Law of the Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 64-65. Véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de abril de 1988, *Belilos c. Suiza*, Recurso nº 10328/83. Nótese que el Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene su regla específica en el artículo 57 sobre la admisibilidad de reservas al mismo. Este asunto suscitó abundantes comentarios, así véanse entre otros: COHEN-JONATHAN, G., “Les réserves à la Convention européenne des droits de l’homme (à propos de l’arrêt Belilos du 29 avril 1988)”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1989, pp. 273-314; FLAUSS, J-F., “Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l’article 6, par. 1”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, Vol. 5, 1993, pp. 297-303; y MARKS, S., “Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, 1990, pp. 300-327.

El Comité de Derechos Humanos ha seguido un razonamiento muy similar al de los órganos de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su posición queda sintetizada en su Comentario General n° 24 donde se atribuye la competencia para determinar cuándo una reserva es incompatible con el objeto y propósito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en caso de encontrarla, su opinión es que el Estado autor de la reserva seguirá vinculado como parte a la totalidad de las obligaciones derivadas del Pacto sin el beneficio de la reserva afectada de nulidad. La posición del Comité de Derechos Humanos, si bien no directamente vinculante, sí debe servir de faro e irradiar al resto de mecanismos convencionales para la protección de los derechos humanos existentes en el ámbito universal, incluido, por tanto, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Merece reproducirse el siguiente extracto del Comentario General n° 24 del Comité de Derechos Humanos:

“Por necesidad ha de ser el Comité quien decida si una determinada reserva es compatible con el objeto y fin del Pacto. Ello se debe en parte, tal como se indica anteriormente, a que se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos y, en parte, a que es una tarea que el Comité no puede eludir en el desempeño de sus funciones. 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 o 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. La consecuencia normal de una reserva inaceptable no es la de que el Pacto carezca de todo vigor para la parte que formula la reserva. Antes bien, será posible considerar independientemente esa reserva, en el sentido de que el Pacto será aplicable para la parte que formule la reserva sin que la reserva se tenga en cuenta”¹¹⁹.

Queda de nuevo patente que los tratados internacionales de derechos humanos requieren de un régimen adaptado a sus peculiaridades, de una adaptación del régimen general de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, donde sus mecanismos de control tengan una competencia preponderante y sus opiniones un valor jurídico determinante en el establecimiento de la compatibilidad de las reservas con su objeto y propósito esencial, así como en la determinación de las consecuencias jurídicas de la formulación de reservas no admisibles. Como se colige de la práctica analizada en el apartado inmediatamente anterior del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, una reserva contraria al objeto y fin de un tratado es

¹¹⁹ Comentario General n° 24 del Comité de Derechos Humanos, *cit. supra*, apartado 18. Este enfoque fue seguido por el Comité de Derechos Humanos que calificó de contraria al objeto y fin del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos una reserva en virtud de la cual Trinidad y Tobago pretendía excluir de la competencia del Comité para recibir comunicaciones individuales los supuestos de los reclusos condenados a muerte, véase la Decisión del Comité de 7 de diciembre de 1998, Comunicación n° 845/1999 *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tobago*, CCPR/C/67/D/845/1999.

escindible del resto del consentimiento del Estado expresado en quedar vinculado en virtud de un tratado de carácter multilateral, de modo que el Estado es parte en el tratado sin beneficiarse de la reserva afectada de invalidez.

He aquí las directrices contenidas en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la Comisión de Derecho Internacional más relevantes para la determinación de las consecuencias jurídicas de la formulación de reservas contrarias al objeto y fin de la CEDAW:

- Directriz 4.5.1, Nulidad de una reserva inválida: “Una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y sustantiva enunciadas en las partes 2 y 3 de la Guía de la Práctica es nula de pleno derecho y, por lo tanto, carece de todo efecto jurídico”. Como recuerda la propia Directriz 3.3.1 es irrelevante a estos efectos cuál sea la causa de la invalidez de la reserva. Esta directriz viene a colmar una importante laguna presente en el régimen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, al precisar que la consecuencia aparejada a la formulación de una reserva afectada de invalidez sustantiva es la nulidad de pleno derecho y la ausencia de efectos jurídicos.

- Directriz 4.5.2, Reacciones a una reserva considerada inválida:

- o “1. La nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o la aceptación por un Estado contratante o una organización contratante”.
- o “2. No obstante, un Estado o una organización internacional que considere que la reserva es inválida debería formular lo antes posible una objeción motivada al respecto”.

Esta última directriz viene a confirmar la idea apuntada de que, dejando al margen su utilidad a nivel indiciario, por sí solas la aceptación u objeción de la reserva por parte de terceros Estados parte no tiene consecuencias jurídicas sobre su validez (en ausencia de regla específica como ocurre en el caso de la CEDAW –no así en el caso de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial-). Ahora bien, el segundo apartado de esta directriz pretende descartar la idea de que constituya un ejercicio inútil la formulación de objeciones motivadas a las reservas que sean consideradas inválidas por terceros Estados; al contrario, del tenor de este segundo apartado de la directriz se desprende una función alentadora en tal sentido para fomentar el diálogo intersubjetivo sobre reservas. Ténganse en cuenta los modelos de objeciones frente a reservas inadmisibles a tratados internacionales que han sido sugeridos a los Estados miembros desde el Consejo de Europa¹²⁰.

La mayor novedad, orientada al desarrollo progresivo del Derecho Internacional, que introduce la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en 2011, de enorme interés práctico para el caso de la CEDAW, se encuentra en su Directriz 4.5.3: se establece una presunción rebatible de

¹²⁰ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación nº R (99) 13, de 18 de mayo de 1999, disponible en:

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=528808&SecMode=1&DocId=439658&Usage=2>

que el autor de la reserva inválida y nula de pleno derecho (imaginemos la reserva efectuada por Arabia Saudí en el caso de la CEDAW) permanece vinculado al tratado internacional sin el beneficio de la reserva viciada prohibida expresamente por el artículo 28.2 de la CEDAW¹²¹. Dicha presunción *iuris tantum* es reversible y desmontable si el autor de la reserva manifiesta su intención expresa de no seguir vinculado como parte en el tratado, *o si tal intención se determina de otra forma* (enigmática expresión de la Guía). En todo caso, la presunción de aplicación íntegra del tratado al Estado reservante se hace depender de la nulidad de la reserva y de que dicho Estado no tenga intención de dejar de ser parte en el tratado¹²². Además, la novedad estriba básicamente en que se establece un plazo temporal de opción para el Estado autor de la reserva contaminada: cuando es el órgano de vigilancia del tratado (verbigracia el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer) quien constata la invalidez de la reserva, el Estado reservante *debería* en un plazo de doce meses a contar desde ese momento manifestar expresamente su oposición a la presunción automática señalada, es decir, su oposición a quedar vinculado como parte en el tratado sin el beneficio de la reserva aquejada de nulidad.

- Directriz 4.5.3, Condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado:

- o “1. La condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado depende de la intención manifestada por el Estado o la organización internacional que ha formulado la reserva sobre si se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva o si considera que no queda obligado por el tratado”.
- o “2. A menos que el autor de la reserva inválida haya manifestado la intención contraria o que tal intención se determine de otra forma, será considerado como Estado contratante u organización contratante sin el beneficio de la reserva”.
- o “3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, el autor de una reserva inválida podrá manifestar en todo momento su intención de no obligarse por el tratado sin el beneficio de la reserva”.

¹²¹ De las tres hipótesis barajadas en el estudio de Ryan Goodman acerca de las consecuencias jurídicas ligadas a la formulación de una reserva inválida a las disposiciones de un tratado de derechos humanos, la Comisión de Derecho Internacional se ha decantado por establecer la tercera de ellas como presunción *iuris tantum*: “Option 1: The state remains bound to the treaty except for the provision(s) to which the reservation related.

Option 2: The invalidity of a reservation nullifies the instrument of ratification as a whole and thus the state is no longer a party to the agreement.

Option 3: An invalid reservation can be severed from the instrument of ratification such that the state remains bound to the treaty including the provision(s) to which the reservation related”, véase GOODMAN, R., “Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, pp. 531-560.

¹²² Un elemento de juicio crucial para determinar la intención real del autor de la reserva es su comportamiento ulterior en relación con el tratado, véanse los comentarios a la Directriz 4.5.3 en Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), Suplemento núm. 10 (A/66/10 y Add.1), pp. 557-558. Disponibles en:

<http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>

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

El mayor problema práctico que plantea esta directriz es el relativo a la opción comentada que contiene *in fine*: en el frecuente caso de que la reserva sea declarada como inválida, siendo su consecuencia teórica e inmediata la nulidad de pleno derecho, cuando tal constatación se vea acompañada de su mantenimiento obstinado y de su no retirada, como ha ocurrido en el caso de numerosos Estados islámicos en su diálogo con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Evidentemente dichos Estados han optado por no abandonar la disciplina de la CEDAW, pero manteniendo de forma contraria a las observaciones y recomendaciones de su órgano de control reservas inadmisibles con arreglo a su artículo 28.2 y que por tanto frustran el propósito último de la Convención al verse acompañadas de obstáculos en el Derecho interno fundamentados en la ley islámica. Dichos Estados no han manifestado en ningún momento su intención de no quedar obligados en virtud de la CEDAW sin el beneficio de las mencionadas reservas inválidas. La Guía elaborada por la Comisión de Derecho Internacional no resuelve la mayor paradoja práctica que plantean estos supuestos donde el Estado decide permanecer bajo la disciplina del órgano de control del tratado manteniendo una reserva declarada inválida y teóricamente nula de pleno derecho. La Directriz 3.3.2 de la propia Guía señala que la formulación de una reserva inválida *per se* no engendra el nacimiento de la responsabilidad internacional del autor. Ahora bien, el mantenimiento de la reserva nula de pleno derecho tras ser declarada su invalidez por el órgano de control del tratado (en este caso la CEDAW) no puede sino determinar el nacimiento de la responsabilidad internacional del Estado reservante¹²³ con arreglo al artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”¹²⁴. Esta consecuencia jurídica encuentra su complemento necesario en la primacía del Derecho Internacional general en tanto que sistema jurídico y en el propio tenor del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Lógicamente, las posibles formas de hacer efectiva dicha responsabilidad internacional plantean problemas jurídico-políticos, éticos y de legitimidad, difíciles de resolver y que trascienden el propósito del presente trabajo.

Por último, la línea sostenida por la Comisión de Derecho Internacional en esta Directriz 4.5.3 confirma y reconoce que los órganos encargados del control de los tratados de derechos humanos tanto universales como regionales estaban apuntando en la dirección correcta, siendo coincidente con esta línea la Opinión Separada Conjunta

¹²³ En este mismo sentido se pronuncia DÍEZ PERALTA, E., “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *loc. cit.*, p. 118.

¹²⁴ Texto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º Período de Sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Véase el texto con comentarios en Documentos oficiales de la Asamblea General, 56º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, (A/56/10), pp. 10-405.

formulada por los jueces de la Corte Internacional de Justicia, Higgins, Koijmans, Elarbaby, Owada y Simma en el asunto relativo a *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Ruanda)*¹²⁵. Por tanto, la Guía ha consagrado como presunción rebatible la consecuencia práctica a la que habían llegado los órganos de control de los tratados de derechos humanos (la denominada *severability option*), es decir, que el autor de la reserva inválida forme parte del tratado sin beneficiarse de aquélla. El hecho de que se contemple la *opción* de que el Estado autor de la reserva manifieste su intención de abandonar la disciplina del tratado, constituye un esfuerzo por consagrar una solución intermedia que también satisfaga a los partidarios de la visión sostenida por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1951. De este modo la naturaleza y exigencias propias de los tratados de derechos humanos, esto es, su enfoque normativo, de orden público, su vocación legislativa, la superación de la lógica de la reciprocidad, etc., han sido preservadas satisfactoriamente sin incluir una mención explícita a las mismas en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados que pudiera ofender a las visiones más ortodoxas y sobre todo que supusiera una claudicación expresa reconociendo la especialidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a otros sectores del Derecho Internacional general¹²⁶. Parece claro, por tanto, que el momento anunciado por DÍEZ DE VELASCO en 1951 está ahora más próximo que entonces aunque todavía resulta lejano:

¹²⁵ Opinión Separada Conjunta de los jueces Higgins, Koijmans, Elarbaby, Owada y Simma, *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva Demanda 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, Rec. 2006, p. 6, apartados 15 y 16, p. 69: “15. In the meantime certain new trends in practice are also discernible. Both the European Court of Human Rights, and the Inter-American Court of Human Rights, have not followed the “laissez faire” approach attributed to the International Court’s Advisory Opinion of 1951; they have each themselves pronounced upon the compatibility of specific reservations to the European Convention on Human Rights and the American Convention on Human Rights, respectively. They have not thought that it was simply a matter of bilateral sets of obligations, left to individual assessment of the States parties to the Convention concerned. (See in particular, *Belilos v. Switzerland*, Judgment of 29 April 1988, 10 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) (1988); *Loizidou v. Turkey*, Judgment of 23 March 1995, Preliminary Objections, 310 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) (1995); *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention*, Advisory Opinion OC-2/82, Inter-Am. Ct. Hum. Rts. (Ser. A), No. 2 (1982); *Restrictions to the Death Penalty*, Advisory Opinion OC-3/83, Inter-Am. Ct. Hum. Rts. (Ser. A), No. 3 (1983); see also *Rawle Kennedy v. Trinidad and Tobago*, Human Rights Committee, Communication No. 845, United Nations doc. CCPR/C/67D/845/1999 (31 December 1999).)

16. The Human Rights Committee in General Comment No. 24 (52) has sought to provide some answers to contemporary problems in the context of the International Covenant on Civil and Political Rights, with its analysis being very close to that of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court. The practice of such bodies is not to be viewed as “making an exception” to the law as determined in 1951 by the International Court; we take the view that it is rather a development to cover what the Court was never asked at that time, and to address new issues that have arisen subsequently”. Asimismo, ZIEMELE, I., y LIEDE, L., “Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6”, *loc. cit.*, pp. 1151-1152.

¹²⁶ Resultan interesantes las explicaciones del propio Relator Especial, el Profesor Alain Pellet, sobre el extenuante debate que condujo a la actual Directriz 4.5.3, véase PELLET, A., “The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A general Presentation by the Special Rapporteur”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, n° 4, 2013, pp. 1092-1094.

“El día que se haya reducido la soberanía a sus justos límites, las reservas a los tratados internacionales estarán a punto de desaparecer, y con ellas desaparecerá una de las causas más perturbadoras para llegar a la unificación del Derecho Internacional convencional”¹²⁷.

La Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución de 16 de diciembre de 2013 ha expresado su aprecio por la labor de codificación y de desarrollo progresivo que ha efectuado la Comisión de Derecho Internacional al aprobar la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, asimismo ha tomado nota de su texto alentando a que éste reciba la mayor difusión posible¹²⁸. La Asamblea General ha puesto de relieve la importancia no solo de las directrices contenidas en la Guía sino también de los detallados comentarios a las mismas aprobados por la Comisión de Derecho Internacional y de singular valor para su interpretación (algunos fragmentos de los cuales han sido antes expuestos en este trabajo). Los comentarios, de gran extensión, incluyen un análisis de los trabajos preparatorios de ambas Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, una exposición de la jurisprudencia, práctica y doctrina relevantes y están ilustrados con una notable cantidad de ejemplos¹²⁹.

Los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos establecen obligaciones *erga omnes partes*; y una reserva contraria a su objeto y fin, lejos de ser contraria a aspectos parciales o sectoriales del mismo es contraria al núcleo de las obligaciones que establece, atentando por tanto a los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos que presentan íntima conexión con la integridad de un tratado. Dado que la reserva debe ser interpretada presumiendo *iuris tantum* la buena fe de su autor¹³⁰, parece razonable que la consecuencia jurídica de una reserva que ha sido considerada como contraria al objeto y fin de un tratado de derechos humanos no sea *envenenar* la totalidad del consentimiento de ese Estado en quedar obligado.

Una forma de exigir la responsabilidad internacional que posibilita la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer es la prevista en su artículo 29.1: ésta supondría el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia, en caso de que uno cualquiera entre dos Estados parte -que no hubiesen excluido esta posibilidad- así lo decidiera tras no haberse puesto de acuerdo para resolver sus diferencias por medio del arbitraje una vez transcurrido un plazo de seis meses contado a partir de la fecha de presentación por uno de ellos de una solicitud de arbitraje.

¹²⁷ DÍEZ DE VELASCO, M., “El Sexto Dictamen del Tribunal de Justicia: las reservas a la Convención sobre el genocidio”, *loc. cit.*, p. 1036.

¹²⁸ Véase la Resolución 68/111 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2013, *Reservas a los tratados*, A/RES/68/111.

¹²⁹ Pueden consultarse los comentarios en los Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), Suplemento núm. 10 (A/66/10 y Add.1), pp. 32-619. Disponibles en:

<http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>

¹³⁰ Véase la Directriz 4.2.6 Interpretación de las reservas, Comisión de Derecho Internacional, *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*, *cit. supra*.

Otra forma más plausible, pero no exenta de dilemas éticos y de legitimidad, de exigir la responsabilidad internacional de un Estado que viola sistemáticamente los derechos de la mujer es mediante la adopción de “contramedidas colectivas”, como es cada vez más frecuente en la práctica de la Unión Europea, de forma autónoma con respecto al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en respuesta a determinadas situaciones de violación grave de los derechos humanos en un tercer Estado. Los principales riesgos de confrontación política y cultural aparecen debido a que la Unión se posiciona en tales supuestos como juez y autoridad de ejecución de su propia causa y a que su efectividad está condicionada a cuál sea la reacción de otros actores internacionales con respecto a la misma situación¹³¹. Sirva de ejemplo a estos efectos la batería de medidas sancionadoras adoptadas por la Unión Europea contra personas físicas y entidades vinculadas al régimen iraní y presuntamente responsables de violaciones de los derechos humanos de las que son acusados con una responsabilidad por unos hechos delimitados e individualizados¹³². Los Estados miembros de la Unión Europea bien podrían concertarse en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común para adoptar este tipo de contramedidas frente a terceros Estados en cuyo territorio se cometen graves violaciones a los derechos de la mujer. El fundamento jurídico estaría en la naturaleza consuetudinaria de los derechos básicos de la mujer como obligaciones *erga omnes* incluso al margen de toda obligación convencional¹³³. La invocación de responsabilidad internacional en tales supuestos es acorde a la redacción del artículo 42 letra b) del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos

¹³¹ “[...]Certains auteurs considèrent que la violation de normes erga omnes méconnaîtrait le droit subjectif de tous les membres de la Communauté internationale, par principe ‘spécialement’ lésés. Reste néanmoins que dans cette hypothèse ce n’est pas l’intérêt propre du sujet qui use de contre-mesures mais plutôt l’intérêt commun objectif qui semble être mis en avant comme fondement de la réaction [...]”, pese a ello es cierto que “[...]l’Union demeure bridée, d’une certaine façon, dès lors qu’elle ne vise que des États très isolés, à propos desquels l’adoption de contre-mesures comportera peu des risques politiques et ne suscitera aucune réprobation”. En cualquier caso es una constante que la Unión Europea persiga su propio interés enmascarándolo y confundiéndolo en el interés colectivo de la comunidad internacional, véase ROBIN, D-S., “L’intérêt à agir de l’UE pour adopter des contre-mesures au regard des règles relatives à la responsabilité internationale”, en SIMON, D. (dir.), *Actualité des Relations entre l’Union Européenne et l’Organisation des Nations Unies: coopération, tensions, subsidiarité? Journée d’étude de l’École doctorale de droit internationale et européen du 20 juin 2012*, Pedone, París, 2014, pp. 283-287, citas textuales en 283 y 286. En la misma obra puede verse además, CASTELLARIN, E., “Les mesures restrictives de l’Union Européenne à l’égard des États tiers”, pp. 289-306.

¹³² Entre otras, véase, la Decisión 2011/235/PESC del Consejo, de 12 de abril de 2011, relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Irán, D.O.U.E. Serie L 100/51, de 14 de abril de 2011. JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Las sanciones internacionales en el marco europeo: ‘Protección diplomática subsidiaria’, ‘Contramedidas colectivas’ y el Estado de Derecho. Reflexiones en torno al asunto Bank Melli Iran y el derecho de defensa”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013.

¹³³ Pese a que se admite de buen grado que las obligaciones generalmente aceptadas por los Estados son oponibles a la totalidad de la sociedad internacional incluyendo a los disidentes minoritarios, no hay un criterio categórico que sirva de referencia para exigir su efectividad: “The degree to which new customary rules may be imposed on recalcitrant States will depend, and should depend, on the whole set of relevant circumstances. It would be unwise, as well as futile, to prescribe a categorical rule for so complex and delicate issue”, véase SCHACHTER, O., *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, 1991, p. 14, citado en ROLDÁN BARBERO, J., *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, Universidad de Almería, 1996, p. 82.

Internacionalmente Ilícitos¹³⁴ que prevé que un Estado pueda como Estado lesionado invocar la responsabilidad de otro Estado cuando la obligación violada exista en relación a la comunidad internacional en su conjunto.

Otro terreno donde ni los Estados islámicos ni ningún otro Estado de la comunidad internacional pueden sustraerse mediante reservas al respeto de los derechos humanos de la mujer es el relativo a la erradicación de la violencia sexual en el contexto de los conflictos armados: en este sentido destaca la labor del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para eliminar los resquicios a la impunidad de los actos de violencia sexual durante los conflictos armados¹³⁵.

Todos los elementos indicados anteriormente son tendentes a permitir que se concluya que los derechos básicos de la mujer y su dignidad como ser humano son ya elementos indisponibles para la voluntad soberana de los Estados, ningún Estado sea o no parte contratante en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer puede abiertamente renunciar a cumplir el núcleo esencial de obligaciones internacionales que implica este tratado internacional. Un tratado internacional que pese a las abundantes reservas contrarias a su objeto y fin que ha recibido por parte de un buen número -entre otros- de Estados islámicos tiene fuerza extraconvencional: puede decirse que sus disposiciones esenciales han superado el efecto relativo de los tratados de conformidad con la eventualidad prevista en el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, al erigirse en costumbre internacional. El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha dejado claro que en esta materia no se admite la figura del *objeto persistente*¹³⁶.

¹³⁴ *Cit. supra.*

¹³⁵ Deben verse las dos resoluciones más recientes en esta materia del Consejo de Seguridad: la Resolución 2122 (2013), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7044ª sesión, celebrada el 18 de octubre de 2013, S/RES/2122 (2013); y la Resolución 2106 (2013) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6084ª sesión, celebrada el 24 de junio de 2013, S/RES/2106 (2013). En esta última se hace notar que la violencia sexual puede constituir un crimen de lesa humanidad o un acto constitutivo del delito de genocidio, siendo por tanto casos susceptibles de activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional o de otros tribunales penales internacionales. Del mismo modo estas situaciones pueden habilitar al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para actuar con el abanico de medidas que el Capítulo VII de la Carta de San Francisco ofrece. Las dos resoluciones profundizan la senda iniciada por la pionera Resolución 1325 (2000), aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 4213ª, celebrada el 31 de octubre de 2000, S/RES/1325 (2000). Sobre estas cuestiones debe consultarse la siguiente obra colectiva: ROBLES CARRILLO, M. (coord.), *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de género en operaciones*, Universidad de Granada, Mando de Adiestramiento y Doctrina, 2012. No en vano el varón ha sido descrito como la peor y principal arma de destrucción masiva en la historia, véase TORREBLANCA, J. I., *El varón, arma de destrucción masiva*, El País, 26 de enero de 2014. Sin estar circunscrita al ámbito de los conflictos armados debe verse la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 67/144 de 20 de diciembre de 2012, adoptada por consenso, *Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer*, A/RES/67/144.

¹³⁶ Téngase en cuenta además que no se acepta de buen grado que pueda invocarse el estatuto de objeto persistente en relación con materias de interés general, como serían las normas de protección internacional de los derechos humanos o las relativas a la protección del medio ambiente, véase CASANOVAS Y LA ROSA, O., “Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 76. Debe recordarse que el hecho

Los Estados islámicos no han sido por lo demás objetores persistentes ni a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (únicamente Arabia Saudí se abstuvo)¹³⁷, ni a la adopción por consenso en la Asamblea General de la Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979 de la que parte la CEDAW, ni tampoco a los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reflejados gracias al consenso de los representantes de 171 Estados en la Declaración y Programa Mundial de Acción de Viena de 1993.

Puede concluirse que en el caso de la CEDAW estamos ante uno de los tratados internacionales que reflejaría normas de derecho consuetudinario de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Plataforma Continental del Mar del Norte*: ya que pueden integrar el cuerpo del derecho consuetudinario general las normas contenidas en tratados internacionales en los que una mayoría amplia y representativa de Estados de la comunidad internacional se ha convertido en parte contratante¹³⁸. El texto de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer viene a reflejar la doble dimensión del *consensus generalis* que no implica la unanimidad de todos los sujetos internacionales pero que está en el origen de la obligatoriedad de las normas internacionales, dados el carácter descentralizado y consensualista que singularizan al Derecho Internacional Público: constituye costumbre internacional, teniendo en cuenta la mayor importancia de su elemento subjetivo¹³⁹, y su contenido ha sido plasmado a su vez por escrito en un tratado internacional de carácter multilateral¹⁴⁰.

de que la República de Sudáfrica fuese un ferviente objetor persistente a la prohibición del apartheid no la ha liberado de la obligatoriedad de su cumplimiento ni de la responsabilidad internacional consecuencia de su infracción, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El orden público internacional”, en RODRIGO, A., J., y GARCÍA, C., (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 422. Asimismo debe verse con carácter general sobre la figura del objetor persistente, CHARNEY, J. I., “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 56, 1985, pp. 1-24.

¹³⁷ Afganistán, Egipto, Irán, Irak, Líbano, Pakistán, Siria, Turquía y Yemen votaron a favor de su adopción.

¹³⁸ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de febrero de 1969, *Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca)*, Rec. 1969, p. 42, apartado 73. En este sentido deben recordarse las palabras expresadas por REUTER en su curso general de la Haya: “Lorsque des consentements ou des institutions émanent d’un ensemble suffisamment représentatif des États principalement intéressés à une question, ces consentements ou ces institutions peuvent parfois entraîner des effets à l’égard des États tiers”, véase REUTER, P., “Principes de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 103, 1961-II, pp. 448-449, cita reproducida en ROLDÁN BARBERO, J., *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público, op. cit.*, p. 72.

¹³⁹ “[...] La Cour ne pense pas que, pour qu’une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l’existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d’une manière générale et qu’ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d’une règle nouvelle. Si un Etat agit d’une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu’un affaiblissement de la règle, et cela que l’attitude de cet Etat puisse ou non se justifier en fait sur cette base [...]”, véase la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986, *Asunto de las*

Las anteriores afirmaciones se sustentan desde el punto de vista material en el valor jurídico que cabe otorgar al consenso expresado en la adopción de la Resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas¹⁴¹ que posteriormente se ha convertido en la CEDAW, un tratado internacional de ratificación cuasi-universal que cuenta con 189 Estados partes¹⁴². La idea de consenso general no se ve desmentida por la intensa formulación de reservas culturales por parte *inter alia* de los Estados islámicos, ya que en sentido puramente matemático, incluso si los autores de tales reservas abandonaran la disciplina de la Convención, ésta seguiría abarcando a una amplísima y representativa mayoría de Estados de la comunidad internacional (seguramente próxima o superior a la mayoría de dos tercios sobre el total de Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas). Partiendo de la noción de consenso general que llevó a la adopción de la CEDAW como tratado internacional de carácter multilateral aquellos Estados que por sus prácticas disienten sobre los principios y valores que forman parte del núcleo esencial de este tratado no pueden acusar a la mayoría de haberles sometido a una suerte de tiranía a la hora de concretar y aplicar las obligaciones internacionales asumidas. El consenso como acuerdo general no necesariamente unánime implica un grado de compromiso “[...] más vago, más elástico, que permite interpretaciones mucho más flexibles del acuerdo alcanzado”¹⁴³. Bien es cierto que desde una perspectiva más

actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua, Rec. 1986, p. 98, apartado 186.

¹⁴⁰ PASCUAL VIVES, F., “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI, nº 2, 2014, pp. 116-117.

¹⁴¹ Sobre la importancia de las resoluciones de la Asamblea General en la identificación de normas consuetudinarias debe verse, véase ROLDÁN BARBERO, J., “El valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la Sentencia Nicaragua contra Estados Unidos de 27-6-86”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLII, nº 1, 1990, pp. 88-91. Téngase en cuenta que la Corte Internacional de Justicia, en dicho asunto, consideró que la negociación y adopción por consenso de la Resolución 2625 (XXV) en la Asamblea General reflejó la *opinio iuris* de los Estados que participaron en su adopción y negociación acerca del Derecho Internacional consuetudinario en vigor. Véase asimismo, FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho Internacional*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 219. En esta obra también se pone de manifiesto la importancia creciente del consenso en la adopción de resoluciones en la práctica de la Asamblea General, véanse sus pp. 56-60.

¹⁴² Teniendo presente el ejemplo aportado por la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar a la codificación y desarrollo progresivo de este sector FERRER LLORET, *ibid.*, pp. 217-219, sostiene: “[...] aunque resulte paradójico, en bastantes ocasiones el proceso codificador dirigido a la creación de normas convencionales, despliega sus principales consecuencias jurídicas en el terreno de las normas consuetudinarias. Por esta vía, se corrige en buena medida el carácter descentralizado que tradicionalmente presentaba el proceso de formación de normas consuetudinarias en el Derecho internacional clásico, en el que cada uno por su cuenta, en el seno de la estructura relacional, llevaba a cabo las mencionadas funciones de interpretación y reconocimiento de forma individual y subjetiva”. En la página 217 el autor enuncia tres de los posibles efectos jurídicos que pueden desprenderse de la interacción normativa que sigue a la adopción de un texto normativo por consenso y que en mayor o menor medida puede afirmarse que se dan y están presentes en el proceso de adopción de la CEDAW y subsiguiente práctica internacional: “[...] puede ocurrir que los textos normativos negociados y adoptados por consenso sean expresión del derecho consuetudinario en vigor (efecto declarativo), ayuden a consolidar una práctica *in statu nascendi* (efecto cristalizador), o supongan el inicio de una práctica posterior dirigida a la formación o modificación de una nueva norma de Derecho internacional consuetudinario (efecto constitutivo o generador)”.

¹⁴³ Vid. FERRER LLORET, *ibid.*, pp. 142-145 en p. 144.

realista no pueden ignorarse las limitaciones que la regla de una mayoría formal experimenta en la precaria comunidad de intereses y valores que todavía representa la Organización de Naciones Unidas inserta en una sociedad internacional descentralizada en la que los fines particulares se encuentran permanentemente en conflicto con los valores e intereses generales y existe todavía una limitada voluntad general¹⁴⁴.

Desde un prisma estrictamente jurídico-internacional no es admisible que los Estados islámicos se pretendan sustraer al cumplimiento de su núcleo obligacional básico invocando la tradición cultural o religiosa o una diferente concepción del ser humano y de los derechos humanos. Desde luego este tipo de relativismo no es admisible cuando se trata de amparar mutilaciones de la dignidad humana (¡Obviamente dichas mutilaciones no son patente exclusiva de ninguna confesión religiosa ni de ningún Estado o grupo de Estados sino que están presentes en la comunidad internacional de Estados en su conjunto!), sin embargo, el Derecho Internacional y el Derecho en sentido amplio cuentan hasta la fecha con unos mecanismos muy limitados para corregir una situación que desde nuestra óptica occidental resulta tremendamente patológica. Lógicamente, al abordarse la reacción jurídica ante esta situación debe evitarse la tentación de caer en el *wishful thinking*, tan denostado como ahuyentado por el propio Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre la práctica de los Estados en materia de reservas: “Le juriste peut le déplorer; il doit le constater: l'impérialisme n'est pas un tigre de papier, et le droit n'est pas une arme très appropriée pour combattre les tigres”¹⁴⁵.

Desde los sectores más orientados a la protección de los derechos humanos se viene sosteniendo que el método de formación de la costumbre internacional en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el relativo al Derecho Internacional Humanitario difiere estructuralmente de la clave positivista de formación del derecho consuetudinario. La diferencia fundamental estriba en la prevalencia de la *opinio iuris* sobre la práctica estatal y sus eventuales desviaciones¹⁴⁶, diferencia que permite identificar con mayor facilidad la emergencia de normas consuetudinarias

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 293-300. En las páginas 298-299 se reproduce una cita textual, aquí evocada por su gran pertinencia, de CARRILLO SALCEDO, J. A., “Mayoría y acuerdo general en el desarrollo progresivo del Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XX, 1967, pp. 3-16, en p. 14. A pequeña escala en el ámbito regional del Consejo de Europa deben tenerse presentes los problemas que la interpretación consensual efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como parte de su interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha suscitado: el Tribunal es frecuentemente atacado y cuestionado a la hora de establecer una aplicación sistemática del criterio o tendencia mayoritarios en los derechos internos de los Estados parte entendido como expresión de dicho consenso, precisamente porque dicha unificación es percibida en algunos casos como contraria al pluralismo que también caracteriza al patrimonio jurídico europeo, debe verse, PASTRE-BELDA, B., “Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle?”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Año 26, n° 101, 2015, pp. 89-113.

¹⁴⁵ A propósito de la emergencia del Derecho Internacional del Desarrollo en este caso, PELLET, A., “Le bon droit et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international)”, en VV.AA., *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, 1984, pp. 465-493. Véase *in fine* la cita textual.

¹⁴⁶ Debe verse HUESA VINAIXA, M. R., *El nuevo alcance de la “opinio iuris” en el derecho internacional contemporáneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

relativas a la protección internacional de los derechos humanos a través de lo que ha sido calificado de *Nicaragua method* siguiendo el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*¹⁴⁷. Dicho método no solo enfatiza el rol de la *opinio iuris* sobre la práctica estatal, también confiere una primacía a la práctica estatal *verbal* sobre la práctica estatal *real*. Como se ha anticipado, teniendo en cuenta la práctica verbal de los Estados es muy difícil hallar un ejemplo de objetor persistente en el terreno de los derechos humanos, incluso los Estados que formulan reservas *prima facie* contrarias al objeto y fin de tratados internacionales para su protección (verbigracia la CEDAW) intentan defender la compatibilidad de su legislación interna con los estándares fijados en el tratado internacional. El caso paradigmático sería el mencionado en relación a Arabia Saudí cuya reserva de carácter general a la CEDAW ha sido calificada como contraria al objeto y fin de la Convención y contraria a su artículo 28.2. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha concluido que Arabia Saudí queda obligada a dar cumplimiento a todas las disposiciones de la Convención en su ordenamiento interno. Además, la delegación de Arabia Saudí, incluso pese a mantener su reserva que merma la aplicación efectiva de la Convención, se ha esforzado por convencer que no hay contradicción sustancial entre la Convención y la *Sharia*.

De este modo, podemos concluir que incluso si Arabia Saudí (o cualquier otro Estado en una situación comparable) decidiera denunciar la CEDAW, y abandonar su disciplina tal y como permite la opción contemplada en la Guía elaborada por Comisión de Derecho Internacional, seguiría obligada a dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de este tratado y no escaparía a la responsabilidad internacional. Ello, al margen de todo vínculo convencional, ya que su articulado refleja Derecho Internacional de naturaleza consuetudinaria y ha superado por ende el efecto relativo de los tratados de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁴⁸.

Pese al carácter sibilino y difuso que presenta el consentimiento que preside e impulsa el proceso consuetudinario¹⁴⁹ entiendo que es posible la exigencia del cumplimiento de las disposiciones sustantivas de carácter esencial reflejadas en la CEDAW en tanto que costumbre internacional de índole general a aquellos Estados parte que abandonarían la Convención tras mostrarse reacios a retirar sus reservas contrarias al objeto y fin del

¹⁴⁷ WOUTERS, J., y RYNGAERT, C., “The Impact of Human Rights and International Humanitarian Law on the Process of the Formation of Customary International Law”, *Working Paper Institute for International Law Katholieke Universiteit Leuven*, n° 121, 2008.

¹⁴⁸ Lo señalado, además, sería consecuente con el tenor de los artículos 12 y 13 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *cit. supra*: la responsabilidad internacional nace independientemente de la naturaleza jurídica de la obligación internacional violada, siempre y cuando en el momento en que se producen los hechos ilícitos el Estado esté vinculado por dicha obligación.

¹⁴⁹ ROLDÁN BARBERO, J., *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p. 80.

tratado¹⁵⁰. Creo que en este caso no se incurriría en la, denunciada por WEIL, ligereza de oponibilidad a terceros Estados de un tratado dotado de efecto relativo en nombre y abuso de una costumbre de índole general¹⁵¹. Máxime teniendo en cuenta aquí el artículo 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

“La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”¹⁵².

Todo parece indicar que el objeto y fin de la CEDAW integra el Derecho Internacional general de naturaleza consuetudinaria y cabe recordar que la Corte Internacional de Justicia avaló en el asunto *Nicaragua* la existencia y aplicabilidad autónoma de las reglas de Derecho Internacional consuetudinario frente a aquéllas del Derecho Internacional Convencional cuando ambas poseen idéntico contenido¹⁵³.

A la luz de todo lo anterior, sin afán de exhaustividad ni pretensión de absoluta certeza, sí pueden aportarse aquí elementos de juicio suficientes para afirmar qué disposiciones y contenidos de la CEDAW son más idóneos para haber alcanzado naturaleza consuetudinaria y por ende aplicabilidad extraconvencional, de tal modo que si un Estado autor de una reserva contraria al objeto y fin de la CEDAW decidiese abandonar esta norma convencional no se vería sustraído de la responsabilidad internacional que nace del incumplimiento de dichas obligaciones. Entre las normas y disposiciones que más allá de su pertenencia convencional a la CEDAW habrían alcanzado carácter de Derecho Internacional general pueden señalarse:

¹⁵⁰ Véanse a estos efectos las páginas que se dedican a las reservas a disposiciones que expresan derecho consuetudinario en RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, op. cit., pp. 159-171.

¹⁵¹ WEIL, P., “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77, n° 3, 1983, pp. 413-442.

¹⁵² Téngase en cuenta que el Comité de Derechos Humanos señaló que: “[...] las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías”, dichos ejemplos ilustran obligaciones de Derecho Internacional que sobreviven a la extinción del vínculo de los Estados con el tratado internacional en cuestión, véase el Comentario General n° 24 del Comité de Derechos Humanos, cit. supra., apartado 8.

¹⁵³ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, cit. supra, p. 95, apartado 178.

- Desde luego, su artículo 1 que refleja la *prohibición de discriminación*¹⁵⁴ entre hombre y mujer, esto es, de “[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Dos instrumentos de vocación universal como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, proscriben la discriminación fundada en el sexo dentro del ámbito de los derechos en ellos consagrados. Cuestión aparte es si con arreglo al Derecho Internacional general caben desigualdades lícitas entre hombre y mujer en cuanto al alcance de sus derechos (con arreglo a lo previsto en el artículo 4 de la propia CEDAW): donde nunca puede haberlas es en relación con la prohibición del uso discriminatorio de la violencia contra la mujer. Del mismo modo, el artículo 2 de la CEDAW que constituye la base para la efectividad del resto de derechos sustantivos que la Convención pretende atribuir gozaría de valor consuetudinario. Debe concluirse que de la parte sustantiva de la CEDAW que comprende sus artículos 1 a 16 resulta bien difícil negar su carácter consuetudinario, real o tendencial; igualmente reducidos son los resquicios jurídicos para la justificación teórica de cualquier pretendida *excepcionalidad*¹⁵⁵.

- La *prohibición de todas las formas de violencia contra la mujer*. Los Estados no solo pueden ser responsables por acciones y conductas de agentes estatales o que actúan en su nombre: existe una obligación de *diligencia debida* que puede comportar la extensión de la responsabilidad del Estado hacia actos privados de violencia contra la mujer cuando no se han adoptado todos los medios disponibles y necesarios para prevenir la violencia ejercida contra la mujer o para investigar y perseguir dichos actos de violencia proporcionando una reparación adecuada a sus víctimas. Debe tenerse presente que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General nº 19 de 1992 estableció que en la definición de discriminación del artículo 1 de la CEDAW queda incluida todos los efectos la violencia ejercida contra la mujer (pese a no ser mencionada de forma explícita en el articulado de la Convención)¹⁵⁶. Son numerosos los desarrollos que con carácter universal y regional han venido a afianzar desde entonces los esfuerzos para la eliminación de la violencia

¹⁵⁴ El carácter androcéntrico del Derecho Internacional se ha traducido en que tradicionalmente no se haya computado la prohibición de discriminación basada en el sexo entre las normas que revisten carácter imperativo o de *ius cogens*. Así fue establecido por CHARLESWORTH, H., y CHINKIN, C., “The Gender of *Ius Cogens*”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, nº 1, 1993, pp. 63-76. Nótese que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en su artículo 64 contempla la noción evolutiva y progresiva de las normas imperativas de Derecho Internacional general al prever la aparición de un *ius cogens superveniens*.

¹⁵⁵ Vid. el capítulo redactado por otro ilustre iusinternacionalista recientemente perdido, CHUECA SANCHO, A., “Vulnerabilidad de las mujeres, principio de igualdad y no discriminación y derechos humanos”, en MARIÑO, F. M. (dir.), ALCOCEBA GALLEGU, A., y QUISPE REMÓN, F. (coords.), *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Universidad Carlos III de Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 35-52.

¹⁵⁶ Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General nº 19: *Violencia contra la Mujer*, 11º período de sesiones, 1992.

contra la mujer¹⁵⁷. Debe destacarse la creación en 1994 del mandato de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias¹⁵⁸: en un informe de 2006, la Relatora Especial a la sazón, de origen turco, señaló que “[t]omando como base la práctica y la *opinio juris* señaladas anteriormente, se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Numerosas resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas han reiterado e intensificado progresivamente la existencia y conformación de una *opinio iuris*, a pesar de la abundante práctica estatal en contra, bastante extendida en cuanto a la reprobación de toda manifestación de violencia contra la mujer en cualquier ámbito: desde la incipiente Resolución 40/36 de 29 de Noviembre de 1985, *Violencia en el Hogar*, A/RES/40/36; pasando por la centralidad que sigue ocupando la Resolución 48/104 de 23 de febrero de 1994, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, *cit. supra*, cuyo articulado es esencial para hallar una definición jurídica precisa de los actos de violencia a extinguir; la Resolución 49/165 de 24 de febrero de 1995, *Violencia contra las trabajadoras migratorias*, A/RES/49/165; hasta la más reciente Resolución 61/143 de 19 de diciembre de 2006, *Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer*, *cit. supra*. En el ámbito regional encontramos dos normas convencionales de gran importancia: por un lado en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, encontramos la Convención Interamericana de Belém do Pará para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer que fue adoptada el 9 de junio de 1994; y en el ámbito del Consejo de Europa la mencionada Convención sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, adoptada en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde 1 de agosto de 2014. Dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos reviste una particular importancia la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) c. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*: en este asunto de feminicidio en Ciudad Juárez, el Estado mexicano pese a no tener una responsabilidad ilimitada por los actos cometidos por particulares sí tiene una responsabilidad internacional derivada de no haber actuado con la debida diligencia en la prevención y posterior investigación de las muertes y agresiones sufridas por las víctimas. Esta sentencia así como la problemática derivada de su ejecución y con carácter más general la jurisprudencia relativa a asuntos de feminicidio ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, son profusamente analizadas por diversos autores en las Partes III., IV., y V., de la obra colectiva MARIÑO, F. M. (dir.), ALCOCEBA GALLEGO, A., y QUISPE REMÓN, F. (coords.), *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Universidad Carlos III de Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 207-428.

¹⁵⁸ Fue creada por la Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos, *La cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer*, 4 de marzo de 1994. Desde 2009 ocupa la condición de Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer la sudafricana Rashida Manjoo.

¹⁵⁹ Véase el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertük, *La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer*, 20 de enero de 2006, E/CN.4/2006/61, apartado 29, p. 10. Nótese que la profesora DÍEZ PERALTA ha expresado sus cautelas hacia el *excesivo optimismo* de aquellos que piensan que la adopción mediante la técnica del consenso de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* tiene el potencial de generar una práctica estatal y una *opinio iuris* que pudiera cristalizar a la postre en costumbre internacional. Pese a estas dudas, la posición defendida en el presente estudio considera que la prohibición de toda forma de violencia contra la mujer sí es, gracias al mayor peso del elemento subjetivo o volitivo en la formación de la costumbre internacional, una norma vinculante de Derecho Internacional general. En relación con la prohibición de la violencia contra la mujer y todo lo apuntado en referencia a la norma de la diligencia debida en esta materia presenta gran utilidad y rigor el análisis efectuado por la autora en DÍEZ PERALTA, E., “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *loc. cit.*, pp. 105-111.

VI. CONCLUSIONES

El presente trabajo aborda un caso paradigmático que muestra la encrucijada entre la universalidad teórica (que no uniformidad) del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el elevado grado de consensualismo que preside a su ordenamiento jurídico matriz, el Derecho Internacional Público: la formulación por numerosos Estados islámicos de reservas fundamentadas en la ley religiosa islámica al contenido material de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Cualquiera que sea el grado de tolerancia y de respeto hacia la diversidad cultural que el Derecho Internacional y la universalidad de los derechos humanos permitan, como señala la Convención de la Unesco sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005, aquél estará condicionado al respeto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde un punto de vista epistemológico, al abordar esta problemática deben ser orilladas concepciones proclives al eurocentrismo, la islamofobia o el antropocentrismo (lo cual no debe conducir en este último caso a girarse por el teocentrismo ni por la misantropía).

La técnica de la reserva al contenido material de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sin duda ha permitido que este tratado multilateral goce de una participación cuasi universal aglutinando a 189 Estados parte, claro está, a condición de mermar su grado de integridad y de efectividad y de afectar negativamente a los principios teóricos de universalidad, indivisibilidad e interdependencia que presiden el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La formulación de reservas fundamentadas en la ley religiosa islámica, sean éstas de carácter general o parcial al contenido esencial o a disposiciones centrales para la implementación de la CEDAW, ha suscitado lógicas sospechas -que se han visto confirmadas- de atentar contra la regla contenida expresamente en el artículo 28.2 de la propia Convención en virtud del cual se consideran inaceptables aquellas reservas que sean contrarias al propósito y objeto de la misma. Como señaló en 1951 DÍEZ DE VELASCO la distinción entre reservas “compatibles” e “incompatibles” con el objeto y fin de la Convención resulta “francamente perturbadora, puesto que plantea un gravísimo problema: el de la calificación de la compatibilidad o incompatibilidad y el de saber a quién queda encomendada esta función”¹⁶⁰.

Esta situación nos lleva a tratar de resolver tres interrogantes principales de índole técnico-jurídica:

¿Qué elementos indiciarios deben ser considerados a la hora de calificar una reserva como contraria al objeto y propósito de la CEDAW?

¹⁶⁰ DÍEZ DE VELASCO, M., “El Sexto Dictamen del Tribunal de Justicia: las reservas a la Convención sobre el genocidio”, *loc. cit.*, p. 1035.

¿Quién está capacitado jurídicamente para determinar la admisibilidad de una reserva formulada al contenido de la CEDAW?

¿Qué consecuencias jurídicas se derivan de la formulación y de la no retirada/mantenimiento de una reserva inválida a la CEDAW?

Ni el texto de la propia Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ni el régimen general sobre la práctica de reservas contenido en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, permiten resolver definitivamente estas cuestiones. Es por ello que debe rastrearse el Derecho Internacional general así como la práctica de los mecanismos convencionales de ámbito universal y regional para la protección de los derechos humanos. Partiendo de dicha práctica, debe recibir especial atención la labor de desarrollo progresivo y de codificación llevada a cabo mediante la adopción de la reciente Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión de Derecho Internacional.

Las reservas formuladas a la CEDAW sobre la base de la ley religiosa islámica han originado una profusa práctica de objeciones erigidas frente a ellas por parte de Estados occidentales, mayoritariamente integrantes de la Unión Europea. Dichas objeciones consideran como contrarias al objeto y fin de la CEDAW tales reservas bien por su carácter vago y general bien por menoscabar provisiones específicas centrales para el cumplimiento de las obligaciones de la Convención. La objeción a este tipo de reservas expresa las dudas e incertidumbre en cuanto al grado de compromiso asumido por el Estado autor de la reserva, así como el rechazo a la posibilidad de que el Estado reservante pueda sacar partida a su reserva viciada. Las objeciones constituyen un elemento de apreciación intersubjetiva que no permite *per se* la determinación de la admisibilidad de las reservas; ahora bien, constituyen un poderoso indicio que debe ser tenido en cuenta por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así como cualesquiera otros mecanismos convencionales para la protección de los derechos humanos y eventualmente la propia Corte Internacional de Justicia.

Más allá del elemento intersubjetivo, se hace necesaria la concreción de una capacidad jurídica objetiva, es decir, de una competencia material para determinar la admisibilidad de las reservas a la CEDAW fundamentadas en la ley islámica: en este sentido, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Estados elaborada por la Comisión de Derecho Internacional ha reafirmado la autoridad del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a la hora de evaluar la validez sustantiva de las reservas como órgano más autorizado para interpretar y vigilar la aplicación de la Convención. El valor jurídico de sus pronunciamientos sobre la validez de las reservas es el valor recomendatorio que corresponde al ejercicio de las funciones convencionales de control atribuidas al Comité. Sin embargo, dichos pronunciamientos, especialmente cuando se producen en el marco de la evaluación de informes periódicos presentados por los Estados parte o eventualmente como resultado de una comunicación individual, deben recibir una consideración adicional a la de simple *soft law* en la medida en que contribuyen al desarrollo progresivo del Derecho Internacional como resultado de un

diálogo entablado con los propios Estados autores de las reservas que han aceptado la competencia del Comité para interpretar el contenido de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Por tanto, a la hora de identificar qué reservas son contrarias al objeto y propósito de la CEDAW (en el sentido de su artículo 28.2) hay que atender principalmente a la práctica del Comité encargado de su control. Una práctica manifestada en sus Recomendaciones Generales (recientemente nº 28 y nº 29), pero sobre todo en ejercicio de su función de evaluación de los informes periódicos presentados por los Estados parte. Esta última función que constituye un ejercicio de *diplomacia* de los derechos humanos ha permitido constatar que incluso los Estados reservantes más recalcitrantes se esfuerzan por convencer al Comité de la adecuación de su legislación y prácticas internas a la Convención, como sucede en el caso de Arabia Saudí.

Los criterios contenidos en la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer deben ser puestos en conexión con las directrices recogidas en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados a la hora de determinar qué reservas formuladas por los Estados islámicos son contrarias al objeto y fin de la Convención. Probablemente, el Comité podrá hallar inspiración en dichas pautas suministradas por la Comisión de Derecho Internacional, del mismo modo que las citadas directrices han pretendido reflejar, sin menoscabar la unidad del Derecho Internacional general, la especificidad de los tratados internacionales de derechos humanos.

De la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y de las directrices oportunas de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados se colige que son contrarias al objeto y fin de la Convención aquellas reservas de tenor vago o general que subordinan la aplicación de las obligaciones recogidas en este tratado a la *Sharia* o al derecho interno fuertemente inspirado por ésta. Del mismo modo son inadmisibles las reservas que excluyen la aplicación de las disposiciones y obligaciones esenciales de la Convención invocando la ley religiosa islámica, esto es, sus artículos 2 o 16, como ocurre en el caso de Bangladesh, por ejemplo. La determinación del objeto y fin del tratado partiendo del principio de buena fe debe hacerse teniendo en cuenta el carácter central de las obligaciones transversales contenidas en el artículo 2, así como de las obligaciones específicas establecidas en el ámbito de las relaciones familiares y el matrimonio en su artículo 16, de acuerdo con las propias indicaciones del Comité que constituyen práctica ulterior en aplicación de la Convención. Finalmente, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados en su versión final ha recogido una concesión a la reivindicada naturaleza especial de los tratados de derechos humanos estableciendo que el objeto y fin de un tratado a estos efectos se determinará teniendo en cuenta la interdependencia existente entre las obligaciones que contiene (Directriz 3.1.5.6). No obstante, como se ha apuntado, dicha directriz no menciona explícitamente a los tratados de derechos humanos.

Entrando en el terreno de las consecuencias jurídicas de la formulación de una reserva contraria al objeto y fin de la CEDAW la práctica, no solo del Comité para la

Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sino también de otros mecanismos convencionales para la protección de los derechos humanos de ámbito universal (Comité de Derechos Humanos) y regional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), muestra que el autor de la reserva inválida sigue siendo parte en el tratado sin el beneficio de la reserva viciada. Esta consecuencia jurídica ha sido reiterada por la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados que proclama la nulidad de pleno derecho de la reserva inadmisibles acompañando a esta consecuencia de la presunción de que el Estado autor de la reserva continúa bajo la disciplina del tratado. Una presunción que puede ser desvirtuada si el Estado autor de la reserva ejerce una controvertida *opción* que incorpora la Directriz 4.5.3 que habilita al reservante a romper la presunción abandonando el tratado en los doce meses posteriores a la constatación por el órgano de vigilancia del tratado de la invalidez de la reserva (bien es cierto que la presunción también puede destruirse de forma implícita cuando pueda colegirse que la intención del Estado autor de la reserva cuya invalidez ha sido constatada es dejar de ser parte en el tratado).

La práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer muestra que los Estados islámicos autores de reservas que han sido encontradas como contrarias al artículo 28.2 de la CEDAW han preferido mantenerse bajo la disciplina de dicho tratado y, a consecuencia del diálogo entablado a través del sistema de examen de informes periódicos, en algunos casos han procedido a la retirada, reconsideración o atenuación de la reserva. El sistema de vigilancia de los tratados de derechos humanos, en este caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se muestra como el arma más efectiva del proyecto *universalista* en la medida en que se mantiene la vocación de universalidad de los derechos humanos desde una posición pragmática y que no incurre ni puede ser tachada de etnocéntrica ni de supremacista.

Lejos de abandonar o retirarse de la CEDAW, aquellos Estados islámicos cuyas reservas a la Convención han sido consideradas inválidas por el Comité se han esmerado por convencer de que su ordenamiento interno fundamentado en la *Sharia* no contradice la esencia del tratado internacional. El Comité ha instado a la retirada, modificación, atenuación o reconsideración de tales reservas, empleando un lenguaje vacilante y opaco en cuanto al carácter inválido de las reservas contrarias al objeto y fin de la CEDAW; sin embargo, con la adopción de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados el Comité debe proclamar sin ambages que la consecuencia de la formulación y mantenimiento de las reservas contrarias al objeto y propósito de la Convención (por parte de Estados islámicos y no islámicos) es la nulidad de pleno derecho y el nacimiento de la responsabilidad internacional de su autor¹⁶¹. Ello no

¹⁶¹ Dicha proclamación iría en línea con el razonamiento expresado por el juez CANÇADO TRINDADE en su Voto Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de enero de 1999, asunto *Blake c. Guatemala* (reparaciones), en cuyo párrafo 22 sostiene: “La atribución del poder de determinación de la compatibilidad o no de reservas con el objeto y propósito de los tratados de derechos humanos por parte de los propios órganos de supervisión internacional creados por dichos tratados estaría mucho más conforme a la naturaleza especial de estos últimos y al carácter objetivo de las obligaciones convencionales de protección. Hay toda una lógica y un sentido común en atribuir dicho poder a aquellos órganos, guardianes que son de la integridad de los tratados de derechos humanos, en lugar de abandonar tal determinación a los propios Estados Partes interesados, como si fuesen, o pudiesen ser, los árbitros

debería ser entendido como una extensión *de facto* del alcance de la competencia del Comité ni del valor jurídico de sus pronunciamientos equiparable al valor obligatorio que poseen los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el presente artículo se defiende que el contenido esencial de la CEDAW refleja un *consensus generalis* de alcance universal del que no es posible excluir ni siquiera a la totalidad de los Estados denominados islámicos a efectos del presente estudio. En consecuencia, dicho contenido ha pasado a integrar el Derecho Internacional general de naturaleza consuetudinaria en la medida en que ni siquiera los Estados islámicos autores de reservas incompatibles con la Convención se posicionan como objetores persistentes a la cristalización de su contenido normativo. Por tanto, la dualidad de la CEDAW ha hecho que este tratado internacional haya ganado eficacia extraconvencional superando el efecto relativo de los tratados debido a su naturaleza consuetudinaria, con arreglo a lo previsto en el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En otros términos, un Estado autor de una reserva nula de pleno derecho a la Convención que decidiera abandonarla tras constatarse su carácter inadmisibles no podría sustraerse al nacimiento de la responsabilidad internacional ligada al incumplimiento de las obligaciones esenciales de este tratado.

El mayor problema reside en cómo hacer efectiva dicha responsabilidad internacional en una sociedad internacional descentralizada, sin que el intento sea percibido como un intento de traslación de la pretendida superioridad o hegemonía cultural de una parte de la sociedad internacional. Máxime teniendo en cuenta que una de las disposiciones centrales de la CEDAW, su artículo 5, impone obligaciones de carácter metajurídico aludiendo a la necesidad de modificar y corregir patrones socioculturales, prácticas consuetudinarias, prejuicios, visiones estereotipadas de las funciones de hombre y mujer.

A priori, la labor de *diplomacia* de los derechos humanos que ejerce un órgano integrado por expertos independientes, que no pueden ser tachados de eurocentrismo o de cualquier otra forma de etnocentrismo, como es el caso del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, parece la vía más satisfactoria y armoniosa de entre las existentes en Derecho Internacional como punto de partida para la exigencia de responsabilidad internacional en este campo. Su efectividad apenas es percibida, pero su labor parece producir mayores réditos en este terreno que los escasos medios y poderes de coerción imaginables en una sociedad internacional donde el factor religioso parece haber ganado vigor como elemento de fricción y fragmentación desde el 11 de septiembre de 2001.

finales del alcance de sus obligaciones convencionales. Tal sistema de determinación objetiva fomentaría el proceso de institucionalización progresiva de la protección internacional de los derechos humanos, así como la creación de un verdadero orden público (*ordre public*) internacional basado en el respeto y la observancia plenos de los derechos humanos”.

Lejos del ideal cosmopolita kantiano, de la *ciudadanía cosmopolita*, y de la exigencia de respeto hacia un supuesto *derecho público cosmopolita*¹⁶² el punto de partida de todo diálogo intercultural encaminado a aumentar la efectividad del núcleo obligacional básico de la CEDAW también en los denominados -a los efectos del presente estudio- Estados islámicos debe ser la exigencia del respeto a los derechos humanos básicos de todo ser humano como mínimo ineludible exponente de una “ética global” *in statu nascendi*. Lógicamente la aculturación occidental aneja a la globalización y previa a ella ha potenciado como forma de reacción frente a ella el fundamentalismo religioso islámico de carácter polimorfo con una intensidad heterogénea en los diversos Estados islámicos pero ello no obsta a la existencia de corrientes que oscilan entre el tradicionalismo y la modernización¹⁶³ dentro del Islam entendido como una tradición cultural, espiritual y religiosa viva y no pétrea ni fósil¹⁶⁴. En este sentido es útil -como primer paso- el pensamiento de RAWLS sobre el que se ha señalado que mientras que una sociedad respete los derechos humanos básicos no necesariamente ha de ser liberal desde el punto de vista político, siendo éste un papel adecuado para los derechos humanos en el *Derecho de Gentes*¹⁶⁵ puesto que para este autor es posible una lectura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos política y culturalmente neutral¹⁶⁶

¹⁶² Vid. HELD, D., *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge, 1995.

¹⁶³ Se ha señalado que cada vez es más amplia la brecha entre el mundo femenino y la jerarquía islámica: brecha que se está traduciendo en un cuestionamiento de la autoridad de los líderes religiosos para inmiscuirse en la vida personal, las relaciones íntimas, derechos laborales, el derecho a viajar, o los derechos legales sobre los hijos... este camino no exento de obstáculos conducirá a una redefinición de la fe, cuyas consecuencias son difícilmente predecibles, véase NAKHJAVANI, B., *Disyuntivas Morales*, El País, 9 de mayo de 2015.

¹⁶⁴ Se ha señalado que la cultura es un factor de incidencia creciente en la política a nivel global, regional y nacional: el fenómeno de la reacción “identitaria” frente a la globalización es susceptible de hacer proliferar los conflictos internos y de carácter transnacional sino se aborda la dimensión cultural con un reconocimiento comprensivo de las respectivas identidades particulares como premisa de la cooperación internacional, en este sentido MEYER, T., “Cultural Conflicts, Global Governance, and International Institutions”, en TELÒ, M. (ed.), *Globalisation, Multilateralism, Europe Towards a Better Global Governance?*, Ashgate, Dorchester, 2013, pp. 287-299.

¹⁶⁵ VELASCO ARROYO, J. C., “Ayer y hoy del cosmopolitismo kantiano”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 16, 1997, p. 105. El propio RAWLS expresó esta idea en un ensayo donde pretende trasladar al Derecho de Gentes la noción de contrato social de alcance universal sobre la base de una concepción política liberal de la justicia: “Puede ocurrir que una sociedad no liberal bien ordenada acepte el mismo derecho de gentes que aceptan las sociedades liberales bien ordenadas. Entiendo por bien ordenada una sociedad pacífica y no expansionista, cuyo sistema legal satisface ciertos requisitos de legalidad a los ojos de su propio pueblo y que, en consecuencia, hace honor a los derechos humanos fundamentales [...]. Una modalidad de sociedad no liberal que satisface estas condiciones es la que, a falta de mejor denominación, llamo sociedad jerárquica bien ordenada. Este ejemplo ilustra cómo aunque cualquier sociedad debe honrar los derechos humanos fundamentales, no es necesario que sea liberal, lo cual resulta esencial para nuestro argumento. E indica también el papel de los derechos humanos como parte de un razonable derecho de gentes”, véase RAWLS, J., “El derecho de gentes”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 16, 1997, p. 6. Este autor sostiene que los derechos humanos deben formar parte de la política exterior de las que él llama “sociedades bien ordenadas” tanto liberales como jerárquicas.

¹⁶⁶ RAWLS, J., *loc. cit.*, p. 26. No debe olvidarse, empero, como sostiene ROLDÁN BARBERO en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que: “Esta rama del Derecho internacional, particularmente desarrollada en el marco europeo, no se mantiene agnóstica, en su naturaleza profunda, respecto a los sistemas políticos, sino que desgasta progresivamente la neutralidad

respetuosa de la forma de organización de la que cada sociedad decida dotarse siempre y cuando satisfaga a los ojos de sus propios integrantes unas condiciones mínimas de legitimidad entre las que se encuentra el respeto a los derechos humanos básicos, lógicamente, también de la mujer.

política de este ordenamiento jurídico”, véase ROLDÁN BARBERO, J., “Democracia y Derecho Europeo”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, nº 1, 1993, p. 131.