

Interpretación del régimen de reservas en tratados internacionales y sesgos cognitivos. Nuevos enfoques*

Interpretation of the International Treaties Reservations Legal Regime and Cognitive Biases. New Approaches

Andrés Téllez-Núñez ^a

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

aatellez@javeriana.edu.co

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6775-4101>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj137.irrt>

Redalyc: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82556549011>

Fecha de recepción: 22 Febrero 2018

Fecha de aprobación: 07 Marzo 2018

Fecha de publicación: 30 Noviembre 2018

Resumen:

El régimen de reservas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CV) representa uno de sus apartes más complejos desde el punto de vista de su interpretación. La pregunta que este artículo busca responder es la siguiente: ¿por qué los Estados en últimas se comportan como se comportan al formular reservas y correspondientemente o aceptarlas u objetarlas? Al procurar responderla, sugerimos que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) podría verse beneficiada de aproximaciones centradas en behavioral economics, las cuales, quizás, disminuirían los impactos negativos que para el derecho internacional público tendría el régimen de reservas vigente. Este artículo de revisión inscrito en un plan de investigación sobre la praxis del derecho internacional público moderno, propone como hipótesis de trabajo que al ser el régimen de reservas no solo complejo, sino también débil, la CDI podría tener en cuenta los hallazgos de behavioral economics y así armonizar la interpretación de las normas jurídicas en materia de reservas.

Palabras clave: Derecho internacional público, reservas, sesgos cognitivos, derecho.

Abstract:

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (CV) represents one of its most complex sections from the legal interpretation standpoint. The question this Note seeks to answer is the following one: why do States ultimately behave as they do when formulating reservations and accepting or objecting (to) them? In trying to answer this question, we suggest that the International Law Commission (ILC) may be benefitted from behavioral economics approaches, thereby reducing the negative impacts that the current legal reservations regime represents vis-à-vis public international law. This review Note is the result of an ongoing research project on contemporary international law and puts forth a working hypothesis by which we state that the current reservations legal regime is both complex and weak, and therefore, that the ILC could take into account some findings of behavioral economics for the purpose of harmonizing legal interpretations dealing with reservations.

Keywords: Public International Law, Reservations, Cognitive biases, Law.

Introducción

Creemos que uno de los más complejos apartados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, CV) es el correspondiente al régimen de reservas a los tratados internacionales (en adelante, régimen) ¹. No solo resulta casi siempre la oportunidad propicia para enriquecer el debate jurídico desde la lógica formal y la hermenéutica, sino que además la explicación de qué hay detrás de su texto correspondiente, ordinariamente puede convertirse en una odisea para el profesor de derecho internacional. Por eso, quizás como ningún otro, en el contexto de las ciencias jurídicas, creemos que es tierra fértil para hacer múltiples reflexiones hermenéuticas. Así, con este manuscrito queremos proponer como hipótesis de trabajo que el actual *régimen* —más que contribuir al desarrollo y ejecución de tratados internacionales— ha

Notas de autor

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: aatellez@javeriana.edu.co

abierto un espacio amplio para que los Estados tiendan a no cumplir las obligaciones internacionales y con ello se verifique apenas una *efectividad-eficacia relativas*² del derecho internacional público. Consideramos que (a) en la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) quizás no se ha discutido con mayor amplitud el problema desde la óptica hermenéutica, esto a pesar de su trabajo activo y voluminoso sobre la materia³, y que (b) las perspectivas recientes iluminadas por las discusiones sobre *rational choice* y *behavioral economics* podrían asistir a la CDI en su actual trabajo de revisión del régimen. Si los debates de la CDI se iluminan con estas aproximaciones, quizás el resultado futuro devenga en una realización más plena del derecho internacional público.

El método que hemos utilizado en la elaboración de este artículo se puede caracterizar ampliamente como hermenéutico-empírico y recoge algunas discusiones académicas sobre la cuestión y el comportamiento de los Estados, sobre todo en las últimas décadas. Para sustentar nuestra hipótesis de trabajo, el manuscrito se divide en dos partes. La primera expone la progresión histórica del régimen y expone brevemente algunos puntos concretos del trabajo de la CDI en su 63ª sesión (2011) en torno a la interpretación de las reservas a la luz de la integridad de un tratado. La segunda expone (a) los problemas hermenéuticos concretos que afrontan los Estados al encontrarse con el régimen, con énfasis en la conducta de los Estados Unidos de América (en adelante, Estados Unidos), sobre todo desde la perspectiva de una aparente oposición entre *rational choice* y *behavioral economics*, y (b) una suerte de catálogo de propuestas o sugerencias para el trabajo presente o futuro de la CDI⁴ como nuestro aporte concreto al estado de la cuestión.

El régimen de reservas a los tratados internacionales

Siempre nos sorprende el hecho de que casi ningún tema del derecho internacional público deja de plantear constantemente dudas e inquietudes al mismo tiempo que se creería erróneamente que estaba saldado desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial y que, además, se convierta de cuando en vez en el foco de atención de académicos y particularmente de la CDI y del Comité de Derechos Humanos (en adelante, Comité)⁵. Es decir: no parece haber nunca una última palabra sobre la *vivencia* del entramado normativo del derecho internacional público, algo que se constata aún más al observar el resultado directo de un examen hermenéutico de la conducta de los Estados en cuanto a la formulación de reservas. A la par que una lectura desprevenida de la CV podría denotar o aparentar una cierta falta de lógica formal allí, el tema deviene más complicado al observar cómo, en efecto, se comportan real y actualmente los Estados. Con este primer capítulo, queremos (a) ambientar históricamente el régimen y presentarle al lector algunos problemas modernos en materia de interpretación no solo de las normas, sino también de la misma conducta de los Estados y (b) aproximarnos a los desarrollos más recientes de la CDI en torno a algunos asuntos puntuales del régimen, específicamente *objeto y fin* de los tratados, *objeciones e invalidez de las reservas*. Queremos insistir en nuestra aproximación hermenéutica; no nos interesa solamente ver e interpretar el texto de la CV, sino sobre todo apreciar el comportamiento de los Estados y extrapolar algunas lecciones o puntos de discusión concretos. Así emprendemos ahora una suerte de averiguación del significado de la conducta de los Estados y de sus motivaciones subyacentes en cuanto a las reservas a los tratados internacionales.

Progresión histórica y problemas concretos de interpretación

Si aceptamos que la fuente real o material del derecho es la historia y que, en últimas, el campo del derecho y el campo de la política se confunden en la praxis⁶, podremos entender, quizás un poco mejor, la evolución legal del régimen. Detrás de todos los aparentes problemas que se generan al evaluar hermenéuticamente las normas correspondientes de la CV y la conducta misma de los Estados, se encontraría una línea subyacente común: el

deseo inequívoco de que los Estados-Nación estrechen sus vínculos y de que la vida de los seres humanos de carne y hueso se acerque lo más posible a los valores de justicia, seguridad, orden, cooperación y seguridad ⁷ . Bajo esa óptica no resultaría difícil entender que, en un principio, y habida cuenta de las diferentes perspectivas en torno a un mismo asunto que tienen los Estados y sus plenipotenciarios, quienes concurren a negociar y confeccionar un acuerdo internacional vinculante (bajo criterios no mutuamente excluyentes de integridad y universalidad) ⁸ se hubiese preferido la unanimidad en torno a la aceptación o no de una reserva formulada a un tratado internacional. La Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), en su opinión consultiva sobre la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, adoptó una posición híbrida y finalmente, tal como quedó consagrado en la CV, se acogió un punto medio entre *unanimidad* y la *regla panamericana* que permite que un Estado que ha formulado una reserva siga vinculado por el tratado aun si ha habido objeciones por parte de otros Estados ⁹ . Así, la CIJ introdujo la regla de la *compatibilidad* que para nuestro artículo es la que más nos interesa diseccionar pues, según la CDI, le competiría a un Estado decidir si ella se verifica con respecto al objeto y fin del tratado ¹⁰ . ¿Cómo finalmente un Estado acomete esta tarea? ¿Qué problemas concretos puede encontrar? ¿Cómo pueden la CDI o la academia ayudar a resolverlos?

Un ejercicio práctico que cualquier profesor de derecho internacional puede acometer en el aula de clase consiste en explicar a los estudiantes la *raison d'être* del artículo 21-3 de la CV. Quizás habría dos explicaciones útiles aun cuando quizás no del todo satisfactorias: (a) el deseo de la comunidad internacional de estrechar vínculos a través de los acuerdos internacionales y (b) lo que CATHERINE LOGAN PIPER describe como *presión psicológica* ¹¹ . En efecto: una lectura de este artículo 21-3 sugiere que una objeción a una reserva que no vaya acompañada de una oposición a la entrada en vigor del tratado entre el Estado que formula la reserva y el Estado que la objeta, equivaldría a una aceptación de la reserva, es decir, a dejar sin efecto la objeción. ¿Por qué los Estados querrían comportarse así? Una mirada a la conducta de los Estados, independientemente de la revisión de los reportes de la CDI nos da claves quizás certeras. Tomemos por ejemplo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW) que de acuerdo con LINDA M. KELLER, ha sido objeto de más reservas que cualquier otro tratado de derechos humanos ¹² y respecto de lo cual, el Comité ha expresado su preocupación, sobre todo en lo tocante a sus artículos 2 y 16 ¹³ . Al paso que muchos Estados han expresado también su desaprobación en torno a esas reservas, no han buscado oponerse a la entrada en vigor del tratado (por ejemplo, Austria que objetó la reserva formulada por Mauritania, no se opuso a la entrada en vigor) ¹⁴ . Aquí debe notarse la función particular de un *tratado-ley* frente a la función particular de un *tratado-contrato*. El primero en su forma más típica (por ejemplo, los que protegen derechos humanos) busca conferir a los individuos, derechos, no tanto dentro del territorio del Estado que manifiesta el consentimiento, sino en otros ¹⁵ , pero en el punto preciso de la formulación de reservas se expresan las dinámicas políticas internas que eventualmente llevan a que, aun cuando se haya manifestado el consentimiento, el núcleo o razón de ser un tratado no se cumplan o verifiquen jamás en la práctica ¹⁶ . MICHAEL L. BUENGER hace notar lo que en otros campos del derecho internacional público resulta evidente: la función inspiradora de los tratados de derechos humanos y el motivar un diálogo permanente ¹⁷ . Esto, creemos, conlleva un asunto hermenéutico de dimensiones complejas pues el significado y el significante de las palabras en un instrumento concreto tendrían una interpretación distinta y, como lo sugiere BUENGER, incluso en el mejor de los escenarios, suscita problemas de exigibilidad (*enforcement*) de las normas internacionales ¹⁸ . A ello se suma (pero esto también se percibe como la solución) la formulación de reservas que menoscaba de alguna forma el carácter *universalista* de los tratados de derechos humanos, lo cual pone de presente un debate en torno a si en la praxis hay un *universalismo* o más bien un *individualismo*. Por nuestra parte, acogemos una posición híbrida o mixta en el sentido de que hay dos momentos: (a) el de creación que tendría como meta máxima el universalismo y (b) el de interpretación y aplicación, en el cual las reservas surtirían plenos efectos en los que pese a la intención original universalista, el derecho se convierte en una serie de pretensiones individuales con miras

a que tenga efectos sobre individuos ¹⁹ . En el caso particular de CEDAW, su poca exigibilidad, por no decir, la ausencia de *dientes*, se debe fundamentalmente a (a) una necesidad de transparencia y (b) al grado en el cual el instrumento mismo autoriza la formulación de reservas, siendo las más preocupantes las propuestas respecto del artículo 2 ²⁰ . Esto llevaría el debate académico necesariamente al asunto de la invalidez de las reservas en un tratado multilateral.

RYAN GOODMAN plantea los siguientes escenarios: (a) una reserva inválida tendría los efectos propios de una reserva; (b) el instrumento de ratificación o más ampliamente, diríamos nosotros, de manifestación del consentimiento, sería anulable, y (c) la reserva inválida podría ser extraída o separada del instrumento de ratificación, pero el Estado que la formuló seguiría vinculado por el tratado. Esta última opción ha recibido según GOODMAN mucha oposición, particularmente de Francia, Estados Unidos, la CDI y el Comité, y solo las dos primeras opciones tienen un mayor fundamento legal a favor o en contra ²¹ . A grandes rasgos, una postura que GOODMAN llama *antiseverability* (AS) no necesariamente es la mejor, sobre la base de cuatro fundamentos teóricos que sus proponentes arguyen: (a) si un Estado formuló una reserva que es tenida por inválida y ella es removida (*severed*) de su consentimiento y, sin embargo, el tratado continúa en vigor, ello tendría —dicen los partidarios de AS— un impacto negativo en lo que constituyó el consentimiento de dicho Estado; (b) no sería cierto —como lo afirman los amigos de la postura AS— que el Estado sufra costos en materia de su soberanía; (c) en una relación costo-beneficio, quizás sería más recomendable que el Estado siga vinculado a que no, y (d) habría que distinguir dos tipos de reservas: unas que son *críticas* y otras que son *accesorias* ²² . Al fin y al cabo, no ser amigo de la postura AS supondría pensar que al manifestar el consentimiento respecto de un tratado multilateral de protección a los derechos humanos, los Estados lograrían dos propósitos según GOODMAN: (a) se protegerían estándares locales internos en materia de su protección, y (b) se minimizaría la infracción eventual por el mismo tratado de aspectos de la soberanía local ²³ . Permitir la separación de la reserva inválida del resto del tratado tendría también repercusiones políticas que le interesan al derecho internacional público, particularmente en relación con nuevos regímenes democráticos que buscarían fijar ganancias en materia de libertades y derechos y en Estados no democráticos que no solo estarían actuando en virtud de presiones políticas internas para ratificar tratados de derechos humanos, sino que además empezarían a defender sus acciones de conformidad con normas jurídicas internacionales y empezarían a moverse en un proceso de socialización. Esto —reconoce GOODMAN, y lo consideramos central para nuestra hipótesis de trabajo— supondría reflexionar permanentemente acerca de si una reserva formulada en un momento X, mucho tiempo después, en un momento Y seguirá siendo considerada inválida y, en ese momento, resolver si se separa del tratado, si se acepta o si simplemente el tratado nunca entra en vigor ²⁴ .

El caso *Belilos* ²⁵ resulta emblemático. RICHARD W. EDWARDS pone el dedo en la llaga al mostrarnos que allí el problema hermenéutico en materia de reservas se hace más palpable ²⁶ . Vía ANTHONY AUST ²⁷ , entendemos que normalmente al momento de manifestar el consentimiento, los Estados podrán hacer tres tipos de declaraciones (esto en una clasificación doctrinal y repetimos, sin pasar por alto la sinonimia que HENKIN establece entre derecho y política): (a) políticas; (b) interpretativas, y (c) reservas. Vía ERIC CHUNG, podemos recordar para el efecto que en *Fisheries Jurisdiction* ²⁸ la Corte Internacional de Justicia, CIJ, afirmó que interpretaría una reserva de manera *natural y razonable* y en *Border and Transborder Armed Actions* ²⁹ , la CIJ afirmó que una reserva puede distinguirse de una declaración interpretativa ³⁰ . Al haber Suiza formulado una reserva al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos) que la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) estimó inválida, ese tribunal decidió que Suiza continuaba siendo parte del tratado con excepción de la reserva. Los asuntos tratados allí según EDWARDS fueron fundamentalmente los siguientes: (a) ¿esa declaración interpretativa hecha por Suiza equivalió a una reserva? La respuesta de la CEDH fue que sí; (b) ¿era permitida o era inválida? La respuesta de la CEDH fue que era inválida, y (c) ¿es

separable la reserva? La respuesta de la CEDH fue que sí. Es decir, Suiza continuaba vinculada por el tratado como si la reserva jamás hubiese sido formulada. En el fondo, el problema tiene qué ver otra vez con el test de *compatibilidad* respecto del objeto y fin del tratado. Hay allí dos posiciones principales: (a) si un Estado no ha formulado una objeción a la reserva con base en la compatibilidad, entonces la reserva debe ser tenida como válida por una corte u otro tercero; (b) sin importar si un Estado ha formulado una objeción a una reserva con base en la compatibilidad, siempre le corresponderá decidirla a un tercero, específicamente una corte o tribunal. Esta fue la posición acogida por la CEDH, tal como lo defiende BUENGER en sus tesis. Esta postura de la CEDH, que tiene sus enemigos, puede fundamentarse en que aun cuando no está explícitamente contemplada en la CV, tampoco está prohibida ³¹. En palabras de ALAIN PELLET de la CDI y como lo veremos en el acápite siguiente en materia de la posición de la CDI sobre el asunto, solo el Estado que hace la reserva puede decidir si es inválida o no, lo que va en contravía de la posición del Comité, según el cual, con respecto a la Convención Europea de Derechos Humanos, dicha reserva siempre será separable ³².

Otro tema polémico es la evaluación de las reservas y las declaraciones, más ampliamente lo que en inglés se conoce como RUD (*reservations, understandings y declarations*) en la jurisdicción interna de los Estados. Según CHUNG, este tema ha despertado interés, particularmente por virtud de *Bond v. USA* ³³, y que hasta junio de 2016, había 38 tratados respecto de los cuales la cuestión acerca de la exigibilidad de los RUD representaba el asunto más importante ³⁴. En el caso de Estados Unidos, el contexto histórico es de pertinente mención por lo que ha sido la postura política tradicional de ese país en materia de la manifestación del consentimiento en tratados internacionales, la cual viene desde principios de la segunda mitad del siglo XX, en el sentido de tenerlos casi siempre o siempre como *non-self-executing agreements*. La mayoría de los tratadistas estadounidenses refiere la historia de la enmienda constitucional propuesta por JOHN W. BRICKER (que finalmente no fue aprobada) y cómo la constante formulación de RUD por Estados Unidos, no solo contravendría el test de compatibilidad de la CV consagrado en su artículo 19, sino también su propio artículo 27, es decir, utilizar el derecho interno para evitar cumplir las obligaciones internacionales. En su examen de cómo se comportan las cortes federales de Estados Unidos con respecto a los RUD, CHUNG concluye que casi siempre son observados por ellas. Afirma él que aun cuando las objeciones a las reservas son raras, estas no han invalidado los RUD en cortes estadounidenses ³⁵. Él, junto con otros tratadistas, sin embargo, recomienda no abusar de esta opción, cosa que llámese abuso o no, consideramos improbable, máxime bajo la administración de DONALD J. TRUMP. En efecto, vía KRISTINA ASH ³⁶, HAROLD HONGJU KOH ³⁷ refiere con ironía, creemos nosotros, el *exceptionalism* estadounidense en esta materia y muy particularmente en relación con los RUD formulados al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) veintiséis años después de su adopción. Ese *exceptionalism* se podría caracterizar de cuatro formas: (a) derechos *distintivos*; (b) diferentes etiquetas; (c) la mentalidad tipo *flying buttress*, es decir, apoyar un catálogo de derechos, pero no sujetarse oficialmente a los estándares internacionales, y (d) los dobles estándares (exigir de otros el cumplimiento de compromisos en materia de derechos humanos, pero no cumplirlos internamente; nos preguntamos nosotros acerca, por ejemplo, del tráfico de armas, el cuidado de la salud, la pena de muerte y otros temas sensibles para el pueblo estadounidense). Aun cuando el PIDCP no prohíbe la pena de muerte y en general no prohíbe la formulación de reservas, por ejemplo, la forma (b) es la que le permite a Estados Unidos hacer declaraciones sobre qué es y qué no es *tortura* en su interpretación, y así se protege en el tiempo de una eventual evolución en su definición. BRADLEY y GOLDSMITH no se muestran del todo contrarios a la formulación de RUD por parte de Estados Unidos, algo con lo que estamos mayormente de acuerdo ³⁸. Lo que ellos llaman *conditional consent*, que en nuestra opinión es impreciso por cuanto creemos que no hay consentimiento condicionado, sino más bien formulación de reservas, denota en nuestra opinión algo que a la luz del derecho internacional moderno quizás resulta más serio: ¿qué es preferible? ¿Un Estado que no formule reservas a un tratado, pero pasado un tiempo incumpla todas o la mayor parte de sus obligaciones o un Estado —como Estados Unidos

—que lo haga precisamente con el ánimo de cumplir las obligaciones del tratado excepto aquellas cubiertas por la reserva? Nos parece más seria y más en armonía con los principios de *buena fe* y *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la CV) la postura estadounidense. BRADLEY y GOLDSMITH respetuosos en su texto con HENKIN, rebaten sus tesis en materia de formulación de reservas y critican lo que ellos consideran una (*su*) aproximación *idealista* y *perfeccionista* al derecho internacional público y aducen que hay una ausencia de evidencia empírica en el sentido de que los RUD disminuyen la credibilidad de Estados Unidos; al mismo tiempo se muestran contrarios a que el Comité decida asuntos de interpretación. Aunque coincidimos con ellos, no por esto dejamos de aceptar la tesis central de HENKIN que ya hemos referido anteriormente en torno a la sinonimia entre derecho y política (*law is politics*). De manera similar se pronuncia JOHN HENRY STONE quien afirma que Estados Unidos, al formular reservas, no viola el derecho internacional público, sino que más bien manifiesta su deseo de cumplirlo. En torno a la pena de muerte, tan criticada por algunas naciones europeas y por el Comité, sobre todo en cuanto a su implementación en Estados Unidos, STONE hace énfasis en que su abolición más que una obligación, resulta ser una meta ³⁹ .

Referencias breves a los desarrollos más recientes de la Comisión de Derecho Internacional sobre interpretación de reservas

Queremos centrarnos en los puntos 3.1.5.3, 4.2.6, 4.3.3, 4.4.3 y 4.5.3 del 63 *Reporte* de la CDI en materia de formulación de reservas por parte de los Estados. El ítem 3.1.5.3 no prohíbe la formulación de reservas a normas en materia de derecho consuetudinario; en otras palabras, las permite. El ítem 4.2.6 consagra que una reserva debe ser interpretada de buena fe y a la luz del objeto y fin del tratado y de las circunstancias. Por su parte, el ítem 4.3.3 reafirma que, en efecto, el tratado entra en vigor entre el Estado autor de la reserva y el Estado que la objeta, esto con excepción de lo que la CDI llama *maximum effect*, que constituye la circunstancia en que un Estado no solo objeta la reserva, sino que se opone a la entrada en vigor entre él y el Estado que formuló la reserva (en otras palabras, lo contenido en el artículo 21-3 de la CV cuya disección hermenéutica constituye una de las motivaciones de este texto). El ítem 4.4.3 que fundamentalmente consagra la ausencia de efecto de una reserva a una norma de jus cogens y, finalmente, el ítem 4.5.3 que examinamos con algún detalle y que contraría la posición del Comité en torno a reservas separables. La CDI le da primacía al Estado para decidir si quiere continuar vinculado o no por el tratado y le adscribe una obligación a los *treaty monitoring bodies* en el sentido de informar las circunstancias en que un Estado no será parte de un tratado sin el beneficio de la reserva ⁴⁰ .

Los sesgos cognitivos para explicar por qué los Estados se comportan como se comportan en materia de reservas

En otras oportunidades, nos hemos mostrado favorables al establecimiento de una sinonimia entre derecho (internacional) y política (*law is politics* ⁴¹) y entre derecho y derecho económico. Sin entrar en honduras sobre la distinción entre el mundo del *ought* (deber) y el mundo del *might* (poder), queremos adentrarnos en el régimen de reservas (a) averiguando su trasfondo económico (específicamente el análisis costo-beneficio y evaluar si hay *racionalidad* ⁴² o no), y (b) proponiendo algunas sugerencias modestas para mejorarlo en la CDI. Ya casi cuarenta años han pasado desde que el 27 de enero de 1980 entró en vigor la CV y el trabajo de la CDI en materia de reservas como lo podrá atestiguar el lector ha sido por lo menos voluminoso. Esto se deriva evidentemente de la conducta de los Estados (el plano de lo que *es - being*). No obstante, en los últimos años se ha querido abordar el tema no tanto teniéndolos a ellos o a sus representantes como agentes racionales, sino más bien como conjunto de seres humanos y seres humanos individuales con *sesgos*

cognitivos ⁴³. ¿Por qué un Estado formula una reserva en un momento determinado y otro o la acepta o la objeta? ¿Qué cálculos (económicos) hay detrás? ¿Qué fenómenos psicológicos inciden en la conducta de los Estados en el plano del ser (*being*) y del deber ser (*ought*)? Investigaciones llevadas a cabo por profesores y académicos en Estados Unidos iluminan actualmente la materia y deberían ser tenidas en cuenta por la CDI. Con este capítulo, queremos aproximarnos a la formulación de las reservas al plantear la oposición aparente entre *rational choice* y *behavioral economics* que algunos de esos investigadores plantean, examinando los aparentes sesgos cognitivos existentes y teniendo siempre presente el análisis costo-beneficio que parece continuamente permear el proceso de toma de decisiones. El estudio de los sesgos cognitivos cuya presencia no debe ser ajena en una aproximación hermenéutica a la conducta de los Estados, necesariamente habrá de considerar la marcha del tiempo, muy particularmente en el caso de los tratados internacionales, cuyas etapas (negociación, adopción, autenticación, manifestación del consentimiento y entrada en vigor) guardan entre sí a veces décadas, con lo cual, no solo la conducta, sino también la interpretación de esa misma conducta y de los textos como la CV y de los mismos tratados necesariamente cambia. Este capítulo por consiguiente se divide en dos partes: (a) presenta algunas explicaciones en torno al régimen desde la óptica de *behavioral economics* y (b) sugiere sobre esa base y en esa medida algunos criterios que la CDI podría tener en cuenta en su actual trabajo sobre reservas.

El paso del tiempo y el trasfondo económico del problema

Los dos asuntos fundamentales que permean esta sección son los siguientes: (a) ¿cuáles son las consecuencias del paso del tiempo cronológico en materia de la percepción sobre la formulación de reservas y su objeción, aceptación o retiro? y (b) ¿cuáles son las consideraciones y variables económicas que hay detrás de la formulación de reservas? Estas dos cuestiones irían atadas. Según LAURENCE R. HELFER (quien busca complementar la tesis de EDWARD T. SWAINE sobre las motivaciones y racionalizaciones de los Estados al formular reservas) no se ha dilucidado completamente el *porqué* un Estado formula una reserva considerando si (i) previamente otros Estados ya lo han ratificado o considerando (ii) cómo las obligaciones derivadas de esos tratados han evolucionado en el tiempo como respuesta a sentencias proferidas por tribunales internacionales o cambios geopolíticos ⁴⁴. Sobre (b)(i) debemos decir que parece haber una asunción preliminar en el sentido de que *siempre* la formulación de una reserva favorece más al Estado que formula una reserva que al Estado que no lo hace ⁴⁵. Esto podría debatirse, según HELFER, comparando la conducta de un *early reserver* con la conducta de un *late ratifying State*. Así, la primera denotaría que hay un deseo de cooperar, pero bajo sus propios términos, o sea, un indicio de *no cooperación*. La segunda denotaría que se habría beneficiado de información previa en torno a la respuesta que tuvieron los Estados que reservaron más tempranamente ⁴⁶. Sobre (b) (ii) la suposición residiría en un incremento de los costos que para un Estado representa seguir cumpliendo las obligaciones derivadas del tratado. La conducta de Trinidad y Tobago y de Guyana, por ejemplo, al haberse retirado del Primer Protocolo Opcional del PIDCP, para un tiempo después adherirse al mismo, pero formulando una reserva, es emblemática, y en opinión de HELFER, presenta una dificultad quizás no superada en la tesis de SWAINE. En el fondo, hay todo un examen costo-beneficio, sobre todo en materia de reputación. Los Estados, además, tendrán a mano la posibilidad de manejar un discurso en torno al *objeto y fin*, estipulando que este pueda ser revisado por un tribunal internacional ⁴⁷ y esto va necesariamente contextualizado por un análisis de la relación costo-beneficio ⁴⁸.

La aseveración del Comité en el sentido de que tiene la autoridad para juzgar acerca de la compatibilidad de ciertas reservas —afirma BUENGER— ha sido acogida con escepticismo ⁴⁹. Al fin y al cabo, la misma expresión *incompatibilidad* tiene una carga muy pesada, con muchísimas connotaciones que, al final, creemos nosotros, en la dinámica política y de uso del discurso y el lenguaje, también se verá influenciada por cálculos económicos que más adelante en esta sección de nuestro artículo trataremos de dilucidar y exponer. Aunque

loable, la propuesta de BUENGER en el sentido de hacer un esfuerzo para sacar esto del terreno político⁵⁰ en donde la *transparencia* no sea tenida como el instrumento de medición de efectividad y eficacia y moverlo a uno puramente legal, creemos que al final, tal como lo hemos sostenido de la mano de HENKIN en otros escritos, lo jurídico-legal viene a confundirse con lo político en el espectro del derecho internacional público, y esta sugerencia, al fin y al cabo, es un imposible. En materia de una reserva inválida y en torno a la pregunta acerca de si el *adjudicator* decide si el Estado continúa como (i) parte del tratado o (ii) no, de acuerdo con GOODMAN, lo segundo (ii) supone un mayor costo. ¿Qué resulta más adecuado para la comunidad internacional a la luz de los valores y principios del derecho internacional? ¿Que un Estado en donde, por ejemplo, la tortura sea la norma no sea parte de una convención contra la tortura dada una reserva inválida o que siga siendo parte una vez la reserva inválida sea separada del instrumento? GOODMAN y también nosotros consideramos más adecuada la segunda opción, que es por ejemplo la que la CEDH terminó adoptando en el caso *Belilos* que ya hemos ilustrado. De acuerdo con VINCY FON y FRANCESCO PARISI —no podemos perder de vista esto en un análisis omnicompreensivo de la práctica en materia de formulación de reservas—, su número sería relativamente bajo en el contexto de tratados multilaterales. Según ellos, hay una ventaja natural creada por el régimen a favor del Estado que formula la reserva, cosa que académicos como HELFER a quien citamos arriba, rebaten y en donde se evidencia un *dilema del prisionero* para todos los Estados⁵¹.

JEAN GALBRAITH ha revisado el diseño moderno de los tratados bajo la perspectiva de *behavioral economics*. La pregunta de fondo que él se formula es qué lleva a un Estado a manifestar su consentimiento en obligarse⁵², que en su opinión pocos académicos se hacen. ¿Actúan los Estados *racionalmente*? De la mano de GALBRAITH, imaginemos a los negociadores de un acuerdo multilateral. ¿Tomarán la misma decisión antes del almuerzo que después?⁵³ ¿Qué papel tiene la psicología cognitiva en todo esto, en particular desde la óptica de *behavioral economics*? Si se parte de la base de la conducta de un ser humano cualquiera y esta se trata de replicar exponencialmente para estudiar la conducta de los Estados, en la de estos últimos se pueden ver ciertos sesgos cognitivos que los negociadores podrían (deberían) tener en cuenta. La llamada *choice architecture* en palabras de RICHARD THALER y CASS SUNSTEIN⁵⁴ daría luces. Así, según GALBRAITH, deben distinguirse en el contexto de tratados multilaterales dos momentos que van separados en el tiempo: el momento de la negociación y el momento de la ratificación (esta como una de las formas de manifestar el consentimiento)⁵⁵. La primera etapa supondría una evaluación de opciones. La segunda etapa supondría decidir si dichas opciones se aprovechan y cómo. GALBRAITH hace un análisis sobre la conducta de los Estados (verdadera hermenéutica, creemos nosotros) y lo divide en dos partes: (a) la que mira cláusulas de *opt-in* (por ejemplo, el artículo 36-2 del Estatuto de la CIJ) y cláusulas de *opt-out* en materia de sometimiento a la jurisdicción de la CIJ (por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁵⁶, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional⁵⁷); y otra (b) que mira mecanismos de exigibilidad en tratados de derechos humanos. La conclusión de GALBRAITH es que los Estados casi siempre preferirán las cláusulas *opt-out* y que, en materia de tratados de derechos humanos, preferirán que los mecanismos de supervisión, exigencia y control se establezcan, pero en protocolos adicionales. Así, frente al régimen que venimos estudiando, un negociador que conozca de la *choice architecture*, puede hacer uso no de las reservas que encuentran el límite del test de razonabilidad en cuanto a su objeto⁵⁸, cuyo significado puede ser difícil de establecer, sino de options (*opt-in* y *opt-out*)⁵⁹. Por qué los Estados prefieren cláusulas de *opt-in* cuando por ejemplo el apoyo a la jurisdicción de la CIJ es bajo y cláusulas de *opt-out* cuando el apoyo a ella es fuerte con el fin de reducir costos de transacción resulta algo problemático para GALBRAITH⁶⁰, pero que en todo caso debiera verse con la óptica de un hecho concreto: que los Estados preferirán las cláusulas *opt-out* a las *opt-in*, y mecanismos de exigencia de cumplimiento de tratados de derechos humanos (solo) cuando

estos están contenidos en protocolos adicionales ⁶¹ y no en el tratado mismo. Una postura que vea que los Estados y sus negociadores siempre actuarán bajo criterios de lógica formal y prudencia, si se quiere objetivas, no parece proporcionar una respuesta persuasiva acerca de por qué esto ocurre, y en cambio la doctrina de *behavioral economics* sí ⁶², sobre la base de las siguientes consideraciones que tienen en cuenta los sesgos cognitivos de los negociadores (por consiguiente de los Estados) en torno a lo que ampliamente se denomina *framing* (o sea, cómo se presentan los asuntos propios del tratado): (a) un sesgo cognitivo que preferirá el *statu quo*: los negociadores preferirán una opción que se presente a favor del no cambio (en otras palabras: se evidenciará una resistencia al mismo); (b) un sesgo cognitivo que considerará mayormente los casos en que la información se presenta de manera más evidente (*salient information*), y (c) un sesgo cognitivo que considerará que la toma de decisiones se dará dependiendo de la información que haya sobre la conducta de los pares ⁶³ (*peer observation*). Según GALBRAITH, la *choice architecture* no se ha usado ampliamente en el campo del derecho, excepto en aproximaciones constructivistas como las de RYAN GOODMAN y DEREK JINKS en torno a un examen de la conducta de los Estados ⁶⁴. En síntesis, y esto quizás constituiría el aporte más significativo de su estudio, los negociadores podrían extrapolar ciertas lecciones útiles en el campo preciso de la formulación de reservas a tratados internacionales, así: (a) que los negociadores pueden estar (de hecho, están) sujetos a sesgos cognitivos; (b) que los principios de la *choice architecture* podrían dar soporte para estructurar acuerdos internacionales que más que contratos sean una especie de promesas (*pledges*); (c) que esos mismos principios podrían iluminar a los negociadores acerca de cómo presentar (o sea, *framing*) los compromisos propios de un tratado; (d) que ellos podrían facilitar el retiro de un Estado (*withdrawal*) de un tratado, y (e) en materia de protección de los derechos humanos, más que un régimen sancionatorio, un órgano como el Comité más bien podría optar por decirle a un presunto Estado violador que su vecino sí está cumpliendo sus obligaciones de reporte. Esto creemos, si entendemos bien a GALBRAITH, contribuiría infinitamente más a una eficacia-efectividad plenas del derecho internacional público.

En materia de derecho internacional de la inversión, el régimen de reservas también puede encontrar herramientas de posible mejoramiento, según TAEJUNG PARK. En torno a cómo se comportan los Estados en materia de inversión extranjera y en particular a una eventual lista positiva o negativa de reservas, PARK concluye que los Estados son proclives a aceptar una lista positiva más que una lista negativa de reservas y que esto encontraría explicación a la luz de un análisis de cómo en realidad se comportan los Estados utilizando para el efecto *behavioral law and economics*. Así reconoce PARK, aun cuando la aplicación de este método de observación apenas está en sus etapas tempranas, él comprendería tres categorías: (a) análisis económico del derecho internacional; (b) *behavioral economics*, y (c) planteamientos psicológicos desde la teoría de las relaciones internacionales ⁶⁵. Si no se pierde de vista que los negociadores son seres humanos de carne y hueso, por no decir, seres humanos normales, muy en la onda de lo sugerido por GALBRAITH, una observación de su conducta y por supuesto de la de los Estados supondría contemplar los siguientes elementos: (a) el *framing*, es decir, cómo se presenta el asunto a los otros; (b) el *endowment effect* que debe ver cuánto valor representan bienes que se tienen *versus* bienes que no se tienen y en algo que nos sorprende desde el punto de vista psicológico, se concluye que se valorarán más los bienes (productos) que se tienen que aquellos que no se tienen, y finalmente (c) como lo mencionamos arriba, el sesgo cognitivo que favorece el *statu quo*.

Propuestas y sugerencias

Hemos observado a lo largo de este texto que hay tres dimensiones dignas de ser tenidas en cuenta por la CDI en sus sesiones actuales y futuras en materia del régimen: (a) los conflictos de interpretación en relación con el texto de la CV y con la misma conducta de los Estados, pero también los conflictos de interpretaciones entre la CDI y el Comité en materia de tratados de derechos humanos; (b) los fenómenos de constitucionalismo interno y de situación geopolítica, en particular de Estados poderosos como Estados

Unidos, y (c) no contemplar en su examen los principios de la *choice architecture*, y en particular, el cúmulo de enseñanzas que proporciona el *behavioral economics* en cuanto a los sesgos cognitivos de los Estados y los negociadores.

De la mano de algunos investigadores estadounidenses y de sus esfuerzos en esta materia, creemos que la CDI haría bien en al menos oír las siguientes propuestas o sugerencias: (a) incrementar la posibilidad no tanto de *reservas*, sino de *options* y muy particularmente de *opt-out clauses*; (b) en esa medida, armonizar sus criterios de interpretación con los del Comité y producir una guía unificada; (c) organizar una especie de comité encargado de asesorar a los Estados y a los negociadores en el punto preciso de la definición de *objeto* y fin. En otras palabras: con base en los hallazgos de *behavioral economics*, sobre todo, la preferencia por el *statu quo*, la observación de pares y en general el uso de la información y el análisis costo-beneficio, proponer una definición estándar-flexible de *objeto* y *fin* que sirva de guía a los Estados. Esto, aunque no será suficiente, quizás será necesario para reducir eventuales *disonancias cognitivas* de los Estados y de los negociadores.

Conclusiones

Una de las secciones de la CV que ofrece más posibilidad de estudio e innovación es la correspondiente al régimen de reservas. A pesar del trabajo voluminoso y activo de la CDI, una lectura de sus más recientes reportes sugiere que el cúmulo de enseñanzas proporcionado por algo quizás nuevo y que apenas está en sus etapas tempranas de desarrollo, la *choice architecture*, podría resultar algo crítico para el derecho internacional, que es en últimas su realización, por vía de la confección y celebración de acuerdos internacionales vinculantes. Hasta ahora, la aproximación al régimen de reservas parece *prima facie* unidimensional, es decir, no se habrían considerado las facetas desde el ángulo de *law and economics* y más precisamente desde la psicología en materia de disonancias cognitivas y sesgos cognitivos. Esto —algo que muy probablemente negociadores experimentados de países desarrollados ya saben y ponen en práctica al momento de participar en la creación de una norma jurídica internacional— podría ser aprovechado por Colombia y por la CDI en aras de que, como ya se ha manifestado en nuestro país ⁶⁶, la eficacia y la efectividad del derecho internacional público sean menos relativas y se acerquen más a la vivencia actual y real de todo su entramado axiológico y normativo.

Libros

AUST, ANTHONY, *Modern Treaty Law and Practice* (1 ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2000).

DAMROSCH, LORI; HENKIN, LOUIS; CRAWFORD PUGH, RICHARD; SCHACHTER, OSCAR & SMIT, HANS, *International Law* (4 ed., West Group, Saint Paul, Minnesota, 2001).

THALER, RICHARD & SUNSTEIN, CASS, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (Yale University Press, New Haven & London, 2008).

Artículos de revista

ASH, KRISTINA, *US Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Credibility Maximization and Global Influence*, 3 *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 1 (2005). Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol3/iss1/7/>

BRADLEY, CURTIS A. & GOLDSMITH, JACK L., *Treaties, Human Rights and Conditional Consent*, 149 *University of Pennsylvania Law Review*, 2, 399-468 (2000). Disponible en: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1972&context=faculty_scholarship

- BUENGER, MICHAEL L., *Human Rights Conventions and Reservations: An Examination of a Critical Deficit in the CEDAW*, 20 *Buffalo Human Rights Law Review*, 67-90 (2013-2014). Disponible en: <https://ubir.buffalo.edu/xmlui/bitstream/handle/10477/24266/BFH101.pdf?sequence=1>
- CHUNG, ERIC, *Judicial Enforceability and Legal Effects of Treaty Reservations, Understandings and Declarations*, 126 *The Yale Law Journal*, 1, 170-241 (2016). Disponible en: https://www.yalelawjournal.org/pdf/ChungPDF_qfp8ahjf.pdf
- EDWARDS, RICHARD W., *Reservations to Treaties: The Belilos Case and the Work of the International Law Commission*, 31 *Toledo Law Review*, 195-207 (2000).
- FON, VINCY & PARISI, FRANCESCO, *The Economics of Treaty Ratification*, 5 *Journal of Law, Economics and Policy*, 2, 209-222 (2009).
- GALBRAITH, JEAN, *Treaty Options: Toward a Behavioral Understanding of Treaty Design*, 53 *Virginia Journal of International Law*, 2, 309-363 (2013). Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2456&context=faculty_scholarship
- GOODMAN, RYAN, *Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent*, 96 *American Journal of International Law*, 3, 531-560 (2002). <https://doi.org/10.2307/3062161>
- GOODMAN, RYAN & JINKS, DEREK, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, 54 *Duke Law Journal*, 3, 621-703 (2004). Disponible en: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.co/&httpsredir=1&article=1240&context=dlj>
- HELPER, LAURENCE R., *Response: Not Fully Committed? Reservations, Risk and Treaty Design*, 31 *Yale Journal of International Law*, 2, 367-382 (2006). Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=yjil>
- KELLER, LINDA M., *Impact of States Parties' Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 2014 *Michigan State Law Review* (2014). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2505454
- KOH, HAROLD HONGJU, *On American Exceptionalism*, 55 *Stanford Law Review*, 1479-1527 (2003). Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2737&context=fsf_papers
- PARK, TAE JUNG, *Behavioral Economics in International Investment Law: Bounded Rationality and the Choice of Reservation List Modality*, 5 *Penn State Journal of Law & International Affairs*, 2, 398-424 (2017). Disponible en: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1167&context=jlja>
- PIPER, CATHERINE LOGAN, *Reservations to Multilateral Treaties: The Goal of Universality*, 71 *Iowa Law Review*, 295-322 (1985).
- STONE, JOHN HENRY, *The International Covenant on Civil and Political Rights ICCPR and the United States Reservations: The American Conception of International Human Rights*, 7 *UC Davis Journal of International Law and Policy*, 1-39 (2001).
- SWAINE, EDWARD T., *Reserving*, 31 *Yale Journal of International Law*, 2, 307-366 (2006). Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=yjil>

Tratados, acuerdos y resoluciones internacionales

- Organización de Naciones Unidas, ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>
- Organización de Naciones Unidas, ONU, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>
- Organización de Naciones Unidas, ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966. Disponible en: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/pacto_internacional_derechos_civiles_politicos.html

Reservations to Treaties Text and Title of the Draft Guidelines Constituting the Guide to Practice on Reservations to Treaties, as finalized by the Working Group on Reservations to Treaties from 26 to 29 April, and on 4, 5, 6, 10, 11, 12, 17 and 18 May 2011. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/texts/1_8.shtml

Casos

European Court of Human Rights, ECtHR (Plenary), *Belilos vs. Switzerland*, Case 10328/83, Judgment, Merits and Just Satisfaction, 29 April, 1988. Disponible en: <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4542492>

International Court of Justice, ICJ, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, 20 December, 1988. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/en/case/74/judgments>

International Court of Justice, ICJ, *Fisheries Jurisdiction, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland*, Judgment, Merits, 25 July, 1974. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/en/case/55/judgments>, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/55/5979.pdf>

United States, Supreme Court, *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), Decision 16 June, 2011. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/211/>

Notas

* Artículo de investigación

1 EDWARD T. SWAINE, *Reserving*, 31 *Yale Journal of International Law*, 2, 307-366, 307 (2006).

2 Por *eficacia*, entendemos que el derecho teóricamente sirva, pero no verificándose en la realidad de su vivencia su entramado axiológico y de principios. Por *efectividad*, entendemos que el derecho se realice, pero necesariamente con una verificación de sus valores y principios.

3 EDWARD T. SWAINE, *Reserving*, 307-366, 308 (2006).

4 EDWARD T. SWAINE, *Reserving*, 307-366, 309 (2006). Aunque de acuerdo con SWAINE, por lo menos hasta 2006, la CDI no había buscado modificar el régimen, sino simplemente aclararlo.

5 LINDA M. KELLER, *Impact of States Parties' Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 2014 *Michigan State Law Review*, 312 (2014).

6 Acogemos la tesis de LOUIS HENKIN según la cual *law is politics*: LORI DAMROSCH, LOUIS HENKIN, RICHARD CRAWFORD PUGH, OSCAR SCHACHTER & HANS SMIT, *International Law*, 1 (4 ed., West Group, Saint Paul, Minnesota, 2001).

7 Aceptamos una posición que tenga estos como valores jurídicos.

8 CATHERINE LOGAN PIPER, *Reservations to Multilateral Treaties: The Goal of Universality*, 71 *Iowa Law Review*, 295-322, 300 (1985).

9 *Id.*, 308.

10 *Id.*, 311.

11 *Id.*, 320.

12 LINDA M. KELLER, *Impact of States Parties'...*, 311 (2014).

13 *Id.*, 312.

14 *Id.*

15 *Id.*, 317.

16 *Id.*, 319.

- 17 MICHAEL L. BUENGER, *Human Rights Conventions and Reservations: An Examination of a Critical Deficit in the CEDAW*, 20 *Buffalo Human Rights Law Review*, 67-90, 67 (2013-2014).
- 18 *Id.*, 69.
- 19 El lector notará que aquí en últimas se da una tensión entre la prevalencia del individuo o del Estado, y en el ámbito internacional entre un *internacionalismo-multilateralismo* o un *nacionalismo-unilateralismo*.
- 20 MICHAEL L. BUENGER, *Human Rights Conventions and...*, 67-90, 80-81 (2013-2014).
- 21 RYAN GOODMAN, *Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent*, 96 *American Journal of International Law*, 3, 531-560, 531, 532 (2002).
- 22 *Id.*, 536.
- 23 *Id.*
- 24 *Id.*, 551.
- 25 European Court of Human Rights, ECtHR (Plenary), *Belilos vs. Switzerland*, Case 10328/83, Judgment, Merits and Just Satisfaction, 29 April, 1988.
- 26 RICHARD W. EDWARDS, *Reservations to Treaties: The Belilos Case and the Work of the International Law Commission*, 31 *Toledo Law Review*, 195-207, 195, 197 (2000).
- 27 ANTHONY AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 100 (1 ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2000).
- 28 International Court of Justice, ICJ, *Fisheries Jurisdiction, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland, Judgment*, Merits, 25 July, 1974. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/en/case/55/judgments>, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/55/5979.pdf>
- 29 International Court of Justice, ICJ, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, 20 December, 1988. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/en/case/74/judgments>
- 30 ERIC CHUNG, *Judicial Enforceability and Legal Effects of Treaty Reservations, Understandings and Declarations*, 126 *The Yale Law Journal*, 1, 170-241, 196 (2016).
- 31 RICHARD W. EDWARDS, *Reservations to Treaties...*, 195-207, 204, 205, 207 (2000).
- 32 *Id.*, 206.
- 33 United States, Supreme Court, *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), Decision 16 June, 2011.
- 34 ERIC CHUNG, *Judicial Enforceability and...*, 170-241, 175 (2016).
- 35 ERIC CHUNG trae ejemplos de tratados que prohíben la formulación de reservas, más notablemente y entre otros, el *Estatuto de Roma*. ERIC CHUNG, *Judicial Enforceability and...*, 170-241, 211 (2016).
- 36 KRISTINA ASH, *US Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Credibility Maximization and Global Influence*, 3 *Northwestern University, Journal of International Human Rights*, 1, 28 (2005).
- 37 HAROLD HONGJU KOH, *On American Exceptionalism*, 55 *Stanford Law Review*, 1479-1527 (2003).
- 38 CURTIS A. BRADLEY & JACK L. GOLDSMITH, *Treaties, Human Rights and Conditional Consent*, 149 *University of Pennsylvania Law Review*, 2, 399-468 408, 434, 445, 466, 468 (2000).
- 39 JOHN HENRY STONE, *The International Covenant on Civil and Political Rights ICCPR and the United States Reservations: The American Conception of International Human Rights*, 7 *UC Davis Journal of International Law and Policy*, 1-39, 11, 14, 36 (2001).
- 40 Reservations to Treaties Text and Title of the Draft Guidelines Constituting the Guide to Practice on Reservations to Treaties, as finalized by the Working Group on Reservations to Treaties from 26 to 29 April, and on 4, 5, 6, 10, 11, 12, 17 and 18 May 2011.

- 41 LORI DAMROSCH, LOUIS HENKIN, RICHARD CRAWFORD PUGH, OSCAR SCHACHTER & HANS SMIT, *International Law*, 1 (2001).
- 42 La dicotomía *razón-emoción*, con su carga semántica y de significado, que la psicología puede ayudar a dilucidar mejor que nosotros.
- 43 Sesgo cognitivo (*cognitive bias*) o sea un patrón de desviación sistemática (por ejemplo de la lógica) en materia de juicios racionales.
- 44 LAURENCE R. HELFER, *Response: Not Fully Committed? Reservations, Risk and Treaty Design*, 31 *Yale Journal of International Law*, 2, 367-382, 369 (2006).
- 45 *Id.*, 368.
- 46 *Id.*, 369-370.
- 47 *Id.*, 375.
- 48 MICHAEL L. BUENGER, *Human Rights Conventions and...*, 67-90, 75 (2013-2014).
- 49 *Id.*, p. 78.
- 50 *Id.*, p. 88.
- 51 VINCY FON & FRANCESCO PARISI, *The Economics of Treaty Ratification*, 5 *Journal of Law, Economics and Policy*, 209-222, 213 (2009).
- 52 JEAN GALBRAITH, *Treaty Options: Toward a Behavioral Understanding of Treaty Design*, 53 *Virginia Journal of International Law*, 2, 309-363, 310 (2013).
- 53 *Id.*, 311.
- 54 *Id.*, 312. RICHARD THALER & CASS SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (Yale University Press, New Haven & London, 2008).
- 55 JEAN GALBRAITH, *Treaty Options...*, 2, 309-363, 313 (2013).
- 56 *Id.*, 330.
- 57 *Id.*, 322.
- 58 *Id.*, 319.
- 59 *Id.*, 321.
- 60 *Id.*, 332.
- 61 *Id.*, 335.
- 62 *Id.*, 344-345.
- 63 *Id.*, 349, 350, 351.
- 64 RYAN GOODMAN & DEREK JINKS, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, 54 *Duke Law Journal*, 3, 621-703 (2004). JEAN GALBRAITH, *Treaty Options...*, 2, 309-363, 352 (2013).
- 65 TAE JUNG PARK, *Behavioral Economics in International Investment Law: Bounded Rationality and the Choice of Reservation List Modality*, 5 *Penn State Journal of Law & International Affairs*, 2, 398-424, 398 (2017).
- 66 Es decir, el mundo no como es, sino como debe ser (*ought*).

Para citar este artículo/To cite this article: Téllez-Núñez, Andrés, *Interpretación del régimen de reservas en tratados internacionales y sesgos cognitivos. Nuevos enfoques*, 137 *Vniversitas*, xxx-xxx (2018). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj137.irrt>