

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de los Tratados

¿Fragmentación o Unidad?*

The European Court of Human Rights and the Law of the Treaties. Fragmentation or Unity?

RECIBIDO EL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2015 / ACEPTADO EL 2 DE OCTUBRE DE 2015

Christina BINDER

Profesora de Derecho Internacional
Universidad de Viena
christina.binder@univie.ac.at

Resumen: Este artículo analiza cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asume y aplica las normas de derecho internacional «clásicas», en concreto, el derecho de los tratados. La recepción y aplicación por el TEDH del derecho internacional general tiene un especial interés dadas las características específicas del Convenio Europeo de Derechos Humanos que como todo convenio de derechos humanos confiere derechos a los individuos y esto difiere del derecho internacional clásico de las relaciones interestatales basado en la reciprocidad.

En concreto, se analiza si desde un enfoque general del derecho de los tratados, el TEDH ofrece una protección efectiva de acuerdo con el objeto y el fin del mismo. Este análisis se inscribe en el contexto doctrinal de la fragmentación y la unidad del derecho internacional. Arroja como resultado que la recepción por parte del TEDH del derecho de los tratados difiere del enfoque clásico del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados. Se justifica, no obstante, por la especificidad de los derechos humanos. En definitiva, esta aplicación fomenta más que debilita el sistema general del derecho internacional.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho de los tratados, fragmentación de Derecho internacional, reservas

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. FRAGMENTACIÓN O UNIDAD? LA RELACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA Y EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL. III. USO POR PARTE DEL TEDH DE LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS. A. Las Reglas «clásicas» de interpretación de los tratados: artículos 31 a 33 CVDT. B. Métodos del TEDH al interpretar el CEDH. C. Valoración crítica. IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN CUANTO A LAS RESERVAS. A. El enfoque «clásico» sobre las reservas: artículos 19 a 23 de la CVDT. B. Tratamiento del TEDH de las reservas al CEDH. C. Valoración crítica. V. OBSERVACIONES FINALES

Abstract: The contribution examines how the European Court of Human Rights (ECtHR) deals with general/ «classic» international law and, more particularly, the law of treaties. How is the law of treaties received and applied by the ECtHR? This seems of particular interest given the specific characteristics of the European Convention of Human Rights (ECHR), which, as a «typical human rights treaty», confers rights to individuals and thus differs from the «classic» international law of interstate relations based on reciprocity.

More particularly, the contribution assesses whether the object and purpose of human rights treaties/the ECHR –effective human rights protection– requires a specific approach to general international law/the law of treaties. It thus inscribes itself in the fragmentation debate and possible challenges to the unity of international law through regime specific approaches. It is shown respectively that the ECtHR's reception of the law of treaties differs from the classic international law approach of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Still, this seems justified by the specific features of human rights treaties. In sum, it is argued that the ECtHR's reception of general international law/the law of treaties furthers rather than weakens the overall system of international law.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, the Law of the treaties, fragmentation of international Law, reservations

* Este artículo se basa en la contribución «The European Court of Human Rights and the Law of Treaties – Fragmentation or Unity?», publicado en C. Binder y K. Lachmayer (eds.), *The European Court of Human Rights and Public International Law – Fragmentation or Unity?* (Nomos/Facultas, 2014) 41. La autora agradece la traducción del Dr. iur. Henry Jiménez Guanipa.

I. INTRODUCCIÓN

Los tratados de derechos humanos siempre han tenido un lugar destacado en el debate sobre la fragmentación del derecho internacional. Su estructura y sociología difieren del derecho internacional general, ya que se configuran verticalmente y protegen los derechos de los individuos. Los regímenes de derechos humanos son, por lo tanto, ejemplos «típicos» del auge de regímenes especiales que cuentan con sus propias características y necesidades, a veces radicalmente distintas del derecho internacional tradicional general/clásico¹. Esto también es válido para el sistema europeo de derechos humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), frecuentemente señalado como un tratado «normativo», trasciende la estructura de reciprocidad del derecho internacional tradicional².

Por otro lado, conforme al CEDH, se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del Convenio y sus Protocolos, es decir, supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones convencionales. Es por ello que resulta de especial interés determinar cómo el TEDH aplica la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (CVDT) de 1969, a menudo denominada la «madre» del derecho de los Tratados³, la cual funciona como una expresión y prototipo del derecho internacional «clásico»,

¹ Véase en general el Grupo de Estudio de la ONU sobre la fragmentación bajo la presidencia de Koskenniemi: «Los nuevos tipos de derecho especializado no surgen por casualidad, sino que tratan de responder a los nuevos requisitos técnicos y funcionales... ‘El Derecho de los Derechos Humanos’ protege los intereses de los individuos... Cada complejo de reglas o ‘régimen’ viene con sus propios principios, sus propios conocimientos y su propio ‘espíritu’...» (KOSKENNIEMI, M., *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006) 13) (Traducción propia).

² En el caso *Irlanda v. Reino Unido*, el TEDH afirmó, por ejemplo, en referencia a las características especiales del CEDH lo siguiente: «A diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, el Convenio comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados contratantes. Se crea, por encima, de una red de compromisos bilaterales, obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, se benefician de una garantía colectiva». (*Ireland v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, *Series A*, No 25, párr. 239). (Traducción propia). Véase también SIMMA, B., «From Bilateralism to Community Interest in International Law», 250 *Recueil de Cours*, 1994-VI, 217, 342-3.

³ La CVDT codifica el derecho internacional consuetudinario. Consagra «meta-normas» del derecho de los tratados sobre aspectos fundamentales como la entrada en vigor, aplicación y terminación de los tratados.

basado en la reciprocidad⁴. La recepción que hace el TEDH respecto al derecho de los tratados se refiere a la esencia misma del debate sobre la fragmentación y la unidad en el derecho internacional. Su evaluación es compleja, debido en gran medida a las mismas razones que dieron lugar a la creación de los tratados de derechos humanos como régimen especial: la necesidad de estructuras específicas para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos.

Una búsqueda de la unidad, justificada desde la perspectiva de la uniformidad y eficacia del derecho internacional general, puede contravenir la especificidad necesaria de los derechos humanos. Como ha señalado Forowicz con especial referencia al CEDH: «A pesar de que [la reducción de la fragmentación] puede mejorar la eficacia del orden jurídico internacional, la lucha contra la fragmentación puede no cumplir con los objetivos y propósitos del sistema previsto en el CEDH. Además, podrían ponerse en peligro las características especiales del CEDH»⁵.

Cualquier análisis sobre la recepción del derecho de los tratados por parte del TEDH necesariamente deberá tomar en consideración esta tensión existente entre unidad y fragmentación. También proporciona el criterio para evaluar el enfoque del TEDH sobre el derecho de los tratados, a saber: 1. Si se requiere un enfoque específico por parte del TEDH en vista de la protección efectiva de los derechos humanos; y 2. En qué medida este enfoque puede tener cabida en el marco más amplio del derecho internacional general. Se podría además preguntar, si el juez Guillaume estuvo en lo cierto al plantear su preocupación sobre la unidad del derecho internacional cuando enfatizó que «los tribunales especializados [están] inclinados a favorecer sus propias

⁴ Véase Simma y Hernández en relación con las reservas: «Ciertamente, la reciprocidad como subyacente a las normas sobre reservas en la CVDT no se adapta fácilmente a la estructura y la sociología de los tratados de derechos humanos, cuya característica esencial es que esos tratados no definen las relaciones entre los Estados, pero que se orientan hacia adentro, comprometiendo a los Estados a un determinado comportamiento *vis-à-vis* sus propios nacionales.» (SIMMA, B. y HERNÁNDEZ, G.I., «Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Rights Treaty: Where do We Stand?», en E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (OUP, 2011) 60, 66) (Traducción propia).

⁵ FOROWICZ, M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights* (OUP, 2010) 5. Véase, en cuanto a los beneficios de las características específicas de los regímenes especiales, en general también GAZZINI, T.; WERNER, W.G. y DEKKER, I.F., «Necessity Across International Law: Introduction», 41 *NYBIL*, 2010, 3, 5, quienes ven el «surgimiento de regímenes especializados» como un ejemplo de la capacidad del derecho internacional para adaptarse a los cada vez más complejos problemas transnacionales en diversas áreas funcionales.

disciplinas...de una manera tal, que es capaz de poner en peligro su unidad [del derecho internacional]»⁶.

Es por ello que este estudio examinará en primer lugar la cuestión de la fragmentación y la unidad desde una perspectiva teórica/abstracta y, más en particular, la relación entre el régimen europeo de derechos humanos y el derecho internacional general/clásico (Parte II). Las partes III y IV se ocuparán de la recepción del derecho de los tratados por parte del TEDH, con especial atención a dos cuestiones «típicas» del derecho de los tratados, tales como la interpretación de los tratados y las reservas. Tanto la interpretación de los tratados como las reservas, fueron elegidas por su relevancia clave en la aplicación del CEDH por parte del TEDH. En consecuencia, se presentará en primer lugar el enfoque de derecho internacional «tradicional / clásico» para cada tema, para luego analizar la jurisprudencia y la posición del TEDH sobre el asunto. Con una breve valoración crítica se concluye en la Parte V. En general, se argumenta que la jurisprudencia del TEDH se justifica por las características específicas de los tratados de derechos humanos y la eficacia del sistema y que, además, la jurisprudencia del Tribunal no contraviene la estructura relativamente abierta del derecho de los tratados, por lo tanto se adapta adecuadamente al derecho internacional general.

II. ¿FRAGMENTACIÓN O UNIDAD? LA RELACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA Y EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

La tensión entre fragmentación y unidad es evidente, tanto en el texto del CEDH, como en la jurisprudencia del TEDH. A veces, el CEDH se mantiene fuera del derecho internacional general como *lex specialis*, adaptando las normas generales a las necesidades específicas del régimen de derechos humanos. Por ejemplo, el CEDH limita en el artículo 57 la posibilidad de hacer reservas⁷, las cuales son admisibles solo cuando una ley nacional vigente esté en desacuerdo

⁶ GUILLAUME, G., «The Future of International Judicial Institutions», 44 *ICLQ*, 1995, 862. (Traducción propia.)

⁷ Art. 57 CEDH: «Reservas. 1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general. 2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate».

con una disposición del CEDH, manteniéndose, en la medida de lo posible, su integridad. Del mismo modo la terminación de un tratado se regula de manera diferente a la del derecho internacional general. El CEDH establece que para que un Estado pueda realizar la denuncia, el CEDH tiene que haber estado en vigor para el Estado Parte de que se trate la denuncia durante al menos cinco años para que la misma sea admisible. En este sentido, en el artículo 58 CEDH se asegura que el CEDH tenga un mínimo efecto reparador en el derecho interno de cada Estado parte. También el régimen de los casos de estado de excepción previsto en el Convenio Europeo en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de una nación difiere de las «opciones» de incumplimiento de la normativa de responsabilidad del Estado (es decir, el estado de necesidad, artículo 25 de los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos internacionales). El artículo 15 del CEDH⁸ condiciona a reglas estrictas la derogación en caso de estado de excepción por parte de un Estado respecto de sus obligaciones de derechos humanos y establece también un sistema de seguimiento internacional. Por lo tanto, refleja la importancia de los intereses en juego –los derechos humanos– y a la vez proporciona un control internacional en un ámbito donde los Estados no tienen necesariamente un interés recíproco en el cumplimiento de las obligaciones del tratado⁹. En todos estos casos, las características específicas del CEDH como un tratado de derechos humanos, ya se tienen en cuenta en el texto del Convenio Europeo.

Del mismo modo la jurisprudencia del TEDH refleja la tensión entre la fragmentación y la unidad. En ciertos casos, el TEDH opta por una postura autonomista y hace hincapié en las especificidades del CEDH como un tratado de derechos humanos. En el caso *Irlanda v. Reino Unido* (1978) y en *Soering v. Reino Unido* (1989), por ejemplo, el Tribunal afirma que las convenciones de

⁸ Art. 15 CEDH: «Derogación en caso de estado de excepción. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación».

⁹ Véase para mayor referencia, BINDER, C., «Non Performance of Treaty Obligations in Cases of Necessity», 13 *Austrian Review of International and European Law*, 2008, 3.

derechos humanos son «especiales» y «merecen un régimen especial»¹⁰. Por el contrario, otros casos revelan más bien una posición orientada a la armonización, particularmente cuando el TEDH subraya que el CEDH debe ser incorporado en el sistema internacional general. En esta línea, el TEDH en *Bankovic v. Bélgica y otros 16 Estados* (2001) señaló que «... los principios que inspiran el Convenio no pueden interpretarse en el vacío. El Tribunal también debe tener en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional»¹¹. Igualmente en el caso *Bósforo v. Irlanda* (2005), el TEDH observó que «el Convenio debe interpretarse a la luz de las normas y principios pertinentes, aplicables en las relaciones entre las Partes Contratantes»¹². En *Al-Adsani v. Reino Unido* (2001), el TEDH sostuvo que «el Convenio [Europeo de Derechos Humanos] debe interpretarse, en la medida de lo posible, en armonía con otros principios del derecho internacional, del cual forma parte»¹³. En general, la posición del TEDH oscila entre una posición autonomista y un enfoque orientado hacia la reconciliación/armonización. ¿Cuál es la postura del TEDH con respecto al derecho de los tratados? ¿Dónde ha elegido el TEDH posicionarse en la escala entre la autonomía y la armonización?¹⁴.

III. USO POR PARTE DEL TEDH DE LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

El TEDH en pocas ocasiones se basa en las normas generales de interpretación de los tratados dispuestas en los artículos 31 a 33 de la CVDT. En su lugar, el Tribunal ha desarrollado sus propias técnicas de interpretación y, sobre todo, la doctrina del «instrumento vivo».

¹⁰ *Ireland v. United Kingdom*, *supra*, n. 2, párr. 239; *Soering v. United Kingdom*, 7 de julio de 1989, Series A, No 161: «87. En la interpretación del Convenio debe tenerse en cuenta su carácter especial como un tratado para la garantía colectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales... Por lo tanto, el objeto y fin del Convenio como instrumento para la protección de la persona humana requiere que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas para hacer su salvaguarda práctica y efectiva...» (Traducción propia).

¹¹ *Bankovic and others v. Belgium and 16 other States*, 2 de diciembre de 2001, 44 EHRR (2007) párr. 57. (Traducción propia).

¹² *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, 30 de junio de 2005, 42 EHRR (2006) 1, párr. 150.

¹³ *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 de noviembre de 2001, 34 EHRR (2002) 11, párr. 55. Véase también *ibid*, párr. 60; Véase más detalles en *Loizidou v. Turkey*, 18 de diciembre de 1996, *Reportes 1996-VI*, párrs. 43 y 50.

¹⁴ Véase VANNESTE, F., *General International Law Before Human Rights Courts* (Intersentia, 2010) 15.

A. *Las Reglas «clásicas» de interpretación de los tratados:
artículos 31-33 CVDT*

Los artículos 31-33 de la CVDT son generalmente considerados como las «reglas de oro» de la interpretación de los tratados. Lo más relevante a los efectos de esta contribución son los párrafos 1 y 3 del artículo 31 de la CVDT¹⁵. El art. 31 (1) de la CVDT establece el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado como punto de partida de cualquier interpretación; lo que, sin embargo, no debe considerarse de forma aislada. Los términos del tratado deben determinarse en su contexto, en relación con el texto íntegro del tratado, incluyendo el preámbulo y sus anexos¹⁶. La referencia al objeto y fin de un tratado abre cierto espacio para una interpretación teleológica.

El artículo 31 (3) de la CVDT¹⁷ permite también incorporar los desarrollos legales posteriores obtenidos a través de la interpretación. Ello en primer lugar a través del artículo 31 (3.a y b) de la CVDT referidos a los acuerdos y prácticas ulteriores en la aplicación de un tratado. Igualmente hace referencia el artículo 31 (3.c) de la CVDT a «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» que permite tomar en cuenta el cambio legal a través de la interpretación, sobre todo porque la «norma pertinente» se entiende generalmente como la que se encuentra en vigor en el momento de la interpretación (y no de la adopción) del tratado¹⁸. Por el contrario, una interpretación histórica –que recurre a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración– es, de conformidad con el artículo 32 de la CVDT, sólo un medio complementario de interpretación de los tratados al que se recurre, si los métodos interpretativos del artículo 31 de la CVDT dejan un resultado que no es claro o no es razonable¹⁹.

¹⁵ Art. 31 CVDT: «Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin».

¹⁶ Véase también, art. 31(2) CVDT. Para mayor referencia véase VILLIGER, M.E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Nijhoff, 2009) 435 *et seq.*

¹⁷ Art. 31 CVDT: «... 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes».

¹⁸ Véase VILLIGER, *supra*, n. 16, 433.

¹⁹ Art. 32 CVDT: «Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las cir-

En general, los artículos 31-33 CVDT son lo suficientemente amplios como para permitir diferentes métodos de interpretación. Así, la CVDT ofrece un «concepto holístico» de interpretación de los tratados. Sin embargo, no todo está permitido. Los límites se establecen en el texto y en especial en el objeto y fin del tratado. El texto del tratado es el punto de partida y –por lo general– el punto final de cualquier interpretación: «*en claris cessat interpretatio*» («la interpretación se detiene frente a la claridad»)²⁰. Interpretar es la tarea de un tribunal internacional, no la de reemplazar la disposición de un tratado. En palabras del tribunal arbitral del caso «*Laguna del Desierto*», la interpretación debe entenderse como «una función judicial, cuyo propósito es determinar el significado exacto de una disposición, pero que no puede cambiarlo»²¹. Dicho esto, un cierto espacio limitado para una modificación se abre a través de la referencia a los acuerdos y la práctica posterior que señala el artículo 31 (3.a y b) de la CVDT. En particular debe tenerse en cuenta toda práctica ulteriormente seguida, tal como lo indica el artículo 31 (3.b) de la CVDT, la cual es de naturaleza dinámica y desdibuja las líneas entre la interpretación y la modificación habitual de un tratado²².

B. *Métodos del TEDH al interpretar el CEDH*

Un análisis de la jurisprudencia del TEDH nos arroja comparativamente pocas referencias explícitas a los artículos 31 a 33 de la CVDT, con lo cual la CVDT ha jugado un papel menor en la interpretación del CEDH²³. Cuando

cunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable». Art. 33 CVDT importa menos en este contexto, ya que se refiere a la interpretación de los tratados que están autenticados en más de una versión de idioma.

²⁰ VANNESTE, *supra*, n. 14, 576.

²¹ Tribunal Internacional de Arbitraje, *Dispute concerning the Course of the Frontier between BP 62 and Mount Fitzroy*. «*Laguna del Desierto*» (Argentina v. Chile), 21 de octubre de 1994, 113 *ILR* 1, 45 (párr. 75). (Traducción propia).

²² Como observó con razón Villiger: «La interpretación auténtica en inc. 3 (b) es de naturaleza dinámica que puede alterar el sentido corriente original de un término por medios contractuales y consuetudinarios... El CDI previó que no había delimitación preconcebida entre la antigua y la nueva norma; ... las partes podrán en su práctica pasearse gradualmente de la interpretación (como en el inc. 3 [b]) a la modificación consuetudinaria del tratado...» (VILLIGER, *supra*, n. 16, 432). (Traducción propia).

²³ En este sentido LETSAS, G., «Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer», 21 *European Journal of International Law*, 2010, 509, 513. Uno puede, por supuesto, argumentar, como FOROWICZ, *supra*, n. 5, 31, que el TEDH ha interiorizado las reglas de interpretación de la CVDT, aplicándolas sin referencia explícita.

se constata una referencia, el TEDH ha recurrido a todos los medios de interpretación señalados en los artículos 31 y 32 de la CVDT.

Golder v. Reino Unido es de los primeros e importantes casos para la referencia del TEDH a las reglas de la CVDT sobre la interpretación de los tratados²⁴. Se trata del derecho a un proceso equitativo en virtud del artículo 6 del CEDH y sí la ausencia de una disposición explícita del referido artículo 6 incluiría también el derecho de acceso al tribunal. En su sentencia, el TEDH se refirió a los artículos 31 y 32 de la CVDT, afirmando que, a pesar de que la CVDT no estaba en vigor en el momento de la sentencia, los artículos 31 y 32 CVDT expresaban principios generales del derecho internacional que tuvo que tener en cuenta. El Tribunal se refirió al «objeto y fin del Convenio», consagrado en el Preámbulo, a saber, el patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, el respeto a la libertad y el Estado de derecho²⁵. Sobre esta base, se concluyó que el derecho de acceso a los tribunales era inherente al artículo 6 (1) CEDH. El Tribunal afirmó que esto no era una «interpretación extensiva forzando nuevas obligaciones para los Estados Partes, sino que se sustentaba en los propios términos de la primera frase del artículo 6, apartado 1, leído en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio»²⁶. El Tribunal añadió que no había ninguna necesidad de recurrir a medios de interpretación complementarios, de acuerdo a lo previsto en el artículo 32 de la CVDT²⁷.

En cuanto a las reglas de interpretación más específicas, el TEDH en general rechaza la idea de una interpretación textual, no obstante observa la esencia de los derechos en cuestión²⁸. Por lo tanto, la referencia a la «regla de

²⁴ *Golder v. United Kingdom*, 21 de febrero de 1975, Series A, No 18 EHRR (1979-80) 524.

²⁵ El TEDH sostuvo que: «En la forma en que se presenta la ‘norma general’ en el artículo 31 de la Convención de Viena, el proceso de interpretación de un tratado es una unidad, una sola operación combinada; esta norma, estrechamente integrada, se sitúa en el mismo plano de igualdad con los distintos elementos enumerados en los cuatro párrafos de este artículo». El TEDH se refirió al «objeto y fin» del Convenio, contenido en el preámbulo del CEDH, según lo previsto en el artículo 31 (2) de la CVDT. Se citó el pasaje en el preámbulo del CEDH que hace referencia al patrimonio común de tradiciones políticas, ideales, la libertad y el estado de derecho de los países europeos y señaló que «en materia civil apenas se puede concebir el estado de derecho sin que haya una posibilidad de tener acceso a los tribunales» (*ibid.*, párr. 34). (Traducción propia.)

²⁶ *Ibid.*, para. 36. (Traducción propia).

²⁷ Generalmente en lo que se refiere al razonamiento del TEDH, véase LETSAS, *supra*, n. 23, 517 y 537.

²⁸ En términos de Letsas: «El lema del TEDH hizo que el Convenio debe interpretarse de un modo que los derechos sean prácticos y eficaces, ‘no teóricos e ilusorios’». (*Airey contra Irlanda*, 1979-1980, 305)... El tribunal rechazó... que la interpretación jurídica sea una investigación

sentido corriente» del artículo 31 (1) de la CVDT parece que se ha establecido fundamentalmente para los casos cuyas circunstancias impidan una interpretación extensiva, es decir, cuando el Estado Parte disponga de un amplio margen de apreciación o cuando los términos interpretados constituyen una excepción a la regla general²⁹. Las áreas temáticas incluyen interferencias con los derechos de propiedad y el significado de «principios generales del derecho internacional» en el artículo 1 del Protocolo n° 1 del CEDH³⁰, la definición del alcance del derecho a contraer matrimonio contenidos en el artículo 12 del CEDH³¹ y el significado del término «alcohólicos» en el artículo 5 (1.e) del CEDH³².

Por el contrario, el TEDH se apoya con relativa frecuencia en el artículo 31 (3.c) de la CVDT, con lo cual asegura que el CEDH no se interprete en el vacío, sino de conformidad con otros ámbitos del derecho internacional y teniendo debidamente en cuenta el contexto jurídico actual. El Tribunal lo ha hecho en temas centrales como la trata de seres humanos, la inmunidad del Estado, las reservas, el acceso a los tribunales, las medidas provisionales y la detención de solicitantes de asilo³³. Con ello, la referencia al artículo 31 (3.c) CVDT apoyó ambas –interpretaciones expansivas y restrictivas– de las disposiciones del CEDH. Un ejemplo de lo primero es *Rantsev v. Chipre y Rusia* (2010), donde el TEDH se basó en otros instrumentos internacionales de derechos humanos como guía interpretativa para desarrollar de forma dinámica el contenido de los derechos. El TEDH estableció, en consecuencia, que la trata de seres humanos estaba dentro del alcance del artículo 4 del CEDH que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso y obligatorio³⁴. Asimismo, en *Mamatkulov y Askarov v. Turquía* (2005), el TEDH se basó en el

sobre el significado lingüístico de las palabras. Las definiciones del diccionario nunca tuvieron un día de campo en Estrasburgo... Bajo la ética interpretativa del tribunal, el artículo 31 (1) se convirtió casi en desuso» (*ibid.*, 520). (Traducción propia).

²⁹ En este sentido FOROWICZ, *supra*, n. 5, 26 y 28.

³⁰ Véase, por ejemplo, *James and others v. United Kingdom*, 21 de febrero de 1986, Series A, No 98; *Lithgow and others v. Kingdom*, 8 de julio de 1986, Series A, No 102; y más explícitamente, *Bosphorus*, *supra*, n. 12, párr. 100.

³¹ Véase, por ejemplo, *Johnston and others v. Ireland*, 18 de diciembre de 1986, Series A, No 112, párr. 61.

³² *Witold Lituania v. Polonia*, 4 de abril de 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-III, párr. 59. Véase también FOROWICZ, *supra*, n. 5, 26.

³³ *Ibid.*, 58.

³⁴ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 de enero de 2010, Reports of Judgments and Decisions 2010, párr. 274.

artículo 31 (3.c) de la CVDT para avalar una lectura amplia de las disposiciones del CEDH. El Tribunal recurrió a principios jurídicos, así como a otros órganos de los tratados y tribunales internacionales, para sostener que las medidas provisionales eran vinculantes³⁵. Por otra parte, la mención del artículo 31 (3.c) de la CVDT también dio lugar a una lectura aguda del CEDH. En *McElhinney v. Reino Unido*, *Fogarty v. Reino Unido*, y *Al-Adsani v. Reino Unido*, el TEDH interpretó restrictivamente el derecho de acceso a los tribunales (art. 6 del CEDH) y aceptó la defensa de la inmunidad del Estado por parte del Reino Unido en un caso de demandas civiles contra un Estado extranjero por presuntas violaciones a la prohibición de la tortura³⁶. Sobre esa base no encontró ninguna violación.³⁷

En la mayoría de los casos, sin embargo, el TEDH no «necesitó» la CVDT para interpretar el CEDH. Más bien, el Tribunal desarrolló sus propios conceptos autónomos, siendo el más importante la doctrina del «instrumento vivo». Al hacerlo, el TEDH consideró sistemáticamente el Convenio como un «instrumento vivo», que tuvo que adaptarse a las cambiantes realidades sociales por medio de una interpretación evolutiva y dinámica. Para argumentar la evolución de las normas de derechos humanos, el TEDH generalmente realiza un análisis comparativo de la legislación interna de los Estados Partes para ver si ha surgido una norma superior³⁸. Ya en el caso *Tyrer*, en

³⁵ *Mamatkulov y Askarov v. Turquía*, 4 de febrero de 2005, Informes 2000-I, párrs. 111-113: «111. El Tribunal recuerda a este respecto que el Convenio debe interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, el artículo 31 § 3 (c) de la cual establece, que debe tenerse en cuenta toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». (Traducción propia).

³⁶ *McElhinney v. United Kingdom*, 21 de noviembre de 2001, Reports 2001-XI, párr. 37; *Fogarty v. United Kingdom*, 21 de noviembre de 2001, Reports 2001-XI, párr. 36; *Al-Adsani, supra*, n. 14, párr. 56. En cuanto a la interpretación sobre la base del artículo 31 (3.c) de la CVDT, ver, además, *Saadi v. United Kingdom*, 29 de enero de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, párrs. 26-40; *Demir and Baykara v. Turkey*, 12 de noviembre de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, párr. 67. (Véase en general FOROWICZ, *supra*, n. 5, 49).

³⁷ Por el contrario, en *Al-Dulimi v. Switzerland* (Appl. No 5809/08, 26 de noviembre de 2013), el TEDH se basó en el artículo 31 (3.c) de la CVDT en lo relativo a la cuestión de si la aplicación de sanciones específicas sobre la base de una Resolución del Consejo Seguridad violó el artículo 6 del CEDH y estableció una violación a pesar de las obligaciones internacionales de Suiza. (Véase A. Peters, «Targeted Sanctions after Affaire Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse: Is there a Way Out of the Catch-22 for UN Members?», 4 de diciembre de 2013 *EJIL Talk!*, <<http://www.ejiltalk.org/author/anne-peters/>>).

³⁸ Para más detalles véase BINDER, C., «Anything New Since the End of the Cold War? or International Law Goes Domestic. International Electoral Standards and their Legitimacy», 27 *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, 437.

que el TEDH tuvo que decidir si el castigo corporal de los menores de edad debía ser calificado como «trato degradante» en el sentido del artículo 3 del CEDH, el TEDH declaró: «... el Convenio es un instrumento vivo que... debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales. En el presente caso, el Tribunal no puede sino estar influido por los acontecimientos y las normas de la política general de los Estados miembros del Consejo de Europa en el campo comúnmente aceptado»³⁹. El TEDH concluyó estableciendo una violación del artículo 3 del CEDH.

Ciertos derechos afectados por la realidad de los cambios que experimentan las sociedades en la actualidad son particularmente sensibles a una interpretación evolutiva y dinámica. Tal es el caso por ejemplo del derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH⁴⁰ o temas referidos a la igualdad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, a las madres solteras (*Marckx v. Bélgica*) o a los derechos de homosexuales y transexuales⁴¹. En el caso *Dudgeon*, por ejemplo, el TEDH sostuvo que la penalización de la homosexualidad en Irlanda del Norte violó el derecho al respeto de la vida familiar con fundamento en una interpretación evolutiva y dinámica del artículo 8 del CEDH⁴².

La señal más clara respecto de la interpretación dinámica del TEDH es tal vez la cuestión sobre la pena de muerte y su compatibilidad con la prohibición de la tortura prevista en el artículo 3 del CEDH. Ya en su sentencia *Soering* de 1989 –al tiempo que subraya que el artículo 3 debía interpretarse en armonía con el artículo 2 del CEDH (derecho a la vida) y no podía, por consiguiente, tomarse para incluir una prohibición general de la pena de muerte– el TEDH sostuvo que: «La práctica posterior en la política penal nacional, en cuanto a la generalizada abolición de la pena capital, podría ser tomado en

³⁹ *Tyrer v. United Kingdom*, 25 de abril de 1978, *Series A*, No. 26, párr. 31. (Traducción propia).

⁴⁰ Véase en este sentido, WILDHABER, L., «The European Court of Human Rights in Action», 21 *Risumeikan Law Review*, 2004, 83, 84.

⁴¹ Véase por ejemplo, *Marckx v. Belgium*, 13 de junio de 1979, 2 EHRR (1979-1980) 330; *Dudgeon v. United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, 4 EHRR (1982) 149, párr. 60.

⁴² El TEDH en *Dudgeon*, sostuvo: «En comparación con la época en que se promulgó dicha legislación, ahora hay una mejor comprensión y en consecuencia, una mayor tolerancia de la conducta homosexual en la medida en que en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, ya no se considera necesario o apropiado para el tratamiento de este tipo de prácticas homosexuales del que aquí se trata, como una cuestión a la que en si misma se le deba aplicar una sanción penal» (*ibid.*, párr. 60). (Traducción propia).

consideración como lo establece el acuerdo de los Estados Contratantes para derogar la excepción [de pena de muerte] prevista en el artículo 2, párrafo 1 y por lo tanto eliminar el límite textual sobre el alcance de la interpretación evolutiva del artículo 3»⁴³. Esta evolución fue confirmada en *Al-Saadoon y Mufidbi v. Reino Unido* en 2010, caso en el que la Gran Sala sostuvo:

«... Todos menos dos de los Estados miembros han firmado el Protocolo n° 13 y todos menos tres de los Estados que han firmado lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica del Estado relativa a la observación de la moratoria sobre la pena capital, son un fuerte indicador de que el artículo 2 se ha modificado con el fin de prohibir la pena de muerte en todas las circunstancias. En este contexto, el Tribunal no considera que la redacción de la segunda frase del artículo 2 § 1 sigue actuando como un barrera a la interpretación de las palabras «penas o tratos inhumanos o degradantes» del artículo 3, que incluye la pena de muerte (*cf. Soering*, antes citada, §§ 102-104)»⁴⁴.

De este modo la Gran Sala, en desarrollos posteriores a través de la interpretación, eliminó la limitación implícita del artículo 3 del CEDH a tenor del artículo 2 del CEDH y estableció una violación del artículo 3 del CEDH⁴⁵.

C. Valoración crítica

El TEDH rara vez obtiene provecho de las reglas de interpretación «clásicas» de la CVDT e incluso hace poca referencia explícita a la Convención misma. El Tribunal ha desarrollado sus propias técnicas de interpretación, siendo la más importante la interpretación evolutiva y dinámica que considera el CEDH como un «instrumento vivo». De este modo el TEDH adapta el Convenio a las realidades sociales cambiantes y mantiene sus «normas de derechos humanos actualizadas».

⁴³ *Soering v. United Kingdom*, *supra*, n. 11, párr. 103. (Traducción propia). Véase también DÖRR, O., «Article 31. General rule of interpretation», en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary* (Springer, 2012) 521, 556.

⁴⁴ *Al-Saadoon and Mufidbi v. United Kingdom*, 2 de marzo de 2010, Reports of Judgments and Decisions 2010, párr. 120. (Traducción propia). Véase también las sentencias de la Sala y de la Gran Sala en *Öcalan v. Turquía*. (*Öcalan v. Turkey*, 12 de marzo de 2003, párrs. 194-195; *Öcalan v. Turkey*, 12 de mayo de 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-IV, párrs. 162-165).

⁴⁵ El TEDH no encontró una violación del artículo 2 del CEDH.

Una justificación teórica para tal interpretación puede ser encontrada en las características específicas de los tratados de derechos humanos, que en palabras de *Rosalyn Higgins*, contienen «términos genéricos», que deben ser interpretados de una manera dinámica y evolutiva⁴⁶. Lo que es más, el CEDH protege los derechos fundamentales de las personas en lugar de los intereses de los Estados contratantes. Las obligaciones reguladas en el Convenio son elementos constitutivos del orden público europeo, en el que el TEDH ha sido instituido como su guardián más confiable⁴⁷. Esto permite cierto grado de distanciamiento del texto del Convenio (y así del consentimiento original del Estado al momento de ratificación. Prácticamente, la interpretación dinámica del TEDH se ve facilitada por el hecho de que es una institución permanente de vigilancia de los tratados y porque las personas individualmente pueden presentar demandas ante él. Por lo tanto, el TEDH no tiene que temer que no le sean confiados casos en el futuro. Esto le hace menos dependiente de la voluntad de los Estados. De este modo, el Tribunal puede adoptar una posición más autónoma y moverse con mayor facilidad hacia una interpretación dinámica. A veces, esto desvanece los límites entre la interpretación de los tratados y el desarrollo jurídico posterior⁴⁸.

¿Se podría afirmar que esto es un signo de fragmentación? No necesariamente, ya que el derecho internacional general y las reglas de interpretación de la CVDT, en principio, son lo suficientemente abiertas como para dar cabida a una interpretación evolutiva y dinámica por parte del TEDH. También sin hacer referencia explícita a la CVDT, la jurisprudencia del TEDH y la interpretación dinámica del TEDH encuentran un fundamento inicial en la CVDT, muy particular en su artículo 31 (3). En concreto, la comparación que realiza el TEDH de la legislación de los Estados miembros

⁴⁶ HIGGINS, R., «Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem», 46 *ICLQ*, 1997, 501, 519.

⁴⁷ Véase en general DUPUY, P.M., «Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy», en E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (OUP, 2011) 123, 125.

⁴⁸ La Jueza Higgins define la interpretación evolutiva / dinámica del TEDH como una forma de revisión del Convenio, a pesar de que no se llama así: «Esta importancia dada al cambio de actitud de los Estados Partes en el Convenio también puede ser visto como una aproximación a la doctrina de la revisión por referencia a la práctica ulterior, aunque nunca se articula de esta manera». (HIGGINS, R., «Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law», en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, 1996, 173, 175.) (Traducción propia).

para determinar si ha emergido un mayor nivel de protección, parece, en principio, un método sólido para justificar la interpretación evolutiva y dinámica de las disposiciones del Convenio⁴⁹, ya que la legislación interna puede generalmente considerarse como práctica estatal en el sentido del artículo 31 (3.b) de la CVDT⁵⁰.

Sin embargo, se podría criticar las inconsistencias, las fallas en la metodología del TEDH. Por ejemplo, el artículo 31 (3.b) de la CVDT requiere una práctica posterior que establezca el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado y por lo tanto requiere que sea al menos consentida tácitamente por las otras partes⁵¹. A pesar de ello, a veces, el TEDH ha fundamentado su interpretación dinámica del CEDH en una comparación que no incluye al conjunto de las legislaciones de los Estados Partes. En *Marckx v. Bélgica*, por ejemplo, el TEDH no pudo demostrar que la mayoría de los Estados se adhirieron a la opinión de que debía eliminarse la discriminación contra los hijos ilegítimos. Por lo tanto, el TEDH simplemente se basó en una práctica emergente, en combinación con las declaraciones oficiales belgas⁵². Del mismo modo, en su interpretación dinámica del derecho a elecciones libres (art. 3 del Protocolo n° 1 del CEDH) en *Hirst v. Reino Unido* (2005)⁵³ y *Frodl v. Austria*⁵⁴ (2010), el TEDH determinó que la privación *ex lege* del derecho al voto de los presos de ambos países configuró una violación del artículo 3,

⁴⁹ Vanneste sostiene que el TEDH adopta un enfoque regional y consensuado. (VANNESTE, *supra*, n. 14, 263 *et seq.*).

⁵⁰ DÖRR, *supra*, n. 44, 556; SOREL, J.M. y BORÉ EVENO, V., «Article 31. Convention of 1969», en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I (OUP 2011) 804, 827-828. Es cierto que, en general, la adopción de una legislación nacional no implica automáticamente que un Estado quiere comprometerse legalmente también a nivel internacional, condición del artículo 31 (3.b) de la CVDT. Sin embargo, ese compromiso con seguridad se puede presumir en el campo de los derechos humanos, en razón de que los Estados han dado el consentimiento a través de la ratificación de los tratados de derechos humanos (el CEDH) como «tratados genéricos» y dada la naturaleza dinámica de los derechos humanos.

⁵¹ Véase VILLIGER, *supra*, n. 16, 431-432.

⁵² *Marckx*, *supra*, n. 41, párrs. 20f. y ss. El juez Fitzmaurice, talvez el vocero más crítico de la jurisprudencia dinámica del TEDH, criticó la sentencia *Marckx* como «abuso de las facultades otorgadas al TEDH». (Dictamen disidente juez Fitzmaurice, párrs. 15 y 31). Ver también VANNESTE, *supra*, n. 14, 266. (Traducción propia).

⁵³ *Hirst v. United Kingdom*, 6 de octubre de 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-IX, párrs. 56-85. Véase también la sentencia piloto del TEDH *Greens and M.T.*, donde el TEDH reiteró sus conclusiones en *Hirst (Greens and M.T. v. United Kingdom)*, 23 de noviembre de 2010, Reports of Judgments and Decisions 2010, párrs. 77 y ss.).

⁵⁴ *Frodl v. Austria* (Appl. No. 20201/04), 8 de abril de 2010, párrs. 22-36.

a pesar de que sólo 18 de los 45 Estados Partes no tenían una restricción al derecho al voto de los presos⁵⁵. El valor de solidez del método empleado por el TEDH para justificar su interpretación evolutiva y dinámica se vio disminuida por la metodología errónea utilizada⁵⁶.

También con respecto a la referencia del TEDH al artículo 31 (3.c) de la CVDT pueden observarse ciertas deficiencias en la metodología por parte del TEDH. El artículo 31 (3.c) de la CVDT se refiere a «las normas del derecho internacional», que son «aplicables en las relaciones entre las partes», lo que significa que la interpretación de un determinado tratado podrá disponer únicamente de normas que sean vinculantes para todas las partes⁵⁷. Pero, y especialmente en *Mamatkulov y Askarov*, el TEDH aludió a normas de naturaleza variable (por ejemplo, a peticiones individuales ante órganos de las Naciones Unidas, etc.), absteniéndose por lo tanto de una aplicación estricta del artículo 31 (3.c) de la CVDT⁵⁸. En consecuencia, el signo más «dramático» de la fragmentación parece ser la metodología del TEDH y su razonamiento deficiente en lugar de su interpretación evolutiva y dinámica como tal.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN CUANTO A LAS RESERVAS

La jurisprudencia del TEDH sobre las reservas se aparta del régimen de reservas del derecho internacional general (CVDT). No obstante, como se explicará seguidamente, la jurisprudencia del TEDH sobre las reservas puede reconciliarse o ser compatible con la CVDT. Incluso regula cuestiones que se

⁵⁵ Véase en general *Hirst*, *supra*, n. 53, párrs. 33 y ss. Véase además la crítica en el Voto Disidente Conjunto de los Jueces Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler y Jebens a *Hirst*, párr. 6.

⁵⁶ Véase *ibid.*, párr. 6.

⁵⁷ VILLIGER, *supra*, n. 16, 433.

⁵⁸ *Mamatkulov y Askarov v. Turkey*, 4 de febrero de 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-I, párrs. 111-113. Véase también la crítica general planteada por los Jueces disidentes en *Mamatkulov*, que confirmó que el TEDH impone obligaciones a los Estados Partes sin su consentimiento. (Dictamen Disidente Conjunto del Caflisch, Türmen, Kovler a *Mamatkulov y Askarov v. Turquía*, párr. 11). En particular, los jueces disidentes afirmaron que «hay una gran diferencia entre la mera interpretación de un tratado y su enmienda, entre el ejercicio de las funciones judiciales y la elaboración de normas internacionales» y que ambos, la Gran Sala y la Sala, ejercieron «una función legislativa, que el Convenio tal como está, en ninguna parte establece que los Estados Partes deben reconocer la fuerza vinculante de las medidas provisionales indicadas por este Tribunal» (*ibid.*) (Traducción propia).

dejaron abiertas en la CVDT, como por ejemplo los efectos jurídicos de las reservas inválidas e inadmisibles, con lo cual contribuye a la concreción del sistema⁵⁹.

A. *El enfoque «clásico» sobre las reservas: artículos 19 a 23 de la CVDT*⁶⁰

Una reserva es una declaración unilateral hecha por un Estado con el propósito de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación por sí mismo⁶¹. El derecho internacional general, es decir, el régimen de la CVDT, permite en principio las reservas, sin embargo hace expresa mención en el sentido de que las mismas no deben estar prohibidas por el tratado (art. 19.a CVDT) o ser incompatibles con el objeto y el fin del tratado (art. 19.c CVDT). Si el tratado dispone que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, debe figurar entre ellas la reserva de que se trate (art. 19.b CVDT). La decisión en cuanto a la admisibilidad o no de una reserva, está conferida, en principio, a los otros Estados Partes del tratado que pueden oponerse a ella, de conformidad con el artículo 20 de la CVDT («oponibilidad»)⁶². Sin embargo, las normas de la CVDT sobre las reservas son incompletas. Por ejemplo, los efectos jurídicos de las reservas incompatibles con el objeto y fin de un tratado no están especificados⁶³. La CVDT no

⁵⁹ En cuanto a la terminología, es importante aclarar que, «reserva inadmisibile» se refiere a las reservas que están prohibidas por el tratado o son incompatibles con su objeto y fin, mientras que «reserva inválida» es un término más general que se utiliza con mayor amplitud.

⁶⁰ Véase en general SEIBERT-FOHR, A., «The Potentials of the Vienna Convention on the Law of Treaties with respect to Reservations to Human Rights Treaties», en I. Ziemele (ed.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime* (Brill/Nijhoff, 2004) 183.

⁶¹ Véase la definición de Reservas en art. 2(d) CVDT.

⁶² Art. 20 CVDT: «Aceptación y objeción a las reservas... 4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa: a) la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado sí el tratado ya esta en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados: b) la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria; c) un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante...» Véase también arts. 22, 23 CVDT. Esta competencia de las partes en el tratado de oponerse a las reservas, puede considerarse como una expresión del Derecho internacional tradicional de las relaciones interestatales.

⁶³ Véase también en cuanto a las consecuencias jurídicas de las reservas no permisibles la *ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties and Commentaries thereto* (Report of the ILC on the

define si un Estado que ha interpuesto una reserva inválida se mantiene totalmente vinculado al tratado («doctrina de la separabilidad/divisibilidad»), o si por el contrario, no forma parte de éste⁶⁴.

Como se mencionó, el CEDH establece su propio régimen para hacer reservas en el artículo 57 del CEDH, el cual limita las posibilidades de los Estados Partes en ese sentido⁶⁵. El régimen del CEDH es, por lo tanto, menos tolerante que el derecho internacional general y más eficaz en términos de protección de los derechos humanos. Aún así, los efectos jurídicos de las reservas inadmisibles no están regulados en el CEDH, el cual tampoco establece expresamente la competencia del TEDH para decidir sobre su validez.

B. *Tratamiento del TEDH de las reservas al CEDH*

Sólo un número limitado de juicios se refieren a las reservas, concretamente en los casos *Belilos v. Suiza* (1988)⁶⁶, *Weber v. Suiza* (1990)⁶⁷ y en *Loizidou v. Turquía* (1995)⁶⁸. En estos asuntos, el TEDH ha adoptado un enfoque coherente sobre cuestiones decisivas 1. sobre su competencia para decidir la validez de una reserva; y 2. sobre los efectos jurídicos de las reservas no permisibles, o no válidas.

1. El TEDH se consideraba generalmente competente para examinar la validez de las reservas en los casos presentados ante él, compartiendo por lo tanto la posición de la Comisión Europea, que afirmó su respectiva competencia ya en el caso *Temeltasch*⁶⁹. Prescindiendo de si las reservas pueden

Work of its 63rd Session, General Assembly, Official Records, 66th Session, Supplement n° 10, Addendum 1, UN.Doc A/66/10/Add.1 (2011) 403; *ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties*). Asimismo, la CVDT no se pronuncia sobre si las normas de la CVDT sobre la aceptación y las objeciones a las reservas (art. 20 (4) CVDT) son aplicables a las reservas que están prohibidas por ser incompatibles con el objeto y fin del tratado. (Consulte para mayor referencia SIMMA y HERNÁNDEZ, *supra*, n. 4, 64).

⁶⁴ Art. 21 CVDT se ocupa de los efectos jurídicos de las reservas «admisibles», que dependen de las reacciones de las otras partes del tratado (de aceptación, de objeción).

⁶⁵ Véase *supra* Parte II para más detalles. Véase también el artículo 19.b CVDT respectivamente.

⁶⁶ *Belilos v. Switzerland*, 29 de abril de 1988, Series A, No. 132, párr. 60.

⁶⁷ *Weber v. Switzerland*, 22 de mayo de 1990, Series A, No. 177, párrs. 36-38.

⁶⁸ *Loizidou v. Turkey*, 23 de marzo de 1995, Series A, No. 310, párrs. 89-98. Véase más en *Fischer v. Austria*, 26 abril de 1995, Series A, No. 312, párrs. 41-42; *Pauger v. Austria*, 28 de mayo de 1997, Reports 1997-III, párr. 53;

⁶⁹ European Commission, *Temeltasch v. Switzerland* (Appl. No. 9116/80), Reporte del 5 de mayo de 1982, 120.

ser objeto de aceptación expresa o recusación por los Estados contratantes, la Comisión dedujo esta competencia del mecanismo de control establecido por el CEDH:

«... Aun suponiendo que algunos efectos jurídicos debían ser atribuidos a una aceptación o a una objeción hecha respecto de una reserva al Convenio, esto no podía descartar la competencia de la Comisión de expresar una opinión sobre el cumplimiento de una reserva determinada o una declaración interpretativa con el Convenio. Al respecto, la naturaleza específica del Convenio debe recordar particularmente el hecho que... establece los órganos encargados de supervisar la aplicación de sus disposiciones por las Partes Contratantes... Sobre esto último, en la elaboración del Convenio, no se tuvo la intención... de conceder a cada uno derechos y obligaciones recíprocos en cumplimiento de los intereses nacionales individuales sino... de establecer un orden público común en las democracias libres de Europa, con el objeto de salvaguardar su patrimonio común, tradiciones políticas, ideales de libertad y el Estado de Derecho... Las obligaciones asumidas por los Estados son de carácter esencialmente objetivo, que es particularmente claro en el mecanismo de control establecido por el Convenio. Este último «se funda en el concepto de una garantía colectiva de las Altas Partes Contratantes, de los derechos y libertades enunciados en el Convenio». En vista de las consideraciones anteriores, la Comisión considera que el sistema del Convenio le confiere la competencia para determinar, si en un caso concreto, una reserva o una declaración interpretativa se ha hecho o no de acuerdo con el Convenio»⁷⁰.

El enfoque de la Comisión Europea fue confirmado de manera explícita por el TEDH en el caso *Belilos v. Suiza* (1988). En *Belilos*, el TEDH se consideró competente para determinar la invalidez de una reserva en virtud del artículo 64 [actual artículo 57] del CEDH, a pesar de la ausencia de objeciones estatales. El TEDH declaró que «[e]l silencio del depositario y de los Estados Contratantes no exime a la Institución de la facultad de hacer su propia evaluación»⁷¹. El Tribunal del mismo modo rechazó, por una parte, el argumento presentado por el gobierno suizo, que su declaración impugnada había sido aceptada tácitamente, ya que ni el Secretario General del Consejo

⁷⁰ *Ibid.*, 144-145. (Traducción propia.)

⁷¹ *Belilos, supra*, n. 66, párr. 47. (Traducción propia.)

de Europa ni las demás partes habían formulado objeciones al CEDH dentro de los doce meses⁷²; y por la otra, afirmó su competencia para determinar la validez de la reserva⁷³. También en *Loizidou v. Turquía*, el TEDH consideró inválida la «declaración» de Turquía, que limitó el derecho de la Comisión Europea y del TEDH de recibir peticiones a actos u omisiones realizados en el territorio de Turquía. El Tribunal explicó que:

«El Estado no puede hacer una reserva en relación con un artículo del Convenio que no trata directamente con los derechos y las libertades fundamentales, sino con cuestiones de procedimiento y de forma. Si las restricciones sustantivas o territoriales eran admisibles en virtud de las disposiciones, las Partes Contratantes tendrían libertad para suscribirse a regímenes distintos de la ejecución de las obligaciones del Convenio. Tal sistema no debilitaría seriamente la única función del Tribunal, sino que también disminuiría la eficacia del Convenio como un instrumento constitucional del orden público europeo...»⁷⁴.

2. En cuanto a los efectos jurídicos de las reservas no permisibles o inválidas, tanto el TEDH, como la Comisión Europea, aplicando la doctrina de divisibilidad, encontraron que las reservas no permisibles llevarían al Estado que ha formulado la reserva a quedar plenamente obligado por el Convenio. Por ejemplo, en *Belilos v. Suiza*, el Tribunal afirmó que podría presumirse la voluntad general del Estado de que se trate (Suiza) de quedar vinculado por el Convenio⁷⁵. También en *Loizidou v. Turquía*, cuando el TEDH se pronun-

⁷² El argument Suiza estuvo basado en el artículo 20(5) CVDT.

⁷³ El TEDH no explica porque considera las objeciones de otros Estados deficientes e irrelevantes. Aún así, el TEDH parece hacer una distinción entre la validez de una reserva y su aceptación por los demás Estados Partes. Incluso si todos los Estados Partes aceptan tácitamente una reserva ese aún debe ser permitida. (Véase VANNESTE, *supra*, n. 14, 102-103). Esta es también la posición adoptada en la directriz 3.3.3 de la ILC's *Guide to Practice*: «Falta de efectos de la aceptación individual de una reserva sobre la validez de la reserva: La aceptación de una reserva inválida por un Estado contratante... no afectará la inadmisibilidad de la reserva». (*ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties, supra*, n. 63). El TEDH basa esta competencia principalmente en los (antiguos) arts. 19, 45, 49 del CEDH. (*Belilos, supra*, n. 66, párr. 50). (Traducción propia).

⁷⁴ *Loizidou, supra*, n. 68, párr. 96. (Traducción propia).

⁷⁵ *Belilos, supra*, n. 66, párr. 60. Ver también *Gradinger v. Austria*, 23 de octubre de 1995, Serie A, No. 328-C, párrs. 51 y 55; *Eisenstecken v. Austria*, 3 de octubre de 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-X, párrs. 21 a 30 y 36. Estos casos evidencian, que una vez que la reserva se considera inadmisibile, el Estado que ha formulado la reserva continua estando obligado por el tratado en su conjunto.

ció sobre la inadmisibilidad y invalidez de la «declaración» (la reserva) de Turquía, decidió que ese país estaba plenamente vinculado. Así también los actos realizados en el norte de Chipre, quedaron dentro de la jurisdicción de Turquía en el sentido del artículo 1 (1) del CEDH⁷⁶ y que Turquía tenía que aceptar demandas individuales al respecto. En principio, la doctrina de la divisibilidad fue aceptada por las partes en el tratado⁷⁷. Los Estados involucrados, Turquía y Suiza, cumplieron con las sentencias del TEDH⁷⁸ y la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aceptó la doctrina de la divisibilidad en cuanto a reservas inválidas e inadmisibles, basándose en la jurisprudencia del TEDH⁷⁹.

C. Valoración crítica

La jurisprudencia del TEDH sobre las reservas no se refiere a la CVDT y se desvía en ciertos aspectos de sus normas. La falta de referencia a la CVDT por parte del TEDH en cuanto a las reservas puede explicarse mediante el contenido del artículo 57 del CEDH sobre las reservas⁸⁰. Adicionalmente, el régimen de reservas de la CVDT no está totalmente adecuado para el CEDH. Parece inapropiado dejar la aceptación u objeciones a las reservas en manos de los otros Estados Partes en el tratado, en el caso de los tratados verticales como los de derechos humanos. Tal como lo ha referido Simma / Hernández: «... El régimen de la CVDT que regula el rechazo de las reservas se basa en el proceso de objeciones, sin embargo, el sistema basado en la objeción no ha sido diseña-

⁷⁶ *Loizidou, supra*, n. 68, párr. 96.

⁷⁷ Véase SIMMA y HERNÁNDEZ, *supra*, n. 4, 65: «Al encontrar que las reservas inadmisibles podrían conducir al Estado que ha formulado la reserva a mantenerse totalmente vinculado al CEDH, el enfoque de Estrasburgo dio vida a la doctrina de divisibilidad que, aunque en cierta medida a regañadientes, llegó a ser aceptada por los Estados Partes del Convenio». (Traducción propia).

⁷⁸ Véase CoE, Committee of Ministers, «Execution of Judgments of the European Court of Human Rights», <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_en.asp>.

⁷⁹ Véase *Guideline 4.5.1* «Nulidad de una reserva inválida: Una reserva que no cumpla con las condiciones de validez formal y de permisibilidad... es nula de pleno derecho, y por lo tanto carece de todo efecto jurídico». (*ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties, supra*, n. 63). (Traducción propia). Para más detalles véase *infra* n. 85. Véase también ZIEMELE, I. y LIEDE, L., «Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6», *24 European Journal of International Law*, 2013, 1135, 1151.

⁸⁰ Véase en este sentido, VAN DIJK, P.; VAN HOOFF, F.; VAN RIJN, A. y ZWAAK, L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Intersentia, 2006) 1105. Véase también VANNESTE, *supra*, n. 14, 103.

do para tener en cuenta la naturaleza especial de los tratados que protegen los derechos humanos, pues parece inadecuado en lo concerniente a las reservas no permisibles»⁸¹. En consecuencia, las consideraciones estructurales en vista de una protección efectiva de los derechos humanos concurren a favor de la competencia del TEDH para decidir sobre la validez de las reservas. Su competencia también encuentra fundamento en el artículo 32 del CEDH, que circunscribe la competencia del TEDH como extendiéndose a «todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación» del Convenio (y de sus protocolos), razón por la cual incluye la determinación de la validez o invalidez de las reservas.

Incluso, la competencia del TEDH ni siquiera contraviene el régimen de reservas de la CVDT, la cual no prohíbe que un tribunal internacional evalúe la validez de las reservas, ni establece que solo los Estados Partes del tratado estén en condiciones de hacerlo. Se guarda silencio sobre el asunto. La distinción entre la (in)validez de las reservas y su oponibilidad en las relaciones entre los estados partes del Convenio hace aún más clara la compatibilidad de la jurisprudencia del TEDH con el régimen de reservas de la CVDT. En términos de Vanneste:

«... La aparición de los tribunales internacionales en el ámbito de los derechos humanos ha dejado claro que debe hacerse una distinción entre la validez y la oponibilidad de las reservas. Los tribunales internacionales pueden evaluar la validez de las reservas sin tener que considerar las objeciones de los Estados, mientras que las objeciones de los Estados siguen siendo importantes para la apreciación de las reservas entre el Estado que se opone y el Estado que formula la reserva. Este enfoque es totalmente compatible con el régimen de reservas establecido en la CVDT»⁸².

En consecuencia, el TEDH parece competente para decidir sobre la validez o invalidez de las reservas en cuanto a un caso particular, sin que, en principio, tenga que tomar en cuenta las objeciones de otros Estados⁸³. Su jurisprudencia

⁸¹ SIMMA y HERNÁNDEZ, *supra*, n. 4, 66. (Traducción propia).

⁸² VANNESTE, *supra*, n. 14, 563. (Traducción propia) Véase también ZIEMELE y LIEDE, *supra*, n. 79, 1148.

⁸³ Sólo en casos interestatales, reacciones estatales a las reservas (aceptación / objeción) pueden importar en lo que se refiere a las reservas permisibles. Ver también Vanneste: «... uno puede argumentar que las objeciones de los Estados Partes no afectan la validez de una reserva, pero sólo pueden desempeñar un papel a considerar si el tratado ha entrado en vigor entre los Estados Partes. Si el tratado contiene obligaciones objetivas de comportamiento de otros Estados,

dencia resulta compatible con el régimen de reservas de la CVDT. Lo mismo es válido para la determinación del TEDH con respecto a los efectos jurídicos de las reservas inválidas e inadmisibles que no estén reguladas en la CVDT.

La jurisprudencia del TEDH sobre las reservas adapta de este modo el derecho internacional general (CVDT) a las especificidades del régimen internacional de derechos humanos e igualmente se ocupa de los ámbitos que no están regulados en la CVDT. De este modo, la jurisprudencia del TEDH puede retroalimentar el derecho general «clásico» de los tratados. La doctrina de la divisibilidad es un buen ejemplo. El Relator Especial de la CDI, Pellet, en su «Guía práctica sobre las Reservas a los Tratados» (*Guide to Practice on Reservations to Treaties*), entre otros asuntos, cuando hace referencia a las consecuencias jurídicas de las reservas no permisibles, se basó en la jurisprudencia del TEDH, en vista del silencio de la CVDT sobre el asunto⁸⁴.

Asimismo, la CDI hizo suya la posición del TEDH en cuanto a la competencia de los órganos de supervisión de los tratados para determinar la validez de las reservas⁸⁵ y de la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del tratado⁸⁶. De manera que el enfoque del TEDH sobre las reservas se valora como una concreción útil del régimen de la CVDT⁸⁷.

la comunidad de Estados contratantes en su conjunto no jugará ningún papel para la entrada en vigor. En consecuencia, los órganos internacionales de supervisión sólo deben tomar en consideración las objeciones después de haberse establecido la validez de la reserva y sólo en casos interestatales que implican al Estado reservatorio y el Estado objetante. En situaciones en las que sólo un Estado Parte está envuelto, como ocurre en la mayor parte de las solicitudes individuales, las objeciones y reservas de otros Estados Partes son irrelevantes...» (VANNESTE, *supra*, n. 14, 101; notas al pie omitida; traducción propia.)

⁸⁴ La *ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties* se refirió a los casos *Belilos* (*supra*, n. 66), *Weber* (*supra*, n. 67) y *Loizidou* (*supra*, n. 68) del TEDH en el contexto de la nulidad de una reserva inválida/inadmisibles. (ILC, *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, *supra*, n. 63, 519.) Véase también ZIEMELE y LIEDE, *supra*, n. 79, 1151.

⁸⁵ Consulte el *ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties*: «3.2.1 Competencia de los órganos de supervisión del tratado para evaluar la validez de las reservas. 1. Un órgano de supervisión podrá, a los efectos de cumplir las funciones que le son encomendadas, evaluar la validez de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional... 3.2.4 Organismos competentes para evaluar la validez de las reservas en el caso el establecimiento de un órgano de supervisión de los tratados. Cuando un tratado cree un órgano de supervisión del tratado, la competencia de la misma es sin perjuicio de la competencia de los Estados contratantes o las organizaciones contratantes para evaluar la validez de las reservas a ese tratado, o a la de los órganos de solución de controversias competentes para interpretar o aplicar el tratado. (*ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties*, *supra*, n. 63, 399 y 402). (Traducción propia).

⁸⁶ Véase la referencia de la CDI a *Belilos* (*supra*, n. 66) en cuanto a reservas vagas y generales (*ibid.*, 367).

⁸⁷ Véase también VANNESTE, *supra*, n. 14, 122.

V. OBSERVACIONES FINALES

La recepción del derecho internacional general de los tratados en la jurisprudencia del TEDH sigue siendo limitada. El TEDH rara vez se refiere a las reglas de la CVDT sobre la interpretación de los tratados. Más bien ha desarrollado sus propios métodos de interpretación, siendo lo más destacado la doctrina que considera al CEDH como un «instrumento vivo». También en el ámbito de las reservas, el TEDH se apartó del régimen de la CVDT al considerarse competente para decidir sobre la validez e invalidez de las reservas y sobre la determinación de las consecuencias jurídicas de las reservas no permisibles. Así, el TEDH adapta sus técnicas de interpretación y su enfoque de las reservas a la estructura específica y a la sociología de los tratados de derechos humanos.

De esta manera y volviendo a la pregunta planteada inicialmente –si la recepción del derecho internacional por parte del TEDH en el campo del derecho de los tratados es un signo de fragmentación o de unidad– merece una respuesta diferenciada. Es evidente que la estructura específica del CEDH como un tratado de derechos humanos requiere adaptaciones al derecho internacional general con miras a una protección efectiva de los derechos humanos. No obstante, esto no supone necesariamente una amenaza para la unidad del derecho internacional. La fragmentación y la unidad no son necesariamente excluyentes entre sí, ya que el derecho internacional general es capaz de acoplarse a la mayoría de los cambios. Como se ha demostrado, las normas de interpretación de la CVDT, en principio, son lo suficientemente amplias como para servir de base a las técnicas de interpretación evolutivas y dinámicas del TEDH. Del mismo modo, el enfoque del TEDH sobre las reservas no contraviene el régimen de reservas de la CVDT, sino que lo complementa teniendo en consideración la razón de ser de los tratados de derechos humanos.

Por último, la jurisprudencia del TEDH puede contribuir incluso a una concretización y a un mayor desarrollo del derecho internacional⁸⁸, sobre

⁸⁸ Como ha sido planteado por Vanneste después de un extenso análisis del derecho internacional general por ante los tribunales de derechos humanos: «... Los que argumentan que las normas de derechos humanos socavan la existencia de un orden jurídico internacional unificado, han llegado a una conclusión errónea: ... de hecho, no es el derecho de los derechos humanos que amenaza la idea (incumplida) de un orden jurídico internacional unificada basada en el derecho internacional general, es todo lo contrario: la ausencia de normas generales claras y eficaces

todo en ámbitos no regulados por el derecho general de los tratados, como las consecuencias jurídicas de las reservas no permisibles. Sin embargo, para la plena realización de este potencial se necesita, un mayor rigor metodológico, así como un razonamiento jurídico más consistente en ciertos temas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo⁸⁹. Una vez alcanzado esto, idealmente, la aplicación del derecho general de los tratados y de la CVDT por parte del TEDH bien podría ser un signo de unidad a través de la fragmentación.

podría comprometer a la larga, la eficacia y la posterior evolución del derecho internacional y el derecho de los derechos humanos» (*ibid.*, 595). (Traducción propia). Ver también *ibid.*, 595: «... la contribución del CEDH... para el desarrollo del derecho internacional general no debe ser subestimada... Cada vez más los tribunales de derechos humanos están tratando de desarrollar y aclarar las normas internacionales de carácter general, en referencia a los debates tradicionales en curso y tomando posición...». (Traducción propia).

⁸⁹ Véase en este sentido más en general (con respecto a la jurisprudencia del TEDH y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) *ibid.*, 563 y 578.