

## CONSENSO E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Francisco PASCUAL VIVES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público  
y Relaciones Internacionales  
Universidad de Alcalá\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL MARCO GENERAL.—2.1. Una aproximación consensualista al ordenamiento internacional.—2.2. La concepción material del consenso en la jurisprudencia internacional.—2.2.1. La jurisprudencia de ámbito universal.—2.2.2. La jurisprudencia de ámbito regional.—2.3. La interpretación evolutiva como herramienta hermenéutica utilizada por la jurisprudencia internacional.—2.3.1. Utilización por la jurisprudencia de ámbito universal.—2.3.2. Reconocimiento en la jurisprudencia de ámbito regional.—3. LA EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA NOCIÓN DE CONSENSO.—3.1. La tensión entre soberanía y cooperación.—3.1.1. Una aproximación condicionada por el principio de soberanía.—3.1.2. La erosión del principio de soberanía.—3.2. La tensión entre universalismo y regionalismo.—3.2.1. La identificación del consenso por remisión al ordenamiento internacional.—3.2.2. La determinación del consenso a partir de la práctica regional.—3.3. La tensión entre jurisdicción internacional y constitucional.—3.3.1. El consenso como parámetro que refuerza el carácter internacional de los tribunales regionales de derechos humanos.—3.3.2. El consenso como garante de la unidad del ordenamiento internacional.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto «Paz y Seguridad en el Mediterráneo: Análisis jurídico desde una perspectiva española (II)» (Ref. DER2012-39061-CO2-02), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

## 1. INTRODUCCIÓN

La celebración del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma)<sup>1</sup> y de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José)<sup>2</sup> constituyen dos hitos en el proceso de codificación de las normas relativas a la protección internacional de los derechos humanos en los ámbitos europeo y americano<sup>3</sup>. En ambos tratados, amén de concretarse y definirse sendos catálogos de derechos y libertades fundamentales, se establecen dos órganos judiciales de carácter regional encargados de interpretar su articulado y dirimir sobre la observancia que los Estados partes hacen de las obligaciones allí convenidas: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Corte Interamericana). Unos tribunales que, si bien presentan importantes diferencias en su naturaleza, organización y funcionamiento<sup>4</sup>, con carácter general vienen desarrollando una fecunda actividad de protección de los derechos humanos en la estructura institucional del sistema internacional<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> BOE de 10 de octubre de 1979.

<sup>2</sup> Organización de Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 36.

<sup>3</sup> Estos tratados regionales representan una manifestación del papel esencial que ejercen los derechos humanos en la sociedad internacional contemporánea: véase CARRILLO SALCEDO, J. A., «Permanencia y cambios en Derecho Internacional», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. III, 1999, pp. 223-281, pp. 244 y 247.

<sup>4</sup> Véanse por orden de publicación: GROS ESPIELL, H., «Reflexiones en torno a la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional americano», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gastéiz de 1987*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1989, pp. 161-186, pp. 167-175; CAÑADO TRINDADE, A. A., «Le système inter-américain de protection des droits de l'homme: état actuel et perspectives d'évolution à l'heure du XXI<sup>e</sup> siècle», *Annuaire Française de Droit International*, vol. XLVI, 2000, pp. 548-577, pp. 565-577; SICILIANOS, L.-A., «La "réforme de la réforme" du système de protection de la convention européenne des droits de l'homme», *Annuaire Française de Droit International*, vol. XLIX, 2003, pp. 611-640; CAFLISCH, L., «L'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme», en VVAA, *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 43-58; ZWAAK, L., «The Procedure before the European Court of Human Rights», en VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN ELJN, A. y ZWAAK, L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Amberes/Oxford, 4.<sup>a</sup> ed., Intersentia, 2006, pp. 95-290; SALINAS ALCEGA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 93-171; BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 171-511; y GUEVARA PALACIOS, A., *Los Dictámenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Madrid, Bosch, 2012, pp. 105-202.

<sup>5</sup> El TEDH, la CIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han ejercido esta tarea empleando a menudo una concepción abierta y complementaria que reconoce, adapta y aplica los desarrollos ya establecidos previamente en el otro subsistema regional de protección de los derechos humanos. Confróntense, por ejemplo: *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63*, párrs. 170 y 176; *Stoll v. Switzerland* [GC], núm. 69698/01, § 111, TEDH 2007; *Scoppola v. Italy* (núm. 2) [GC], núm. 10249/03, § 105, TEDH 2009; y *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») v. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 257*, párrs. 234-242. Véanse en la doctrina, por orden de publicación: GROS ESPIELL, H., «La Convention Européenne et la Convention Américaine des Droits de l'Homme. Analyse Compa-

El presente trabajo de investigación analiza la forma en que estos tribunales han utilizado la noción de consenso para interpretar evolutivamente aquellos tratados regionales de derechos humanos. Se trata, en suma, tanto de examinar cómo se ha instalado la concepción consensualista, bien arraigada en el Derecho internacional (DI) público, en los subsistemas regionales de derechos humanos, como de indagar sobre su eventual desarrollo progresivo en este sector normativo del ordenamiento internacional<sup>6</sup>. Somos conscientes de que la noción de consenso también puede ser estudiada desde una perspectiva complementaria, a través de la noción del margen de apreciación nacional, si bien dada su entidad y autonomía, le hemos dedicado a esta última otro trabajo de investigación<sup>7</sup>.

En cuanto a la estructura, en la sección segunda se expone el marco general de la concepción consensualista en el DI público y se constata muy brevemente, por razones de espacio, su plasmación en la jurisprudencia internacional. En la sección tercera se estudia la incorporación y adaptación de esta concepción consensualista en el DI de los derechos humanos a través del estudio de la jurisprudencia del TEDH y la CIDH que ha interpretado evolutivamente los tratados regionales de derechos humanos. Para finalizar, en la cuarta sección se realizan una serie de consideraciones finales que valoran la aplicación de la noción de consenso en los subsistemas regionales de derechos humanos.

## 2. EL MARCO GENERAL

Desde una perspectiva teórica importa indagar sobre el concepto de consenso, estudiando tanto su doble dimensión en el ordenamiento internacional

---

ative», *Recueil des Cours*, t. 218, 1989-IV, pp. 171-411, pp. 241-293 y 337-375; CAFLISCH, L. y CANÇADO TRINDADE, A. A., «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 108, 2004, núm. 1, pp. 5-62, pp. 6-31; SALADO OSUNA, A., «La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección», en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. y PÉREZ VERA, E. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 1251-1271, pp. 1258-1270; y HENNEBEL, L., *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 450, 479, 499 y 509-510.

<sup>6</sup> En ocasiones la doctrina ha examinado la aplicación de la interpretación evolutiva y la noción del consenso en el subsistema regional europeo de manera sectorial, prescindiendo del ordenamiento internacional general. Véanse por orden de publicación: HELFER, L. R., «Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights», *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, pp. 133-165; CAROZZA, P. G., «Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Nôtre Dame Law Review*, vol. 73, 1997-1998, pp. 1217-1237; BENVENISTI, E., «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1998-1999, pp. 843-854; y LETSAS, G., «The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR», *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 279-305.

<sup>7</sup> «El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 217-262.

como su aplicación por la jurisprudencia de ámbito universal emanada de la Corte Internacional de Justicia (CIJ o Corte) y también en algunas decisiones de ámbito regional dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o Tribunal de Luxemburgo). El último apartado de esta sección examina la utilización de la interpretación evolutiva en la práctica internacional.

## 2.1. Una aproximación consensualista al ordenamiento internacional

Cabe distinguir entre una dimensión formal y material del consenso en el DI público. Desde una vertiente formal<sup>8</sup>, el consenso constituye un mecanismo para la toma de decisiones<sup>9</sup> que se caracteriza por la adopción de éstas cuando no se presentan objeciones por los Estados que participan en el procedimiento decisorio y que, por tanto, no requiere de una votación formal para adoptarlas<sup>10</sup>. El presente trabajo no se ocupa de esta concepción formal del consenso, sino que se centra exclusivamente en su vertiente material<sup>11</sup>.

Desde una óptica material el consenso representa un acuerdo general de los sujetos que operan en el sistema internacional que, en tanto que resulta indicativo y representativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados por éstos, permite identificar el contenido y la obligatoriedad de las normas internacionales aplicables en sus relaciones. Como consecuencia del carácter todavía descentralizado y eminentemente voluntarista del DI público, las normas internacionales serían el producto de este acuerdo alcanzado por el conjunto de Estados interesados que intervienen en su proceso de formación y modificación (*consensus generalis*), bien mediante la repetición

<sup>8</sup> Para un análisis de este expediente en la práctica institucional, véanse por orden de publicación: SUY, E., «Role et signification du consensus dans l'elaboration du droit international», en VVAA, *Le Droit international a l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milán, Giuffrè Editore, 1987, pp. 521-542; DANILENKO, G. M., *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 277-286; y FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 101-160.

<sup>9</sup> En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas el consenso fue definido como «*adoption of a decision without formal objections and vote; this being possible only when no delegation formally objects to a consensus being recorded, though some delegations may have reservations to the substantive matter at issue or to a part of it*»: véase *United Nations Juridical Yearbook*, 1987, p. 174. Resultan interesantes las observaciones realizadas en las pp. 177-189 de un documento de trabajo preparado por la Organización de las Naciones Unidas: véase [http://legal.un.org/ola/media/GA\\_RoP/GA\\_RoP\\_EN.pdf](http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf) (consultada el 17 de mayo de 2014).

<sup>10</sup> Véase la entrada «Consensus» en WOLFRUM, R. (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 673-678.

<sup>11</sup> Aunque ambas concepciones están íntimamente vinculadas y, en ocasiones, también se han estudiado conjuntamente para abogar por un mayor protagonismo de la estructura institucional frente a la relacional en el DI contemporáneo: véase GUZMÁN, A. T., «Against Consent», *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, 2012, núm. 4, pp. 747-790. Se ha señalado que «la práctica del consenso en los procesos institucionales de formación de normas, refuerza a la noción de consensus como fundamento del ordenamiento internacional. El recurso a la técnica del consenso en el plano institucional, en última instancia, supone proyectar una concepción consensualista del ordenamiento internacional a los procesos nomogenéticos que se dan en el seno de esta estructura»: véase FERRER LLORET, J., *op. cit.*, nota 8, p. 230.

constante y uniforme de una práctica convertida en costumbre internacional<sup>12</sup>, bien mediante su plasmación por escrito en un tratado internacional.

La noción de consenso, entendida como un *consensus generalis* que en absoluto implica la unanimidad de todos los sujetos internacionales<sup>13</sup>, da cabida y sentido a la regla de la objeción persistente en el DI consuetudinario<sup>14</sup>, según la cual un Estado que se opone expresa y manifiestamente a la formación de una norma consuetudinaria no queda vinculado por ella; si bien no es menos cierto que esta oposición a la norma presenta un carácter estratégico y temporal<sup>15</sup>. Por su parte en el ámbito convencional esta noción permite conciliar los principios de buena fe y de relatividad de los tratados, mediante la aceptación de aquellas reservas a un tratado internacional que no resulten incompatibles con su objeto y fin<sup>16</sup>, así como admitir excepciones al principio de irretroactividad de los tratados internacionales consagrado por el art. 28 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (Convenio de Viena)<sup>17</sup>, o concebir el funcionamiento de las disposiciones sobre enmienda y modificación de los tratados establecidas en los arts. 39 y 40 del citado texto.

Asimismo, la dimensión material del consenso puede servir desde un plano esencialmente dogmático<sup>18</sup> para explicar la validez del ordenamiento jurídico internacional y fundamentar la obligatoriedad de las distintas normas internacionales<sup>19</sup> (consuetudinarias y convencionales). En definitiva, estas

<sup>12</sup> Véanse por orden de publicación: MENDELSON, M., «The Subjective Element in Customary International Law», *British Yearbook of International Law*, vol. 66, 1995, pp. 177-208, pp. 191-192; VILLIGER, M. E., *Customary International Law. A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, La Haya, Kluwer, 1997, p. 49; ELIAS, O. A. y LIM, C. L., *The Paradox of Consensualism in International Law*, La Haya, Kluwer, 1998, p. 169; CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 90; THIRLWAY, H., «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Supplement 2005», *British Yearbook of International Law*, vol. 76, 2005, pp. 1-119, pp. 92-100; y RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 6.ª ed., Tecnos, 2006, pp. 59 y 65.

<sup>13</sup> En contraposición a la noción de «*consensus omnium*»: confróntese WEIL, P., «Towards Relative Normativity in International Law», *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, núm. 3, pp. 413-441, p. 434.

<sup>14</sup> MENDELSON, M., «The Formation of Customary Law», *Recueil des Cours*, tomo 272, 1998, pp. 155-410, pp. 225-227.

<sup>15</sup> CHARNEY, J. I., «The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law», *British Yearbook of International Law*, vol. 56, 1985, pp. 1-24, p. 24.

<sup>16</sup> *Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, p. 23.

<sup>17</sup> BOE de 13 de junio de 1980.

<sup>18</sup> En este orden de ideas, confróntense por orden de publicación: MOSLER, H., «The International Society as a Legal Community», *Recueil des Cours*, t. 140, 1973-III, pp. 1-320, pp. 96-97; WEIL, P., «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public», *Recueil des Cours*, t. 237, 1992-VI, pp. 9-370, pp. 68-80; CARRILLO SALCEDO, J. A., «El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998, núm. 1, pp. 13-31, p. 23; KAMTO, M., «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des Cours*, t. 310, 2004, pp. 9-428, pp. 60-67; y JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 51-53.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C., «El Derecho Internacional contemporáneo: una aproximación consensualista», en *Cursos de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano* (2010), Washington, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 2011, pp. 1-64, pp. 29-30. Y del mismo

normas no son sino el resultado y la expresión de un acuerdo alcanzado por los sujetos de DI público y puede entenderse que es precisamente este acuerdo social (*consensus gentium*) el que hace probable su efectividad y eficacia entre los Estados y Organizaciones internacionales que las aplican y reconocen como obligatorias en sus relaciones jurídicas<sup>20</sup>.

Desde una perspectiva material, por tanto, el consenso resulta un concepto polivalente que, en su doble dimensión como *consensus generalis* y *consensus gentium*, permite explicar los procesos de formación de las normas internacionales consuetudinarias y convencionales, así como ofrecer una justificación teórica plausible para su carácter obligatorio.

## 2.2. La concepción material del consenso en la jurisprudencia internacional

En este apartado se estudian los precedentes en la jurisprudencia de la CIJ y del TJUE que aplican una concepción material del consenso en el proceso de identificación de las normas de DI aplicables a una controversia.

### 2.2.1. La jurisprudencia de ámbito universal

La utilización de la concepción material del consenso para determinar el derecho aplicable a una controversia<sup>21</sup> se ha manifestado y consolidado en sucesivas decisiones de la CIJ a partir del *Caso de la plataforma continental del Mar del Norte*<sup>22</sup>. Quien fuera Presidente de la Corte en el periodo 1976-1979,

---

autor; «La política exterior española en torno a Irak y la relevancia del *consensus* en los ordenamientos interno e internacional», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz de 2004*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005, pp. 263-290, pp. 272-274; y «The International Practice and the Evidence (A Brief Guide for Young Lawyers)», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *The Legal Practice in International and European Community Law. A Spanish Perspective*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 601-622, pp. 612-613 y 618-620.

<sup>20</sup> Véanse por orden de publicación: HIGGINS, R., «International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, t. 230, 1991-V, pp. 9-342, p. 41; ZEMANEK, K., «The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, t. 266, 1997, pp. 9-336, pp. 31-32; y JIMÉNEZ PIERNAS, C., «El papel de la noción de *consensus* en la fundamentación y el concepto del Derecho internacional público», en OLAVO BAPTISTA, L. y FRANCO FONSECA, J. R. (coords.), *O Direito internacional no terceiro milenio. Estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel*, San Pablo, Editora LT, 1998, pp. 103-119, p. 114.

<sup>21</sup> En este trabajo, en cambio, no se examina el protagonismo que desempeña el consenso de los Estados en el momento de su sometimiento a la jurisdicción de la CIJ, una faceta de naturaleza procesal donde también se evidencia el carácter relativista y voluntarista del DI contemporáneo: véanse *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire)*, *Arrêt du 15 juin 1954*: C.I.J. *Recueil 1954*, p. 19, p. 32; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, *Application to Intervene, Judgment*, I.C.J. *Reports 1990*, p. 92, párrs. 52-56 y 73; y *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, I.C.J. *Reports 1995*, p. 90, párr. 29.

<sup>22</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. *Reports 1969*, p. 3, párr. 77. Véanse en esta misma línea de principio: *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *Judgment*, I.C.J. *Reports 1982*,

Eduardo Jiménez de Aréchaga, así lo puso de relieve en un trabajo de investigación<sup>23</sup> donde examinaba su utilización por parte de la CIJ en el proceso de identificación de las normas consuetudinarias sobre la delimitación de los espacios marinos<sup>24</sup> o del principio de libre determinación de los pueblos<sup>25</sup>.

Conforme a esta concepción, para que una costumbre internacional resulte de aplicación a una controversia no es necesario demostrar que un Estado la ha aceptado expresamente<sup>26</sup>, sino que esta aceptación —vinculada con la *opinio iuris* o elemento espiritual<sup>27</sup>— se presume si se constata un consenso sobre su carácter obligatorio entre los sujetos internacionales (*consensus generalis*). Esta aproximación consensualista a la costumbre internacional es compatible con la doctrina de la objeción persistente en el DI contemporáneo y permite superar las exigencias impuestas por las teorías voluntaristas más extremas<sup>28</sup>, en tanto que no demanda una prueba expresa del consentimiento del Estado respecto a la aceptación de las normas consuetudinarias<sup>29</sup>.

La Corte viene empleando esta concepción de una manera reiterada durante los últimos años al ejercer su competencia contenciosa<sup>30</sup> y consulti-

p. 18, párrs. 34 y 101-109; *Pleadings, Oral Arguments, Documents [Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)]*, vol. IV, p. 39; y vol. V, p. 281; y *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, párr. 94.

<sup>23</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., «Balance sobre la actuación de la Corte Internacional de Justicia en los cuarenta años de su funcionamiento», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1983, núm. 13, monográfico sobre «ONU: Año XL», pp. 187-212.

<sup>24</sup> *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, párr. 52.

<sup>25</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, párrs. 52-53; y *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 12, párrs. 57-59.

<sup>26</sup> WALDOCK, H., «General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, t. 106, 1962-II, pp. 1-250, p. 50.

<sup>27</sup> LAGHMANI, S., «La volonté des États est-elle encore au fondement du droit international?», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. XI/XII, 2007/2008, pp. 55-306, p. 119. En este orden de ideas, Pierre-Marie Dupuy ha señalado que la «*vision majoritairement consensualiste de la coutume internationale incite généralement les avocats devant la Cour à s'appuyer en priorité sur les coutumes les plus établies et, donc, les mieux acceptées*»: véase DUPUY, P.-M., «La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales», en UNITED NATIONS, *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, New York, United Nations Publications, 1999, pp. 377-394, pp. 381-382 y especialmente la cita en p. 389.

<sup>28</sup> El Presidente de la Corte, Peter Tomka ha admitido que «*the Court has never found it necessary to undertake such an inquiry for every rule claimed to be customary in a particular case and instead has made use of the best and most expedient evidence available to determine whether a customary rule of this sort exists. Sometimes this entails a direct review of the material elements of custom on their own, while more often it will be sufficient to look to the considered views expressed by States and bodies like the International Law Commission as to whether a rule of customary law exists and what its content is, or at least to use rules that are clearly formulated in a written expression as a focal point to frame and guide an inquiry into the material elements of custom*»: véase TOMKA, P., «Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, núm. 1, pp. 195-216, pp. 197-198.

<sup>29</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 34-38.

<sup>30</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, párr. 186; *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*,

va<sup>31</sup>. Si se examina su jurisprudencia en materias relacionadas con la temática del trabajo<sup>32</sup>, se constata esta aproximación al afirmar la existencia de ciertas obligaciones a cargo de un Estado con relación a «*la communauté internationale dans son ensemble*»<sup>33</sup>. También en el contexto del DI de los derechos humanos, se ha invocado para reconocer que la prohibición de la tortura constituye una norma consuetudinaria de naturaleza imperativa<sup>34</sup>.

A propósito de la aplicación de las normas de DI humanitario, la concepción consensualista ha quedado patente en un par de precedentes. Tras analizar y valorar la práctica internacional<sup>35</sup>, en el año 1996 la Corte concluyó que no disponía de los elementos suficientes para afirmar que, en condiciones de extremo peligro para la supervivencia del Estado, el uso de las armas nucleares fuera contrario a los principios y normas que rigen el DI de los conflictos armados<sup>36</sup>. Con ocasión de su opinión consultiva sobre la construcción de

p. 554, párrs. 20-22; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, párr. 58; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, párr. 214; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 401; e *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*, C.I.J. 2012, párrs. 77-78.

<sup>31</sup> *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, I.C.J. 2010, párr. 81.

<sup>32</sup> Por razones de espacio no es posible realizar un estudio más completo de la jurisprudencia de la Corte: véanse HAGGENMACHER, P., «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 100, 1986, núm. 1, pp. 5-125, pp. 105-118; y GEIGER, R. H., «Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal», en FASTENRATH, U., GEIGER, R. H., KHAN, D.-E., PAULUS, A., VON SCHORLEMER, S. y VEDDER, Ch. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 673-694.

<sup>33</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt*, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, párr. 33.

<sup>34</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, C.I.J. 2012, párr. 99.

<sup>35</sup> Los argumentos orales presentados por los intervinientes pusieron de relieve la ausencia de un consenso sobre la materia: confróntense CR 1995/22, párrs. 25-28 y 45-46 (Evans); CR 1995/23, párrs. 25-38 (Perrin de Brichambaut); CR 1995/24, párrs. 39-59 (Perrin de Brichambaut); CR 1995/24, párr. 20 (Hillgenberg); CR 1995/26, párr. 71 (Zarif); CR 1995/28, p. 42 (Bracegirdle); CR 1995/29, párrs. 1-3 (Khodakov); CR 1995/31, pp. 50-52 (Clark); CR 1995/32, párrs. 39-40 (Salmon); CR 1995/32, párrs. 14-21 (Crawford); CR 1995/34, p. 34 (Lyell); y CR 1995/34, pp. 59-60 (Harper). Con ocasión de la conferencia inaugural de la segunda edición de los Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Raymond Ranjeva confesó que «*L'attitude de la Cour aurait été simplifiée si un consensus existait entre les Etats; ainsi aucun Etat n'a soutenu l'existence de règles autorisant explicitement l'usage des armes nucléaires*»: véase RANJEVA, R., «L'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires et le problème de la guerre juste», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, 1998, pp. 21-33, p. 28. El Presidente Bedjaoui, tratando de explicar la respuesta ofrecida por la CIJ, afirmó en su Declaración que la Corte no podía ir más allá del Derecho positivo existente en ese momento y señaló que «*While not finding either in favour of or against the legality of the threat or use of nuclear weapons, the Court takes note, in its Opinion, of the existence of a very advanced process of change in the relevant international law or, in other words, of a current trend towards the replacement of one rule of international law by another, where the first is already defunct and its successor does not yet exist*»: véase la Declaración del Presidente Bedjaoui en I.C.J. Reports 1996, pp. 268-274, párr. 16.

<sup>36</sup> En el párr. 96 de su opinión consultiva afirmó que «*the Court cannot lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake. Nor can it ignore the practice referred to as "policy of deterrence"*,

un muro en los territorios ocupados, la CIJ examinó la práctica relacional e institucional para constatar la existencia autónoma —como parte del DI consuetudinario— de las obligaciones establecidas por el Convenio para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, hecho en La Haya el 18 de octubre de 1907 (Convenio de La Haya)<sup>37</sup>, del que Israel no era parte<sup>38</sup>.

### 2.2.2. *La jurisprudencia de ámbito regional*

El Tribunal de Luxemburgo también ha utilizado una aproximación consensualista para invocar como parámetros de validez del Derecho de la Unión Europea (UE) ciertas normas consuetudinarias relacionadas con el régimen jurídico aplicable a los tratados internacionales<sup>39</sup> y a los espacios marinos<sup>40</sup>. En ambos casos el TJUE seleccionó e identificó el DI consuetudinario aplicable por referencia, esto es, examinando la práctica relacional e institucional más relevante, pero sin realizar un análisis pormenorizado de la concurrencia de los elementos (material y espiritual) que integran la norma

---

*to which an appreciable section of the international community adhered for many years. The Court also notes the reservations which certain nuclear-weapon States have appended to the undertakings they have given, notably under the Protocols to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga, and also under the declarations made by them in connection with the extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, not to resort to such weapons»: véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párrs. 94-97.*

<sup>37</sup> *Gaceta de Madrid* de 20 de junio de 1913.

<sup>38</sup> Señaló la Corte que «*elle-même a abouti à la même conclusion en examinant les droits et devoirs des belligérants dans la conduite des opérations militaires [...] La Cour estime que les dispositions du règlement de La Haya de 1907 ont acquis un caractère coutumier, comme d'ailleurs tous les participants à la procédure devant la Cour le reconnaissent*»: véase *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif; C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, párr. 89.

<sup>39</sup> El TJUE entendió en el año 1996 que la norma que reconoce el cambio fundamental de las circunstancias como causa de suspensión o de terminación de un tratado internacional forma parte del ordenamiento internacional como norma consuetudinaria a tenor de su reconocimiento por parte de la CIJ, señalando que «aunque no vincule a la Comunidad ni a todos los Estados miembros, una serie de disposiciones del Convenio de Viena, entre las que se encuentra su art. 62, refleja las normas de Derecho internacional que consagran, sujeto a determinadas condiciones, el principio de que un cambio en las circunstancias puede implicar la caducidad o la suspensión de un Tratado. Como ha señalado el Tribunal Internacional de Justicia “Este principio, así como las condiciones y excepciones a que está sometido, fueron enunciados en el artículo 62 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que muy bien puede considerarse, desde más de un aspecto, como una codificación del Derecho consuetudinario existente en materia de extinción de las relaciones convencionales a causa de un cambio en las circunstancias”»: véase Sentencia TJUE de 16 de junio de 1998, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz* (Asunto C-162/96), *Recop.*, p. I-3655, apdo. 24.

<sup>40</sup> El TJUE señaló que el principio de soberanía plena y exclusiva del Estado sobre su propio espacio aéreo, el principio según el cual ningún Estado puede pretender válidamente someter parte alguna del alta mar a su soberanía y el principio de la libertad de sobrevuelo del alta mar forman parte del DI consuetudinario: véase Sentencia TJUE de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc. y United Airlines Inc. y el Secretary of State for Energy and Climate Change* (Asunto C-366/10), *Recop.*, p. I-13755, apdo. 105. En cambio, el TJUE no consideró como parte del DI consuetudinario el principio según el cual las aeronaves que sobrevuelan la alta mar están sujetas a la exclusiva competencia de su Estado de matriculación o registro, salvo lo expresamente previsto por los tratados internacionales, poniendo de relieve la ausencia de una práctica estatal homogénea y uniforme: *ibid.*, apdo. 106.

consuetudinaria. El TJUE, tras considerar los argumentos presentados por los intervinientes, entendió que ambos elementos estaban suficientemente desarrollados en la práctica internacional y, por consiguiente, no resultaba necesario su examen autónomo e independiente.

En resumen, esta institución también ha adoptado una posición consensualista respecto a la aceptación de la costumbre internacional en el ordenamiento de la UE, desmarcándose de un positivismo extremo y aceptando la doctrina de la objeción persistente en el ámbito regional europeo. Así debe entenderse la posición del TJUE respecto al principio según el cual las aeronaves que sobrevuelan la alta mar están sujetas a la exclusiva competencia de su Estado de matriculación o registro, salvo lo expresamente previsto por los tratados internacionales; un principio no reconocido como norma consuetudinaria tras ser rechazada su existencia por dos Estados miembros en el *Caso de la inclusión de las actividades aéreas en el comercio de derechos de emisión*<sup>41</sup>.

### **2.3. La interpretación evolutiva como herramienta hermenéutica utilizada por la jurisprudencia internacional**

Acto seguido, debe abordarse una última cuestión de carácter preliminar, consistente en la utilización de la interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional y, más en particular, con ocasión de la interpretación de los tratados regionales de derechos humanos.

#### **2.3.1. Utilización por la jurisprudencia de ámbito universal**

La interpretación de los tratados internacionales se desarrolla a través de los métodos tradicionalmente reconocidos por la práctica internacional clásica, como el textual, el contextual o el teleológico, que fueron codificados y declarados en los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena. No figura enunciado expresamente en estos preceptos, en cambio, un método evolutivo, es decir, que establezca criterios específicos para adaptar la interpretación de los tratados internacionales en el tiempo.

Ni la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ni la Conferencia de Viena se mostraron entusiastas por incorporar este método al texto definitivo del Convenio de Viena<sup>42</sup>. Este expediente se aborda de cierta manera en el

---

<sup>41</sup> MALENOVSKY, J., «Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice», *The Law and Practice of the International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, núm. 1, pp. 217-241, p. 234.

<sup>42</sup> La propuesta realizada por el ponente Gerald Fitzmaurice en su proyecto de art. 70 consagraba el principio de contemporaneidad inspirándose en el *Caso de la Isla de Palmas*, en virtud del cual «Los términos de un tratado deben interpretarse conforme al sentido que tuvieron o se les hubiere atribuido, y teniendo en cuenta el uso corriente de las palabras desde el punto de vista lingüístico, en la época en que se concluyó inicialmente el tratado»: véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II,

art. 31.3 del Convenio de Viena que establece la posibilidad de interpretar un tratado internacional al calor de los acuerdos posteriores que hubieran alcanzado los sujetos partes sobre su interpretación o aplicación, en virtud de la práctica posterior seguida por éstos o por remisión a otras normas de Derecho internacional aplicables entre las partes<sup>43</sup>. Asimismo, no puede obviarse que la interpretación evolutiva se encuentra íntimamente ligada al método de interpretación teleológico<sup>44</sup>.

Pese al protagonismo concedido durante el periodo codificador posterior a la Segunda Guerra Mundial al principio de contemporaneidad, varios precedentes confirman la incipiente utilización de la interpretación evolutiva en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia<sup>45</sup>. La interpretación evolutiva también se ha invocado en el arbitraje interestatal, en el *Caso sobre la Laguna del Desierto*, donde el órgano arbitral recurrió a los avances expe-

---

p. 54. En aquella controversia suscitada entre los Países Bajos y los Estados Unidos de América el árbitro Max Huber señaló que «*A juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not in of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled*»: véase *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 829, p. 845. Durante los debates en el seno de la CDI varios miembros pusieron de manifiesto sus reticencias a otra propuesta del ponente, que daba más protagonismo al criterio de interpretación basado en la práctica posterior de las partes. Entre las razones argüidas, consideraban que no se había establecido una delimitación clara entre la práctica posterior de las partes como criterio de interpretación y su posible utilización como instrumento para modificar el tratado. Véanse en el *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. I: p. 294 (Castrén, párr. 38); p. 305 (Verdross, párr. 35); p. 305 (De Luna, párr. 36); p. 306 (Pal, párr. 41); y p. 306 (Yassen, párr. 306).

<sup>43</sup> TZEVELEKOS, V. P., «The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology? Between Evolution and Systemic Integration», *Michigan Journal of International Law*, 2010, pp. 621-690.

<sup>44</sup> FITZMAURICE, M., «Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I», *Hague Yearbook of International Law*, 2008, pp. 101-153, pp. 115-117.

<sup>45</sup> La CIJ ha invocado este criterio hermenéutico para interpretar si el concepto de «controversia» previsto en un tratado bilateral celebrado entre Marruecos y los Estados Unidos de América en el año 1936 se refería a los litigios de carácter civil y/o penal: véase *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, p. 189. Asimismo, al indagar sobre su jurisdicción en el *Caso de la plataforma continental del mar Egeo*, la Corte afirmó que debía interpretar una reserva efectuada por Grecia a un tratado internacional a la luz de las normas internacionales vigentes en el momento de la controversia y no cuando se formuló la reserva, esto es, que «*in interpreting and applying reservation (b) with respect to the present dispute the Court has to take account of the evolution which has occurred in the rules of international law concerning a coastal State's rights of exploration and exploitation over the continental shelf*»: véase *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 3, párr. 80. Y en el *Caso de la controversia sobre los derechos de navegación y los derechos conexos* la CIJ afirmó que al incluir un término o concepto de carácter genérico en un tratado internacional con vocación de permanencia las partes debieron haber presumido que su significado variaría con el tiempo y, en esta línea de principio, interpretó el concepto de «comercio» previsto en un tratado bilateral celebrado entre Nicaragua y Costa Rica en el año 1858 ajustando su significado al momento en que se produjo la controversia. En palabras de la Corte «*it is indeed in order to respect the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied*»: véase *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, párr. 64. Véanse en el mismo orden de ideas: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, párrs. 53-54; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, párr. 112; y *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, párr. 204.

rimentados en el conocimiento científico de la geografía para delimitar con más precisión la posición jurídica de las partes en el procedimiento<sup>46</sup>. Otros tribunales internacionales de carácter sectorial, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)<sup>47</sup> o el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY)<sup>48</sup>, vienen asimismo aplicando esta interpretación evolutiva.

Así las cosas, puede afirmarse que no es infrecuente el recurso a la interpretación evolutiva para interpretar las normas internacionales de carácter convencional, especialmente aquellas normas como los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales o los tratados de carácter normativo —como el Convenio de Roma o el Pacto de San José— que, por su propia naturaleza<sup>49</sup>, requieren ser interpretadas de tal forma que los compromisos allí establecidos puedan adaptarse en todo momento a la realidad del grupo social donde se aplican<sup>50</sup>.

### 2.3.2. Reconocimiento en la jurisprudencia de ámbito regional

Los tratados regionales de derechos humanos examinados en este trabajo presentan un carácter absoluto<sup>51</sup>. Como recordara el propio TEDH en uno de

<sup>46</sup> *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXII, p. 3, párr. 157. En otro arbitraje interestatal, el tribunal, llamado a interpretar el art. XII del Tratado de separación de los territorios de Bélgica y los Países Bajos celebrado en el año 1839, manifestó que «*In the present case it is not a conceptual or generic term that is in issue, but rather new technical developments relating to the operation and capacity of the railway. But here, too, it seems that an evolutive interpretation, which would ensure an application of the treaty that would be effective in terms of its object and purpose, will be preferred to a strict application of the intertemporal rule*»: véase *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, Decisión de 24 de mayo de 2005, párr. 80 (en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII, p. 35).

<sup>47</sup> El TIDM señaló a propósito de la consideración del principio de precaución como parte del DI consuetudinario que «*The adoption of higher standards [...] would seem to indicate that [...] member States of the Authority have become convinced of the need for sponsoring States to apply "best environmental practices" in general terms so that they may be seen to have become enshrined in the sponsoring States' obligation of due diligence*»: véase *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber)*, Opinión consultiva de 1 de febrero de 2011, párr. 136.

<sup>48</sup> Con el fin de realizar una interpretación extensiva del concepto de violación en el contexto de los delitos sobre los que tiene competencia, señaló este tribunal que «*a trend can be discerned in the national legislation of a number of States of broadening the definition of rape so that it now embraces acts that were previously classified as comparatively less serious offences [...]. This trend shows that at the national level States tend to take a stricter attitude towards serious forms of sexual assault*»: véase *Prosecutor v. Anto Furundžija*, núm. IT-95-17/1, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 179.

<sup>49</sup> BERNHARDT, R., «*Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights*», *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999, pp. 11-26, p. 23; y DISTEFANO, G., «*L'interprétation évolutive de la norme internationale*», *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 115, 2011, núm. 2, pp. 373-396, p. 381.

<sup>50</sup> RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 31-32.

<sup>51</sup> PASTOR RIDRUEJO, J. A., «*Droit international et droit international des droits de l'homme - Unité ou fragmentation?*», en VVAA, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 537-549, p. 541.

su primeros precedentes, *Irlanda c. Reino Unido*<sup>52</sup>, son acuerdos que establecen obligaciones que los Estados partes no pueden derogar o exceptuar de manera discrecional, sino únicamente en los casos expresamente previstos<sup>53</sup>. Aunque se trata de instrumentos internacionales sometidos al DI general<sup>54</sup>, su especial naturaleza jurídica nos invita a reflexionar si al interpretarlos resulta necesario utilizar los criterios establecidos por el Convenio de Viena de alguna manera particular<sup>55</sup>.

El examen de la práctica pone de relieve cómo el TEDH ha admitido desde un principio su preferencia por la aplicación de criterios hermenéuticos que no restrinjan las obligaciones que corresponden a los Estados<sup>56</sup> y garanticen la consecución del objeto y fin del tratado en beneficio de los particulares<sup>57</sup>. La CIDH también ha avalado el recurso a este método de interpretación de carácter teleológico tanto en la vía contenciosa<sup>58</sup> como en la consultiva<sup>59</sup>. Para optimizar la invocación de este criterio finalista previsto por el art. 31.1 del Convenio de Viena<sup>60</sup>, ambos tribunales desarrollan paralelamente una interpretación evolutiva de las disposiciones previstas por el Convenio de Roma y el Pacto de San José, que genera no sólo una actualización progresiva de estos tratados en consonancia con los desarrollos normativos más recientes experimentados a nivel internacional e interno, sino que también supone un mecanismo corrector de las eventuales contradicciones o solapamientos que puedan surgir entre los distintos instrumentos dedicados a la protección de los derechos humanos en el DI de ámbito

<sup>52</sup> *Ireland v. United Kingdom*, 18 January 1978, § 239, Serie A, núm. 25.

<sup>53</sup> SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, núm. 3, pp. 483-529, pp. 526-527.

<sup>54</sup> CAFLISCH, L., «L'application du droit international général par la Cour européenne des droits de l'homme», en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. y WITTICH, A. (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Brill, 2008, pp. 627-648, pp. 628-638.

<sup>55</sup> Se ha afirmado, por ejemplo, que las disposiciones de carácter material del Convenio de Roma tienden a interpretarse de una forma extensiva, mientras que las de carácter procesal se interpretan restrictivamente: véase GOLSONG, H., «Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties», en MACDONALD, R. St. J., MATSCHER, F. y PETZOLD, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 147-162, p. 150.

<sup>56</sup> BERNHARDT, R., «Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties», en MATSCHER, F. y PETZOLD, H. (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 2.<sup>a</sup> ed., Cassel, Carl Heymanns Verlag, 1990, pp. 65-71, p. 70.

<sup>57</sup> *Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, § 8, Serie A, núm. 7; y *Soering v. United Kingdom*, 7 July 1989, § 87, Serie A, núm. 161.

<sup>58</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001*, Serie C, núm. 79, párrs. 146-149.

<sup>59</sup> *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*, Serie A, núm. 16, párr. 76.

<sup>60</sup> CRAVEN, M., «Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, núm. 3, pp. 489-519, pp. 500-513; MELCHIOR, M., «Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des Droits de l'Homme», en MATSCHER, F. y PETZOLD, H. (eds.), *op. cit.*, nota 56, pp. 411-419; y WILDHABER, L., «The European Convention on Human Rights and International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007, núm. 2, pp. 217-231, p. 221.

regional<sup>61</sup>. La interpretación evolutiva, por tanto, complementa y da sentido a la interpretación teleológica de los tratados internacionales celebrados en la estructura institucional o de cooperación.

En efecto, tanto el TEDH como la CIDH han reconocido que el Convenio de Roma y el Pacto de San José, respectivamente, deben ser interpretados de manera evolutiva, ser sensibles a los cambios que tienen lugar en los sistemas legislativos de sus Estados partes y, en general, atender a los desarrollos sociales experimentados por el DI de los derechos humanos, pues ambos tratados constituyen instrumentos vivos o «*living instrument(s) which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions*»<sup>62</sup>. El límite a esta práctica hermenéutica evolutiva reside, como indicó el Tribunal de Estrasburgo en *Johnston y otros c. Irlanda*, en la imposibilidad de modificar el tenor del tratado internacional introduciendo o incorporando un derecho no previsto inicialmente por los Estados partes<sup>63</sup>. Además, como resultado de la misma cabría introducir ciertos límites al ejercicio de algunos derechos otorgados a los particulares<sup>64</sup>.

En la siguiente sección se examina el papel que desempeña la noción de consenso cuando el TEDH y la CIDH interpretan evolutivamente el Convenio de Roma y el Pacto de San José, respectivamente. Se trata de indagar, en definitiva, de qué forma este consenso —o su ausencia—, influye o condiciona la interpretación de las obligaciones previstas en ambos tratados, convirtiéndose así en una herramienta idónea para adaptarlos a la realidad social contemporánea y mantener el acervo jurídico ya consolidado en ambos subsistemas regionales<sup>65</sup>.

### 3. LA EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA NOCIÓN DE CONSENSO

A continuación se estudia cómo, mediante el recurso a una concepción consensualista, el TEDH y la CIDH se aseguran que los tratados regionales

<sup>61</sup> GAJA, G., «Nouveaux instruments et institutions de renforcement de la protection des droits de l'homme en Europe», en ALSTON, Ph. (dir.), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 813-832, pp. 815-816.

<sup>62</sup> *Tyler v. United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Serie A, núm. 26; *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Serie A, núm. 31; y *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párr. 114.

<sup>63</sup> *Johnston and others v. Ireland*, 18 December 1986, § 53, Serie A, núm. 112. Confróntese en la doctrina: RIGAUX, F., «Interprétation consensuelle et interprétation évolutive», en SUDRE, F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 41-62, p. 42.

<sup>64</sup> Por ejemplo, el TEDH ha ampliado la capacidad de los Estados para interferir justificadamente en el derecho de propiedad de los particulares en determinadas ocasiones: véase MATSCHER, F., «Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme», *Recueil des Cours*, tomo 270, 1997, pp. 237-398, p. 283.

<sup>65</sup> Confróntese con ROBERTS, A., «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States», *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, núm. 2, pp. 179-225, p. 205.

de derechos humanos se interpretan de conformidad con la práctica y las convicciones generalmente reconocidas por sus Estados partes. Al emplear la noción de consenso, no obstante, afloran en la jurisprudencia de aquellos tribunales tres importantes tensiones: la tensión entre soberanía y cooperación, la tensión entre universalismo y regionalismo y, por último, la tensión entre jurisdicción internacional y constitucional.

### 3.1. La tensión entre soberanía y cooperación

La interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos puede subsumirse en el contexto de la dialéctica entre soberanía y cooperación que está asentada en el ordenamiento jurídico internacional con carácter transversal. Por esta razón, en su condición de tribunales internacionales, el TEDH y la CIDH operan con cautela cuando ponderan realizar una interpretación evolutiva de aquellos tratados.

#### 3.1.1. *Una aproximación condicionada por el principio de soberanía*

Merecen atención un par de precedentes que evidencian hasta qué punto se manifiesta esta prudencia de los tribunales regionales de derechos humanos frente al principio de igualdad soberana. En *Soering c. Reino Unido* la argumentación seguida por el TEDH para declarar la violación del art. 3 del Convenio de Roma por parte del Reino Unido, en el caso de que aceptara la extradición a los Estados Unidos de América de un individuo condenado a la pena capital, estuvo en parte fundamentada en la existencia de un consenso o acuerdo general —que no unánime— entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la necesidad de abolir la pena de muerte y, en todo caso, de no aplicarla a los menores de edad ni a quienes sufrieran una incapacidad síquica en el momento de la comisión del delito. Esta línea argumental debía salvar un inconveniente jurídico de cierta envergadura política, ya que el Reino Unido no había ratificado el Protocolo núm. 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983<sup>66</sup>. Es por esto que el TEDH admitió que la interpretación evolutiva no podía ser utilizada de manera discrecional para corregir la posición mantenida entonces por el Reino Unido respecto a la pena de muerte, pese a la existencia de una práctica general en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> BOE de 17 de abril de 1985.

<sup>67</sup> Resultan evidentes los esfuerzos argumentativos desarrollados por el Tribunal de Estrasburgo para declarar la responsabilidad internacional del Reino Unido y, al mismo tiempo, aceptar su oposición al citado Protocolo. En palabras del TEDH «*Protocol No. 6 [...], as a subsequent written agreement, shows that the intention of the Contracting Parties as recently as 1983 was to adopt the normal method of amendment of the text in order to introduce a new obligation to abolish capital punishment in time of peace and, what is more, to do so by an optional instrument allowing each State to choose the mo-*

En el ámbito interamericano se observa igualmente una aproximación deferente con la soberanía estatal, por ejemplo, en la opinión consultiva sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, donde la Corte Interamericana decidió ejercer su competencia consultiva para interpretar la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, adoptada en Bogotá en el año 1948 (Declaración de Bogotá), en virtud del art. 64 del Pacto de San José, que le confiere expresamente competencia consultiva sobre «otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos». Para justificar esta conclusión no le bastó a la CIDH con invocar el art. 29.c) del Pacto de San José, que establece la necesidad de interpretar éste de tal forma que no se limiten o excluyan los derechos previstos por la Declaración de Bogotá, sino que además examinó la naturaleza jurídica que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) le habían reconocido a las disposiciones establecidas en aquella Declaración<sup>68</sup>. La CIDH pudo finalmente confirmar el carácter vinculante de las obligaciones establecidas en la Declaración de Bogotá tras identificar cierto consenso general de los Estados, expresado tanto a través de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA como en el preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias el 12 de septiembre de 1985<sup>69</sup>.

La interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos, por consiguiente, queda en buena parte supeditada a la existencia de un consenso previo entre los Estados que avale y sustente su utilización en sede judicial. Como resultado del protagonismo que asume el principio de igualdad soberana, la ausencia de un acuerdo general permite reacciones más deferentes con las medidas nacionales que se someten a examen ante estos órganos judiciales, articuladas a través del margen de apreciación nacional. Aunque el presente trabajo no pretende adentrarse en el examen de esta noción<sup>70</sup>, es importante considerar que, de manera opuesta a la interpretación

---

*ment when to undertake such an engagement. In these conditions, notwithstanding the special character of the Convention [...], Article 3 [...] cannot be interpreted as generally prohibiting the death penalty»: véase Soering v. United Kingdom, 7 July 1989, § 103, Serie A, núm. 161.*

<sup>68</sup> Puso de relieve la CIDH que «los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA»: véase *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10*, párr. 43.

<sup>69</sup> Organización de Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 67.

<sup>70</sup> Sobre la aplicación del margen de apreciación nacional en la jurisprudencia regional europea, además del trabajo citado en la nota 7: véanse BRAUCH, J. A., «The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law», *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 113-147; y LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 27-31 y 116-120.

evolutiva, el margen de apreciación nacional se construye y justifica, entre otros factores, a partir de la inexistencia de un acuerdo general (*consensus generalis*)<sup>71</sup>.

Así las cosas, con carácter general<sup>72</sup>, puede concluirse que la constatación de un consenso facilita adoptar una interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos y, en su caso, declarar la responsabilidad internacional del Estado cuyo comportamiento se hubiera apartado de aquel acuerdo. De la misma forma, pero a la inversa, la falta de consenso permite invocar el margen de apreciación nacional y considerar, en su caso, que las medidas impuestas por el Estado no transgreden los derechos y libertades fundamentales reconocidos convencionalmente. Ambas afirmaciones, sin embargo, no ofrecen respuesta a algunas situaciones ubicadas en una zona gris, como los supuestos donde el consenso puede identificarse por referencia a otros instrumentos internacionales y también cuando el Estado no participa en el consenso o incluso lo objeta. El estudio de estos precedentes en las siguientes líneas nos permite ilustrar las especificidades que presenta la aproximación consensualista en los subsistemas regionales de derechos humanos.

### 3.1.2. *La erosión del principio de soberanía*

En la práctica de los tribunales regionales de derechos humanos, en ocasiones, se ha declarado el incumplimiento por parte de un Estado de sus obligaciones regionales en materia de derechos humanos, aun tras constatar su oposición al acuerdo general alcanzado por el resto de sujetos otorgando un determinado derecho a los particulares. Se trata de una situación especial porque, en definitiva, implica erosionar sensiblemente el principio de igualdad soberana a favor del principio de cooperación.

Son muy ilustrativas las reclamaciones planteadas contra el Reino Unido por transexuales solicitando el reconocimiento de determinados derechos al calor de los arts. 8 y 12 del Convenio de Roma<sup>73</sup>. Aunque admitiendo la cada vez mayor aceptación social de la transexualidad<sup>74</sup>, el TEDH había mantenido una posición deferente con el principio de soberanía en varias decisiones

<sup>71</sup> ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Amberes, Intersentia, 2002, pp. 203-204.

<sup>72</sup> GARCÍA ROCA, G., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 131-134 y 206-207.

<sup>73</sup> En particular, el derecho a modificar su inscripción registral de nacimiento (*Rees v. United Kingdom*, 17 October 1986, §§ 37 y 44, Serie A, núm. 106), el derecho a contraer matrimonio tras haberse sometido a una operación de cambio de sexo (*Cossey v. United Kingdom*, 27 September 1990, §§ 37, 40 y 46, Serie A, núm. 184) y el derecho a ser registrado civilmente como progenitor de una menor [*X, Y and Z v. United Kingdom* (GC), núm. 21830/93, §§ 47-48, TEDH 1997].

<sup>74</sup> En *Sheffield and Horsham c. Reino Unido* el TEDH afirmó que «it is nevertheless the case that there is an increased social acceptance of transsexualism and an increased recognition of the problems which post-operative transsexuals encounter. Even if it finds no breach of Article 8 in this case, the Court reiterates that this area needs to be kept under review by Contracting States»: véase *Sheffield and Horsham v. United Kingdom*, núm. 22985/93 y núm. 23390/94, § 60, TEDH 1998 (cursiva añadida).

que, invocando el margen de apreciación nacional, no consideraban que las medidas nacionales establecidas por el Reino Unido para regular este fenómeno resultaran contrarias al Convenio de Roma<sup>75</sup>. En *Goodwin c. Reino Unido*, sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo modificó su línea jurisprudencial. En esta sentencia, aun reconociendo expresamente la ausencia de un «*common European approach*» entre los Estados miembros del Consejo de Europa, la Gran Sala rechazó invocar el margen de apreciación nacional y declaró la responsabilidad internacional del Reino Unido<sup>76</sup>. Esta decisión produjo un impacto notable en el tratamiento jurídico dispensado a los transexuales en dicho Estado, pues les confirió el derecho tanto a modificar su inscripción registral de nacimiento como a contraer matrimonio<sup>77</sup>. Cabe referirse más en detalle a los argumentos empleados por el TEDH para aceptar ambos derechos porque, si bien en la sentencia se reconoció la ausencia de un «*common approach*», de alguna forma se inspiran en la noción de consenso estudiada en el presente trabajo.

Por lo que se refiere al derecho a modificar el género en la inscripción registral de nacimiento, el TEDH encontró en el proceso de integración europea un resorte adecuado para sostener la violación del art. 8 del Convenio de Roma en conjunción con el principio de no discriminación consagrado en el art. 14 del citado tratado<sup>78</sup>. La posición mantenida por el Reino Unido ya no sólo era controvertida desde la perspectiva del subsistema regional europeo de derechos humanos, sino que interfería además con el cumplimiento de un principio estructural de la UE, la no discriminación. En efecto, la normativa que impedía los cambios en el registro de nacimiento generaba sobre los

<sup>75</sup> MANZANO BARRAGÁN, I., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, pp. 49-78, pp. 68-74.

<sup>76</sup> Afirmó el TEDH que «*in the case of Rees in 1986 it had noted that little common ground existed between States, some of which did permit change of gender and some of which did not and that generally speaking the law seemed to be in a state of transition [...] In the later case of Sheffield and Horsham, the Court's judgment laid emphasis on the lack of a common European approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection. While this would appear to remain the case, the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising. In accordance with the principle of subsidiarity, it is indeed primarily for the Contracting States to decide on the measures necessary to secure Convention rights within their jurisdiction and, in resolving within their domestic legal systems the practical problems created by the legal recognition of post-operative gender status, the Contracting States must enjoy a wide margin of appreciation.* The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals»: véase *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, § 85, TEDH 2002 (redonda añadida).

<sup>77</sup> En la misma fecha en que se hizo público el contenido de esta sentencia, el 11 de julio de 2000, el Tribunal de Estrasburgo emitió otra sentencia contra el Reino Unido que presentaba aspectos muy similares: véase *I. v. United Kingdom* [GC], núm. 25680/94, §§ 65 y 80-83, TEDH 2002.

<sup>78</sup> Dispone el art. 14 del Convenio de Roma que «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

particulares, entre otros perjuicios, la imposibilidad de beneficiarse del régimen de seguridad social y pensiones establecido para las mujeres en el Reino Unido<sup>79</sup>, dando lugar a una situación discriminatoria también desde la óptica del Derecho de la UE<sup>80</sup>.

En cuanto al derecho a contraer matrimonio, el TEDH afirmó que el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (Carta de Estrasburgo)<sup>81</sup> introducía expresamente una evolución en el concepto de matrimonio. En lugar de la tradicional referencia al hombre y la mujer establecida por el Convenio de Roma, la Carta de Estrasburgo prevé en su art. 9 un enunciado más genérico y aséptico que garantiza «el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Estos argumentos permitieron al TEDH concluir que, si bien los Estados mantenían su competencia para regular cuestiones relacionadas con el estatuto de los transexuales y las condiciones para celebrar o declarar nulo el matrimonio, no existía justificación alguna —desde la perspectiva del art. 12 del Convenio de Roma— para limitar con carácter general el derecho de este colectivo a contraer matrimonio<sup>82</sup>.

Las interacciones entre los distintos subsistemas normativos que conviven en Europa resultan fundamentales para comprender la posición mantenida por el TEDH en *Goodwin c. Reino Unido*. Ante la falta de un «*common European approach*», el Tribunal de Estrasburgo utilizó como estándar la existencia de una «*continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals*»<sup>83</sup>. El proceso de integración europea, amén del tratamiento más favorable dispensado a los transexuales en otros Estados de la *Commonwealth*<sup>84</sup> y de lo estipulado en la Recomendación 1117 (1989)

<sup>79</sup> Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39 de 14 de febrero de 1976, p. 40).

<sup>80</sup> *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, §§ 91-93, TEDH 2002. En este contexto, el TEDH se sirvió de la interpretación efectuada por el TJUE del principio de no discriminación por razón de sexo, según la cual puede considerarse como tal aquella discriminación que tiene lugar como consecuencia de un cambio de sexo del interesado: véase Sentencia del TJUE de 30 de abril de 1996, *P. c. S. y Cornwall County Council* (Asunto C-13/94), Rec., p. I-2143, apdo. 20.

<sup>81</sup> DO C 83 de 30 de marzo de 2010, p. 389.

<sup>82</sup> El TEDH afirmó que «*is not persuaded that at the date of this case it can still be assumed that these terms must refer to a determination of gender by purely biological criteria [...]. The Court would also note that Article 9 of the recently adopted Charter of Fundamental Rights of the European Union departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women*»: véase *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, §§ 100 y 103, TEDH 2002.

<sup>83</sup> *Ibid.*, § 85. Se ha señalado acertadamente que «con esta nueva construcción obra concreción una dimensión positiva y habitualmente minimizada del proceso globalizador: la misma globalización de los desarrollos asociados con la protección de los derechos humanos»: véase GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Interpretación, Derecho internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004, núm. 1, pp. 164-184, pp. 178.

<sup>84</sup> Con el objeto de dar contenido a esa «*international trend*» el TEDH examinó la práctica seguida por varios Estados de la tradición jurídica del *common law* como Australia y Nueva Zelanda: véase

sobre la condición de los transexuales, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de septiembre de 1989<sup>85</sup>, actuó como el verdadero catalizador de esa «*international trend*» y allanó el camino para que la Gran Sala modificara su doctrina basándose en la existencia de un *consensus generalis* en el seno de la UE.

La jurisprudencia plasmada en este caso pone de manifiesto las dificultades argumentativas que se presentan para el TEDH cuando no puede identificar un «*common approach*» (*consensus generalis*) entre los Estados miembros del Consejo de Europa que le permita desarrollar y sostener una interpretación evolutiva del Convenio de Roma. En *Goodwin c. Reino Unido* el TEDH se vio en la necesidad de «importarlo» por referencia desde el proceso de integración europea, el otro gran referente jurídico del subsistema regional europeo. *Goodwin c. Reino Unido* evidencia cómo el TEDH ha encontrado fórmulas basadas en una concepción consensualista que permiten erosionar el principio de igualdad soberana en la estructura de cooperación intergubernamental. En ausencia de este consenso se hace más difícil para aquel órgano declarar la responsabilidad internacional del Estado. Este último es el caso, por ejemplo, de *T. c. Reino Unido* y *V. c. Reino Unido*, donde prevalecieron las medidas adoptadas por el Reino Unido para enjuiciar a dos menores de edad, tras ponerse de manifiesto la falta de un acuerdo general tanto sobre la edad mínima a partir de la cual se puede exigir responsabilidad penal en Europa, como respecto al tratamiento que las legislaciones procesales penales de los distintos Estados miembros conceden a los menores de edad<sup>86</sup>. En estos litigios, la falta del citado consenso se tradujo en deferencia para con el Estado miembro, a través de la aplicación de la noción del margen de apreciación nacional.

En otras ocasiones los problemas interpretativos surgen no sólo en ausencia de consenso, sino también cuando algún Estado objeta el acuerdo generalmente aceptado por el resto de miembros del subsistema regional. *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*, un caso relacionado con la prohibición de la fecundación *in vitro* establecida por la legislación costarricense, constituye un precedente representativo. Entre las cuestiones controvertidas se planteó la existencia de un acuerdo general entre los Estados partes del Pacto de San

---

*Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, § 84, TEDH 2002. Confróntense en la doctrina: CLAYTON, R. y TOMLINSON, H. (eds.), *The Law of Human Rights*, vol. I, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 1191-1192 y 1230-1231; LEGG, A., *op. cit.*, nota 70, p. 119; y MORAWA, A., «The “Common European Approach”, “International Trends”, and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on *Goodwin and I v. the United Kingdom*», *German Law Journal*, vol. 3, 2002, núm. 8, par. 33.

<sup>85</sup> Esta Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que tenía como objeto promover la adopción de medidas para el reconocimiento del fenómeno de la transexualidad en sus Estados miembros, ni siquiera figura citada en esta sentencia por la Gran Sala: confróntese *Cossey v. United Kingdom*, 27 September 1990, § 40, Serie A, núm. 184.

<sup>86</sup> Pese a que se tomaron algunas medidas específicas antes de iniciarse el procedimiento para proteger la intimidad de los demandantes, las autoridades del Reino Unido decidieron enjuiciar públicamente a dos menores de diez años que eran presuntamente responsables de los delitos de detención ilegal y asesinato de otro menor de edad: véanse *T. v. United Kingdom*, núm. 24724/94, §§ 71-72 y 75, TEDH 1999; y *V. v. United Kingdom*, núm. 24888/94, §§ 73-74 y 77, TEDH 1999.

José acerca de la necesidad de regular esta técnica de reproducción asistida, que Costa Rica venía objetando singular y tradicionalmente con la finalidad de conceder plena protección al embrión en su ordenamiento jurídico nacional.

A diferencia de *Goodwin c. Reino Unido*, en este caso existía un acuerdo general únicamente objetado por un Estado miembro del Pacto de San José. Para definir el alcance del derecho a la vida, derecho que Costa Rica interpretaba de manera absoluta, la Corte Interamericana puso de relieve este consenso manifestado a través de una «práctica generalizada» llevada a cabo por la mayoría de Estados que conforman el sistema interamericano y que protegen de manera gradual —y no absoluta— la vida prenatal, permitiendo el acceso regulado a ciertas técnicas de reproducción asistida<sup>87</sup>. A la luz de ese acuerdo general (*consensus generalis*), la CIDH entendió que la legislación controvertida constituía una interferencia arbitraria, excesiva y desproporcionada con el derecho a la vida privada y familiar y, por tanto, daba lugar a una discriminación contraria al art. 1.1 del Pacto de San José<sup>88</sup>. En su decisión, la CIDH obligó a Costa Rica a introducir cambios legislativos que levanten la prohibición de utilizar la fertilización *in vitro* y permitan poner en práctica esta técnica de reproducción asistida de manera no discriminatoria. Se confirma así, desde una perspectiva sustantiva, el valor relativo que la objeción de un Estado presenta en los subsistemas regionales de derechos humanos, como también puso de relieve el TEDH en *Loizidou c. Turquía*, desde una perspectiva formal, al interpretar de manera restrictiva los límites a la facultad para formular reservas al Convenio de Roma que disponen sus Estados partes<sup>89</sup>.

En definitiva, aun cuando un sujeto de DI se opone al consenso existente, si este consenso puede constatarse o inferirse por referencia a otros medios de prueba de la práctica internacional, los tribunales regionales de derechos humanos pueden interpretar los tratados regionales de derechos humanos de manera evolutiva y declarar responsable internacionalmente al Estado objeto, produciéndose entonces una sensible erosión del principio de igualdad

---

<sup>87</sup> Señaló la CIDH que «a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV»: véase *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») v. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 257*, párr. 256.

<sup>88</sup> El art. 1.1 del Pacto de San José establece que «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

<sup>89</sup> *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, 23 March 1995, §§ 76-78, Serie A, núm. 310.

soberana. Se trata, no obstante, de una situación que los tribunales regionales de derechos humanos deben gestionar con cautela y prudencia. En primer lugar, porque ese Estado podría apelar al principio de soberanía durante la fase de ejecución de la sentencia para eludir o sortear el cumplimiento de las obligaciones impuestas. Y, en segundo lugar, porque nada impediría al Estado reconsiderar su participación en el correspondiente tratado de derechos humanos, invocando nuevamente el principio de soberanía. En este sentido, por ejemplo, cabe enmarcar la denuncia realizada por Venezuela al Pacto de San José el 10 de septiembre de 2012.

En el siguiente apartado se estudia con más detalle la identificación del consenso por referencia o remisión a otros instrumentos internacionales, al calor de la tensión entre universalismo y regionalismo.

### **3.2. La tensión entre universalismo y regionalismo**

La identificación de un acuerdo general constituye, como se ha puesto de relieve en el apartado anterior, una operación compleja que exige realizar un análisis de la posición jurídica mantenida por los Estados no sólo en los respectivos subsistemas regionales donde participan, sino con carácter general en el DI de los derechos humanos.

#### **3.2.1. *La identificación del consenso por remisión al ordenamiento internacional***

Los Estados partes en el Convenio de Roma y en el Pacto de San José son a su vez parte en múltiples tratados internacionales de ámbito universal destinados a proteger los derechos humanos. Cuando el TEDH y la CIDH interpretan aquellos tratados regionales recurren a estos instrumentos universales para contrastar el alcance otorgado por los Estados partes a las obligaciones allí previstas y, dado que los derechos humanos constituyen un valor general y comúnmente aceptado en la sociedad internacional, identificar un acuerdo general (*consensus generalis*) que les permita fundamentar una interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos y coherente con los compromisos asumidos por aquellos Estados en el ámbito universal.

De entre los tratados internacionales celebrados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), utilizados por el TEDH y la CIDH, destacan fundamentalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>90</sup>, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Pacto de Nueva

<sup>90</sup> *Soering v. United Kingdom*, 7 July 1989, §§ 88 y 108, Serie A, núm. 161; *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultativa OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*, Serie A, núm. 16, párrs. 116-121; *Bayatyan v. Armenia* [GC],

York)<sup>91</sup>; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>92</sup>, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979<sup>93</sup>; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>94</sup>, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984<sup>95</sup>; la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>96</sup>, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Convención de Nueva York)<sup>97</sup>; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>98</sup>, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006<sup>99</sup>; o la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>100</sup>, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006<sup>101</sup>.

Asimismo, otros tratados internacionales de carácter universal han sido utilizados para perfilar el contenido de los derechos y libertades fundamentales como, por ejemplo, los que codifican el DI humanitario<sup>102</sup>; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>103</sup>, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (Estatuto de Roma)<sup>104</sup>; el Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de

---

núm. 23459/03, § 105, TEDH 2011; y *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece* [GC], núm. 42202/07, §§ 72-75, TEDH 2012.

<sup>91</sup> BOE de 30 de abril de 1977.

<sup>92</sup> *Ünal Tekeli v. Turkey*, núm. 29865/96, §§ 30-31, TEDH 2004.

<sup>93</sup> BOE de 21 de marzo de 1984.

<sup>94</sup> *Soering v. United Kingdom*, 7 July 1989, §§ 87-88, Serie A, núm. 161; y *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 11 de marzo 2005, Serie C, núm. 123*, párr. 61.

<sup>95</sup> BOE de 9 de noviembre de 1987.

<sup>96</sup> *T. v. United Kingdom*, núm. 24724/94, §§ 74-75, TEDH 1999; *V. v. United Kingdom*, núm. 24724/94, §§ 76-77, TEDH 1999; *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63*, párr. 193; y *S. and Marper v. United Kingdom* [GC], núm. 30562/04 y núm. 30566/04, § 124, TEDH 2008. En su opinión consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, por ejemplo, la Corte Interamericana invocó la Convención de Nueva York para responder a las cuestiones formuladas, sirviéndose del «amplio consenso internacional favorable a los principios e instituciones» por ella reconocidos: véase *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, núm. 17*, párr. 29.

<sup>97</sup> BOE de 31 de diciembre de 1990.

<sup>98</sup> *Glor v. Switzerland*, núm. 13444/04, § 53, TEDH 2009; y *Alajos Kiss v. Hungary*, núm. 38832/06, §§ 14 y 44, TEDH 2010.

<sup>99</sup> BOE de 21 de abril de 2008.

<sup>100</sup> *Varnava and others v. Turkey* [GC], núm. 16064/90, núm. 16065/90, núm. 16066/90, núm. 16068/90, núm. 16069/90, núm. 16070/90, núm. 16071/90, núm. 16072/90 y núm. 16073/90, § 163, TEDH 2009. En el ámbito interamericano pueden consultarse, por ejemplo, las referencias realizadas por la CIDH a la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (A/RES/47/133, de 18 de diciembre de 1998): véase *Caso Blake v. Guatemala, Fondo, Sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C, núm. 36*, párrs. 96-97.

<sup>101</sup> BOE de 18 de febrero de 2011.

<sup>102</sup> *Kononov v. Latvia* [GC], núm. 36376/04, TEDH 2010. En este caso se invocaron el ya citado Convenio de La Haya; el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (BOE de 2 de septiembre de 1952); y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 (BOE de 26 de julio de 1989): véase *infra*, apdo. 3.3.1.

<sup>103</sup> *Scoppola v. Italy* (núm. 2) [GC], núm. 10249/03, § 105, TEDH 2009.

<sup>104</sup> BOE de 27 de mayo de 2002 y corrección de errores en BOE de 29 de julio de 2002.

Sindicación<sup>105</sup>, adoptado el 9 de julio de 1948 (Convenio número 87)<sup>106</sup>; o el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores<sup>107</sup>, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980<sup>108</sup>.

Al constituir tratados internacionales de carácter universal, abiertos a la participación de todos los Estados miembros de la sociedad internacional, los tribunales regionales de derechos humanos se han servido de ellos para desarrollar y acotar por referencia el contenido de los derechos y libertades, buscando en aquellos tratados las manifestaciones de un *consensus generalis* que les permitan justificar la utilización de una interpretación evolutiva.

Sirva como precedente *Scoppola c. Italia* (núm. 2)<sup>109</sup>, donde se aprecia un notable desarrollo del principio de legalidad en materia penal (art. 7 del Convenio de Roma) a través de esta técnica de la remisión. La Gran Sala entendió que, al aplicar una ley penal vigente pero más gravosa sobre un reo, Italia había contravenido aquel principio<sup>110</sup>. Para llegar a esta conclusión el Tribunal de Estrasburgo consideró que la aplicación de la ley penal más favorable se había ido consolidando gradualmente como un principio a nivel internacional y europeo, hasta el punto de que varios instrumentos convencionales, entre ellos el Estatuto de Roma, lo habían consagrado expresamente en su articulado<sup>111</sup>. El desarrollo jurisprudencial introducido por

<sup>105</sup> Caso *Baena Ricardo y otros 270 trabajadores v. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 72*, párr. 157; y *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], núm. 34503/97, § 154, TEDH 2008.

<sup>106</sup> BOE de 11 de mayo de 1977.

<sup>107</sup> *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], núm. 41615/07, §§ 135-137, TEDH 2010.

<sup>108</sup> BOE de 24 de agosto de 1987.

<sup>109</sup> Un caso donde al demandante le debía ser impuesta una pena de prisión el mismo día en que entraba en vigor oficialmente en Italia una normativa que preveía penas más severas. A petición de la Fiscalía italiana un tribunal de apelación resolvió que, de conformidad con el principio *tempus regit actum*, la pena que debía imponerse al reo era la que estaba vigente en el momento de dictarse la sentencia, en este caso, la más onerosa.

<sup>110</sup> Dispone el primer párrafo del art. 7 del Convenio de Roma que «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida». La interpretación de este precepto había sido acotada tanto por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el año 1978 (*X. c. Federal Republic of Germany*, núm. 7900/77, Commission decision of 6 May 1978, Decisions and Reports 13, p. 72), como posteriormente por el TEDH [*Le Petit v. United Kingdom* (dec.), núm. 35574/97, TEDH 2000; y *Zaprianov v. Bulgaria* (dec.), núm. 41171/98, TEDH 2003], en el sentido de que no implicaba un derecho del reo a beneficiarse de una ley penal más favorable.

<sup>111</sup> Afirmó el TEDH que «*a long time has elapsed since the Commission gave the above-mentioned X v. Germany decision and that during that time there have been important developments internationally. In particular, apart from the entry into force of the American Convention on Human Rights, Article 9 of which guarantees the retrospective effect of a law providing for a more lenient penalty enacted after the commission of the relevant offence [...], mention should be made of the proclamation of the European Union's Charter of Fundamental Rights [...]. Lastly, the applicability of the more lenient criminal law was set forth in the statute of the International Criminal Court [...]. The Court therefore concludes that since the X v. Germany decision a consensus has gradually emerged in Europe and internationally around the view that application of a criminal law providing for a more lenient penalty, even one enacted after the commission of the offence, has become a fundamental principle of criminal law. It is also significant that the legislation of the respondent State had recognised that principle since 1930 [...]*»: véase *Scoppola v. Italy* (núm. 2) [GC], núm. 10249/03, §§ 105-106, TEDH 2009 (cursiva añadida). Entendió la Gran

esta sentencia se basó en una interpretación evolutiva del art. 7 del Convenio de Roma realizada por referencia, esto es, a la luz de toda una serie de instrumentos convencionales de carácter internacional y europeo que evidenciaban un acuerdo general de los Estados entorno al principio de aplicación de la pena más favorable al reo.

El método empleado por el Tribunal de Estrasburgo para justificar la interpretación evolutiva pretende constatar un acuerdo general donde participe el mayor número de Estados miembros del Consejo de Europa, aunque esta operación exija una identificación del mismo por referencia, a partir de algunas disposiciones internacionales convenidas extramuros del subsistema regional. En todo caso, como afirmó el TEDH en *Demir y Baykara c. Turquía*, la no participación de un Estado miembro del Consejo de Europa en un tratado internacional no constituye un elemento relevante para identificar o descartar la existencia de un acuerdo general sobre el contenido de una determinada obligación reconocida por el Convenio de Roma<sup>112</sup>. Si el TEDH identificase ese consenso más allá del subsistema regional europeo, por tanto, podría invocarlo e integrarlo. Ahora bien, esta solución debe ser gestionada con prudencia porque plantea problemas no sólo formales, relacionados con la aplicación de los criterios de interpretación de los tratados internacionales comúnmente aceptados en el DI público<sup>113</sup>, sino también sustantivos, en tanto que implica una erosión del principio de relatividad de los tratados internacionales.

En efecto, desarrollando su jurisprudencia anterior sobre el alcance del derecho a la libertad de reunión pacífica y la libertad de asociación<sup>114</sup>, el Tribunal de

---

Sala que, al prohibir la imposición de una pena más grave, *a sensu contrario* el art. 7.1 del Convenio de Roma no excluía la posibilidad de conceder al reo el beneficio de una pena más beneficiosa prevista por el ordenamiento jurídico tras cometerse el delito. Se trata de una conclusión a la que el TEDH llegó de manera implícita y que le permitió declarar la violación del citado art. 7, después de constatar asimismo la naturaleza sustantiva —y no meramente procesal como alegaba Italia— de la normativa por la que se había introducido la modificación de la pena: véase *ibid.*, §§ 107-113.

<sup>112</sup> En este orden de ideas, aunque se trata de un litigio resuelto mediante una sentencia de la Sala, interesa destacar que el TEDH ha invocado el amplio consenso europeo e internacional relativo a la necesidad de proteger los derechos de las personas con discapacidad, plasmado entre otros instrumentos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, para aceptar la admisibilidad de una demanda interpuesta contra Suiza, cuando este Estado todavía no era parte de ese tratado internacional: véase *Glor v. Switzerland*, núm. 13444/04, § 53, TEDH 2009.

<sup>113</sup> Resulta interesante confrontar una lectura crítica de la parte final del párr. 76 de la sentencia dictada por la Gran Sala en *Demir y Baykara c. Turquía*, donde el TEDH apeló a la necesidad de realizar una interpretación evolutiva cuando un «*set of rules and principles that are accepted by the vast majority of States, the common international or domestic law standards of European States reflect a reality that the Court cannot disregard when it is called upon to clarify the scope of a Convention provision that more conventional means of interpretation have not enabled it to establish with a sufficient degree of certainty*»: véase PITEA, C., «Interpreting the ECHR in the Light of “Other” International Instruments: Systemic Integration or Fragmentation of Rules on Treaty Interpretation», en BOSCHIERO, N., SCOVAZZI, T., PITEA, C. y RAGNI, Ch. (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haya, Asser Press, 2013, pp. 545-559, pp. 556 y 558-559.

<sup>114</sup> *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27 October 1975, Serie A, núm. 19; *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 6 February 1976, Serie A, núm. 20; *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, 6 February 1976, Serie A, núm. 21; *Wilson, National Union of Journalists and others v. United Kingdom*,

Estrasburgo afirmó que el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos podía integrarse en aquel derecho, reconocido por el art. 11 del Convenio de Roma. A esta conclusión llegó la Gran Sala tras valorar la evolución experimentada en las relaciones laborales<sup>115</sup> tanto a nivel internacional —en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)— como europeo. Turquía, en cambio, basaba parte de sus argumentos en que al ratificar la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 (Carta Social Europea)<sup>116</sup>, no había manifestado su consentimiento en quedar obligado por sus arts. 5 (derecho sindical) y 6 (derecho de negociación colectiva), respectivamente.

El TEDH señaló que para negar la existencia de una obligación exigible a los Estados miembros del Consejo de Europa no era suficiente con alegar que un Estado no había ratificado el tratado internacional donde se contemplaba ese mandato. Antes al contrario, consideró que la constatación de un acuerdo general revelador de una evolución en el contenido de las normas aceptadas por la mayoría de Estados podía resultar suficiente para determinar la existencia de dicha obligación<sup>117</sup>. Al mismo tiempo la Gran Sala puso de relieve que Turquía había ratificado dos tratados internacionales celebrados en el marco de la OIT sobre los derechos sindicales de los trabajadores públicos, a saber el ya citado Convenio núm. 87 de la OIT y el Convenio núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado el 1 de julio de 1949 (Convenio núm. 98)<sup>118</sup>. Así, aunque Turquía no quedaba vinculada por las obligaciones en materia sindical establecidas en la Carta Social Europea, no podía afirmarse que fuera completamente ajena a ellas en virtud de otros compromisos internacionales y que participara del *consensus generalis* sobre su existencia y obligatoriedad<sup>119</sup>, aun cuando éste sólo pudiera determinarse por referencia a otros instrumentos internacionales<sup>120</sup>.

núm. 30668/96, núm. 30671/96 y núm. 30678/96, TEDH 2002; y *Sorensen and Rasmussen v. Denmark*, núm. 52562/99 y núm. 52620/99, TEDH 2006.

<sup>115</sup> *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], núm. 34503/97, §§ 146-150, TEDH 2008.

<sup>116</sup> BOE de 26 de junio de 1980 y corrección de errores en BOE de 11 de agosto de 1980.

<sup>117</sup> Afirmó la Gran Sala que «*in searching for common ground among the norms of international law it has never distinguished between sources of law according to whether or not they have been signed or ratified by the respondent State. [...] in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases. [...] [I]t is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies*»: véase *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], núm. 34503/97, §§ 78 y 85-86, TEDH 2008.

<sup>118</sup> BOE de 10 de mayo de 1977.

<sup>119</sup> *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], núm. 34503/97, §§ 100-101, 123-125, 151-152 y 166, TEDH 2008.

<sup>120</sup> En este mismo orden de cosas, a propósito de las medidas establecidas por Turquía para imponer a la mujeres el apellido del esposo tras el matrimonio, declaró el TEDH una violación del principio

Además de recurrir a los tratados internacionales de carácter universal, el Tribunal de Estrasburgo y la Corte Interamericana prestan atención a otros instrumentos más específicos creados en el propio subsistema regional donde ambos ejercen sus competencias.

### 3.2.2. *La determinación del consenso a partir de la práctica regional*

En la jurisprudencia del TEDH se han invocado varios instrumentos convencionales de alcance regional creados en el seno del Consejo de Europa como, por ejemplo, la Convención europea sobre el estatuto jurídico de los menores nacidos fuera del matrimonio<sup>121</sup>, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975<sup>122</sup>; o el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales (núm. 157 del Consejo de Europa)<sup>123</sup>, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 (Convenio-marco de Estrasburgo)<sup>124</sup>. Este último tratado viene contribuyendo decisivamente a la consolidación de un derecho regional sobre protección de las minorías nacionales y expresa un *consensus generalis* aceptado por los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>125</sup>. En virtud del mismo, por ejemplo, el TEDH ha atendido varios casos relacionados con la protección de la minoría romaní frente a las medidas de segregación escolar dictadas por ciertos Estados miembros<sup>126</sup>, reconociéndole a sus integrantes

---

de igualdad por razón de sexo argumentado que «*Turkey does not position itself outside the general trend towards placing men and women on an equal footing in the family. [...] The aim of the reforms of November 2001 was to place married women on an equal footing with their husband [...]. Despite the enactment of the Civil Code in 2001, however, the provisions concerning the family name after marriage, including those obliging married women to take their husband's name, have remained unchanged*»: véase *Ünal Tekeli v. Turkey*, núm. 29865/96, § 62, TEDH 2004.

<sup>121</sup> *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, §§ 41 y 58, Serie A, núm. 31; e *Inze v. Austria*, 28 October 1987, § 41, Serie A, núm. 126.

<sup>122</sup> España no es parte en este tratado internacional, pero sí lo es del Convenio núm. 5 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962 (*BOE* de 17 de abril de 1984).

<sup>123</sup> *Coster v. United Kingdom* [GC], núm. 24876/94, §§ 107-108, TEDH 2001; *Beard v. United Kingdom* [GC], núm. 24882/94, §§ 104-105, TEDH 2001; *Jane Smith v. United Kingdom* [GC], núm. 25154/94, §§ 100-101, TEDH 2001; *Lee v. United Kingdom* [GC], núm. 25289/94, §§ 95-96, TEDH 2001; y *Chapman v. United Kingdom* [GC], núm. 27238/95, §§ 93-94, TEDH 2001.

<sup>124</sup> *BOE* de 23 de enero de 1998.

<sup>125</sup> Así, el TEDH ha desarrollado una interpretación evolutiva del Convenio de Roma en línea con los acuerdos plasmados en el Convenio-marco de Estrasburgo: véase ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 76-88, 364-378 y 406-408.

<sup>126</sup> Ha afirmado el TEDH que «*there could be said to be an emerging international consensus among the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle, not only for the purpose of safeguarding the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity of value to the whole community*»: véase *D. H. and others v. Czech Republic* [GC], núm. 57325/00, § 181, TEDH 2007. Confróntense en el mismo orden de ideas: *Sampanis et autres c. Grèce*, núm. 32526/05, §§ 78-80 y 85, TEDH 2008; *Orsus and others v. Croatia* [GC], núm. 15766/03, § 152, TEDH 2010; y *Horváth and Kiss v. Hungary*, núm. 11146/11, §§ 120-127, TEDH 2013.

además determinados derechos y prestaciones de carácter social<sup>127</sup>. La entrada en vigor del tratado y el número de ratificaciones recibidas, como puso de relieve el TEDH en *X y otros c. Austria*, representan dos elementos esenciales para concluir si el mismo refleja un «*common ground among European States at present*»<sup>128</sup>.

Para avalar una interpretación evolutiva del Convenio de Roma, por otra parte, el TEDH se ha servido de algunos instrumentos originados en el seno del proceso de integración europea, como la ya citada Carta de Estrasburgo<sup>129</sup>. La jurisprudencia del TJUE, como se indicó *supra* al examinar *Goodwin c. Reino Unido*, constituye otro elemento empleado para definir el contenido de las obligaciones impuestas a los Estados partes del Convenio de Roma. El Tribunal de Estrasburgo, mostrando su deferencia con la soberanía estatal, ha hecho referencia en su argumentación a la jurisprudencia del TJUE en aquellos casos iniciados contra algún Estado miembro de la UE<sup>130</sup>, evitándola en los litigios que tienen lugar contra Estados que no forman parte de la UE<sup>131</sup>.

En otras ocasiones el TEDH ha utilizado algunos actos de contenido jurídico (Directivas)<sup>132</sup> y político (resoluciones del Parlamento Europeo)<sup>133</sup> dic-

<sup>127</sup> *Muñoz Díaz v. Spain*, núm. 49151/07, §§ 60 y 64, TEDH 2009 y, en sentido contrario, confróntese con *Serife Yigit v. Turkey* [GC], núm. 3976/05, §§ 85-86, TEDH 2010. Véanse en la doctrina: ARP, B., «Prestaciones de seguridad social para personas pertenecientes a la minoría romaní: comentario sobre la Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, en el asunto *Muñoz Díaz c. España*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII, 2010, núm. 1, pp. 300-308; y REQUENA CASANOVA, M., «TEDH — Sentencia de 8 de diciembre de 2009, *Muñoz Díaz c. España*, 49151/07— Artículos 12 y 14 CEDH - Derecho a contraer matrimonio - Discriminación por motivos étnicos - Matrimonio gitano - Artículo 1 del Protocolo núm. 1 - Pensión de viudedad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, núm. 36, pp. 563-578.

<sup>128</sup> A propósito de la interpretación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (*BOE* de 12 de julio de 2011): véase *X and others v. Austria* [GC], núm. 19010/07, § 150, TEDH 2013.

<sup>129</sup> *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, § 100, TEDH 2002 (art. 9 de la Carta de Estrasburgo); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], núm. 34503/97, § 105, TEDH 2008 (art. 12.1 de la Carta de Estrasburgo); *Scoppola v. Italy* (núm. 2) [GC], núm. 10249/03, § 105, TEDH 2009 (art. 49.1 de la Carta de Estrasburgo); *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], núm. 41615/07, § 135, TEDH 2010 (art. 24.2 de la Carta de Estrasburgo); y *Bayatyan v. Armenia* [GC], núm. 23459/03, § 106, TEDH 2011 (art. 10 de la Carta de Estrasburgo).

<sup>130</sup> *I. v. United Kingdom* [GC], núm. 25680/94, § 72, TEDH 2002; *Micallef v. Malta* [GC], núm. 17056/06, § 78, TEDH 2009; y *Granos orgánicos nacionales S. A. v. Germany*, núm. 19508/07, § 25, TEDH 2012.

<sup>131</sup> En *Konstantin Markin c. Rusia*, por ejemplo, varias decisiones del Tribunal de Luxemburgo se incluyen en la parte de la sentencia titulada «relevant international and comparative material», pero no son recogidas entre los fundamentos jurídicos que sirvieron para determinar la violación de los arts. 8 y 14 del Convenio de Roma: véase *Konstantin Markin v. Russia* [GC], núm. 30078/06, §§ 65-70, TEDH 2012.

<sup>132</sup> La Directiva por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros [Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (*DO* L 31 de 6 de febrero de 2003, p. 18)], fue invocada para dilucidar si las obligaciones allí dispuestas constituían obligaciones exigibles al Estado en el contexto del art. 3 del Convenio de Roma, respecto al trato que debe ser dispensado a los solicitantes de asilo por parte de las autoridades del Estado de acogida: véase *M. S. v. Belgium and Greece* [GC], núm. 30696/09, §§ 84 y 250-251, TEDH 2011.

<sup>133</sup> Dos resoluciones del Parlamento Europeo sobre el respeto de los derechos humanos en la UE [Resolución sobre el respeto a los derechos humanos en la Unión Europea (1995), de 8 de abril de

tados por las instituciones de la UE. Estos instrumentos elaborados en el seno del proceso de integración europea se utilizan como un argumento de ambiente o atmósfera que, invocados junto a otros instrumentos de ámbito universal, permiten activar una interpretación evolutiva de la obligación discutida en el litigio. No podría concedérseles mayor protagonismo, toda vez que no todos los Estados miembros de la UE forman parte del Consejo de Europa y que algunos de los instrumentos mencionados, como las decisiones del TJUE o las resoluciones del PE, no expresan la posición de los Estados miembros en torno a la presencia de un *consensus generalis*, sino el parecer de las instituciones de la UE.

Por su parte, la CIDH ha invocado las resoluciones emitidas por la Asamblea General de la OEA como manifestación del acuerdo general alcanzado en el ámbito interamericano por sus Estados miembros. En la opinión consultiva sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* varios Estados presentaron concepciones contrapuestas respecto a su competencia para interpretar la Declaración de Bogotá<sup>134</sup>. Entre otros argumentos<sup>135</sup>, la CIDH afirmó su competencia tras recordar que la Declaración de Bogotá había sido concebida por los Estados miembros de la OEA como una fuente de obligaciones jurídicas internacionales, mediante una resolución de su Asamblea General adoptada por consenso<sup>136</sup>. En el ámbito contencioso en *Claude Reyes y otros c. Chile* la CIDH señaló que existía «un consenso general de los Estados que integran la Organización de Estados Americanos» sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección; un consenso que había sido «objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA»<sup>137</sup>.

En *Atala Riffo y Niñas c. Chile*, la CIDH volvió a referirse a las resoluciones de la Asamblea General de la OEA relativas a la protección de las personas

---

1997, párr. 140 (*DO C 132 de 28 de abril de 1997*, p. 31); y Resolución sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1996), de 17 de febrero de 1998, párr. 69 (*DO C 80 de 16 de marzo de 1998*, p. 43)] fueron empleadas por el TEDH como evidencia de un acuerdo general entre los Estados miembros de la UE sobre la conveniencia de fijar la edad mínima legal para mantener relaciones homosexuales en los catorce años, la misma establecida para los heterosexuales: véase *L. and V. v. Austria*, núm. 39392/98 y núm. 39829/98, § 39, TEDH 2003.

<sup>134</sup> Los Estados Unidos de América, Costa Rica y Venezuela sostuvieron que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no poseía una naturaleza jurídica convencional o vinculante y, por tanto, no podría ser objeto de interpretación por la CIDH. Mientras que Perú y Uruguay, por ejemplo, mantuvieron una posición contraria y consideraron que la Declaración de Bogotá debía caer bajo la competencia consultiva de la Corte Interamericana: véase *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10*, párrs. 10-18.

<sup>135</sup> Véase *supra*, apdo. 3.1.1.

<sup>136</sup> *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10*, párrs. 41-43 (véase *supra*, nota 68).

<sup>137</sup> *Caso Claude Reyes y otros v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151*, párr. 78.

contra el trato discriminatorio por razón de la orientación sexual<sup>138</sup>, con el objeto de construir una argumentación que declarase la violación de varios preceptos del Pacto de San José. Sin perjuicio de que estas resoluciones de la Asamblea General de la OEA, en tanto que actos de una organización internacional adoptados por consenso, puedan expresar un acuerdo general de sus miembros y poner de manifiesto la existencia de un *consensus generalis*, interesa matizar que en *Atala Riffo y Niñas c. Chile* la CIDH realizó una lectura extensiva del contenido de aquellas resoluciones para declarar una violación del derecho a la vida familiar. En efecto, en la Asamblea General de la OEA los Estados miembros habían alcanzado un consenso respecto a la necesidad de evitar la discriminación por razón de la orientación sexual, pero no acerca del alcance del concepto de familia. Al reconocer una violación del derecho a la vida familiar por parte de las autoridades judiciales chilenas, después de que éstas hubiesen retirado la custodia sobre sus hijos menores a una lesbiana que convivía con otra mujer<sup>139</sup>, la CIDH realizó una interpretación evolutiva del derecho a la vida familiar, sobre la base de las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA, en ausencia de un *consensus generalis* en el subsistema interamericano acerca del concepto de familia<sup>140</sup>.

Los tribunales regionales de derechos humanos, en definitiva, vienen fundamentando una interpretación evolutiva en la existencia de un acuerdo general entre los Estados que puede adquirirse por remisión a la práctica regional o universal.

### 3.3. La tensión entre jurisdicción internacional y constitucional

En tercer y último lugar, la interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos se desarrolla en el marco de una tensión entre el carácter internacional del TEDH y la CIDH y la dimensión constitucional de los derechos y libertades protegidos por el Convenio de Roma y el Pacto de San José.

#### 3.3.1. *El consenso como parámetro que refuerza el carácter internacional de los tribunales regionales de derechos humanos*

Uno de los debates teóricos que más interés ha suscitado en la doctrina iusinternacionalista durante los últimos años consiste en los riesgos que para

<sup>138</sup> AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010; y AG/RES. 2653 (XLI-O/11), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011.

<sup>139</sup> *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239*, párr. 86.

<sup>140</sup> Véase *infra*, apdo. 3.3.2.

la unidad del ordenamiento internacional entraña la proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales<sup>141</sup>. En efecto, la incipiente sectorialización y regionalización del sistema internacional ha propiciado que, por ejemplo, cuestiones relacionadas con la expropiación de una empresa multinacional propias del DI económico sean conocidas por el TEDH<sup>142</sup>, mientras que aspectos vinculados a la protección de los derechos fundamentales del individuo acaben siendo discutidos ante el TIDM<sup>143</sup>.

En el ámbito regional europeo la Gran Sala del TEDH ha utilizado la noción de consenso no sólo para interpretar el Convenio de Roma de manera evolutiva, sino también para reforzar la naturaleza internacional de esta institución jurisdiccional y evitar la aparición de jurisprudencia contradictoria, toda vez que la eliminación de las barreras procesales para que el individuo pueda demandar a un Estado y el aumento del número de Estados partes del Convenio de Roma han incrementado exponencialmente la labor que desempeña el TEDH a través de las formaciones judiciales más reducidas, como las Salas<sup>144</sup>. La noción del consenso se ha convertido en un gran aliado para la

<sup>141</sup> Tras el curso monográfico dictado en el año 1998 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya por Jonathan I. Charney, otros docentes se han ocupado de esta cuestión en este foro académico: véanse CHARNEY, J. I., «Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?», *Recueil des Cours*, t. 271, 1998, pp. 101-382; DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public», *Recueil des Cours*, tomo 297, 2002, pp. 9-490, pp. 460-478; BEDJAOU, M., «L'humanité en quête de la paix et de développement (II). Cours général de droit international public», *Recueil des Cours*, tomo 325, 2006, pp. 9-542, pp. 101-106; y CRAWFORD, J., «Change, Order, Chance: The Course of Public International Law. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, tomo 365, 2013, pp. 9-390, pp. 205-229. Asimismo resultan muy ilustrativas tanto las tres aportaciones realizadas por los profesores Tullio Treves (pp. 243-253), José Martín y Pérez de Nanclares (pp. 254-286) y José Juste Ruiz (pp. 287-317) en la obra homenaje al profesor Oriol Casanovas i la Rosa editada por RODRIGO HERNÁNDEZ, A. y GARCÍA SEGURA, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, como el trabajo de la profesora Rosa Riquelme Cortado «Multiplicación de Tribunales Internacionales: ¿fragmentación del Derecho internacional?», en TORRES BERNÁRDEZ, S., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., FERNÁNDEZ DE CASADVANTE ROMANÍ, C., QUEL LÓPEZ, J. y LÓPEZ MARTÍN, A.-G. (coords.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 555-583.

<sup>142</sup> Confróntense *Khodorkovskiy v. Russia*, núm. 5829/04, TEDH 2011; *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, núm. 14902/04, TEDH 2011; *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, núm. 11082/06 y núm. 13772/05, TEDH 2013; *RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation* (Caso núm. V079/2005, Laudo de 12 de septiembre de 2010); y *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F. I., Ahorro Corporación Eurofondo F. I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S. A. v. Russian Federation* (Caso núm. 24/2007, Laudo de 20 de julio de 2012). Véase en el ámbito interamericano: *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146*, párr. 140. Y confróntese asimismo en el ámbito africano: *Mike Campbell (Pvt) Ltd. and others v. Zimbabwe*, SADC (T) Caso núm. 2/2007, Sentencia de 28 de noviembre de 2008.

<sup>143</sup> *The M/V «Louisa» Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*: véanse ITLOS/PV.12/C18/1, pp. 14-17 (Weiland); ITLOS/PV.12/C18/2, pp. 1-8; ITLOS/PV.12/C18/4, pp. 12-18 (Nordquist); ITLOS/PV.12/C18/6, pp. 2-3 (Escobar Hernández); e ITLOS/PV.12/C18/11, p. 10 (Jiménez Piernas).

<sup>144</sup> Como es sabido, en virtud del art. 26 del Convenio de Roma, el TEDH se organiza en diversas formaciones entre las que destacan las Salas y la Gran Sala. Con carácter general, los casos más complejos y sensibles a la soberanía del Estado no suelen ser conocidos por la Sala y, según establece el art. 30 del Convenio de Roma, son directamente remitidos de oficio o a instancia de parte a la Gran

Gran Sala, en su tarea de mantener la coherencia de los derechos reconocidos por el Convenio de Roma.

A propósito de *Kononov c. Letonia*, en las siguientes líneas se presenta un precedente ilustrativo del papel que desempeña la noción de consenso en el subsistema regional europeo como instrumento que permite aunar tanto evolución como cohesión. En este caso el demandante había sido procesado y condenado penalmente en Letonia por crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial sobre la base de los principios establecidos por el Convenio de La Haya, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (Convenio de Ginebra)<sup>145</sup> y por el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Protocolo de Ginebra)<sup>146</sup>. Al tiempo de cometerse los hechos delictivos (año 1944) no existía en la legislación penal letona una tipificación expresa de estos delitos. Los jueces letones, por tanto, apelaron al ordenamiento internacional general y, en particular, a las normas sobre DI humanitario para motivar jurídicamente su sentencia condenatoria.

Ya en Estrasburgo, la Sala del TEDH refutó rotundamente la conclusión alcanzada por los tribunales letones, en tanto que los dos últimos tratados internacionales citados *supra* no podían aplicarse retroactivamente a hechos cometidos en el año 1944, ni tampoco sus normas podían integrarse —a juicio de la Sala— como parte del DI consuetudinario<sup>147</sup>. Por cuanto respecta al Convenio de La Haya, la Sala no entendió que sus disposiciones fuesen aplicables, tras realizar un examen muy crítico sobre la manera en que el ordenamiento jurídico internacional había sido invocado en sede interna para determinar las cuestiones materiales y subjetivas relacionadas con la responsabilidad penal del individuo. En definitiva, la Sala declaró la violación del art. 7 del Convenio de Roma manteniendo una posición más propia de un tribunal de casación, en respuesta a la argumentación tosca y rudimentaria que habían realizado los tribunales internos.

Pero la Gran Sala adoptó un enfoque distinto, más próximo a su condición de órgano internacional. En su sentencia se despejaron todas las dudas que había sembrado la Sala acerca de las cuestiones relacionadas con la existencia, al tiempo de cometerse los hechos delictivos, de normas internacionales consuetudinarias relativas a la responsabilidad penal del individuo<sup>148</sup>.

---

Sala. Esta última, entre otras competencias, también conoce en circunstancias excepcionales de aquellos casos decididos por una Sala, en línea con el art. 43 del Convenio de Roma.

<sup>145</sup> BOE de 2 de septiembre de 1952.

<sup>146</sup> BOE de 26 de julio de 1989.

<sup>147</sup> *Kononov v. Latvia*, núm. 36376/04, § 131, TEDH 2008.

<sup>148</sup> Más en particular, por cuanto respecta en primer lugar al estatuto jurídico de las víctimas de los delitos cuya comisión se atribuía al demandante, desplegó un amplio estudio de la práctica internacional para poner de relieve que éstas gozaban de protección bajo las normas consuetudinarias del DI humanitario en la fecha crítica, ya fuese en calidad de combatientes o como civiles. La Sala, atendiendo a los indicios presentados ante la jurisdicción interna, había considerado a las víctimas como «colabora-

En efecto, la Gran Sala afirmó que el Convenio de La Haya contenía normas de carácter consuetudinario que a su vez habían sido integradas en los principios del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>149</sup> y aceptadas en la práctica judicial de varios Estados<sup>150</sup>. En otras palabras, en el año 1944 el Convenio de La Haya era aceptado en virtud de un *consensus generalis* como parte del DI consuetudinario de carácter humanitario vigente. Este acuerdo general sobre la naturaleza consuetudinaria de la norma resultó clave para que la Gran Sala afirmara que no cabía una violación del art. 7 del Convenio de Roma, al existir ley penal en el momento de cometerse los hechos por los que el demandante había sido condenado.

En la sentencia de la Sala, además de observarse un insuficiente análisis del DI humanitario como norma de DI aplicable, prevaleció una concepción

---

tors of the German Army» y, en virtud de esta conclusión, había descartado que resultara de aplicación el Convenio de La Haya: confróntense *Kononov v. Latvia*, núm. 36376/04, § 129, TEDH 2008; y *Kononov v. Latvia* [GC], núm. 36376/04, §§ 201-204, TEDH 2010. En segundo lugar, analizó con detalle los delitos que las autoridades judiciales letonas le habían atribuido al demandante y empleó diversos párrafos de su sentencia para confirmar razonadamente su existencia a la luz del DI consuetudinario en el año 1944 [*Kononov v. Latvia* [GC], núm. 36376/04, §§ 215-221, TEDH 2010]. En tercer lugar, sirviéndose de la jurisprudencia emanada del TPIY (*Prosecutor v. Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo and Zejnil Delalić*, núm. IT-96-21-T, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 333; y *Prosecutor v. Tihomir Blaskić*, núm. IT-95-14-T, Sentencia de 3 de marzo de 2000, párr. 290) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, núm. ICTR-95-1-T, Sentencia de 21 de mayo de 1999, párr. 209) afirmó la vigencia durante la fecha crítica como parte del DI consuetudinario del principio de responsabilidad individual de los mandos por los actos realizados por sus subordinados [*Kononov v. Latvia* (GC), núm. 36376/04, § 211, TEDH 2010]. Además, en cuarto lugar, constató un acuerdo general entre los Estados favorable a la existencia de una norma de DI consuetudinario relativa a la responsabilidad penal del individuo y, por todo ello, no estimó que existiese una violación del art. 7 del Convenio de Roma [*Kononov v. Latvia* (GC), núm. 36376/04, § 238, TEDH 2010].

<sup>149</sup> El TEDH señaló que «*The impact on the civilian population of the First World War prompted provisions in the Treaties of Versailles and Sèvres on the responsibility, trial and punishment of alleged war criminals. The work of the International Commission 1919 [...] and of the UNWCC [...] made significant contributions to the principle of individual criminal liability in international law. "Geneva law" [...] protected the victims of war and provided safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in hostilities. Both the "Hague" and "Geneva" branches of law were closely interrelated, the latter supplementing the former [...]. The Charter of the IMT Nuremberg provided a non-exhaustive definition of war crimes for which individual criminal responsibility was retained and the judgment of the IMT Nuremberg opined that the humanitarian rules in the Hague Convention and Regulations 1907 were "recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war" by 1939 and that violations of those provisions constituted crimes for which individuals were punishable. There was agreement in contemporary doctrine that international law had already defined war crimes and required individuals to be prosecuted. In consequence, the Charter of the IMT Nuremberg was not ex post facto criminal legislation. The later Nuremberg principles, drawn from the Nuremberg Charter and judgment, reiterated the definition of war crimes set out in the Charter and that anyone committing a crime under international law was responsible and liable to punishment*»: véase *Kononov v. Latvia* [GC], núm. 36376/04, § 207, TEDH 2010.

<sup>150</sup> Para completar su razonamiento afirmó en el párrafo siguiente que «*the international liability of the State based on treaties and conventions did not preclude the customary responsibility of States to prosecute and punish individuals, via their criminal courts or military tribunals, for violations of the laws and customs of war. International and national law (the latter including transposition of international norms) served as a basis for domestic prosecutions and liability. In particular, where national law did not provide for the specific characteristics of a war crime, the domestic court could rely on international law as a basis for its reasoning, without infringing the principles of nullum crimen and nulla poena sine lege*»: véase *Kononov v. Latvia* [GC], núm. 36376/04, § 208, TEDH 2010.

garantista basada en la afirmación de los derechos conferidos por el Convenio de Roma a los particulares. La Sala se preocupó más por evidenciar los defectos argumentativos de los tribunales letones, que por ponderar si el DI humanitario podía resultar aplicable<sup>151</sup>. Aunque conviene advertir que *Kononov c. Letonia* resulta un «caso límite» en cuanto a las garantías que deben presidir el proceso penal, desde la perspectiva que interesa a los efectos de este trabajo pone de manifiesto cómo el Tribunal de Estrasburgo puede asumir una doble faceta no sólo como tribunal de carácter internacional encargado de aplicar el DI, sino como órgano que posee cierta capacidad de diálogo con los Estados miembros del Consejo de Europa para identificar y señalar a través de sus sentencias aquellas prácticas administrativas, legislativas y judiciales que deben ser corregidas y mejoradas. Por otra parte, la utilización de técnicas consensualistas para identificar el derecho aplicable supone, en suma, la prevalencia de la primera dimensión, esto es, de su consideración como tribunal internacional.

### 3.3.2. *El consenso como garante de la unidad del ordenamiento internacional*

Tanto el TEDH como la CIDH son tribunales de naturaleza internacional, no constitucional, sometidos a los procesos que caracterizan a una jurisdicción internacional. Desde esta óptica iusinternacionalista, a través de una interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos basada en la noción de consenso, se pueden explicar las complejas relaciones que aquellos órganos mantienen con los tribunales nacionales. A modo de ejemplo merece la pena examinar dos precedentes dictados por el TEDH (*Bayatyan c. Armenia*) y la CIDH (*Atala Riffo y Niñas c. Chile*).

En *Bayatyan c. Armenia*, la Sala no consideró contrarias al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocido en el art. 9 del Convenio de Roma las medidas de carácter penal adoptadas por Armenia contra un particular que se había declarado objetor de conciencia al servicio militar por motivos religiosos, al pertenecer a los testigos de Jehová<sup>152</sup>. Todo ello aun cuando el demandante había alegado la existencia de un consenso

<sup>151</sup> Véanse los párrs. 8-11 de la opinión disidente firmada por los Jueces Fura-Sandström, Thór-Björgvinsson y Ziemele a la sentencia dictada por la Sala.

<sup>152</sup> Para alcanzar esta conclusión la Sala aplicó de manera automática la doctrina jurisprudencial que había venido manteniendo la Comisión Europea de Derechos Humanos (*Grandrath v. Federal Republic of Germany*, núm. 2299/64, Commission report of 12 December 1966, Yearbook, vol. 10, p. 626; *G.Z. v. Austria*, núm. 5591/72, Commission decision of 2 April 1973, Collection 43, p. 161; *Conscientious objectors v. Denmark*, núm. 7565/76, Commission decision of 7 March 1977, Decisions and Reports 9, p. 117; *N. v. Sweden*, núm. 10410/83, Commission decision of 11 October 1984, Decisions and Reports 40, p. 203; *Autio v. Finland*, núm. 17086/90, Commission decision of 6 December 1991, Decisions and Reports 72, p. 245; y *Heudens v. Belgium*, Commission decision of 22 May 1995) y el TEDH [*Thlimmenos v. Greece* (GC), núm. 34369/97, § 43, TEDH 2000; y *Ülke v. Turkey* (GC), núm. 39437/98, §§ 53-54, TEDH 2006] respecto a la objeción de conciencia, según la cual no se incluía este derecho a la objeción de conciencia en el ámbito de protección brindado por el art. 9 del Convenio de Roma.

en los Estados miembros del Consejo de Europa, al que también se había incorporado el propio Estado demandado precisamente tras la interposición de esta demanda en Estrasburgo, acerca de la despenalización de este tipo de objeción de conciencia. La Sala confirmó a la noción de consenso un papel secundario, al menos no lo suficientemente relevante como para imponerse a la línea jurisprudencial que la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el TEDH habían asentado y desarrollado respecto a la objeción de conciencia, descartando así una interpretación evolutiva y no declarando la responsabilidad por el incumplimiento del art. 9 del Convenio de Roma<sup>153</sup>.

La Gran Sala, sin embargo, realizó una interpretación teleológica del art. 4.3.b) del Convenio de Roma a la luz de los trabajos preparatorios desarrollados durante su elaboración y valoró que la última decisión donde la CEDH se había pronunciado sobre esta cuestión databa del año 1995. Desde esa fecha, según el TEDH, se podía apreciar una evolución generalizada del tratamiento proporcionado a la objeción de conciencia tanto a nivel internacional como europeo<sup>154</sup>, que además era plenamente compartida por la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa en sus ordenamientos internos<sup>155</sup>. La Gran Sala enmendó la decisión de la Sala y declaró a Armenia responsable por el incumplimiento del citado precepto, al constatar la existencia de una «*overwhelming majority*» de Estados que habían reconocido el derecho a la objeción de conciencia y recordar que uno de los compromisos asumidos por Armenia al acceder al Consejo de Europa había sido precisamente la introducción de medidas destinadas a reconocer este derecho. En efecto, consciente de la importancia del principio de soberanía, el TEDH

<sup>153</sup> La Sala puso de relieve la prevalencia de su anterior jurisprudencia sobre el consenso al afirmar que «*since this Article clearly left the choice of recognising conscientious objectors to each Contracting Party, the fact that the majority of the Contracting Parties have recognised this right cannot be relied upon to hold a Contracting Party which has not done so to be in violation of its Convention obligations. Consequently [...] this factor cannot serve a useful purpose for the evolutive interpretation of the Convention*»: véase *Bayatyan v. Armenia*, núm. 23459/03, § 63, TEDH 2009.

<sup>154</sup> *Bayatyan v. Armenia* [GC], núm. 23459/03, §§ 105-107, TEDH 2011.

<sup>155</sup> Todos sus Estados miembros, salvo Turquía, habían adoptado medidas de distinta naturaleza (constitucionales, legislativas o administrativas) para reconocer la objeción de conciencia al servicio militar. Incluso la propia Armenia había adoptado medidas normativas tras la interposición de esta demanda ante el Tribunal de Estrasburgo. Señaló el TEDH que «*in the late 1980s and the 1990s there was an obvious trend among European countries, both existing Council of Europe member States and those which joined the organisation later, to recognise the right to conscientious objection [...]. All in all, nineteen of those States which had not yet recognised the right to conscientious objection introduced such a right into their domestic legal systems around the time when the Commission took its last decisions on the matter. Hence, at the time when the alleged interference with the applicant's rights under Article 9 occurred, namely in 2002-2003, only four other member States, in addition to Armenia, did not provide for the possibility of claiming conscientious objector status, although three of those had already incorporated that right into their Constitutions but had not yet introduced implementing laws [...]. Thus, already at the material time there was nearly a consensus among all Council of Europe member States, the overwhelming majority of which had already recognised in their law and practice the right to conscientious objection. [...] subsequent to the facts of the present case, two more member States passed laws fully implementing the right to conscientious objection, thereby leaving Azerbaijan and Turkey as the only two member States not to have done so yet. Furthermore, the Court notes that Armenia itself also recognised that right after the applicant's release from prison and the introduction of the present application*»: véase *Bayatyan v. Armenia* [GC], núm. 23459/03, §§ 103-104, TEDH 2011 (redonda añadida).

volvió a poner de relieve que el Estado demandado no quedaba fuera de la tendencia mayoritariamente aceptada (*consensus generalis*) por los Estados partes del Convenio de Roma<sup>156</sup>.

En *Bayatyan c. Armenia*, el sistema de doble instancia judicial previsto por el Convenio de Roma permitió conservar un justo equilibrio entre el mantenimiento del acervo jurisprudencial previo y la necesidad de interpretar evolutivamente el Convenio de Roma atendiendo a los desarrollos experimentados en la práctica de los Estados partes. Desde esta perspectiva, es comprensible que la Sala mantuviese una aproximación cautelosa sobre el consenso y optara por ceñir su decisión a la tendencia jurisprudencial asentada hasta entonces, dejando a la Gran Sala la responsabilidad de modificar su línea jurisprudencial mediante el recurso a la técnica del consenso. Esta solución aporta más seguridad y certeza en la función judicial de naturaleza internacional desarrollada por el Tribunal de Estrasburgo y, como se advirtió en el apartado anterior, evita la aparición en esta sede de doctrinas jurisprudenciales ambiguas o contradictorias que puedan menoscabar el patrimonio jurídico reconocido a los individuos.

En este sentido, en *Atala Riffo y Niñas c. Chile* la Corte Interamericana incluyó a la discriminación por razón de la orientación sexual dentro de las categorías protegidas por el art. 1.1 del Pacto de San José, que consagra el principio general de no discriminación. Aunque la CIDH admitió en su sentencia la ausencia de un consenso entre los Estados partes del Pacto de San José acerca del contenido del concepto de familia en el subsistema regional americano<sup>157</sup>, este órgano acabó interpretando evolutivamente el art. 1.1 del Pacto de San José, en línea con la posición mantenida no sólo por otros mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos<sup>158</sup>, sino también por la propia Asamblea General de la OEA<sup>159</sup>, que venía solicitando a sus Estados miembros la adopción de medidas legislativas para evitar la discriminación por razón de la orientación sexual desde el año 2008. Conviene añadir que el TEDH había afirmado que la convivencia de parejas del mismo

<sup>156</sup> *Ibid.*, §§ 108 y 110. Véase, en este orden de ideas, lo indicado *supra* (apdo. 3.2.1) con relación a la aproximación mantenida por el TEDH en *Demir y Baykara c. Turquía*.

<sup>157</sup> Afirmó la CIDH que «*With regard to the State's argument that, on the date on which the Supreme Court issued its ruling there was a lack of consensus regarding sexual orientation as a prohibited category for discrimination, the Court points out that the alleged lack of consensus in some countries regarding full respect for the rights of sexual minorities cannot be considered a valid argument to deny or restrict their human rights or to perpetuate and reproduce the historical and structural discrimination that these minorities have suffered. The fact that this is a controversial issue in some sectors and countries, and that it is not necessarily a matter of consensus, cannot lead this Court to abstain from issuing a decision, since in doing so it must refer solely and exclusively to the stipulations of the international obligations arising from a sovereign decision by the States to adhere to the American Convention*»: véase *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239*, párr. 92 (redonda añadida).

<sup>158</sup> Entre los que destacan las decisiones del Comité de Derechos Humanos [*Toonen v. Australia, Communication núm. 488/1992* (CCPR/C/50/D/488/1992); y *Edward Young v. Australia, Communication núm. 941/2000* (CCPR/C/78/D/941/2000)].

<sup>159</sup> *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239*, párr. 86.

sexo constituye una manifestación no sólo de la «vida privada», sino también de la «vida familiar» protegidas ambas por el art. 8 del Convenio de Roma<sup>160</sup>. Al calor de todos estos argumentos, la CIDH concluyó que el comportamiento de las autoridades judiciales chilenas<sup>161</sup> constituía una violación, entre otros, del derecho a la vida familiar.

Cabe resaltar la opinión disidente parcial emitida por el Juez Alberto Pérez Pérez a esta parte del operativo, que se fundamenta en la inexistencia al tiempo de dictar la sentencia de un *consensus generalis* entre los Estados partes del subsistema interamericano<sup>162</sup> sobre la inclusión de los homosexuales en el concepto de familia reconocido por el art. 17 del Pacto de San José<sup>163</sup>. La propia CIDH había admitido veladamente y de manera general la ausencia de este consenso en el párr. 92 de su sentencia, pero finalmente dio preferencia a una interpretación evolutiva del tratado que ampliaba el concepto de «vida familiar». Esta decisión, como sucede con *Goodwin c. Reino Unido*, implica una sensible erosión del principio de soberanía moderada a través de la remisión a los acuerdos logrados en otros foros de representación institucional por los Estados miembros.

La solución alcanzada en este litigio, analizada a la luz de la noción de consenso, difumina la condición de la Corte Interamericana como tribunal internacional, acercando sus funciones a las de un tribunal constitucional encargado no sólo de sancionar el incumplimiento de un tratado internacional, sino también de desarrollar o impulsar procesos todavía incipientes de evolución en la ideología del grupo social donde se desarrollan sus competencias jurisdiccionales. Lo cierto es que la CIDH podía haber declarado responsable

<sup>160</sup> *Schalk and Kopf v. Austria*, núm. 30141/04, §§ 93-95, TEDH 2010.

<sup>161</sup> Véase *supra*, apdo. 3.2.2.

<sup>162</sup> Tras realizar un estudio del Derecho constitucional comparado de los Estados partes del Pacto de San José concluyó el Juez Alberto Pérez Pérez que «20. *I agree with the notion of an evolving interpretation that considers the American Convention as a living instrument to be understood according to present-day circumstances, but on the understanding that in order to make progress in that area it is necessary to reach a consensus, or common ground or a convergence of standards among the States Party [...]. This is the case as regards the recognition that discrimination based on sexual orientation should be understood as prohibited [...], since a clear concept exists in this respect, not only among the States Party to the American Convention, but also among all Member States of the OAS, expressed in the resolutions of the General Assembly cited [...]. The same cannot be said with respect to the evolution of the notion of the family and its status as the foundation or basic or natural element of society, which continues to be present in the Constitutions of many States [...]. The irrefutable fact that there are currently many different concepts of "family [...]" does not necessarily mean that each and every one of these must correspond to what the American Convention understands by family—even with an evolving interpretation according to the parameters mentioned [...].— as the "natural and fundamental element of society," or to what the States Party with similar provisions understand as such. Nor does it mean to say that all States Party must recognize all the concepts or models of family»: véase *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239 (Dissenting Opinion of Judge Alberto Pérez Pérez)*, párrs. 20-21.*

<sup>163</sup> Establece este precepto en sus dos primeros párrafos que «1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención».

a Chile por el incumplimiento del Pacto de San José —reconociendo una violación del derecho a la vida privada y del principio de no discriminación— sin necesidad de haber militado por una modificación del concepto de familia, que estaba desprovista del suficiente apoyo en la práctica de los Estados miembros del subsistema interamericano. Porque a diferencia de *Goodwin c. Reino Unido*, en este caso la CIDH no contaba con un acervo jurídico de naturaleza similar al proporcionado por el proceso de integración europea. Antes al contrario, la clave de bóveda que sustentó la motivación de la Corte Interamericana residía en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, alcanzadas por consenso. Aunque esta dimensión formal del consenso puede expresar la existencia de un *consensus generalis* acerca del contenido de la norma controvertida, del examen de las distintas normas constitucionales de los Estados partes del Pacto de San José no parece desprenderse una posición común sobre el alcance del concepto de familia.

Así pues, mientras que en *Bayatyan c. Armenia* se aprecia una adecuada concepción de la naturaleza internacional de los tribunales regionales de derechos humanos, respetuosa con el particularismo y a la vez garante de la unidad del ordenamiento internacional, en *Atala Riffo y Niñas c. Chile* la técnica del consenso fue aplicada de manera fragmentaria y relegada por una aproximación más cercana a los procesos decisorios que caracterizan generalmente a los tribunales constitucionales.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de la práctica internacional contemporánea pone de relieve cómo la interpretación evolutiva se ha convertido en un criterio de interpretación utilizado por los tribunales internacionales de carácter tanto general como sectorial. En los subsistemas regionales de derechos humanos europeo y americano este criterio hermenéutico se utiliza para adaptar y actualizar el texto de los tratados a los distintos cambios que experimenta el grupo social. La noción de consenso, entendida desde una óptica material como el acuerdo general de un conjunto significativo de Estados respecto al contenido y la obligatoriedad de una norma internacional, constituye un elemento vertebrador de la interpretación evolutiva desarrollada por los tribunales regionales de derechos humanos (TEDH y CIDH).

Con carácter general, la ausencia de un consenso entre los Estados partes del subsistema regional sobre el alcance o contenido de un determinado derecho representa una importante cortapisa a la utilización de la interpretación evolutiva. La falta de consenso permite a los tribunales regionales invocar como argumento el margen de apreciación nacional y ofrecer una solución deferente con el principio de soberanía estatal que, en la mayoría de ocasiones, da lugar a una sentencia no declarativa de la responsabilidad internacional del Estado. Cuando los tribunales regionales de derechos humanos identifican un *consensus generalis*, en el que no tiene por qué participar el

Estado demandado, la interpretación evolutiva asume un papel preferente y eclipsa a la noción del margen de apreciación nacional. De esta manera, la interpretación evolutiva fundada en ese consenso constituye un excelente mecanismo para actualizar los tratados regionales de derechos humanos a la realidad social contemporánea, respetando su objeto y fin.

A resultas del carácter voluntarista y relativista que en nuestros días sigue impregnando el ordenamiento internacional general, a menudo se observa en la práctica cómo el principio de igualdad soberana de los Estados influye y condiciona la interpretación de las disposiciones y actos jurídicos creados en el seno de la estructura institucional o de cooperación. Sin embargo, algunas decisiones de los tribunales regionales de derechos humanos, acogiendo una aproximación consensualista, han logrado erosionar ligeramente este principio de igualdad soberana, mitigando así los efectos jurídicos del principio de relatividad de los tratados internacionales consagrado en el art. 34 del Convenio de Viena.

Para identificar el *consensus generalis*, el TEDH y la CIDH recurren no sólo a la posición que mantienen los Estados respecto a los tratados regionales de derechos humanos, sino también a tratados internacionales de vocación universal donde aquellos sujetos participan y otros actos de carácter institucional desarrollados en el seno del respectivo subsistema regional. Esta labor de concreción del acuerdo alcanzado por los Estados sobre el contenido de una o más normas, por tanto, se desarrolla por referencia o reenvío a otros ámbitos o sectores del ordenamiento internacional. De esta manera se potencian las interacciones tanto entre el ordenamiento general y los distintos subsistemas regionales, como entre estos últimos, superándose los riesgos de fragmentación asociados a la sectorialización y regionalización del ordenamiento internacional contemporáneo.

En la jurisprudencia del TEDH se aprecia una incipiente influencia del proceso de integración europea que ha enriquecido la noción de «consenso europeo». La remisión a la Carta de Estrasburgo para perfilar el contenido de algunos derechos y libertades reconocidos por el Convenio de Roma ha permitido extender y ampliar este catálogo mediante la técnica de la interpretación evolutiva. Mientras que en el subsistema interamericano, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA adoptadas por consenso han facilitado la interpretación evolutiva de las disposiciones del Pacto de San José, poniendo de relieve la estrecha relación existente entre la dimensión formal y material del consenso en el ordenamiento internacional.

Los tribunales regionales de derechos humanos tienen naturaleza internacional. Considerarlos como una cuarta instancia o asimilarlos a un alto tribunal de garantías constitucionales constituye una aproximación miope. El sistema de doble instancia instaurado en el subsistema regional europeo introduce un elemento de flexibilidad que permite al TEDH funcionar como un tribunal internacional, a través de la Gran Sala, mientras que mediante las Salas puede establecer un diálogo más fluido con los órganos judiciales de los

Estados miembros. Asimismo, este sistema de doble instancia del Tribunal de Estrasburgo favorece una adecuada y más completa fundamentación jurídica de los cambios que se produzcan en su jurisprudencia, al recaer esta responsabilidad en la Gran Sala.

La interpretación evolutiva no debe ser utilizada de forma espuria por los tribunales regionales de derechos humanos para realizar desarrollos progresivos en el contenido de los derechos y libertades que no gocen del suficiente consenso entre los Estados. Estos tribunales se deben someter al dictado y a la praxis del consenso cuando aplican aquel criterio de interpretación. Porque es este consenso el que, en definitiva, asegura y garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados miembros.

### RESUMEN

#### CONSENSO E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El trabajo examina el papel de la noción de consenso cuando los tribunales regionales de derechos humanos interpretan evolutivamente el Convenio de Roma y el Pacto de San José. La Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales de ámbito regional como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acogen esta noción en su jurisprudencia para identificar las normas aplicables a una controversia. En el ámbito regional europeo y americano, además, esta noción permite explicar no sólo la evolución de los derechos y libertades reconocidos por estos tratados internacionales, sino también la naturaleza y el funcionamiento de aquellos tribunales regionales como tribunales de carácter internacional.

**Palabras clave:** Consenso, interpretación evolutiva, margen de apreciación, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### ABSTRACT

#### CONSENSUS AND EVOLUTIVE INTERPRETATION OF REGIONAL TREATIES OF HUMAN RIGHTS

The paper examines the role played by the concept of consensus when the regional courts of human rights provide an evolutive interpretation of the Rome Convention and the Pact of San José. The International Court of Justice and other international tribunals operating at the regional level, including the Court of Justice of the European Union, have admitted this notion in their decisions when identifying the laws that are applicable to a dispute. Moreover, in the European and American regional frameworks this concept not only explains the evolution of the rights and freedoms recognized by these international treaties, but also the nature and the functioning of these regional courts as international tribunals.

**Keywords:** Consensus, evolutive interpretation, margin of appreciation, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.

## RÉSUMÉ

### CONSENSUS ET INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DES TRAITÉS RÉGIONAUX DES DROITS DE L'HOMME

Ce travail examine le rôle joué par le concept de consensus quand les cours régionales des droits de l'homme interprètent de façon évolutive la Convention de Rome et le Pacte de San José. La Cour internationale de Justice ainsi que d'autres tribunaux internationaux opérant au niveau régional, comme la Cour de Justice de l'Union européenne, ont reconnu cette notion dans leur jurisprudence pour identifier le droit applicable à un différend. En outre, dans les cadres régionaux européen et américain ce concept permet d'expliquer l'évolution des droits et des libertés prévus par les traités internationaux, mais aussi la nature et le fonctionnement des cours mentionnées ci-dessus en tant que tribunaux internationaux.

**Mots-clés:** Consensus, interprétation évolutive, marge d'appréciation, Cour européenne des Droits de l'Homme, Cour interaméricaine des Droits de l'Homme.